México, Distrito Federal, a treinta de octubre de dos mil quince.- Vistos:

I. El escrito presentado el veinticuatro de marzo de dos mil diez, en la Oficialía de Partes de la entonces Comisión Federal de Competencia (en adelante, "Comisión o CFC")[1] por **Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V.** (en adelante, "Eli Lilly"), por conducto de su representante legal, y Eduardo Osorio Traconis, por su propio derecho, mediante el cual interpusieron recurso de reconsideración en contra de la resolución dictada por el Pleno de la CFC el veintiocho de enero de dos mil diez en el expediente IO-003-2006, la cual resolvió entre otras cosas, sancionar a Eli Lilly por la comisión de la práctica monopólica absoluta prevista en el artículo 9°, fracción IV, de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, "LFCE"),[2] consistente en la realización de contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto fue el establecimiento, concertación y coordinación de posturas en las licitaciones públicas del Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante, "IMSS") tratándose de insulina humana (claves 1050 y 1051)- denominado como Grupo I en la resolución recurrida– y a Eduardo Osorio Traconis por participar directamente por cuenta y orden de Eli Lilly en la comisión de dicha práctica;

II. El escrito presentado el veinte de abril de dos mil diez, en la Oficialía de Partes de la CFC por **Eduardo Osorio Traconis**, por conducto de su autorizado, en alcance a su recurso de reconsideración, toda vez que el veinticinco de marzo de dos mil diez, le fue notificado el acuerdo de once de marzo del mismo año, emitido por el Pleno de la CFC en el expediente IO-003-2006, en el cual se determinó el *quantum* de la multa que le fue impuesta en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, citada en el numeral anterior; y

II. La sentencia de ocho de abril de dos mil quince, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, "SCJN") en el expediente correspondiente al amparo en revisión [redacted]* (en adelante, "AMPARO EN REVISIÓN") mediante la cual se le concedió el amparo y protección de la Justicia de la Unión a Eli Lilly y a Eduardo Osorio Traconis, en los términos ahí contenidos;[3]

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 28, párrafos décimo cuarto y vigésimo, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Transitorios Primero y Séptimo, párrafo segundo, del "*Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°; 7°; 27; 28; 73; 78; 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de*

[1] Se aclara que a lo largo de la presente resolución se utiliza "CFC" para referir a la Comisión Federal de Competencia, mientras que cuando se utilice "Comisión", se refiere a la Comisión Federal de Competencia o a la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, también COFECE), según sea el caso. Asimismo, deberá considerarse que cuando se haga referencia a "*esta autoridad*" se entenderá que se trata de la Comisión Federal de Competencia o de la COFECE, según sea el caso.

[2] Publicada en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, DOF) el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos y aplicable, por cuanto hace a las normas de tipo sustantivo, con la reforma publicada en el DOF el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y ocho y por cuanto hace a las normas adjetivas, con la reforma publicada en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis.

[3] Dicha sentencia fue notificada a la COFECE el nueve de octubre de dos mil quince.



* Esta información es confidencial de conformidad con lo establecido en la fracción II del artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica.

*telecomunicaciones*";[4] 1°, 2°, 3°, 8°, 9°, fracción IV, 24, fracciones IV y XIX y 39 de la LFCE; 1, 3 y 71 del Reglamento de la LFCE (en adelante, RLFCE);[5] Transitorio Segundo, párrafo segundo del "*Decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforman y adicionan diversos artículos del Código Penal Federal*";[6] así como 1, 4, fracción I, 5, fracciones I, VI y XXXIX, 6, 7, 8, y Transitorios Primero, Segundo y Cuarto, párrafo primero, del Estatuto Orgánico de la COFECE,[7] y en cumplimiento de la sentencia emitida por la Segunda Sala de la SCJN en el AMPARO EN REVISIÓN, el Pleno de esta COFECE resuelve de acuerdo a los antecedentes, consideraciones de derecho y resolutivos que a continuación se expresan:

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El treinta de abril de dos mil dos, mediante oficio número SE-10-096-2002-260, la Comisión emitió recomendaciones al IMSS orientadas a proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en las licitaciones públicas a su cargo.

El diecinueve de mayo de dos mil seis, mediante oficio SE-10-096-2006-312, la Comisión solicitó al IMSS diversa información y documentación relacionada con las licitaciones públicas, nacionales e internacionales, del suministro de medicamentos realizadas de manera conjunta por dicho Instituto y sus delegaciones estatales, regionales y del Distrito Federal durante dos mil dos y años subsecuentes.

**SEGUNDO.-** El seis de julio de dos mil seis, el IMSS proporcionó información en relación a las licitaciones públicas del grupo de suministro de medicamentos realizadas por dicho Instituto, a través de sus delegaciones estatales, regionales y del Distrito Federal en el año dos mil dos.

Por la información descrita anteriormente, esta autoridad tuvo conocimiento de que en las licitaciones de medicamentos realizadas por el IMSS en el año dos mil dos, los participantes en dichas licitaciones presentaron posturas que probablemente fueron resultado de un establecimiento, concertación o coordinación entre ellos, lo que pudiese configurar una conducta prohibida por la fracción IV del artículo 9° de la LFCE; a saber, un contrato, convenio, arreglo o combinación entre competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

**TERCERO.-** El tres de agosto de dos mil seis, el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitió el acuerdo de inicio de investigación de oficio en el mercado de medicamentos licitados por el sector salud en territorio nacional, con objeto de determinar si se han actualizado conductas prohibidas en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE.

[4] Publicado en el DOF el once de junio de dos mil trece.
[5] Publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete.
[6] Publicado en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce.
[7] Publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.

El quince de agosto de dos mil seis, en cumplimiento a lo establecido por el artículo 30 de la LFCE se publicó un extracto del acuerdo de inicio de investigación en el Diario Oficial de la Federación (en adelante DOF).

**CUARTO.-** El nueve de marzo de dos mil nueve, el Secretario Ejecutivo emitió el acuerdo de conclusión del periodo de investigación para el expediente.

**QUINTO.-** El once de marzo de dos mil nueve, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitieron el oficio de probable responsabilidad respecto de Baxter, S.A. de C.V. (en adelante, Baxter), Eli Lilly, Fresenius Kabi México, S.A. de C.V. (en adelante, Fresenius), Laboratorios Cryopharma, S.A. de C.V. (en adelante, Cryopharma), Laboratorios Pisa, S.A. de C.V. (en adelante, Pisa), Laboratorios Probiomed, S.A. de C.V. (en adelante, Probiomed), Eduardo Aquino Maldonado, Ericka Helga Frettlohr Meza, Jesús Héctor Hernández Herrera, Alfonso Salvador Huerta Suárez, Eduardo Osorio Traconis, Jorge Alberto Silis Franck, Manuel Vázquez Blanco y Carlos Arturo Villaseñor López, y ordenaron su emplazamiento por su probable responsabilidad en la comisión de la práctica monopólica establecida en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE.

**SEXTO.-** El veintiocho de enero de dos mil diez, la Comisión dictó resolución que puso fin al procedimiento del expediente IO-003-2006, en la que determinó:

> **1.-** Que se acreditó la comisión de la práctica monopólica absoluta, prevista en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, respecto del Grupo I de medicamentos por parte de Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V.; Laboratorios Cryopharma, S.A. de C.V.; Probiomed, S.A. de C.V. y Laboratorios Pisa, S.A. de C.V.
>
> **2.-** Se acreditó la comisión de la práctica monopólica absoluta, prevista en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, respecto del Grupo II de medicamentos por parte de Laboratorios Pisa, S.A. de C.V., Fresenius Kabi México, S.A. de C.V. y Baxter, S.A. de C.V.
>
> **3.-** Se acreditó la participación directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta, prevista en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, por parte de Ericka Helga Frettlohr Meza, Jesús Héctor Hernández Herrera, Eduardo Osorio Traconis, Manuel Vázquez Blanco, Jorge Alberto Silis Franck, Carlos Arturo Villaseñor López, Eduardo Aquino Maldonado y Alfonso Salvador Huerta Suárez.
>
> **4.-** Con fundamento en el artículo 35, fracción I, de la LFCE se ordenó la supresión de la práctica monopólica absoluta por parte de Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V.; Laboratorios Cryopharma, S.A. de C.V.; Probiomed, S.A. de C.V.; Laboratorios Pisa, S.A. de C.V., Fresenius Kabi México, S.A. de C.V. y Baxter, S.A. de C.V.

**5.-** Que corresponde imponer una multa a los agentes económicos responsables de la práctica monopólica absoluta, por la cantidad de:

| AGENTE ECONÓMICO RESPONSABLE | MULTA |
|---|---|
| Eli Lilly | $21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos). |
| Cryopharma | $21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos). |
| Probiomed | $21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos). |
| Pisa | $21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos), respecto del Grupo I de medicamentos. |
| Pisa | $21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos), respecto del Grupo II de medicamentos. |
| Fresenius | $21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos). |
| Baxter | $21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos). |

**6.-** De acuerdo con los artículos 35, fracción VII, y 36 de la LFCE se impuso una multa a Ericka Helga Frettlohr Meza, Jesús Héctor Hernández Herrera, Eduardo Osorio Traconis, Manuel Vázquez Blanco, Jorge Alberto Silis Franck, Carlos Arturo Villaseñor López, Eduardo Aquino Maldonado y Alfonso Salvador Huerta Suárez, para lo cual, con fundamento en los artículos 34, fracción I, y 34 bis de la LFCE y 42 del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, se les requirió para que, en un plazo de cinco días contados a partir del día siguiente al en que surta efectos la notificación de esta resolución, presentaran ante esta autoridad los documentos idóneos que acreditaran su capacidad económica, apercibido de que en el caso de no hacerlo este órgano desconcentrado presumiría que cuenta con la capacidad económica suficiente para solventar la multa máxima prevista en la fracción VII del artículo 35 de la LFCE.

**SÉPTIMO.-** El dieciséis de febrero de dos mil diez el representante legal del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez y la C. Ericka Helga Frettlohr Meza, entregaron diversa información con la que acreditaron la capacidad económica requerida por esta autoridad en resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.

**OCTAVO.-** El diecisiete de febrero de dos mil diez los CC. Eduardo Aquino Maldonado y Carlos Arturo Villaseñor López entregaron diversa información con la que acreditaron su capacidad económica, la cual fue requerida por esta autoridad en resolución de veintiocho de enero de dos mil diez. El dieciocho de febrero de dos mil diez el C. Manuel Vázquez Blanco y la persona autorizada por parte del C. Eduardo Osorio Traconis entregaron diversa información con la que acreditaron la capacidad económica requerida por esta autoridad en resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.

**NOVENO.-** El once de marzo de dos mil diez, el Pleno de la Comisión determinó el monto de la multa impuesta en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez a las personas físicas que fueron emplazadas al procedimiento IO-003-2006. Dicho monto fue el siguiente:

| PERSONA FÍSICA RESPONSABLE | MULTA |
|---|---|
| Ericka Helga Frettlohr Meza | $18,731.96 (dieciocho mil setecientos treinta y un pesos 96/100 M.N.) |
| Jesús Héctor Hernández Herrera | $47,461.96 (cuarenta y siete mil cuatrocientos sesenta y un pesos 96/100 M.N.) |
| Eduardo Osorio Traconis | $17,180.54 (diecisiete mil ciento ochenta pesos 54/100 M.N.) |
| Manuel Vázquez Blanco | $90,039.82 (noventa mil treinta y nueve pesos 82/100 M.N.) |
| Jorge Alberto Silis Franck[8] | $430,950.00 (cuatrocientos treinta mil novecientos cincuenta pesos 00/100 M.N.) |
| Carlos Arturo Villaseñor López | $95,958.20 (noventa y cinco mil novecientos cincuenta y ocho pesos 20/100 M.N.) |
| Eduardo Aquino Maldonado | $71,997.38 (setenta y un novecientos noventa y siete pesos 38/100 M.N.) |
| Alfonso Salvador Huerta Suárez | $74,525.62 (sesenta y cuatro mil quinientos veinticinco pesos 62/100 M.N.) |

**DÉCIMO.-** El veintitrés de marzo de dos mil diez, el C. Manuel Vázquez Blanco interpuso a nombre y representación de Fresenius y por su propio derecho, recursos de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. A tales escritos se les asignó los números de expediente RA-019-2010 y RA-020-2010 respectivamente.

**DÉCIMO PRIMERO.-** El veinticuatro de marzo de dos mil diez, el representante legal de Eli Lilly interpuso a su nombre y representación recurso de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. En el mismo escrito, el C. Eduardo Osorio Traconis recurrió la resolución en comento. A tal escrito se le asignó el número de expediente RA-022-2010.

El mismo día, los CC. Jesús Héctor Hernández Herrera y Ericka Helga Frettlohr Meza, interpusieron recursos de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. A tales escritos se les asignó los números de expediente RA-023-2010 y RA-024-2010, respectivamente.

Asimismo, los apoderados legales del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez y representantes legales de Probiomed, interpusieron recursos de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. A tales escritos se les asignó los número de expediente RA-025-2010 y RA-026-2010 respectivamente.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** El veinticinco de marzo de dos mil diez, el representante legal de Baxter interpuso a su nombre y representación recurso de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. A tal escrito se le asignó el número de expediente RA-028-2010.

[8] Con fundamento en los artículo 35, fracción VII, y 36 de la LFCE se multó a dicha persona física con el monto máximo previsto, toda vez que se le hace efectiva la medida de apremio decretada en resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, relativa a que en caso de no acreditar su capacidad económica, la Comisión presumiría que cuenta con la capacidad económica suficiente para solventar la multa máxima prevista en la fracción VII del artículo 35 de la LFCE.

**DÉCIMO TERCERO.-** El veintiséis de marzo de dos mil diez, el representante legal de Cryopharma interpuso a su nombre y representación recurso de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. A tal escrito se le asignó el número de expediente RA-029-2010.

El mismo día, el representante legal de Pisa interpuso a su nombre y representación recurso de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. A tal escrito se le asignó el número de expediente RA-031-2010.

Asimismo, los CC. Carlos Arturo Villaseñor López y Eduardo Aquino Maldonado interpusieron recursos de reconsideración en contra de la resolución del expediente IO-003-2006. A tales escritos se les asignaron los números de expediente RA-032-2010 y RA-033-2010.

**DÉCIMO CUARTO.-** El cinco de abril de dos mil diez, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión admitieron a trámite los escritos de recursos interpuestos por el C. Manuel Vázquez Blanco, como representante legal de Fresenius (RA-019-2010); del C. Ricardo Valdez de la Torre, como representante legal de Eli Lilly (RA-022-2010); los CC. Enrique Vega Martínez y Ricardo Gutiérrez Pier, representantes legales del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez (RA-025-2010) y de Probiomed (RA-026-2010); del C. Ángel Alfonso Molina Moreno, representante legal de Baxter (RA-028-2010); del C. Jesús Maximino Nava Nuñez, representante legal de Cryopharma (RA-029-2010); del C. Victor Manuel Frías Garcés, representante legal de Pisa (RA-031-2010); de los CC. Manuel Vázquez Blanco (RA-020-2010); Eduardo Osorio Traconis (RA-022-2010); Jesús Héctor Hernández Herrera (RA-023-2010); Ericka Helga Frettlohr Meza (RA-024-2010); Carlos Arturo Villaseñor López (RA-032-2010); Eduardo Aquino Maldonado (RA-033-2010) y Jorge Alberto Silis Franck (RA-034-2010), este último presentado ese mismo día.

Dichos escritos fueron acumulados al presentado en primer orden, esto es, al RA-019-2010. Lo anterior, al tratarse de los mismos actos reclamados, los cuales provienen del mismo expediente, se encuentran relacionados y, además que dichos recursos tienden al mismo efecto (confirmar, revocar o modificar el acto reclamado).

Asimismo, se requirió a Fresenius, Cryopharma, Pisa, y al C. Manuel Vázquez Blanco, para que, con fundamento en los artículos 34, fracción I, y 34 bis 2, de la LFCE, así como 42 del RICFC, aclararan a esta autoridad si los anexos que acompañaron a sus recursos se trataban de pruebas supervenientes y, de ser así, señalaran de manera clara cómo es que dichas pruebas guardaban relación con los hechos controvertidos y cómo es que éstas podrían modificar el sentido de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006, apercibidos que, de no dar cumplimiento a lo anterior, esta autoridad no los tendría en cuenta al momento de emitir resolución definitiva.

Finalmente, no se admitieron las pruebas ofrecidas por el C. Alfonso Salvador Huerta Suárez y Probiomed en sus recurso de reconsideración, toda vez que no cumplían con los requisitos establecidos por el artículo 71 del RLFCE; es decir, no se trataban de pruebas supervenientes.

**DÉCIMO QUINTO.-** El trece de abril de dos mil diez, el C. Manuel Vázquez Blanco, actuando por su propio derecho y en nombre y representación de Fresenius, presentó escritos mediante los cuales desahogó el apercibimiento a que hace referencia el antecedente anterior. En dichos escritos, señaló que no se trataban de pruebas supervenientes, sino de información usada como apoyo a los agravios de los recursos de reconsideración interpuestos, constituyéndose en reinterpretación de datos que constaban en el expediente IO-003-2006.

**DÉCIMO SEXTO.-** El catorce de abril de dos mil diez, el C. Jorge Vázquez Díaz del Castillo, persona autorizada por parte de Cryopharma, presentó escrito mediante el cual desahogó el apercibimiento a que hace referencia el antecedente **"DÉCIMO CUARTO"** anterior, señalando que la información que acompañó a su recurso de reconsideración se trataba del instrumento notarial mediante el cual acreditaba la personalidad del C. Maximino Nava Nuñez como representante legal de Cryopharma.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** El diecinueve de abril de dos mil diez, la Comisión dio cuenta de los escritos presentados por el C. Manuel Vázquez Blanco, Fresenius y Cryopharma, dejando sin efectos el apercibimiento decretado en acuerdo de cinco de abril de dos mil diez.

Asimismo, se le requirió a Fresenius y al C. Manuel Vázquez Blanco presentaran de manera impresa la información contenida en los discos compactos que acompañaron respectivamente a sus recursos de reconsideración, o bien exhibieran el pago de derechos correspondiente en términos del artículo 5 de la Ley Federal de Derechos, con la finalidad de que la Comisión imprimiera y certificara el contenido de dichos discos compactos.

Por otro lado, se hizo efectivo el apercibimiento decretado a Pisa, relativo a que la Comisión no tendría en cuenta los elementos acompañados en su escrito de recurso de reconsideración, toda vez que no justificó el hecho de que se trataran de pruebas supervenientes, señalándole que dicha situación se tendría en cuenta al momento de emitir resolución definitiva.

**DÉCIMO OCTAVO.-** El veinte de abril de dos mil diez, el C. Raúl López García, persona autorizada por el C. Eduardo Osorio Traconis, presentó escrito en alcance a su recurso de reconsideración, toda vez que el veinticinco de marzo de dos mil diez le fue notificado el acuerdo emitido por el Pleno de la Comisión el once de marzo del mismo año, en el cual se le determinaba el *quantum* de la multa impuesta en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.

**DÉCIMO NOVENO.-** El veintiuno de abril de dos mil diez, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión admitieron a trámite el escrito de alcance al recurso de reconsideración interpuesto por

el C. Eduardo Osorio Traconis, con el que impugna el acuerdo de once de marzo de dos mil diez, el cual se constituyó como el mismo acto administrativo derivado de la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez.

**VIGÉSIMO.-** El veintinueve de abril de dos mil diez, los CC. Enrique Vega Martínez y Ricardo Gutiérrez Pier, apoderados del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez, presentaron recurso de reconsideración al acuerdo del once de marzo de dos mil diez, en el cual se le determinaba el *quantum* de la multa impuesta en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.

A dicho recurso de reconsideración se le asignó al momento de su presentación ante la Comisión, el número de expediente RA-077-2010.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** El treinta de abril de dos mil diez, el C. Manuel Vázquez Blanco, actuando por su propio derecho y a nombre y representación de Fresenius, presentó escritos mediante los cuales desahoga el requerimiento a que hace referencia el antecedente **DÉCIMO SÉPTIMO** anterior, presentando la información impresa contenida en los discos compactos que acompañaron a sus escritos de recurso de reconsideración.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** El treinta de abril de dos mil diez, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión admitieron a trámite el recurso de reconsideración interpuesto a nombre y en representación del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez, con el que impugna el acuerdo de once de marzo de dos mil diez, el cual se constituyó como el mismo acto administrativo derivado de la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez.

Dicho recurso fue acumulado al presentado en primer orden, esto es, al RA-019-2010. Lo anterior, al tratarse de los mismos actos reclamados, los cuales provienen del mismo expediente, se encuentran relacionados y, además, que dichos recursos tienden al mismo efecto (revocar o modificar el acto reclamado).

**VIGÉSIMO TERCERO.-** El once de mayo de dos mil diez, la Comisión dio cuenta de los escritos presentados por el C. Manuel Vázquez Blanco a que hace referencia el antecedente **VIGÉSIMO PRIMERO** anterior.

**VIGÉSIMO CUARTO.-** El trece de mayo de dos mil diez, el C. Manuel Vázquez Blanco, actuando por su propio derecho, presentó recurso de reconsideración al acuerdo del once de marzo de dos mil diez, en el cual se le determinaba el *quantum* de la multa impuesta en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.

A dicho recurso de reconsideración se le asignó al momento de su presentación ante la Comisión, el número de expediente RA-078-2010.

**VIGÉSIMO QUINTO.-** El catorce de mayo de dos mil diez, los CC. Jesús Héctor Hernández Herrera y Ericka Helga Frettlohr Meza, actuando por su propio derecho, presentaron recursos de reconsideración al acuerdo del once de marzo de dos mil diez, en el cual se les determinó el *quantum* de la multa impuesta en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.

A dicho recurso de reconsideración se les asignó al momento de su presentación ante la Comisión los números de expediente RA-079-2010 y RA-080-2010.

**VIGÉSIMO SEXTO.-** El diecisiete de mayo de dos mil diez, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión admitieron a trámite los recursos de reconsideración interpuestos por los CC. C. Manuel Vázquez Blanco, Jesús Héctor Hernández Herrera y Ericka Helga Frettlohr Meza, con el que impugna el acuerdo de once de marzo de dos mil diez, el cual se constituyó como el mismo acto administrativo derivado de la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez.

Dichos recursos fueron acumulados al presentado en primer orden, esto es, al RA-019-2010. Lo anterior, al tratarse de los mismos actos reclamados, los cuales provienen del mismo expediente, se encuentran relacionados y, además, que dichos recursos tienden al mismo efecto (confirmar, revocar o modificar el acto reclamado).

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.-** El diez de junio de dos mil diez, el Pleno de la CFC dictó la resolución que concluyó la tramitación del expediente administrativo RA-019-2010 y acumulados. Sus puntos resolutivos fueron los siguientes:

> *"Primero.- Por las razones expuestas en las consideraciones de derecho que preceden, resultan infundados, inoperantes e insuficientes los agravios esgrimidos por los recurrentes.*
>
> *Segundo.- Se confirma la resolución emitida el veintiocho de enero de dos mil diez, en el expediente 10-003-2006.*
>
> *Tercero.- Notifíquese personalmente."*

**VIGÉSIMO OCTAVO.-** Mediante escritos presentados el doce y trece[9] de julio de dos mil diez, en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, Eli Lilly, por conducto de su representante legal, y Eduardo Osorio Traconis, por su propio derecho, solicitaron el amparo y protección de la Justicia Federal en contra de, entre otras cuestiones, la resolución de diez de junio de dos mil diez, dictada en el expediente RA-019-2010 y acumulados.

[9] El trece de julio de dos mil diez, Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis presentaron un escrito mediante el cual ampliaron la demanda de amparo presentada el día anterior.

Por razón de turno, conoció de dicho amparo el Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, quien mediante auto de veintiuno de julio de dos mil diez, previa aclaración de la demanda de amparo, la admitió a trámite, quedando registrada bajo el número de expediente [redacted].

**VIGÉSIMO NOVENO.-** Mediante acuerdo de treinta y uno de agosto de dos mil diez, la Juez Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal ordenó la acumulación de, entre otros, el juicio de amparo [redacted] promovido por Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis, al juicio de garantías [redacted] en virtud de que los actos reclamados en esos expedientes guardaban identidad.

**TRIGÉSIMO.-** El veintiuno de junio de dos mil once, dentro del juicio de amparo [redacted] y acumulados, la Juez Cuarto de Distrito celebró la audiencia constitucional y dictó sentencia que terminó de engrosarse el nueve de noviembre del mismo año, concluyendo con los siguientes puntos resolutivos:

> "***PRIMERO.-*** *Se* ***SOBRESEE*** *en el presente juicio de amparo, promovido* **[...]** ***EDUARDO OSORIO TRACONIS Y ELI LILLY Y COMPAÑÍA DE MÉXICO, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE,*** *en contra de las autoridades y actos precisados en los resultandos primero, tercero, quinto, séptimo y noveno de ésta sentencia, y por las razones expuestas en el considerando segundo de éste fallo.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *La Justicia de la Unión no Ampara ni Protege a* **[...]** ***EDUARDO OSORIO TRACONIS Y ELI LILLY Y COMPAÑÍA DE MÉXICO, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE,*** *en contra de las autoridades y actos precisados en los resultandos primero, tercero, quinto, séptimo y noveno de ésta sentencia, y por las razones expuestas en el considerando quinto de éste fallo.*
>
> ***TERCERO.-*** *La Justicia de la Unión Ampara y Protege a* **[...]** ***EDUARDO OSORIO TRACONIS Y ELI LILLY Y COMPAÑÍA DE MÉXICO, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE,*** *en contra de las autoridades y actos precisados en los resultandos primero, tercero, quinto, séptimo y noveno de ésta sentencia, y por las razones expuestas en el último considerando de éste fallo.*"

**TRIGÉSIMO PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el treinta de noviembre de dos mil once, Eli Lilly, por conducto de su representante legal, y Eduardo Osorio Traconis, por su propio derecho, interpusieron recurso de revisión contra la resolución descrita en el numeral inmediato anterior, el cual fue turnado, junto con los demás recursos interpuestos contra dicha resolución, al Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito quien, previo registro del asunto con el número R.A. [redacted] lo remitió al Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (en adelante, "4°TCC"), por ser éste el competente para resolver dicho recurso.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.-** Mediante auto de dieciséis de enero de dos mil doce, el 4°TCC, atendiendo a la diversidad de recursos planteados, determinó que no era aplicable la acumulación, por lo que ordenó el desglose de los mismos y mediante acuerdo de diecisiete de enero de dos mil doce registró



* Esta información es confidencial de conformidad con lo establecido en la fracción II del artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica.

el recurso de revisión de Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis, bajo el número de expediente RA. [redacted]

**TRIGÉSIMO TERCERO.-** Mediante oficio D-581/2012, de quince de marzo de dos mil doce, el Subsecretario General de Acuerdos de la Segunda Sala de la SCJN informó al 4°TCC, que en sesión privada de catorce de marzo de dos mil doce, el ministro presidente de dicha Sala hizo suya la solicitud para conocer de diversos amparos en revisión, entre los que se encuentra el amparo en revisión [redacted] del índice del 4°TCC, por lo que le solicitó que previo estudio del análisis de todos los aspectos cuyo estudio fuera previo al fondo y de conservarse viva la materia del asunto, remitiera los expedientes a la SCJN para su análisis. De lo anterior tomó conocimiento el 4°TCC mediante proveído de veintidós de marzo de dos mil doce determinando que en su oportunidad emitiría la resolución pertinente y de conservarse viva la materia del juicio, enviaría los expedientes solicitados.

**TRIGÉSIMO CUARTO.-** El Presidente de la Segunda Sala de la SCJN ordenó registrar la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción con el número [redacted] y en sesión de doce de septiembre de dos mil doce, la Segunda Sala decidió asumir su competencia originaria para conocer de los medios de impugnación señalados, entre los que se encontraba el recurso de revisión [redacted]

**TRIGÉSIMO QUINTO.-** El treinta y uno de mayo de dos mil doce, el 4°TCC dictó sentencia en el recurso de revisión [redacted] mediante la cual resolvió:

> *"**PRIMERO.-** En lo que es competencia de este Tribunal Colegiado, se **confirma** la sentencia dictada por la juez Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal el nueve de noviembre de dos mil once, en el juicio de amparo indirecto* [redacted] *y sus acumulados* [...].
>
> ***SEGUNDO.- Se sobresee** en el juicio promovido por **Eli Lilly y Compañía de México, sociedad anónima de capital variable** y por **Eduardo Osorio Traconis**, respecto del acto reclamado consistente en la ejecución de la resolución de diez de junio de dos mil diez dictada por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia.*
>
> ***TERCERO.-** Remítanse los presentes autos al presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para lo que tenga a bien resolver en cuanto a si ejerce o no la facultad de atracción planteada."*

**TRIGÉSIMO SEXTO.-** Por acuerdo de dieciséis de octubre dos mil doce, el Ministro Presidente de la SCJN ordenó formar el toca de revisión [redacted] y determinó que la SCJN reasumiera su competencia originaria para conocer de dicho recurso, turnando el expediente a un integrante de la Segunda Sala para la elaboración del proyecto respectivo.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.-** Mediante auto del treinta y uno de octubre de dos mil trece, el Presidente de la Segunda Sala de la SCJN ordenó que ésta se avocara al conocimiento del asunto.



* Esta información es confidencial de conformidad con lo establecido en la fracción II del artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica.

**TRIGÉSIMO OCTAVO.-** El ocho de abril de dos mil quince, la Segunda Sala de la SCJN dictó sentencia en el AMPARO EN REVISIÓN, mediante la cual se concedió el amparo a Eli Lilly y a Eduardo Osorio Traconis en los siguientes términos:

"[…]

***DÉCIMO TERCERO. Concesión del amparo a la quejosa persona moral.*** ***Es fundado el concepto de violación que hace valer la quejosa persona moral, en el sentido de que la resolución reclamada es ilegal porque la autoridad responsable para imponer la sanción económica, se basó en el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, cuando la supuesta comisión de la práctica monopólica no corresponde a ese año, sino que supuestamente ocurrió de dos mil tres a dos mil seis, lo que implica que no podía aplicar el salario vigente en dos mil diez; máxime que el artículo 35, de la Ley Federal de Competencia Económica, no deja lugar a dudas de que el cálculo de las multas se debe hacer conforme al salario mínimo general vigente al momento de que se cometió la infracción y no cuando ésta se aplica.***

*Al respecto,* ***en la resolución*** *del Pleno de la Comisión Federal de Competencia,* ***de veintiocho de enero de dos mil diez, la autoridad se pronunció*** *en los términos siguientes:*

*"(…).*

*Por lo anterior, una vez considerados la totalidad de los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE y que el daño por parte de* ***Eli Lilly Y Compañía de México, S.A. de C.V.*** *al erario público superó los 95.6 (noventa y cinco punto seis) millones de pesos, con fundamento en la fracción IV del artículo 35 de la LFCE, se le impone la multa máxima prevista en dicho precepto normativo, esto es,* ***una multa por la cantidad de $21´547,500.00 M.N.*** *(veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos),* ***equivalente a trescientas setenta y cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez,*** *que es de $57.46 (cincuenta y siete pesos 46/100 M.N.) la cual corresponde al 1.12% (uno punto doce por ciento) del total de sus activos para el año dos mil cinco.*

*(…)".*

*En la resolución que constituye* ***el acto reclamado, la autoridad responsable se pronunció*** *en relación con el tema planteado en los términos siguientes:*

*"(…).*

*"5.8 Determinación de la sanción.*

***a) Eduardo Osario Traconis manifestó:***

- ***La determinación de la Comisión resulta Ilegal ya que, si a decir de ella misma, al realizar su análisis respecto a la duración de la práctica que esta lo fue de 'dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definir la duración de la práctica.' Como es que toma como referencia para imponer la sanción económica el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, que es de $57.46 ( cincuenta y siete pesos 46/100 M.N.), cuando la supuesta práctica lo fue hasta el dos mil cinco.***

[…]

*Los argumentos marcados con los incisos a), b), c) y d) en este punto* ***son infundados, debido a que el texto mismo del artículo 35 de la LFCE no deja lugar a dudas de que el cálculo de las multas se hace conforme al salario vigente al momento que se imponen.***

*Al respecto se hace notar que, atendiendo al significado común de las palabras, la fracción IV del artículo 35 no hace referencia a que el salario mínimo deba entenderse en tiempo pretérito, es*

*decir, que se aplique hacia el pasado, y en ese sentido, la multa debe cuantificarse conforme al salario mínimo que rija en el momento actual.*

*Esto tiene su lógica en la medida en que la LFCE busca que las sanciones que imponga tengan un efecto disuasivo, ante las enormes ganancias ilícitas que se reportan por la comisión de este tipo de prácticas.*

*En efecto, de haber sido ese el espíritu de la norma, expresamente se habría plasmado como sucede en otros ordenamientos legales, y al no haberse hecho así, no cabe la interpretación que alega el recurrente.*

*(...)".*

*Por otra parte, la fracción IV del artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica, aplicable al caso, es del tenor siguiente:*

*"Artículo 35. La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:*

*(...).*

*IV. Multa hasta por el equivalente a 375 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica absoluta;*

*(...)".*

*Del **contenido del artículo** antes transcrito se desprende que la Comisión Federal de Competencia podrá aplicar multa hasta por el equivalente a trescientos setenta y cinco mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica absoluta; sin embargo, **no establece si el salario mínimo es el correspondiente al momento de la comisión de la práctica monopólica absoluta o bien al momento de la emisión de la resolución en la que se sancione dicha práctica**.*

*En relación con lo anterior, conviene traer a colación lo razonado por esta Sala en el considerando séptimo de esta ejecutoria en el tema relativo al derecho administrativo sancionador.*

*En ese sentido, el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Federal, establece lo siguiente:*

*"**Artículo 14.** A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

***En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.***

*En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".*

***La disposición transcrita prevé los llamados principios de legalidad y tipicidad** que rigen en la materia penal y que **resultan aplicables a las infracciones y sanciones administrativas**, en lo que se conoce como el derecho administrativo sancionador.*

*De igual forma se apuntó en ese considerando que el Tribunal Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 4/2006 determinó en jurisprudencia, que la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, porque ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico y, por ende, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. Asimismo precisó que **en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos**, aun cuando la traslación de estos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse*

*en forma automática, porque la aplicación de dichos principios en el procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.*

*Sobre esa base, subrayó que **el principio de tipicidad junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, que se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, por lo que dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción, que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones.** Así como que la descripción legislativa de las conductas ilícitas deben ser de tal claridad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin que ello implique formular complementaciones legales que superen la interpretación de la norma, llevándolo al extremo de la creación de supuestos jurídicos para suplir sus imprecisiones.*

*Finalmente, en ese apartado se invocaron las jurisprudencias P./J. 99/2006 y P./J. 100/2006, de rubro: "DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO" y "TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS".*

*Desde esa perspectiva, conviene destacar que **en materia de derecho administrativo sancionador**, por regla general, **la norma sancionadora aplicable es la norma vigente al tiempo de producirse los hechos**. Regla que se acoge de la materia penal, considerando que entre los principios penales sustantivos se encuentra aquella, la cual puede ser trasladada sin dificultad alguna al derecho administrativo sancionador.*

*También es importante precisar que, con carácter general, la vigencia formal de las normas, esto es, el período que va desde que entran en vigor hasta que son derogadas, coincide con el de su vigencia material, es decir, el plazo que delimita los hechos a los que resultan de aplicación. Esto es así para todas las normas, sancionadoras o no.*

*Dada la anterior coincidencia, **la determinación de la norma sancionadora aplicada en cada caso**, desde una perspectiva temporal, **debe regirse por el momento en que los hechos se hayan producido**.*

*Esta regla, sin embargo, requiere de alguna aclaración. En primer lugar, **el momento que, en rigor, debe ser tenido en cuenta para la determinación de la norma aplicable, no es el de la producción de los hechos, sino el de la consumación de la infracción**.*

*Así se entiende para el Derecho Penal y así se deduce, para el Derecho Administrativo sancionador. En efecto, si solo cuando la infracción se haya consumado podrá ser objeto de sanción, es solo a partir de ese momento cuando tiene sentido preguntarse por la norma que resulta aplicable.*

***En el caso concreto se estima que la conducta colusoria fue continuada**, destacando que para apreciar la infracción continuada en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución, se exige que concurran con carácter general los siguientes requisitos:*

- ***a) Unidad de propósito.***
- ***b) Pluralidad de conductas.***
- ***c) Unidad de sujeto pasivo.***
- ***d) Violación al mismo precepto legal.***

*Precisado lo anterior, es fácil advertir lo **fundado del concepto de violación** que se analiza, ya que la autoridad responsable, para **fijar el monto de la multa reclamada, tomó en cuenta el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez**, esto es, el vigente cuando emitió la resolución de*

*veintiocho de enero de dos mil diez, lo que no es correcto, porque el aplicable es aquél vigente en la fecha de consumación de la infracción cometida.*

*Estos razonamientos conducen a **conceder el amparo solicitado para el efecto de que la autoridad responsable, deje insubsistente el acto reclamado consistente en la resolución de diez de junio de dos mil diez, emitida al resolver el recurso de reconsideración RA-019-2010 y sus acumulados, y emita otro, en el que, en primer término, reitere todos los aspectos que no son materia de esta concesión y, en segundo lugar, se ocupe respecto del argumento relativo, considerando que el salario mínimo que deberá tomar en cuenta para la cuantificación de la multa impuesta, es el correspondiente a la fecha de la consumación de la práctica monopólica absoluta, considerando** además, que al estar demostrada la conducta colusoria de manera continuada, la cual inició en dos mil tres y culminó en septiembre dos mil seis, **es el salario mínimo vigente en el último año (dos mil seis), el que deberá tomar como base para la cuantificación de la sanción**. En este apartado es importante precisar que la fecha que se anota como aquella correspondiente a la terminación de la práctica monopólica de que se trata, se tomó de la tablas correspondientes a las posturas por licitación, contenidas en el oficio de probable responsabilidad y transcritas en esta ejecutoria; de las que se advierte por lo menos, el mes y año en que la práctica monopólica concluyó según los precios ofertados por la quejosa.*

*En este apartado es importante subrayar **que la concesión del amparo se limita al cálculo de la multa, en cuanto al salario mínimo que se debe observar; y de ningún modo incluye cualquier otro aspecto** de los actos reclamados, los que se entienden legales y firmes, en virtud de que el análisis que llevó a cabo esta Segunda Sala no dejó lugar a dudas de que la quejosa incurrió en la práctica monopólica absoluta de que se trata, y que ésta quedó demostrada en los términos ya estudiados.*

*DÉCIMO CUARTO. Concesión del amparo al quejoso persona física. En relación con la sanción impuesta al quejoso persona física, esta Segunda Sala considera que son fundados los argumentos resumidos en los números diecisiete y dieciocho de la síntesis correspondiente, en los cuales plantea sustancialmente, que la sanción impuesta es violatoria de derechos fundamentales, porque la resolución reclamada adolece de vicios de fundamentación y motivación, en virtud de que la autoridad no acreditó ni motivó que hubiera participado directa o indirectamente en la fijación de posturas; que quedó demostrado que no tenía facultades para determinar el precio en las licitaciones en las que participaba Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable, y que los requisitos previstos en el artículo 36, de la Ley Federal de Competencia Económica, no fueron debidamente razonados por la autoridad, ya que se dedicó a expresar cuestiones inherentes a la persona moral referida.*

*Para dar sentido a tal aseveración es indispensable, en primer lugar, traer a cuenta el texto del artículo 3º de la Ley Federal de Competencia Económica, que establece:*

> *"Artículo 3o. Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica".*

*De la simple lectura del precepto transcrito es posible extraer que el contenido de dicho ordenamiento se proyecta al ámbito de personas físicas y morales, dependencias o entidades de la administración pública en cualquier nivel de gobierno, o asociaciones, agrupaciones de profesionistas o fideicomisos, como agentes económicos, así como a cualquier otra forma de participación en la actividad económica.*

*Así visto, tratándose de personas físicas, la extensión normativa de la citada Ley pareciera circunscribirse a la dinámica exclusiva del desarrollo de una actividad de esas características, de modo tal que bajo*

*cualquier modo trascienda en el proceso de competencia y libre concurrencia; como objeto de protección del propio ordenamiento.*[10]

*Sin embargo, el entendimiento funcional y lógico del propio ordenamiento muestra que junto al reconocimiento cierto de ese principal extremo, su contenido, en el caso de las personas físicas, también alcanza, en algunos supuestos, a la dimensión individual de éstas, como integrantes de aquellos entes ficción.*

*Esto porque, como no podría ser de otra manera, precisamente a propósito de esa caracterización de ficción jurídica, la ejecución de la actividad económica de las personas morales se realiza a través de individuos; de ahí que su actuar, en el plano personal, también sea objeto de regulación en ciertas hipótesis.*

*Trasladado al caso, resulta entonces posible asegurar que, en lo que aquí importa, las conductas ahí estructuradas como infracciones (en este caso vinculadas con prácticas monopólicas absolutas) no solo incide en el esquema o dinámica de las personas morales, como agentes económicos típicos, sino que se extiende también hacia los individuos que las integran.*

*Es decir, que el legislador construyó un reducto específico de responsabilidad para las personas físicas que, bajo ciertas condiciones normativas especiales, participaran en la configuración de prácticas monopólicas absolutas, reprochadas en principio a los entes ficción.*

*Esa apreciación coincide con la exposición de motivos que en relación con tal ordenamiento, en su vigencia correspondiente, fue presentada por el Ejecutivo Federal el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos, donde en lo relativo a las sanciones se puntualizó, en lo que interesa, que:*

> *"En materia de sanciones, se prevé que éstas sean de tal magnitud que tengan un verdadero efecto disuasivo y minimice los incentivos a infringir la ley. Cabe mencionar que, si bien las sanciones pecuniarias aquí propuestas son mayores que las establecidas por otros ordenamientos, esto es justificable en virtud de que las ganancias monetarias de llevar a cabo prácticas monopólicas son, en general, extremadamente altas, de manera que si la sanción pecuniaria fuera pequeña, no se aplacarían las tendencias a infringir la ley, mientras que el daño provocado a la sociedad puede ser enorme.*
>
> *Las prácticas absolutas tienen un efecto generalizado sobre el mercado. Por ello, y por su gravedad, se prevé que cualquier persona pueda denunciar ante la Comisión la existencia de dichas prácticas.*
>
> *Respecto a las prácticas monopólicas relativas se prevé que solamente el afectado pueda denunciar dicha situación, ya que éstas pueden ser difíciles de identificar, y sus efectos negativos no siempre son aparentes.*
>
> *Las sanciones previstas, tanto para las prácticas monopólicas como para las concentraciones, se aplicarían no sólo a las empresas sino también a los administradores responsables de dichas prácticas, de manera que los individuos, en general, tengan pocos incentivos personales para infringir la ley".*

*Así, en el caso, como se dijo, la responsabilidad cuestionada se diseñó desde la conducta prevista en el artículo 9, fracción IV, de la Ley Federal de la Competencia Económica, en relación con lo dispuesto en el diverso artículo 35, fracción VII, del propio ordenamiento.*[11]

---

[10] La nota al pie de página de la sentencia AMPARO EN REVISIÓN señala lo siguiente: "***Artículo 2o.*** *Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.*"

[11] La nota al pie de página de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN señaló lo siguiente: "***Artículo 9o.*** *Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:*

*De la intelección conjunta de los preceptos reproducidos en esta ejecutoria, se extrae que la actualización de la responsabilidad que en este caso se pregona para las personas físicas, como integrantes de una persona moral, se constituye a partir de los elementos consistentes en:*

*a) La existencia de una práctica monopólica absoluta.*

*b) La participación directa del individuo en la conformación de esa conducta ya en representación o bien por cuenta y orden de la persona moral involucrada.*

***Se trata de la previsión de un modelo de responsabilidad que presupone un medio de participación en la ejecución de una infracción autónoma a la que se vincula, y con la que a pesar de ello guarda diferencias configurativas.***

*Dicho de otra manera, en lo que aquí importa, **las conductas sancionables que el legislador decidió reservar para el ámbito de actuación de las personas físicas vinculadas con determinada empresa son aquellas que involucran una manera de participación específica en la ejecución de prácticas monopólicas absolutas, cuya actualización, aun cuando depende de la verificación de éstas, adquiere una dimensión distinta en cuanto a su extensión y medios de comprobación.***

*Esto es así porque, como se veía, si bien la demostrada existencia de una práctica monopólica absoluta, en cualquiera de sus formas, constituye el punto de partida de la responsabilidad que puede alcanzar a las personas físicas, también lo es que no es ésta, en lo individual, lo que en ese plano la Ley reprocha a tales sujetos, **sino más bien su participación directa en la ejecución con base en condiciones especiales**; de ahí que la verificación de su actualización o no debe atravesar por la necesaria atención de medios de convicción específicos, exclusivos para ese ámbito, que no necesariamente coinciden con los que pueden llevar a la comprobación de la práctica monopólica y viceversa.*

*Asimismo, importa destacar que, en este caso, la responsabilidad de las personas físicas se contempla desde el diseño de un sistema sancionatorio abierto, que en principio involucra cualquier forma de intervención en la realización de prácticas monopólicas absolutas (como pudiera ser, por ejemplo, preparación, inducción, autoría, gestión, auxilio, etc.) y desde cualquier tipo de exteriorización (orden, previo acuerdo, realización conjunta, etc.) que tampoco se condiciona a un elemento de finalidad y resultado, **pero que se antepone siempre, se insiste, a la presencia de un modelo de ejecución bien puntual, al que se denomina participación directa y que únicamente surge a partir de la indispensable demostración de dos posibles hipótesis, a saber: que sea en representación o por cuenta y orden de la persona moral involucrada.***

*Sobre ese particular, siguiendo la intención plasmada en los trabajos legislativos ya referidos, la configuración normativa de esos supuestos parece ubicar y sancionar cualquier tipo de actuación individual que finalmente repercuta en la existencia de una práctica monopólica absoluta.*

*Ello porque, bajo ese modelo, el primero de tales medios de ejecución (relativo al actuar en representación de la persona moral) alcanza cualquier acto desplegado por una persona física que por cuenta propia, y con independencia de la magnitud o relevancia de las facultades legales u operacionales con que cuenta o no, participa en la materialización de una práctica monopólica absoluta ostentando, ya sea real o supuestamente, la representación de la empresa moral involucrada.*

---

*(...).*
*IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas."*
*"**Artículo 35**. La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:*
*(...).*
*VII. Multa hasta por el equivalente a siete mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, a los individuos que participen directamente en prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, en representación o por cuenta y orden de personas morales."*

*En ese sentido la representación que en este caso conforma la responsabilidad de las personas físicas no se refiere al contenido jurídico que de ese concepto se asume tradicionalmente en el ámbito normativo (de modo que el sujeto activo necesariamente coincida con quien legalmente representa total o parcialmente a una determinada empresa), sino que más bien tiene que ver con que en la ejecución de los actos que trascienden a la existencia de la práctica sancionada se actualiza a nombre de aquella (sea que se cuente o no con facultades).*

*En cambio, el segundo caso* ***(relativo al actuar por cuenta y orden de la persona moral) se traduce en la exteriorización de cualquier acto realizado por una persona física que con independencia de la magnitud o relevancia de las facultades legales u operacionales con que cuenta o no, participa en la materialización de una práctica monopólica absoluta por voluntad y orden de la empresa involucrada.***

*Es decir, en este supuesto,* ***el sujeto partícipe ejecuta sus actos en cumplimiento de una orden por parte de quien legal y funcionalmente se encuentra en esa posibilidad en el esquema de la persona moral, en cuenta de quien se actúa.***

*Pues bien, el conocimiento de los rasgos distintivos alrededor de la responsabilidad que en el ámbito personal pueden incurrir las personas físicas en el marco de la Ley Federal de la Competencia Económica, junto a la intensa diferenciación configurativa de los supuestos normativos de los que en este caso se sirvió la autoridad para tener por acreditada aquella, sirve para entender que* ***con el ánimo de colmar la motivación exigida por el orden constitucional, entre otros principios de necesaria observancia, resultaba indispensable que la autoridad sancionadora evocara razones suficientes que permitieran evidenciar****, en función de lo acertado o no del fallo recurrido, lo siguiente:*

*a)* ***La existencia de una práctica monopólica absoluta.***

*b)* ***En cuál de las hipótesis (medios de ejecución) de participación directa se ubicaba la persona física responsable en relación con dicha práctica y, a partir de ahí;***

*c)* ***Cómo y con qué pruebas se verificaba la existencia de esa hipótesis.***

***En el caso, esta Segunda Sala no encuentra que tales condiciones se hayan satisfecho en su totalidad****, pues es cierto que, como se resolvió en los considerandos que anteceden la persona moral Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable,* ***con quien laboralmente se encontraba relacionado el quejoso persona física,*** *incurrió en una práctica monopólica absoluta, lo que vendría a evidenciar el punto de base en la integración de la responsabilidad atribuida a ésta como persona física.*

*Asimismo, que también es verdad que el Pleno de la Comisión Federal de Competencia identificó formalmente el supuesto de responsabilidad imputado a la quejosa responsable, evocando para ello, como ya se decía, el contenido de la fracción IV, de la Ley Federal de la Competencia Económica, en relación con lo dispuesto en el diverso artículo 35, fracción VII.*

*Y finalmente, puntualizó las pruebas que a su entender justificaban la materialización de ese supuesto.*

*Sin embargo, y es aquí donde descansa la presencia del vicio anunciado, lo cierto es que* ***la base considerativa desde donde se construyeron esas premisas no logra agotar la substancia de los supuestos que dan cimiento a la existencia de la responsabilidad en comento, particularmente por cuanto hace a las condiciones antes marcadas en los incisos b) y c).***

***Esa afirmación deriva del hecho*** *de que a lo largo de la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, confirmada por la diversa reclamada en el juicio de amparo, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia* ***delimitó la responsabilidad*** *atribuida a Eduardo Osorio Traconis a partir de su participación directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta* ***sobre la base de un actuar por cuenta y orden*** *de la persona moral involucrada.*

***Siendo esa la ubicación normativa elegida por dicha autoridad*** *y a pesar de que, como ya se anunciaba, en el caso no hay duda acerca de la existencia de una práctica monopólica absoluta,* ***correspondía a ésta exponer razonamientos que justificaran que la exteriorización de los actos reprochados a la persona***

***física**, dentro de la conformación de dicha práctica, **se había realizado en cumplimiento voluntario a una orden por parte de quien legal y funcionalmente se encontraba en esa posibilidad dentro del esquema de la empresa respectiva, en cuenta de quien se había actuado**.*

*No obstante, contrario a esa exigencia, la autoridad simplemente limitó sus consideraciones a identificar la forma (que no el medio de ejecución) en que bajo su visión ello había ocurrido, al señalar una y otra vez que la responsabilidad reprochada a dicha persona derivaba de su participación directa en la conformación de la práctica monopólica absoluta acreditada, específicamente al haber servido de conducto para su realización, sin evocar argumentos que llevaran a justificar que esa supuesta actuación se había realizado en virtud del medio de ejecución que en este caso sanciona la Ley, es decir por orden y cuenta de la empresa con que se vinculaba; así como por el hecho de que la persona física quejosa tenía dentro de sus facultades en esa empresa, la de determinar directa o indirectamente el precio de los medicamentos, pues estaba a su cargo el área encargada de los procesos licitatorios y de adquisiciones en instituciones de gobierno.*

*Efectivamente, **la autoridad sólo aludió de manera reiterada que tal extremo se actualizaba** con el hecho de que Eduardo Osorio Traconis **hubiera servido de medio de comunicación** entre otros sujetos de empresas competidoras involucradas, concretamente a **través de la pertenencia y asistencia a las sesiones de la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica, así como a la Comisión de Abasto al Sector Público de esa propia Cámara, y a la circunstancia de que entre ellos se hubieran realizado diversas llamadas telefónicas y porque tenía dentro de sus facultades en esa empresa, la de determinar directa o indirectamente el precio de los medicamentos, pues estaba a su cargo el área encargada de los procesos licitatorios y de adquisiciones en instituciones de gobierno**.*

*Corrobora esa situación el hecho de que en la resolución sancionatoria de veintiocho de enero de dos mil diez, confirmada a través del recurso de reconsideración reclamado, la autoridad responsable tuvo por acreditada la responsabilidad atribuida a las personas físicas desde las siguientes ideas:*

"[...]

*En virtud de todos los elementos hasta aquí expuestos* [relativos a la asistencia a la CANIFARMA y a las llamadas telefónicas realizadas por las personas físicas sancionadas] *y del hecho que ninguno de ellos negó que existiera comunicación entre ellos, lo que constituye una confesión expresa en términos del artículo 95 del CFPC y tiene valor pleno en su contra de acuerdo con los artículos 96, 197 y 200 del mismo ordenamiento legal, **esta Comisión considera que los representantes de las empresas emplazadas se conocen entre ellos y tuvieron comunicación constante durante el periodo investigado, independientemente de que los mismos estuviesen ocupando o no cargos dentro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA**, tal y como lo demuestran los reportes de llamadas de las emplazadas.*

***Dados los cargos dentro de sus respectivas empresas, dichos representantes estaban directamente involucrados en los procesos de licitaciones del Gobierno** (lo cual se demuestra además por su pertenencia a una Comisión de Abasto dentro de la CANIFARMA, cuyos objetivos eran precisamente los relacionados a las licitaciones del sector salud) **y tenían facultades en la mayoría de los casos para influir en la determinación sobre los precios dentro de las posturas de cada empresa**.*

*(...)".*

*Empero, **más allá de la validez o no de esas consideraciones, y de la existencia de la práctica monopólica absoluta, lo cierto es que, se insiste, con dichos razonamientos**, que fueran confirmados en su oportunidad en la resolución reclamada, **la autoridad no justificó de modo alguno que la presencia del proceder controvertido a las personas físicas involucradas** (en su actuar como conducto de comunicación o si se quiere facilitador) **se hubiera desarrollado a partir del cumplimiento a una orden de determinada***

*empresa, en nombre de quien se actuaba, siendo precisamente ese nexo el que tenía que indefectiblemente tenía que justificarse.*

*Esa deficiencia, como también se decía, igualmente repercutió de manera negativa en el escenario probatorio, porque, como se ve, la descripción y valoración de los medios convicción que llevaron a la autoridad a tener por configurada la responsabilidad en el caso (concretamente por cuanto hace a la asistencia a las sesiones de la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica; la pertenencia a la Comisión de Abasto al Sector Público de esa propia Cámara; el reconocimiento de las facultades de la persona física para determinar, directa o indirectamente, las posturas con las que tales empresas participarían en las licitaciones del sector público, y las listas las llamadas telefónicas suscitadas entre tales personas físicas en periodos de tiempo cercano a las fechas en que estaba planeada la entrega y apertura de los sobres con las propuestas correspondientes) alcanza, si acaso, a la demostración de la práctica monopólica absoluta sancionada, así como a la injerencia de la quejosa en su materialización (como medio de comunicación) pero no revela, en automático, la existencia de su participación a través del medio de ejecución que necesariamente condiciona la responsabilidad (que se hubiera realizado por cuenta y orden de).*

*Ello porque, se insiste, si para el ámbito de la persona física la responsabilidad atribuida deriva de su participación directa, por cuenta y orden de la persona moral, en la realización de conductas monopólicas, tocaba a la autoridad detallar cómo con esos elementos probatorios se demostraba esa condición y porqué, en el caso, para esos efectos, era indispensable la integración de pruebas indirectas, lo que no sucedió.*

*Nunca mejor el cúmulo probatorio y su valoración, junto a las consideraciones que se estimaron dables, realmente sirvió para entender demostrada, en una parte, la existencia de la realización de la práctica monopólica atribuida a la persona moral investigada (consistente en establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas), pero no para el acreditamiento de la participación directa de la quejosa, ya fuera en representación o por cuenta y orden de la persona moral.*

*En ese sentido, con la existencia de lo que la autoridad identificó como canales de comunicación, caracterizado por la comunicación existente entre las personas físicas a partir de las asistencias y llamadas señaladas, no se alcanza a explicar, hasta este momento, el vínculo de intervención central que exige el supuesto normativo (en representación o por cuenta y orden) más allá de lo que pueda o no suceder respecto de la persona moral respectiva, al tratarse, como se dijo en otra parte de este estudio, de hipótesis de responsabilidad distintas.*

[...]

*En consecuencia, ante la clara existencia de tales vicios, lo que se impone es conceder el amparo solicitado para el único efecto de que la autoridad responsable, en la instancia relativa al recurso de reconsideración emita otra resolución atendiendo a las consideraciones anotadas hasta este punto; lo que deberá realizar con la libertad propia de sus facultades.*

*Concretamente para que, en su caso, al delimitar la existencia o no de la responsabilidad atribuida a Eduardo Osorio Traconis, conduzca su análisis sobre la base exclusiva de los elementos que marca la Ley Federal de Competencia Económica para su surgimiento, principalmente en lo que hace a la demostración del medio de ejecución que se sanciona, sin poder incluir otras calificaciones ajenas, lo que, además, deberá estar también corroborado y justificado con los elementos probatorios insertos al procedimiento.*

*En consecuencia, al haber resultado infundados en parte y, fundados en otra, los conceptos de violación aducidos, lo procedente es conceder el amparo y protección de la justicia federal, en los términos especificados en la parte final de los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de esta ejecutoria*

*Por lo expuesto y fundado, se resuelve:*

> ***PRIMERO.*** *Se confirma la sentencia recurrida.*
>
> ***SEGUNDO.*** *La Justicia de la Unión no ampara ni protege a Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable y Eduardo Osario Traconis, en contra de los artículos 9, fracción IV, y 30, párrafo quinto, de la Ley Federal de Competencia Económica.*
>
> ***TERCERO.*** *La Justicia de la Unión ampara y protege a Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable y Eduardo Osorio Traconis, en contra de la resolución de diez de junio de dos mil diez, emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia, para los efectos precisados en la parte final de los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de esta ejecutoria* [énfasis añadido]."[12]

En ese sentido, el Pleno de esta COFECE, en cumplimiento a lo ordenado por la Segunda Sala de la SCJN, emite la presente resolución acorde con las siguientes:

## CONSIDERACIONES DE DERECHO:

**PRIMERA.-** El Pleno de la COFECE es autoridad competente para resolver el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto por los artículos citados en el proemio de la presente resolución.

**SEGUNDA.-** En cumplimiento a lo señalado en la sentencia de ocho de abril de dos mil quince, dictada en los autos del AMPARO EN REVISIÓN por la Segunda Sala de la SCJN, se deja insubsistente la resolución de diez de junio de dos mil diez, dictada por el extinto Pleno de la CFC en el expediente RA-019-2010 y acumulados, únicamente en lo que se refiere a Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis, a cuyo recurso le fue asignado el número RA-022-2010 y se *"emita otro"*.[13]

**TERCERA.-** En cumplimiento a lo señalado en la sentencia de ocho de abril de dos mil quince, dictada en los autos del AMPARO EN REVISIÓN por la Segunda Sala de la SCJN, se reiteran "[…] *todos los aspectos que no son materia de esta concesión* […]" en virtud de que: "[…] *la concesión del amparo se limita al cálculo de la multa, en cuanto al salario mínimo que se debe observar; y de ningún modo incluye cualquier otro aspecto de los actos reclamados, los que se entienden legales y firmes, en virtud de que el análisis que llevó a cabo esta Segunda Sala no dejó lugar a dudas de que la quejosa incurrió en la práctica monopólica absoluta de que se trata, y que ésta quedó demostrada* […]".[14]

---

[12] Páginas 275 a 307 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

[13] La Segunda Sala de la SCJN ordenó dejar insubsistente la resolución dictada en el expediente RA-019-2010 y acumulados en lo que se refiere a Eli Lilly, al tenor de lo siguiente: *"Estos razonamientos conducen a* ***conceder el amparo solicitado para el efecto de que la autoridad responsable, deje insubsistente el acto reclamado*** *consistente en la resolución de diez de junio de dos mil diez, emitida al resolver el recurso de reconsideración RA-019-2010 y sus acumulados* ***y emita otro,*** *en el que* […] [énfasis Añadido]"; visible a página 282 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN. Asimismo la Segunda Sala de la SCJN ordenó dejar insubsistente la resolución dictada en el expediente RA-019-2010 y acumulados en lo que se refiere a Eduardo Osorio Traconis al tenor de lo siguiente: *"En consecuencia, ante la clara existencia de tales vicios, lo que se impone es* ***conceder el amparo solicitado para el único efecto de que la autoridad responsable, en la instancia relativa al recurso de reconsideración emita otra resolución*** *atendiendo a las consideraciones anotadas hasta este punto*[…] [Énfasis Añadido]"; visible a página 306 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

[14] La Segunda Sala de la SCJN ordenó emitir otra resolución en el expediente RA-019-2010 y acumulados respecto a Eli Lilly, al tenor de lo siguiente: "[…] *y* ***emita otro, en el que, en primer término, reitere todos los aspectos que no son materia de esta concesión y, en segundo lugar, se ocupe respecto del argumento relativo,*** *considerando que el salario mínimo que deberá tomar en cuenta para*

En este sentido, se señala que en términos de lo establecido por el artículo 76[15] de la "*Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*"[16] todo lo que se reitera en la presente consideración de derecho de la diversa resolución de diez de junio de dos mil diez, sólo debe entenderse respecto de Eli Lilly; lo anterior toda vez que: (i) la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN se emitió únicamente respecto de Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis,[17] por lo que de ningún modo lo establecido en esta resolución puede considerarse como un acto diverso para ninguno de los otros agentes económicos o personas sancionadas, para quienes la resolución del AMPARO EN REVISIÓN no surte efectos y por lo tanto, tampoco la presente resolución; y (ii) la orden de reiteración establecida en el AMPARO EN REVISIÓN se emitió únicamente respecto de Eli Lilly, por lo que de ningún modo lo establecido en la presente consideración de derecho puede considerarse como un acto diverso para Eduardo Osorio Traconis, para quien el considerando décimo tercero titulado "*Concesión del amparo a la quejosa persona moral*" de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN no surte efectos y por lo tanto, tampoco la presente consideración de derecho.

Establecido lo anterior, **sólo para efectos de Eli Lilly**, se reiteran todos los aspectos que no son materia de la concesión del amparo al tenor de lo siguiente:

En la presente resolución se estudian los agravios expuestos por todos los recurrentes.

---

*la cuantificación de la multa impuesta, es el correspondiente a la fecha de la consumación de la práctica monopólica absoluta, **considerando** además, que al estar demostrada la conducta colusoria de manera continuada, la cual inició en dos mil tres y culminó en septiembre dos mil seis, **es el salario mínimo vigente en el último año (dos mil seis), el que deberá tomar como base para la cuantificación de la sanción**.* [...] *es importante subrayar que **la concesión del amparo se limita al cálculo de la multa, en cuanto al salario mínimo que se debe observar; y de ningún modo incluye cualquier otro aspecto de los actos reclamados, los que se entienden legales y firmes**, en virtud de que **el análisis que llevó a cabo esta Segunda Sala no dejó lugar a dudas de que la quejosa incurrió en la práctica monopólica absoluta** de que se trata, y que ésta quedó demostrada en los términos ya estudiados* [énfasis añadido]" visible a páginas 282 y 283 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

[15] Dicho artículo señala: "*Artículo 76.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare*".

[16] Publicada en el DOF el diez de enero de mil novecientos treinta y seis, aplicable con su reforma del diecisiete de junio de dos mil nueve, de conformidad con lo señalado por la Segunda Sala en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN: "*Cabe aclarar, que por lo que hace a la aplicación de la Ley de Amparo vigente hasta el día dos de abril de dos mil trece, ello obedece a que en el artículo tercero transitorio de la Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el dos de abril de dos mil trece, que entró en vigor el tres del mismo mes y año, se precisó que los juicios de amparo iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, "continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio". Por tanto, si el juicio de amparo del cual deriva el presente recurso de revisión se tramitó como consecuencia de la demanda de amparo presentada el doce de julio de dos mil diez, es claro que debe resolverse conforme a lo previsto en la Ley de Amparo vigente hasta el dos de abril de dos mil trece.*"; visible a página 36 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

[17] Dicha sentencia resolvió conceder el amparo y protección de la Justicia de la Unión únicamente a Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis al tenor del siguiente resolutivo: "***TERCERO.** La Justicia de la Unión ampara y protege a Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable y Eduardo Osorio Traconis, en contra de la resolución de diez de junio de dos mil diez, emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia, para los efectos precisados en la parte final de los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de esta ejecutoria*"; visible a foja 307 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

En este sentido, la Comisión advierte que los recurrentes alegan conceptos de agravio diversos en sus escritos de recurso, por lo que se procederá al estudio de sus alegaciones de manera temática, las cuales se agruparon de la siguiente manera: la investigación; la práctica monopólica absoluta imputada en la resolución; la resolución al procedimiento seguido en forma de juicio; las pruebas para la acreditación de la práctica monopólica absoluta y las sanciones.

Además, se aclara que en el estudio que se realiza en la presente resolución no se transcriben literalmente los conceptos de agravio que exponen, ni se atiende al estricto orden expuesto por los recurrentes, toda vez que éstos se han agrupado conceptualmente con objeto de exponer de mejor manera las líneas de argumentación y facilitar la lectura de la presente resolución.

Lo anterior, es posible dado que, de conformidad con los criterios jurisprudenciales de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al realizar el estudio de los agravios, la autoridad no está obligada de manera predeterminada a la forma o estructura en que se presenten los conceptos de agravio, ya que lo importante es que se examinen todos y cada uno de los puntos controvertidos. Sirven de apoyo, de manera analógica las tesis de jurisprudencia y asiladas que a continuación se citan:

> **AGRAVIOS, EXAMEN DE LOS.** Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos puede causarse por la sola circunstancia de que los agravios se hayan estudiado en su conjunto, esto es, englobándolos todos ellos, para su análisis, en diversos grupos. Ha de admitirse que lo que interesa no es precisamente la forma como los agravios sean examinados, en su conjunto, separando todos los expuestos en distintos grupos o bien uno por uno y en el propio orden de su exposición o en orden diverso, etcétera; lo que importa es el dato sustancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, cualquiera que sea la forma que al efecto se elija. No. Registro: 241,958. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 48 Cuarta Parte. Tesis. Página: 15. Genealogía: Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 26, página 70.

> **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS.** El hecho de que el Juez Federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposiciones de la Ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha omisión no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma. No. Registro: 196,477. Jurisprudencia. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VII, Abril de 1998. Tesis: VI.2o. J/129. Página: 599.

> **AGRAVIOS. LA FALTA DE TRANSCRIPCION DE LOS MISMOS EN LA SENTENCIA, NO CONSTITUYE VIOLACION DE GARANTIAS.** El hecho de que la sala responsable no haya transcrito los agravios que el quejoso hizo valer en apelación, ello no implica en manera alguna que tal circunstancia sea violatoria de garantías, ya que no existe disposición alguna en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que obligue a la sala a transcribir o sintetizar los agravios expuestos por la parte apelante, y el artículo 81 de éste solamente exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas, contestaciones, y con las demás pretensiones deducidas en el juicio, condenando o absolviendo al demandado, así como decidiendo todos los puntos litigiosos sujetos

a debate. No. Registro: 214,290. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. XII, Noviembre de 1993. Tesis. Página: 288.

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

Expuesto lo anterior, a continuación se exponen los agravios vertidos por los recurrentes en su escrito de recurso de reconsideración, así como la contestación que la Comisión desarrolla para los mismos:

## 1. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1 VICIOS PROCESALES EN EL ACUERDO DE INICIO

**BAXTER**

**a) En términos del artículo 31 de la LFCE la Comisión sólo podrá requerir información "relevante" en el curso de sus investigaciones. Tal carácter de relevancia está íntimamente relacionado con una correcta definición del mercado relevante, sin la cual no es posible determinar qué información resulta relevante para la investigación.**

**Por lo tanto, es incorrecta la conclusión visible a fojas 96 en adelante, en el sentido de que no estaba obligada a aplicar al caso concreto el artículo 12 de la LFCE, ni definir un mercado relevante que incluya productos sustitutos y excluya los que no lo son.**

**Ello en virtud de que los criterios establecidos en el artículo 12 de la LFCE: i) la sustitución de los bienes o servicios; ii) los costos de distribución e insumos del bien mismo; iii) los costos o probabilidades con que cuentan los consumidores para acudir a otros mercados y iv) las restricciones normativas federales, locales o internacionales, son indispensables para definir el carácter real de competidor de los agentes investigados y eventualmente emplazados, así como para delimitar el marco de investigación "relevante", en una interpretación integral de la LFCE.**

El agravio anterior resulta **inoperante,** en relación a que esta autoridad sólo puede requerir información relevante, adjetivo que está íntimamente relacionado con una correcta definición del mercado relevante, y que al carecer de la segunda, la primera es imposible de ser determinada. Lo anterior es inoperante porque lo planteado en el presente agravio es novedoso en razón de que Baxter

introduce elementos de análisis que no hizo valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN",*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, el agravio anterior resulta también **inoperante**, en tanto que reitera argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE**", contenido a fojas 93 a 104 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- El artículo 12 de la LFCE no es aplicable al caso que nos ocupa, por tratarse de un procedimiento por la probable responsabilidad de la violación al artículo 9°, fracción IV, de la LFCE.
- Para la actualización de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, no se exige la determinación del mercado relevante en términos del artículo 12 de la LFCE como lo sostienen los emplazados y que sí se debe tomar en cuenta para el caso de que se investigue la comisión de prácticas monopólicas relativas, se determine si una concentración debe ser impugnada o sancionada, deba resolverse sobre condiciones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, o cuando la Comisión deba emitir opinión, autorización, o cualquier otra resolución en el otorgamiento de concesiones, permisos, cesiones venta de acciones de empresas concesionarias o permisionarias u otras cuestiones análogas, de conformidad con los artículo 10, 18, 33 bis y 33 bis 1 de la LFCE.
- En tratándose de prácticas monopólicas absolutas basta con ubicar la existencia de los siguientes elementos:

  1.- Dos o más agentes económicos competidores entre sí.

  2.- Que dichos agentes económicos contraten, convengan, arreglen o se combinen entre sí.

  3.- Para establecer, concertar o coordinar posturas o abstenerse en alguna licitación, concurso o almoneda pública.

- No es obligatorio analizar el artículo 12 de la LFCE en la investigación de prácticas monopólicas absolutas. Si así lo fuera, la ley lo habría establecido expresamente, tal y como se hizo en los casos a que se ha hecho referencia previamente; y al no haberlo hecho así, esta autoridad solamente está obligada a analizar los supuestos contenidos exclusivamente en el artículo 9° anteriormente mencionados.

- En el caso que nos ocupa, existen catorce agentes económicos probablemente responsables, unos son las empresas farmacéuticas y otros sus empleados o ex-empleados. Los agentes económicos emplazados realizaron presuntivamente contratos, convenios, arreglos o combinaciones con el objeto y efecto de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones públicas realizadas por el IMSS y respecto de dos grupos de medicamentos conforme a los grupos de empresas que concurren en cada uno de estos. En el primer grupo (insulina humana) concurren Cryopharma, Eli Lilly, Pisa y Probiomed. En el segundo grupo (soluciones electrolíticas y sueros, entre los cuales se encuentran agua inyectable, cloruro de sodio, cloruro de sodio y glucosa, glucosa y solución Hartmann) concurren Baxter, Fresenius y Pisa.
- Por tanto, se cumple con los supuestos previstos en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, sin que sea necesario determinar el mercado relevante en términos del artículo 12 de la LFCE, ya que, como se explicó, no es un requisito previsto para la actualización de las conductas ahí plasmadas.
- Por otro lado, en términos del artículo 30 de la LFCE el Secretario Ejecutivo debe publicar en el DOF un extracto del acuerdo de inicio de la investigación, el cual contendrá, cuando menos, la probable violación a investigar y el mercado en el que se realiza, con la finalidad de que cualquier persona pueda coadyuvar en dicha investigación.
- De dicho precepto normativo se desprende que la Comisión únicamente debe señalar el mercado en que se realiza la práctica. El extracto del acuerdo de inicio de la investigación del expediente al rubro citado cumplió con lo previsto en el artículo 30 de la LFCE.
- En términos económicos y conforme al marco jurídico aplicable, para identificar el mercado donde pueden llevarse a cabo las prácticas monopólicas absolutas, es necesario realizar un análisis que identifique a los agentes económicos y los productos ofertados por éstos, con la finalidad de determinar si efectivamente son competidores entre sí.
- Lo anterior, toda vez que una práctica monopólica absoluta se refiere a aquellos actos que de manera ilícita realizan conjuntamente agentes económicos competidores entre sí que cuentan con la capacidad de producir un bien o servicio y, efectivamente, coinciden al momento de ofertarlo dentro de uno o varios mercados, en los términos establecidos por el artículo 9° de la LFCE.
- Tal es la connotación que la LFCE hace al referirse a un *"acuerdo entre agentes económicos competidores entre sí"*. Es decir, los parámetros en los que se debe coincidir para determinar el mercado de una práctica monopólica absoluta exigen una correspondencia entre el bien o servicio ofertado, los agentes económicos involucrados y el mercado o segmento de mercado en el que ofertan dichos bienes.
- Por su parte, el análisis sobre la sustitución de bienes o productos, tiende a evaluar los alcances que tiene la oferta de un bien o servicio y el impacto que genera en la demanda de un determinado mercado o, en su caso, en qué medida influye sobre otros mercados.
- En el estudio de las prácticas monopólicas absolutas no es necesario agotar dicho requisito legal y económico al momento de evaluar si dos o más agentes económicos son competidores entre sí con el objetivo de determinar el mercado a investigar, ya que basta con acreditar que

efectivamente los agentes económicos producen el mismo bien y se encuentran ofertándolo en el mismo mercado o segmento de mercado.

- Resulta inaplicable realizar un análisis exhaustivo en términos del artículo 12 de la LFCE respecto al mercado relevante, con el fin de determinar si los agentes económicos son competidores entre sí, y así confirmar la correspondencia y la existencia de la identidad entre el mercado investigado en una práctica monopólica absoluta y el mercado relevante conforme al análisis del dispositivo normativo citado.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan; es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Resulta aplicable la siguiente jurisprudencia de tesis emitida por el Poder Judicial de la Federación, misma que a su letra se reproduce:

> **AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA.** Si en los agravios hechos valer en el recurso de revisión fiscal no se hace sino reproducir los alegatos, los cuales ya han sido examinados en la sentencia impugnada y han sido declarados sin fundamento para decretar la nulidad de una resolución, y la inconforme se olvida de combatir las consideraciones que tuvo en cuenta la Sala Regional para sostener la validez de la resolución con la que culminó el recurso de inconformidad, dicho agravio resulta inoperante, en virtud de que el mismo no reúne los requisitos que la técnica jurídico-procesal señala para tal efecto, porque por una parte, en la revisión fiscal no se debe estudiar si la resolución motivo del juicio contencioso-administrativo estuvo bien o mal dictada, sino si los fundamentos de la sentencia pronunciada en el mismo, que se ocupó de aquellos alegatos, es o no ilegal y además porque si tales fundamentos no aparecen combatidos en la revisión, deben subsistir para continuar rigiendo la sentencia impugnada. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Novena Época. Registro: 192440. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, Febrero de 2000. Materia(s): Administrativa. Tesis: VI.2o. J/162. Página: 896.

**b) Se emplazó a Baxter con base en el análisis de bienes que no fueron considerados como medicamentos, como lo fue la *"solución inyectable"* definida como *"diluyente de medicamentos"*.**

**Se obstaculizó la defensa de Baxter porque se le negó el acceso a los registros de llamadas presentadas por las demás empresas emplazadas, con el argumento de que se trataba de**

**información confidencial. Sin embargo, debió existir una versión pública de dicha información para su consulta por parte de los demás agentes económicos emplazados al procedimiento de referencia. Con ello se obstaculizó la defensa de mi representada y se violó el artículo 33, fracción II, de la LFCE.**

**Es ilegal lo resuelto a fojas 214 y subsecuentes de la resolución, en el sentido de que se desestimó el planteamiento de Baxter, señalando que se trata de "información confidencial" pues se insiste que, conforme al citado artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE, esa Comisión tenía la obligación de formular una versión pública de dichos documentos a efecto de que se pudiera verificar su contenido y hacer valer las defensas respectivas dentro del presente procedimiento.**

**Lo planteado en la citada resolución en el sentido de que se trata de información proporcionada por los propios emplazados no la exime de otorgar a mi mandante acceso a una versión pública de la información de terceros. Al no haberlo hecho así, obstaculizó su debida defensa en el presente procedimiento.**

**De esta forma, la negativa de acceso a dichos documentos implica una violación al espíritu y fines del artículo 33 de la LFCE, así como una obstaculización de la defensa de mi mandante, que vicia de ilegalidad la resolución que se impugna en dos sentidos : a) por derivar de un procedimiento en el que no se respetó el citado artículo 33 de la LFCE, ni la garantía de audiencia de mi mandante; y b) por la ilegal desestimación de la defensa planteada por Baxter dentro del procedimiento, en contravención al artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE.**

Respecto a la primera parte de su argumento, como se mencionó a foja 105 de la resolución, las claves del Grupo II de medicamentos se incluyeron porque dichas sustancias pertenecen al CBCM[18] del Sector Salud, al cual está homologado el Cuadro Básico Institucional de Medicamentos del IMSS (en adelante CBIM), conclusión que no atacan los recurrentes, sino que se limita a repetir sus argumentos en contra del oficio de probable responsabilidad, por lo que deviene **inoperante.**

En síntesis la Comisión le señaló a Baxter lo siguiente:

- Su argumento resulta infundado, ya que el oficio de probable responsabilidad claramente toma en consideración dichas sustancias, tal y como lo señala el apartado denominado "CONDUCTA INVESTIGADA", contenido en las "CONSIDERACIONES DE DERECHO".
- Es necesario resaltar que, precisamente se emplaza a Baxter por "*la probable comisión de prácticas monopólicas absolutas, consistentes en el establecimiento, concertación y coordinación de posturas en las licitaciones públicas del IMSS tratándose de agua inyectable*

[18] Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos del Sector Salud, publicado por el Consejo de Salubridad General el veintiuno de abril de dos mil ocho en el Diario Oficial de la Federación.

*(clave 3675), cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627), cloruro de sodio y glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625)"*[19].

- Por lo demás, en el CBCM del Sector Salud se establece que dichas sustancias se consideran medicamentos, tal y como se señaló en fojas 36 a 40 del oficio de probable responsabilidad, por lo que no le asiste razón a Baxter en este sentido.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

En relación con la segunda parte de su argumento, resulta igualmente **inoperante,** en atención a las siguientes consideraciones:

Primeramente, Baxter no hace más que evidenciar la deficiencia de sus argumentos y la inexistencia de su agravio, ya que no ofrece razonamientos que combatan las determinaciones de esta autoridad en la resolución impugnada, ni señala cómo es que devino en ilegal la supuesta desestimación de su argumento por parte de esta autoridad, siendo que fue atendida en el inciso **f)** de la consideración relativa a **"CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD"**, apartado intitulado **"CANALES DE COMUNICACIÓN"**, contenido en fojas 210 a 216 de la resolución impugnada, y que en síntesis se señaló lo siguiente:

- Como se mencionó en el oficio de probable responsabilidad, las llamadas telefónicas son medios adicionales de comunicación que tuvieron las empresas emplazadas y que se acreditaron a partir de la información que proporcionaron los ahora emplazados durante el procedimiento de investigación.
- De dichas llamadas se desprende que existió comunicación entre los empleados de las empresas emplazadas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta de las posturas en las licitaciones con el IMSS. Así pues, de dicha comunicación se desprende que los empleados de las empresas competidoras realizaban llamadas en períodos cercanos a las fechas de las licitaciones públicas convocadas por el IMSS.
- **La Comisión no imputó la probable responsabilidad por la comisión de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE a partir de las llamadas telefónicas, sino mediante la existencia de pruebas indirectas, las cuales fueron adminiculadas al guardar relación con el hecho principal o supuesto normativo contemplado en dicho precepto**.
- Es decir, el acuerdo entre agentes económicos competidores entre sí con la finalidad de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS. La

[19] Foja 52 y ss. del oficio de probable responsabilidad.

existencia de las llamadas constituye la acreditación de hechos secundarios, los cuales se relacionan con la conducta anticompetitiva en comento.

- **Finalmente, es falso que se haya dejado en estado de indefensión al emplazado, al negársele el acceso a los documentos clasificados como confidenciales de otros agentes económicos, pues la información que resultaba útil para su defensa se encontraba plasmada en el oficio de probable responsabilidad.**
- La única información clasificada como confidencial fue aquella relativa a los números de teléfono que aparecían en el recibo, siendo que en éstos además existe información ajena al presente procedimiento, como los es el importe del recibo telefónico y los demás teléfonos marcados por los agentes económicos que presentaron la información. Es necesario resaltar que fueron los emplazados quienes entregaron su propia información, por lo que tenían pleno conocimiento de los números de las llamadas que realizaron, resultando absurdo que pretendan ahora alegar una supuesta violación a su esfera jurídica.[20]
- Lo anterior, corrobora que dichas personas físicas tenían comunicación constante, particularmente en periodos cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS, por lo que resulta inoperante su argumento.

Siguiendo el argumento anterior, Baxter señala que es ilegal lo resuelto en foja 214 de la resolución que se combate, por lo que hace a las llamadas telefónicas, sin señalar de manera específica en qué consiste la ilegalidad que alega y cómo sus conclusiones hubieran cambiado el sentido de la resolución ahora impugnada.[21]

Por otro lado, Baxter introduce elementos de análisis novedosos en sus argumentos y que no hizo valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad. En específico, por lo que hace a la "versión pública" de la lista de llamadas que debió esta autoridad realizar a efecto de que verificara su contenido e hiciera valer las defensas respectivas dentro del procedimiento. En consecuencia, su argumento deviene en **inoperante**.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Baxter intenta desestimar las determinaciones de esta autoridad alegando una supuesta violación a su garantía de audiencia, al no tener "acceso" a la información que las empresas emplazadas proporcionaron durante la etapa de investigación y que solicitaron se clasificara como confidencial,

[20] Información clasificada como confidencial, contenida en folios 56127 a 57265 del expediente IO-003-2006.
[21] Foja veinticuatro y veinticinco de su escrito recurso de reconsideración.

al contener datos personales. Baxter intenta alegar esta imposibilidad jurídica de tener acceso al expediente como una violación a su debida defensa, siendo que él mismo proporcionó la información suficiente para acreditar la comunicación con sus competidores; es decir, las llamadas realizadas entre el número telefónico de las llamadas que realizó y recibió a través de sus ex empleados, los CC. Ericka Helga Frettlohr Meza y Jesús Héctor Hernández Herrera, al número telefónico de su competidora Pisa, a través de su empleado Carlos Arturo Villaseñor López y Eduardo Aquino Maldonado. Esta información fue accesoria y complementaria a la demás que obraba en el expediente que sirvió para la acreditación de la práctica monopólica absoluta imputada en el oficio de probable responsabilidad.

La información que el propio recurrente proporcionó a esta autoridad fue la misma con la que se emitió el oficio de presunta responsabilidad en su contra.

Lo anterior es así, ya que, se insiste, esta autoridad no imputó la probable responsabilidad de Baxter, en la comisión de la práctica monopólica absoluta prevista en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, exclusivamente a partir de dicha lista de llamadas telefónicas. Así las cosas, dichas llamadas se utilizaron para acreditar la existencia de la comunicación constante entre las empresas emplazadas y la facilidad con la que contaban las empresas para estar en comunicación –particularmente en períodos cercanos a los procesos licitatorios del IMSS– como lo fue la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, misma que estaba conformada por empleados de las empresas farmacéuticas cuyas funciones estaban involucradas en los procesos de licitaciones públicas, en específico aquellas realizadas con el IMSS.

La imputación anterior no fue desvirtuada por Baxter, e incluso restó importancia al hecho de compartir información con sus competidoras, tal y como manifestó a foja 33 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, misma que fue tomada en cuenta por esta autoridad al momento de emitir resolución en el procedimiento IO-003-2006:[22]

> *"En relación con lo anterior, vale la pena detenerse a analizar en específico lo mencionado en el inciso (iii) anterior, pues en realidad constituye el único elemento que merece un análisis en virtud de la intención de esa H. Comisión de formular imputaciones respecto a conductas supuestamente ilegales, a partir de actos que en realidad encuentran sustento legal y de hecho han sido incluso protegidas por el propio Estado, aunado al hecho de que por lo que respecta a las demás "conclusiones" a las que arriba esa H. Comisión, respecto a la participación de diversas personas físicas y morales en CANIFARMA y su Comisión de Abasto, en realidad no se está en presencia de actos que puedan por sí mismos servir de sustento para las imputaciones que se formulan.*
>
> *Al respecto, según se desprende tanto del énfasis que pone esa H. Comisión en la obtención de información relacionada con fallos de licitaciones públicas, como en el hecho de que las empresas o personas compartan dicha información, simplemente debe recordarse que la transparencia de dicha información ha sido incluso consagrada en la propia Constitución Política de los Estados Unidos*

[22] Fojas 409 a 411 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

*Mexicanos, por lo que su conocimiento y* ***el hecho de que entre empresas compartan dicha información, no puede considerarse ilegal o ser suficiente para inferir válidamente la existencia de actos ilegales, sobre todo cuando incluso tal circunstancia en realidad evita la necesidad de acuerdos para mantener, como se ha dicho, participaciones de mercado y precios más o menos estables por cada empresa o persona involucrada en un mercado.****"*
[Énfasis añadido]

A pesar de no existir razón alguna para hacerlo, Baxter intercambiaba información relacionada con los fallos de las licitaciones públicas y mantenía constante comunicación con sus competidores, en relación a las licitaciones públicas del IMSS, a pesar de que ésta fuera información pública y cualquiera de las empresas participantes pudo haber tenido acceso a ésta a través Internet o el IFAI.

Por tanto, la existencia de los canales de comunicación, la comunicación efectiva que se dio entre las emplazadas en periodos cercanos a las licitaciones y la evidencia de carácter económico demuestran que el comportamiento de las empresas responsables no corresponde a un comportamiento independiente, sino que constituyeron elementos para formar el juicio de esta autoridad, a la luz de diversos elementos probatorios señalados en los capítulos 5 y 6 de la resolución impugnada[23] que, adminiculados entre sí, permitieron a esta autoridad arribar a una conclusión que responde en proporción justa a la razón, al buen juicio y a máximas de experiencia.

**c) La Comisión fue omisa en fundar y motivar por qué no se tomó la totalidad de las claves dentro de cada clase definido dentro del CBIM.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reitera argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE**", contenido en fojas 104 y 105 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- El argumento del emplazado resulta infundado, ya que el oficio de probable responsabilidad claramente toma en consideración dichas sustancias, tal y como lo señala el apartado denominado "**CONDUCTA INVESTIGADA**", contenido en las "**CONSIDERACIONES DE DERECHO**".
- Se emplazó a Baxter por *"la probable comisión de prácticas monopólicas absolutas, consistentes en el establecimiento, concertación y coordinación de posturas en las licitaciones públicas del IMSS tratándose de agua inyectable (clave 3675), cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627), cloruro de sodio y glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625)"*[24].

[23] Capítulos relativos a la acreditación de la práctica monopólica absoluta y valoración de las pruebas que obran en el expediente IO-003-2006.
[24] Foja 52 y ss. del oficio de probable responsabilidad.

- En el CBCM del Sector Salud se establece que dichas sustancias se consideran medicamentos, tal y como se señaló en fojas 36 a 40 del oficio de probable responsabilidad, por lo que no le asiste razón a Baxter en este sentido.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**FRESENIUS Y MANUEL VÁZQUEZ BLANCO**

**d) Los recurrentes reclaman la violación a los artículos 222 CFPC, 30 y 33 LFCE en virtud de que el Pleno de la Comisión no fue congruente al analizar los argumentos de los ahora recurrentes en relación con la definición del mercado. Señalan que no pretendían la aplicación del artículo 12 de la LFCE, relativo a las prácticas monopólicas relativas, ni una definición técnica de mercado relevante conforme a dicho precepto legal.**

**Los recurrentes señalan que en sus escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad argumentaron que la investigación con la que culminó el oficio de probable responsabilidad y que inició con el acto jurídico denominado legalmente "acuerdo de inicio de investigación" fue ilegal, justamente en virtud de que el acuerdo de inicio de investigación, publicado en el DOF el quince de agosto de dos mil seis, careció de una debida fundamentación y motivación, al no haber sido específico respecto de las conductas investigadas y el mercado en el que serían investigadas dichas conductas.**

**Como se desprende del análisis de dicho acuerdo de inicio de investigación, el mismo no fue claro ni preciso en virtud de que se limitó a decir que se investigaría el mercado de medicamentos de manera general. Como se ha venido sosteniendo desde la contestación al oficio de probable responsabilidad, el acuerdo de inicio de investigación debe estar**

**debidamente fundado y motivado en virtud de que los requerimientos de información a las partes involucradas tienen como sustento legal dicho acuerdo de inicio de investigación.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE**", incisos **g) a i)** y **w) a z)**, contenido en fojas 96 a 104 y 118 a 125 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, sino que señalan que no pretendieron la aplicación del artículo 12 de la LFCE ni que pretendían una definición técnica conforme a dicho precepto legal, sino el acuerdo de inicio no fue debidamente fundado y motivado.

Por lo que hace a los argumentos contenidos en inicios **g)** a **i)** de la resolución impugnada, por economía procesal, en obvio de inútiles repeticiones se remite al pronunciamiento del inciso **a)** del presente numeral **1.1** intitulado "**VICIOS PROCESALES EN EL ACUERDO DE INICIO**".

Por otro lado, en contestación a sus argumentos contenidos en incisos **w)** a **z)** de la resolución se le señaló a Fresenius lo siguiente:[25]

---

[25] *Dichos incisos enunciaron: "w) Existe una incongruencia entre el acuerdo de inicio y el oficio de probable responsabilidad, ya que en el primero se determina el mercado de medicamentos en el sector salud y el segundo indica que el mercado es el de licitaciones públicas del IMSS en agua inyectable, insulina humana, solución Hartmann, entre otras. La incongruencia por sí sola genera una violación a la posibilidad de defensa de mi mandante, ya que los requerimientos de información llevados a cabo por personal de la Comisión se sustentaron en el acuerdo de inicio de investigación. De manera que el periodo de investigación resultó ser una verdadera pesquisa. El oficio de probable responsabilidad es una pesquisa, en el que la Comisión actuó con arbitrariedad en cuanto a la investigación. Según el acuerdo de inicio de investigación, determinó de manera arbitraria que podía investigar cualquier conducta violatoria de la LFCE en un mercado tan amplio como el de las licitaciones en el sector salud.", "x) En términos del artículo 16 constitucional están prohibidas actuaciones o investigaciones que no estén apegadas a la ley, debidamente fundadas y motivadas. En el caso concreto, la investigación se inició sin una debida definición de mercado. La Comisión realizó una pesquisa sin respetar el "principio de proporcionado" [sic] incluido en el artículo 16 de la Constitución y reflejado, entre otros, en el artículo 42 del Código de Comercio. La Comisión tendría que haber requerido los documentos mínimos indispensables, los referidos a licitaciones convocadas por el IMSS en dos mercados específicos, si esa era la definición de mercado que iba a adoptar. En caso contrario, debió haber hecho la investigación en el mercado que definió, y no centrarse arbitrariamente en el segundo que le pareció conveniente.", "y) La parte acusadora determinó que "de conformidad" con el acuerdo de inicio de investigación, el periodo investigado abarcaría las licitaciones públicas realizadas por el IMSS. Lo anterior implica una incongruencia con el periodo determinado en el acuerdo de inicio de investigación y una violación a lo ordenado por el artículo 30 de la LFCE, puesto que en el acuerdo de inicio de investigación se "definió" un periodo de investigación indeterminado. Dicha vaguedad por sí sola atenta contra los principios de seguridad jurídica protegidos por el artículo 30 de la LFCE. El citado precepto indica que como requisitos mínimos, el acuerdo de inicio debe contener la probable violación a investigar y el mercado en el que se realiza, por lo que la Comisión confundió estos elementos con el periodo de investigación, violando con ello lo ordenado por el artículo 30 de la LFCE." y "z) La Comisión no determinó razones, motivos y circunstancias por las cuales consideró válido que la vaguedad del acuerdo de inicio se determinara que finalmente el mercado investigado fuera el de las licitaciones ante el IMSS y por las claves referidas. Tampoco razonó los motivos por los cuales consideró que el análisis debería concentrarse en dicho tipo de licitación. Finalmente no determinó, si hubo otros mercados investigados del sector salud o bien las razones por las cuales decidió no investigar el resto del sector salud. Por tanto, la vaguedad del acuerdo de inicio de investigación, así como la incertidumbre de los motivos, razones y circunstancias por las cuales se decidió no investigar el resto del sector salud, provoca que no se encuentre debidamente fundado ni motivado."*

- No señala qué elementos en el comportamiento de los emplazados en el "sector salud" debió haber analizado la Comisión, ni cómo a partir del resultado de dicho análisis se podrían derivar conclusiones diversas a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad.
- Manifestar que, sin fundamento legal alguno, la Comisión varió y ajustó la definición de mercado como le pareció más conveniente para probar la "falacia lógica en la que incurrió", resulta por demás una manifestación gratuita, la cual no desvirtúa en nada los hechos imputados al emplazado en el oficio de probable responsabilidad.
- Esta Comisión determinó dos grupos de medicamentos que fueron investigados, los cuales incluían la insulina humana y soluciones electrolíticas y sueros, mismos que se encuentran dentro del mercado investigado por esta autoridad, esto es, el mercado de medicamentos licitados por el sector salud en el territorio nacional. En este sentido, la Comisión determinó un solo mercado a investigar de acuerdo al extracto del acuerdo de inicio publicado en el DOF el quince de agosto de mil seis.
- Respecto a la definición del mercado se remite a la contestación de los argumentos que la Comisión ya atendió en el presente capitulo de "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**", en el apartado intitulado "**ACUERDO DE INICIO, MERCADO RELEVANTE Y BIEN DEFINIDO**" de la presente resolución, por lo que, en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento.
- No existe la supuesta incongruencia entre el acuerdo de inicio y el oficio de probable responsabilidad, por el hecho de que se analizaron las licitaciones convocadas por el IMSS respecto de ciertos medicamentos. Por el contrario, se encuentran íntimamente relacionados puesto que los productos identificados con claves de licitación corresponden a una especie del género señalado en el acuerdo de inicio.
- El mercado a investigar que se determinó en el acuerdo de inicio se estableció conforme a las consideraciones y complejidad que se presentaron al momento de abrir la investigación y que involucraba las recomendaciones que la Comisión había realizado al IMSS mediante oficios SE-10-096-2002-260 y SE-10-096-2002-312.
- La finalidad de la investigación es que esta autoridad se allegue de elementos de convicción que le permitan, en su caso, determinar la probable responsabilidad de los agentes económicos en la realización de la conducta investigada y para ello durante la investigación se encuentra la información que demuestra si realmente son competidores o no (el primero elemento para la configuración de una práctica monopólica absoluta), por lo que resulta fuera de toda lógica que la Comisión tenga, previo a la investigación, conocimiento sobre la probable responsabilidad de agente económico desde el acuerdo de inicio.
- Mediante información proporcionada por el IMSS durante el período de investigación, la Comisión tuvo conocimiento que en las licitaciones de medicamentos realizadas por ese Instituto, algunos participantes presentaron posturas que probablemente fueron resultado del establecimiento, concertación o coordinación de posturas entre éstos, lo que pudiese configurar una conducta prohibida por la fracción IV del artículo 9° de la LFCE.

- Así, el quince de agosto de dos mil seis se publicó en el DOF el extracto del acuerdo de inicio de una investigación por probables prácticas monopólicas absolutas cometidas en diversos mercados de medicamentos licitados por el sector salud en el territorio nacional.
- En consecuencia, durante la investigación se concentró en el análisis de la información de las licitaciones de medicamentos realizadas por el IMSS durante el periodo investigado, así como en la recopilación de evidencia que revelara la existencia de medios y canales de comunicación utilizados por las empresas probablemente responsables con el objeto de llevar a cabo un acuerdo para establecer, concertar o coordinar las posturas en licitaciones públicas convocadas por el IMSS.
- Por otro lado, se le señala al emplazado que todo acto emitido por la Comisión, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundado y motivado conforme a lo establecido por el artículo 16 de la Constitución; artículo que se cumplió a cabalidad al haber señalado las disposiciones que se aplicaron y los motivos por los cuales se estimó que se actualizaba el supuesto normativo previsto en éstas. Sin embargo, el emplazado no señala cuáles son las actuaciones que la Comisión no fundó ni motivó, ni mucho menos explica por qué la Comisión realizó una pesquisa al no haber requerido esos "documentos mínimos indispensables" a los que alude.
- Esta Comisión no estaba obligada a analizar todas las licitaciones, de todas las dependencias del sector salud, respecto de todos los medicamentos, ni a todos los participantes de dichas licitaciones, puesto que bastaba con que esta autoridad encontrara elementos suficientes respecto de una o varias licitaciones en específico, respecto de uno o varios tipos de medicamentos, en una o varias dependencias del sector salud, en la que hayan participado determinados agentes económicos para que estuviera en facultad de emplazar a juicio a quienes fueron probables responsables de una práctica monopólica absoluta prevista en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, ya que cualquiera de ellas se encontraba dentro del mercado que se señaló en el acuerdo de inicio, al estar incluidos en ese género.
- Si la Comisión determinó emplazar a los agentes económicos especificados en el oficio de probable responsabilidad, respecto de las licitaciones celebradas entre dos mil tres a dos mil seis, en las claves 1050 y 1051 pertenecientes a insulina humana y en las claves 3675 de agua inyectable, 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627 de cloruro de sodio, 3611 a 3613 de cloruro de sodio y glucosa, 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625 de glucosa, y 3614 a 3616 de solución Hartmann, celebradas por el IMSS, se cumple con los parámetros especificados por el acuerdo de inicio, por tratarse de licitaciones de cierto tipo de medicamentos por una institución que pertenece al sector salud en el territorio nacional.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**FRESENIUS Y MANUEL VÁZQUEZ BLANCO**

e) **Los argumentos de la Comisión son ilegales, en virtud de que del artículo 30 no se desprende que la Comisión pueda investigar conductas sucedidas con posterioridad al acuerdo de inicio de investigación; es decir, conductas que al momento de su publicación aún no habían sucedido. Dicho artículo únicamente se refiere al periodo de investigación, o sea al periodo durante el cual la Comisión llevará a cabo la investigación, mas no al periodo investigado, o sea los tiempos durante los cuales se llevaron a cabo las supuestas prácticas monopólicas investigadas.**

**Igualmente es ilegal la consideración de que la ley permite hacer extensiones al plazo de investigación. Esto igualmente se refiere al periodo durante el cual la Comisión investiga, pero no al tiempo en el que se dieron las conductas investigadas. De manera que no existe fundamento legal que permita a la Comisión investigar conductas hacia el futuro, lo cual sucedió en el caso concreto. Como se desprende de las consideraciones del Pleno de la Comisión en las páginas 48, 49 y 50 investigó precios de las licitaciones de todo el año dos mil seis y todo dos mil siete a pesar de que el acuerdo de inicio de investigación es del quince de octubre de dos mil cinco.**

**Claramente esto es ilegal, puesto que no hay fundamento que le permita hacer esto a la Comisión ya que además con ello viola el principio de seguridad jurídica que debe regir todo procedimiento en el sentido de que sólo se pueden investigar conductas cometidas con anterioridad.**

**En todo caso, si la Comisión consideró que hubo conductas posteriores al acuerdo de inicio de investigación debió haber emitido un nuevo acuerdo de inicio de investigación por las conductas investigadas de dos mil seis y dos mil siete. Sin embargo, no respetó esta**

**formalidad. Por lo tanto, conforme a los razonamientos ya expuestos en párrafos anteriores, la obtención de estas pruebas fue ilícita y carece de valor probatorio.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**FALTA DE ANÁLISIS DE TODAS LAS LICITACIONES PÚBLICAS**", inciso **i)**, contenido en fojas 262 a 263 de la resolución impugnada, y que en síntesis señaló lo siguiente:

> *"Es **infundado** su argumento, dado que legalmente **no existe ningún impedimento legal para analizar hechos posteriores a la emisión del acuerdo de inicio.** Por el contrario la única limitante que existe es para iniciar una investigación cuando la conducta prohibida por la Ley se realizó con anterioridad a cinco años.*[26]
>
> *En efecto, **el inicio de la investigación supone que la Comisión empezará a recabar todos aquellos datos que le permitan conocer si se cometió la probable práctica, en qué momento y si continúa cometiéndose esa conducta, sin embargo, no es indefinida, ya que la LFCE establece periodos determinados para realizarla en su artículo 30, párrafos tercero y cuarto, que señala que dicha investigación no podrá ser menos a treinta días ni mayor de ciento veinte, pudiendo prorrogarse este último término hasta por cuatro ocasiones de ciento veinte días cada uno**.*
>
> *Por tanto, podrán investigarse hechos que estén ocurriendo hasta que no se decrete la conclusión del periodo de investigación."*
> [Énfasis añadido]

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Se le señala a los recurrentes que el acuerdo de inicio en la investigación seguida en el procedimiento IO-003-2006 no fue del quince de octubre de dos mil cinco como lo señalan, sino que éste se emitió

[26] Artículo 34 bis 3 de la LFCE.

el **tres de agosto de dos mil seis** por el Secretario Ejecutivo de la Comisión, del cual se publicó su extracto el **quince de agosto de dos mil seis**.

Finalmente, se indica que si como los recurrentes sostienen, no fuera posible considerar conductas realizadas por los ahora recurrentes, posteriores al acuerdo de inicio, entonces no existiría razón alguna de existencia y mucho menos para observar el mandamiento establecido en la fracción I del artículo 35 de la LFCE consistente en la facultad de esta autoridad para ordenar la corrección o supresión de la práctica monopólica o concentración de que se trate.

### 1.2 Determinación del Mercado Investigado

**Pisa, Carlos Arturo Villaseñor López y Eduardo Aquino Maldonado**

a) **Violación del artículo 30 de la LFCE. La investigación se inicia como una pesquisa, se realiza sin una definición de mercado, y se sanciona en base a un patrón identificado en una selección de licitaciones y no en un mercado definido en términos de la LFCE.**

**El acuerdo de inicio no contaba con una definición del mercado en que se realizaría la investigación. El incluir en el acuerdo de inicio publicado una referencia al "mercado de medicamentos", no cumple con el artículo 30 de la LFCE, ya que no se tomó en cuenta el artículo 12 de la misma.**

**La Comisión argumenta que "medicamentos" es suficiente para cumplir con el artículo 30 de la LFCE y que no tiene que utilizar el artículo 12 de la LFCE. Esto no es conforme a dichos artículos y los "Apuntes para el Análisis Económico", de quince marzo de dos mil cuatro de la propia Comisión, que establecen que la definición del mercado se obtiene a través de tres dimensiones, una de las cuales es respecto al producto determinando el grado de sustitución que tiene. Existe jurisprudencia de que la sustituibilidad es requisito número uno para determinar el mercado relevante [Amparos en revisión 479/2006, 481/2006, 394/2006 y 478/2006]. También hay jurisprudencia confirmando la aplicación del artículo 12 de la LFCE [Tesis jurisprudencial CVII/2000]. En otras investigaciones la Comisión ha reconocido que cada producto constituye un mercado independiente: IO-09-99, IO-003-2009, IO-001-2009 y IO-004-2009.**

**El mercado debe definirse conforme al artículo 12 de la LFCE aun y cuando el artículo 9 del mismo ordenamiento no tenga una referencia directa a dicho numeral, vale decir que el artículo 33 bis 1 de la LFCE tampoco tiene una referencia expresa al artículo 12 de la LFCE, y la Comisión reconoce que, en su aplicación, debe aplicarse el mencionado artículo 12 de la LFCE.**

**La definición de mercado en el acuerdo de inicio es distinta a la del oficio de probable responsabilidad y la resolución recurrida.**

**La Comisión argumenta que no tenía obligación de respetar el concepto de "sector salud", aún cuando en otros procedimientos ha hecho alusión al mismo y porque, según ella, la situación de los imputados respecto del IMSS o del "sector salud" en su totalidad, en nada desvirtúa la conducta imputada.**

**b) No se acreditan los extremos del artículo 190 del CFPC por lo siguiente: No existe el hecho probado, pues el patrón fue construido con una selección caprichosa de licitaciones que no corresponde al mercado relevante a definirse en términos del artículo 12 de la LFCE. Lo último, porque el acuerdo de inicio contiene una definición amplísima de mercado y no se considera la sustituibilidad de bienes. La Comisión fue incongruente con su propia definición de mercado, ya que empleó una en el caso del acuerdo de inicio y otra en el caso del oficio de probable responsabilidad y la resolución.**

Al respecto, se le señala a los recurrentes que los incisos **a)** y **b)** resultan **inoperantes**, toda vez que constituyen repeticiones de los argumentos que presentó en su contestación al oficio de probable responsabilidad y que la Comisión atendió en fojas 96 a 117 de la resolución impugnada y que por economía procesal, en obvio de inútiles repeticiones se remite al pronunciamiento del inciso **a)** del numeral **1.1** anterior intitulado "**VICIOS PROCESALES EN EL ACUERDO DE INICIO**".

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Contrario a lo que señalan los recurrentes, la resolución impugnada señaló en su foja 32 lo siguiente:

> *"En el caso de los medicamentos investigados, las bases de licitación establecían que éstos sean "genéricos intercambiables", lo cual se determina con base en un registro sanitario que expide la Comisión Federal*

*para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), conforme al CMGI y sus actualizaciones que expide el CSG perteneciente a la Secretaria de Salud, así como las normas oficiales mexicanas "NOM-EM-003-SSA1-1998" y "NOM-177-SSA1-1998", que establecen los criterios, requisitos, pruebas y procedimientos para demostrar la intercambiabilidad de los medicamentos. Por lo anterior,* ***cada uno de estos medicamentos es sustituto perfecto dentro de su clave. De aquí que si la oferta del participante cumple con los requisitos técnicos, lo único que define como ganadora a su postura es el precio más bajo****."*

[Énfasis añadido]

En este sentido, los propios recurrentes reconocen dicha situación al señalar en sus escritos:

*"Es un hecho notorio que los medicamentos no son sustituibles entre sí, es decir, la insulina no sustituye a los antibióticos, ni los analgésicos a los anticoagulantes. Cada medicamento tiene un uso determinado y, en el caso que nos ocupa, las insulinas no son sustitutos de las soluciones electrolíticas, ni éstas son sustituibles entre sí. Y la Comisión lo reconoce en la página 465 de la resolución impugnada cuando dice :* ***"El oficio de probable responsabilidad establece a foja 44 que cada uno de los medicamentos investigados es sustituto perfecto dentro de su clave las cuales fueron definidas a partir de la foja 35 del mismo documento"*** *(énfasis añadido).En consecuencia, es claro que se trata de mercados independientes, uno por producto, tal y como lo reconoce la Comisión."*
[Énfasis añadido]

Por lo que hace a la tesis **CVII/2000** que mencionan los recurrentes, ésta resulta inaplicable al presente asunto, ya que la determinación que se hace respecto de los artículos 12 y 13 de la LFCE contienen los criterios que permiten conocer el significado de mercado relevante y de poder sustancial; en tal virtud y como se le ha indicado a los recurrentes, la determinación que se hace en el acuerdo de inicio mismo que se publicará su extracto en el DOF, corresponde únicamente a la determinación de un mercado en donde posiblemente se estén cometiendo practicas violatorias de la LFCE, mas no a la determinación de un mercado relevante.

Para mayor entendimiento de lo expuesto, a continuación se transcribe dicho criterio de tesis:

**COMPETENCIA ECONÓMICA. LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE NO TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y DIVISIÓN DE PODERES PORQUE CONTIENE LAS BASES NECESARIAS PARA DETERMINAR LOS ELEMENTOS TÉCNICOS REQUERIDOS PARA DECIDIR CUÁNDO SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UNA PRÁCTICA MONOPÓLICA.** La ley mencionada establece las conductas que pueden considerarse como prácticas monopólicas utilizando diversos conceptos técnicos como el de "poder sustancial" que tenga el presunto responsable, el de "mercado relevante" en el que se colocan los bienes o servicios de que se trate, y otros términos que son propios de la materia especializada, y aun cuando la referida ley no contiene una definición formal de lo que debe entenderse por cada uno de estos conceptos, sí establece en sus artículos 12 y 13, entre otros, los criterios que permiten comprender su significado, lo que basta para concluir que no transgrede los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes establecidos, respectivamente, en los artículos 14, 16 y 49 de la Constitución Federal, pues no se deja a la autoridad administrativa encargada de la aplicación de la ley, la definición de esos conceptos. No. Registro: 191,364. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena

Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Agosto de 2000. Tesis: P. CVII/2000. Página: 107.

Es importante reiterar que en el caso de la comisión de prácticas monopólicas absolutas descritas en el artículo 9° de la LFCE, a diferencia de las prácticas monopólicas relativas descritas en el artículo 10 de la LFCE, no se establece la obligación comprobar los supuestos referidos en el 12 del citado ordenamiento. Es decir que, para la actualización de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, no se exige la determinación del mercado relevante en términos del artículo 12 de la LFCE como indican los recurrentes y que sí se debe tomar en cuenta para el caso de que se investigue la comisión de prácticas monopólicas relativas, se determine si una concentración debe ser impugnada o sancionada, deba resolverse sobre condiciones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, o cuando la Comisión deba emitir opinión, autorización, o cualquier otra resolución en el otorgamiento de concesiones, permisos, cesiones venta de acciones de empresas concesionarias o permisionarias u otras cuestiones análogas, de conformidad con los artículo 10, 18, 33 bis y 33 bis 1 de la LFCE, tal y como ya se estableció en la resolución recurrida. [27]

En relación a su argumento relativo a que la Comisión en las investigaciones tramitadas en los expedientes IO-09-99, IO-003-2009, IO-001-2009 y IO-004-2009 ha reconocido que cada producto constituye un mercado independiente, debe señalarse que cada investigación se rige por la naturaleza de la práctica monopólica investigada y las características del mercado, las cuales no pueden ser iguales para todos los casos y teniendo la Comisión como única obligación, fundar y motivar los actos que emita en términos de la normatividad aplicable en materia de competencia económica.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad de los hoy recurrentes, solo se hizo referencia al expediente marcado como IO-09-99; en este sentido, los recurrentes solo se limitan a reiterar los argumentos que utilizaron para contestar el oficio de referencia y no atacan en particular los razonamientos realizados por esta autoridad en la resolución recurrida. Por otro lado, los expedientes IO-003-2009, IO-001-2009 y IO-004-2009, a los que se hace referencia en su escrito de reconsideración, constituyen elementos novedosos en su razonamiento, los cuales están encaminados al mejoramiento de los argumentos vertidos en su contestación al oficio de probable responsabilidad.

En todo caso, las recurrentes no pueden argumentar que los mercados definidos en los expedientes IO-003-2009, IO-001-2009 y IO-004-2009 se realizaron con fundamento en el artículo 12 de la LFCE, ya que dichas investigaciones se encuentran aún en trámite, por lo que los recurrentes no pudieron haber conocido los elementos que se tomaran en consideración al final de dichas investigaciones para la determinación de los mercados que se investigan, razón por la cual su argumento referente a los expedientes que arriba se señalan resulta exorbitante.

[27] Visible a fojas 97 y 98 de la resolución recurrida.

Las tres dimensiones que señalan los recurrentes se deben cumplir para determinar un mercado conforme a lo establecido por la propia Comisión, consistentes en: (i) dimensión del producto, (ii) dimensión geográfica y (iii) dimensión temporal, mismas que se verifican en el mercado definido en el acuerdo de inicio de investigación correspondiente al expediente IO-03-2006, ya que este fue el "mercado de medicamentos licitados por el sector salud en territorio nacional" y no el de "medicamentos" como falsamente señalan las recurrentes.

En consecuencia al determinar la Comisión un mercado a investigar, éste se determina a partir de la información con la que cuenta de manera previa a la emisión del acuerdo de inicio, para en la etapa de investigación allegarse de la información indispensable que acredite o no la probable comisión de alguna práctica monopólica y señalar los probables responsables de ésta, por lo que su argumento resulta **infundado**.

Por último, debe señalarse que en la investigación y sanción de prácticas monopólicas absolutas sólo se debe acreditar que los infractores son competidores y han realizado un acuerdo en contra de la ley, el artículo 9° de la LFCE no especifica que se deba analizar un mercado en términos de los dispuesto por el artículo 12 del mismo ordenamiento. Es de señalarse que a diferencia del artículo 9 de la LFCE antes mencionado, el artículo 33 bis 1 de la LFCE remite expresamente a los artículos 17 y 18 de la LFCE, mismos que a su vez-también expresamente- remiten a los artículos 12 y 13, todos de la LFCE..

c) **Conforme al artículo 16 de la Constitución, los procedimientos en que la autoridad obtiene información de una persona a través de solicitudes de información genéricas y faltando al principio de proporcionalidad son inconstitucionales. Esto ocurrió en este caso, donde la Dirección General de Investigaciones desde el inicio realizó solicitudes generales que ocultaban al gobernado la verdadera razón del procedimiento y la información a Laboratorios Pisa, aún cuando en esa fecha la Comisión ya contaba con una selección del total de las licitaciones llevada a cabo por el IMSS en el periodo dos mil tres a dos mil seis, respecto a ciertas claves específicas. Esto es una pesquisa y viola los artículos 16 y 20 de la Constitución.**

**La Comisión pretende sancionar con base en un patrón de licitaciones pre-seleccionadas, sin haber analizado todo el mercado. No investigó si el supuesto patrón efectivamente se presentó en todas las licitaciones del IMSS convocadas en dos mil tres a dos mil seis, en cada una de las claves mencionadas; tampoco investigó si el patrón se presentó en las licitaciones de otras entidades del sector salud como el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (en adelante ISSSTE) o la Secretaría de Salud.**

**Se hizo valer, en tiempo y forma, la jurisprudencia[28] que establece que los requerimientos de información redactados en forma genérica son ilegales y que la autoridad tiene en todo momento la obligación de precisar sus requerimientos de información." Se explicó que los requerimientos de información derivadas de un acuerdo de inicio de investigación que no contenía un mercado debidamente definido eran requerimientos genéricos –una simple pesquisa- y, por tanto, nulos por dejar en estado de indefensión a los gobernados**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE**", incisos **k)** a **p)** contenido en fojas 105 a 117 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- Los emplazados no señalan cuál es la "información trascendental" que la Comisión omitió analizar, sino que simplemente de manera general alude a aquella "que se refería a otras instituciones".
- Resulta por demás gratuita la manifestación relativa a que esta autoridad omitió información trascendental para el análisis de mercado que efectivamente solicitó a los agentes económicos, todo ello para demostrar una supuesta colusión con datos incompletos y discriminados sin explicación alguna.
- Lo anterior, ya que en términos del artículo 33, fracción II, de la LFCE, el emplazado debe referirse a cada uno de los hechos expresados en el oficio de probable responsabilidad; pero no basta que manifieste situaciones hipotéticas o realice conjeturas, sino que debe ofrecer argumentos directos y precisos que controviertan y superen las imputaciones que de manera presuntiva acreditó esta autoridad en el oficio en comento; así como probar la necesidad de su inclusión en la investigación.
- Por tanto, manifestar que se omitió información "trascendental" y que se utilizaron "datos incompletos y discriminados sin explicación alguna" o que "se dejaron fuera de su análisis factores fundamentales", no resultan más que manifestaciones gratuitas y generales, que impiden a esta autoridad determinar si efectivamente le asiste la razón a los emplazados.
- Aún y cuando la Comisión hubiera requerido información a otras instituciones de salud y respecto otras claves de medicamentos, ello no la hubiera llevado a conclusiones diversas, ya que es precisamente a partir del análisis económico de las posturas y el patrón de

[28] ***ÓRDENES DE VISITA DOMICILIARIA. LA NULIDAD DECRETADA POR VICIOS FORMALES EN SU EMISIÓN, DEBE SER DECLARADA CON FUNDAMENTO EN LA PARTE FINAL DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 239 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.*** *Si una orden no expresa con toda certeza y claridad el objeto de sus requerimientos, se trata de una orden de forma genérica, viola las garantías individuales de los gobernados y deberá ser anulada para no seguir causando mayor daño. En este sentido, la totalidad de los actos subsecuentes o resultantes son ilegales y por consecuencia nulos, ya que están viciados de origen. Contradicción de tesis 6/98. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 28 de mayo de 1999. Unanimidad de cuatro votos.*

comportamiento de las empresas emplazadas, adminiculado con los demás elementos recabados durante la investigación, que esta autoridad encontró elementos suficientes que acreditaron a nivel presuntivo la responsabilidad de los agentes económicos emplazados, por lo que aún y cuando se hayan considerado otros elementos como lo sugieren las emplazadas, las conclusiones a las que hubiera llegado la Comisión respecto de los medicamentos de los Grupos I y II, en las licitaciones celebradas por el IMSS, hubieran sido las mismas, ya que dicho comportamiento en nada se relaciona con otros medicamentos y, mucho menos, con comportamientos similares o diversos, en otras instituciones del sector salud.

- No señalan qué perjuicio le ocasiona el hecho de que la Comisión le haya solicitado información solamente al IMSS durante el período de investigación y no al resto del sector salud como lo manifiestan.
- La manifestación del emplazado relativa a que dichos requerimientos implicaban que esta autoridad conocía que solamente investigaría licitaciones convocadas por el IMSS resulta irrelevante, por no atacar directamente una imputación planteada en el oficio de probable responsabilidad.
- Tampoco señala cómo se habrían modificado las conclusiones de la Comisión al haber analizado las licitaciones en el ISSSTE o de alguna otra dependencia perteneciente al sector salud.
- Ningún perjuicio le repara a los emplazados que se haya requerido información al IMSS y que sólo se emplace por las licitaciones realizadas por esa institución, es suficiente haber advertido la colusión de los emplazados para presentar posturas respecto de algunas de ellas y emitir el oficio de probable responsabilidad con la finalidad de emplazarlos a un procedimientos seguido en forma juicio.
- Para imputar la probable responsabilidad de un agente económico por la probable comisión de una práctica monopólica absoluta basta con que durante el procedimiento de investigación esta autoridad haya recabado los elementos de convicción necesarios que actualicen el supuesto previsto en el artículo 9°, fracción IV de la LFCE respecto a una sola licitación y celebrado por cualquier institución del sector salud, para emplazar a los agentes económicos involucrados en la probable práctica anticompetitiva.
- No señalan qué perjuicio les ocasiona el hecho de que la Comisión haya realizado el análisis económico con productos como lo fueron la insulina humana y soluciones electrolíticas y sueros, siendo que el oficio de probable responsabilidad se emite una vez que durante la investigación se hayan recabado los elementos de convicción de los que se derive la probable responsabilidad de los agentes económicos.
- Declarar que se dejaron fuera de la investigación a cientos de productos que son medicamentos, resulta por demás una manifestación gratuita, debido a que no argumentan o siquiera señalan cuáles fueron estos medicamentos omitidos y cómo dicha situación hubiera cambiado las conclusiones a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad del presente procedimiento.
- En este sentido, en términos del artículo 33 de la LFCE concluida la investigación, la Comisión emitió el oficio de probable responsabilidad a partir de los elementos de convicción

necesarios que acreditaron la probable responsabilidad de los agentes económicos emplazados al presente procedimiento. En este tenor de ideas, se observa que la Comisión analizó en el oficio de probable responsabilidad doscientas cuarenta y ocho licitaciones públicas correspondientes a los grupos de medicamentos definidos como "Grupo I" y "Grupo II"; por tal razón, las conclusiones de la Comisión versaron sobre dichas licitaciones realizadas por el IMSS respecto de los medicamentos que fueron identificados como Grupo I y Grupo II.

- Consecuentemente, derivado del análisis económico de dichas licitaciones públicas, se estableció un patrón de comportamiento, el cual se verifica a partir del análisis económico expuesto en las tablas contenidas en fojas 65 a 144 del oficio de probable responsabilidad, mismas que contienen un análisis de aquellas licitaciones celebradas entre dos mil tres a dos mil siete.
- No señalan qué perjuicio les ocasiona el hecho de que la Comisión haya requerido información respecto de determinada licitación a determinadas empresas y no a otras. Manifestar una supuesta inconsistencia por parte de esta autoridad durante la investigación en el presente procedimiento, resulta una manifestación general e infundada, las cuales no desvirtúan en nada los hechos imputados en el oficio de probable responsabilidad.
- En este sentido y en términos del artículo 31 del RLFCE, cualquier actuación que haya realizado la Comisión con anterioridad al emplazamiento tiene plena validez para sustentar el oficio de probable responsabilidad, teniendo como límite de sus actuaciones fundar y motivar sus interpretaciones, apreciaciones y actuaciones. Es decir, esta autoridad no está facultada a requerir *ad libitum* cualquier información a las personas o agentes económicos que intervienen en la investigación, sino sólo aquella que a juicio de la Comisión sea relevante y pertinente y cuya razonabilidad se acredita en atención a la conducta investigada. Sirven de apoyo los criterios de tesis aisladas emitidas por el Poder Judicial de la Federación con rubros: ***"COMPETENCIA ECONÓMICA. LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DEBE FUNDAR Y MOTIVAR EL REQUERIMIENTO DE INFORMES Y DOCUMENTOS QUE ESTIME RELEVANTES PARA SUS INVESTIGACIONES" y "COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. INFORMES Y DOCUMENTOS QUE PUEDE REQUERIR EN SUS INVESTIGACIONES".***
- Expuesto lo anterior, resulta imposible que las actuaciones realizadas durante el procedimiento de investigación que realizó la Comisión trasciendan a la esfera jurídica de los ahora emplazados, ya que como se ha señalado, durante la investigación no hay agente económico alguno identificado como probable responsable, ni ha nacido su garantía de audiencia, la cual se actualizó sólo hasta el momento en que se determinó su probable responsabilidad y se le emplazó al presente procedimiento con el mencionado oficio.
- Luego entonces, una vez emitido y notificado el oficio de probable responsabilidad a los emplazados, éstos cuentan con un plazo de treinta días, en términos del artículo 33, fracción II, de la LFCE, para manifestar lo que a su derecho convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo.
- Es irrelevante si en otros procedimientos llevados a cabo por la Comisión se haya hecho alusión al sector salud.

- La situación de los emplazados respecto del IMSS o del "sector salud" en su totalidad, en nada desvirtúa la conducta imputada en el oficio de probable responsabilidad. Si bien, sólo se analizó el patrón de posturas con licitaciones convocadas por el IMSS, no es una condición *sine qua non* para acreditar la conducta colusoria analizar todas las licitaciones públicas en todo el sector salud, toda vez que si se presentó o no una conducta anticompetitiva con otra institución en salud, en nada desvirtúa la conducta que se les imputó en el oficio de probable responsabilidad respecto a las licitaciones analizadas por la Comisión y celebradas por el IMSS durante el período investigado.
- La existencia de otros participantes en el mercado en nada desvirtúa la conducta imputada en el oficio en comento, al no especificar cómo es que éstos disciplinan la actuación de los emplazados, toda vez que no cambiaría en nada el sentido del oficio de probable responsabilidad ni las conclusiones a las que se llegó.
- No señalan por qué la investigación resulta incompleta al no haber incluido en el oficio de probable responsabilidad a otras instituciones del sector salud ni cómo ello podría desvirtuar la conducta que se le imputó. Manifestar que esta autoridad no justificó su actuar al investigar algunas claves de insulina y sueros resultan por demás manifestaciones gratuitas e infundadas, las cuales no desvirtúan en nada los hechos imputados en el oficio de probable responsabilidad.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por lo que hace a que los recurrentes siempre hicieron valer la jurisprudencia citada en su recurso de reconsideración, no resulta más que una manifestación gratuita por lo anteriormente expuesto, aunado a que si considera que los requerimientos de información le causaban un agravio, debió acudir a la vía judicial que estimara conveniente, por lo que sus supuestos agravios sólo se constituyen en manifestaciones gratuitas que se constituyen en percepciones subjetivas, que no demuestran más que la falta de argumentos jurídicos que controviertan la resolución del expediente IO-003-2006.

### 1.3 No son Agentes Económicos

**Alfonso Salvador Huerta Suárez**

**a) La resolución es ilegal ya que viola los artículos 3º, 9º, fracción IV, de la LFCE y 14 y 16 de la Constitución, puesto que no se acreditó que:**

- **El recurrente tenga el carácter de agente económico y que no actúa por cuenta propia en las licitaciones, ni se dedica a una actividad similar.**
- **Participó directamente, ya que no se verificó que:**
  - ✓ **La Comisión en las fojas 64 y 66 supone que tenía la posibilidad de fijar precios sin haberlo acreditado. El recurrente señaló en su declaración que participaba indirectamente en la fijación de los precios.**
  - ✓ **Respecto de las comunicaciones, sólo existe un número reducido de llamadas, por lo que es inadecuado para acreditar la participación del suscrito.**
  - ✓ **La Comisión fundamenta la sanción en términos de la fracción IV, del artículo 9º, de la LFCE, pese a que está se refiere a agentes económicos.**

Respecto del argumento esgrimido por el recurrente, debe indicársele que el mismo resulta **infundado**, por las siguientes razones:

El artículo 3º de la LFCE establece una definición amplia de lo que debe entenderse como agente económico:

> *"Artículo 3º. Están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica."*

Resulta erróneo su argumento relativo a considerar que un agente económico debe "competir y concurrir por sí mismo y en beneficio propio en determinado mercado", pues la LFCE permite sancionar a aquellos que afectaron la competencia cuando dichas personas físicas actuaron en representación o por cuenta y nombre de una persona moral. Además, su posición como empleado de confianza en Baxter, con funciones específicas en la venta de medicamentos al sector público, acredita su participación en las decisiones comerciales adoptadas por esa persona moral, de quien no se discute su carácter como agente económico.

Ello no desvirtúa la conducta respecto de la cual se les realizó la imputación correspondiente en el oficio de probable responsabilidad, ya que fueron llamadas al procedimiento por su participación directa en el establecimiento, concertación y coordinación de posturas actuando en representación o por cuenta de las empresas que sí tienen el carácter de agentes económicos; supuesto que está

contemplado en el artículo 35, fracción VII, de la LFCE,[29] el cual es expresamente aplicable a los "individuos".

Respecto de las demás manifestaciones del recurrente sobre su participación en la realización de prácticas monopólicas absolutas, se le indica que, es precisamente él quien no desvirtuó su participación en la fijación de precios, ni el hecho de que no realizó las llamadas que se le imputan, sino que simplemente se limita a señalar que la participación que tenía en la fijación de precios era indirecta y que el número de llamadas que realizó era reducido; según su argumentación la Comisión debe revocar la resolución recurrida en virtud de que no se configuran los elementos necesarios para determinar su responsabilidad en la comisión de la práctica monopólica absoluta imputada, por participar directamente en el establecimiento o coordinación de posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS, durante el periodo investigado, en representación o por cuenta y orden de los agentes económicos emplazados; es decir, el recurrente pretende que esta autoridad revoque su determinación, porque sí realizo los actos que se le imputan, pero con baja frecuencia o influencia. Al respecto, se indica que la LFCE no establece un mínimo de actos para que se pueda considerar la participación de un individuo en la comisión de una práctica monopólica en representación o por cuenta y orden de un agente económico.

En este sentido y considerando que es el propio recurrente quién reconoce en su escrito de reconsideración en la página cuatro que *"(...) respecto de las comunicaciones a que alude la Comisión para intentar acreditar la comisión de prácticas monopólicas (...) solamente son un número muy reducido, y no las 25 o 40 llamadas que incorrectamente señala la Comisión en su Resolución (...)"* por lo que resulta evidente su aceptación de la existencia de comunicación entre competidores, lo cual es un elemento adicional para considerar la responsabilidad del recurrente.

Sirve de apoyo a lo anterior lo indicado en el artículo 200 del CFPC, que a la letra indica:

> *Artículo 200.- **Los hechos propios** de las partes, aseverados en la demanda, en la contestación o en cualquier otro acto del juicio, **harán prueba plena en contra de quien los asevere**, sin necesidad de ofrecerlos como prueba.*

Por otro lado, se le indica al recurrente que la sanción que señala como incorrecta, por estar fundada en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE y esta se refiere a solo a la participación de agentes económicos, es una apreciación errónea de su parte. En el caso que nos ocupa, los agentes económicos responsables de la práctica monopólica imputada son personas morales, mismas que no pueden actuar por sí mismas, sino mediante personas físicas. En lo particular, el artículo 9° fracción IV de la LFCE, determina la multa a la que podrá hacerse acreedor el agente económico por haber incurrido en alguna

[29] En términos del artículo segundo transitorio de la LFCE, las infracciones cometidas antes de la entrada en vigor de la LFCE publicada en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis, las sanciones aplicables son aquellas que se encuentren previstas por la ley vigente al momento de su comisión; es decir, la LFCE publicada el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

práctica monopólica absoluta, mientras que el artículo 35, fracción VII, del mismo ordenamiento indica la multa a la que podrán hacerse acreedores los individuos que participen directamente en prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, en representación o por cuenta y orden de personas morales. Así, el artículo 35, fracción VII, de la LFCE, dispone:

> *Artículo 35.- La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:*
> [...]
> *VII. Multa hasta por el equivalente a siete mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, **a los individuos que participen directamente en prácticas monopólicas** o concentraciones prohibidas, **en representación o por cuenta y orden de personas morales**.*
> [...]
> [Énfasis añadido][30]

De lo trascrito se desprende que la Comisión se encuentra en plena facultad de sancionar al hoy recurrente por haber encuadrado en la hipótesis legal prevista por la LFCE, al haber participado de manera directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta en representación o por cuenta y orden de Probiomed.

**ERICKA HELGA FRETTLOHR MEZA Y JESÚS HÉCTOR HERNÁNDEZ HERRERA**

**b) La resolución recurrida viola lo establecido en el artículo 3º de la LFCE, además de ser contradictoria con el oficio de probable responsabilidad, por lo cual resulta ilegal.**

**El artículo citado señala que la sujeción a la LFCE será para todos los agentes económicos y la resolución recurrida indica que no fui emplazado como agente económico, por lo que resulta incongruente que la Comisión me pretenda aplicar la LFCE.**

**La interpretación que realiza la Comisión de las disposiciones de la LFCE, colocan en un total estado de indefensión a los individuos que en el ejercicio normal y cotidiano de sus funciones, incluso de representación de terceros, deberán realizar conductas que en principio pudieran ser consideradas legales; sin embargo, según la errónea interpretación de la Comisión, los individuos deberán realizar un análisis por demás profundo de su actuación, a fin de determinar si los actos que realicen, no pueden -aún indirectamente- implicar un posible incumplimiento a la LFCE, lo que de suyo implica una violación a las garantías individuales de aquellos sujetos no que no son considerados agentes económicos.**

**La exposición de motivos de la LFCE señaló que las sanciones no sólo deben ser aplicables a las empresas, sino también a los administradores responsables de dichas prácticas, de lo**

[30] Los elementos para la imposición de una sanción respecto de Alfonso Salvador Huerta Suárez son visibles a fojas quinientos sesenta y ocho a quinientos setenta y uno de la resolución combatida, siendo esta ultima foja en la que se indicó con claridad los artículos aplicables de la LFCE.

**que desprende que no basta con materializar la conducta sino que además se debe tener la facultad de tomar la decisión en su carácter de administrador, mismo que no puede ser considerado como simple mandatario, toda vez que sus funciones y notas características difieren en algunos puntos de éste. Bajo esas premisas, es claro que en la especie no se acredita que el suscrito tuviese en todo caso el carácter de administrador de Baxter, lo cual implica improcedencia de la resolución que hoy se impugna.**

**No es factible la aplicación de las pruebas indirectas para acreditar mi participación directa en los actos que se imputan, pues en cualquier escenario no puede derivarse como conclusión única que las comunicaciones que se me imputan hubiesen tenido como fin y efecto el incurrir en los actos que se imputan.**

El argumento anterior resulta **inoperante**, toda vez que los escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad de los recurrentes ya habían esgrimido los argumentos que intentan hacer valer en la presente y que ya fueron contestados en la resolución recurrida.[31] Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Además de lo anterior, el oficio de probable responsabilidad claramente establece la participación de las personas físicas que intervinieron en representación o por cuenta y orden de las personas morales en la sección referente a los argumentos en que los recurrentes señalan no ser agentes económicos, titulada **"CARÁCTER DE AGENTE ECONÓMICO"**.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

[31] Visible a fojas 240 a 246 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

Con relación al argumento en el que señalan que, según la exposición de motivos de la LFCE, para sancionar a quienes cometan prácticas anticompetitivas no basta con materializar la conducta sino que además se debe tener la facultad de tomar la decisión en su carácter de administrador, se les indica a los recurrentes que este argumento ya fue atendido en la resolución recurrida,[32] ya que el mismo fue incluido en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, por lo que no se combaten en forma alguna los argumentos hechos valer por esta autoridad en la resolución de referencia, en consecuencia el presente argumento resulta **inoperante.**

Respecto del argumento presentado por los recurrentes en el que señalan que la participación de estas no se puede derivar como única conclusión del análisis de pruebas indirectas, debe estarse a lo que se indica en la sección correspondiente al análisis de las pruebas desarrollada en el capítulo número IV de la presente resolución, titulado **"PRUEBAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"** y en la sección V titulada **"SANCIONES"**, en razón de que las mismas se analizaron en la resolución que se combate de manera conjunta y no en lo individual.

A manera de resumen se presentan las siguientes consideraciones respecto de lo arriba argumentado:

- ✓ Los ahora recurrentes laboraron para Baxter.
- ✓ Baxter informó las funciones que tenían como empleados de dicha empresa.[33]
- ✓ Dichas funciones tenía vinculación directa en la determinación del precio con el que Baxter participaba en las licitaciones convocadas por el IMSS.[34]
- ✓ Los recurrentes tuvieron una participación directa en los mercados investigados, siendo Erika Helga Frettlohr Meza durante dos mil cuatro a dos mil cinco y Jesus Hector Hernández Herrera entre dos mil cuatro a dos mil siete, a decir de Baxter.
- ✓ Existieron elementos que facilitaron la comunicación de los recurrentes con empleados de empresas competidoras de Baxter, ya sea mediante llamadas telefónicas o su asistencia a la reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, además de que los empleados de empresas competidoras de Baxter con lo que podían sostener comunicación tenían las mismas funciones que ellos: facultad de determinar, directa o indirectamente, o de conocer las posturas con las que las empresas que los empleaban participarían en las licitaciones del sector público.
- ✓ Los recurrentes tuvieron comunicación en períodos cercanos a las licitaciones celebradas por el IMSS mediante llamadas telefónicas con diversos empleados de las empresas competidoras de Baxter.[35]
- ✓ Las llamadas hechas durante el periodo investigado entre aquellos empleados que influyen sobre los precios son hechos secundarios probados que en combinación con otros

---

[32] *Ibíd.*
[33] Folio 38422 del expediente IO-003-2006. Información clasificada como confidencial en acuerdo de catorce de octubre de dos mil ocho.
[34] *Ídem.*
[35] Fojas 392 a 400 de la resolución del expediente IO-003-2006.

elementos se constituyen como indicios de un acuerdo o concertación. Dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resulta muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.

Por último, en relación al razonamiento vertido por los recurrentes en el sentido de que los individuos deberán realizar un análisis por demás profundo de su actuación, a fin de determinar si los actos que realicen, no pueden -aún indirectamente- implicar un posible incumplimiento a la LFCE, mismo que según ellos implica una violación a las garantías individuales, se les indica que en primer término el desconocimiento o no comprensión de una ley no exime a los gobernados de su aplicación, ya que la LFCE es de carácter general y su observancia no se encuentra limitada a la condición señalada.

**FRESENIUS**

c) **Violación a los artículos 30 y 33 de la LFCE. En virtud de que consideró que el suscrito es un agente económico cuando en realidad no lo es y por lo tanto, no puede ser sujeto de investigación ni probable responsable, ni responsable de la comisión de prácticas monopólicas.**

El argumento es **infundado,** toda vez que es errónea la manifestación del recurrente, consistente en que no puede ser investigado, ni probable responsable ni responsable de la comisión de prácticas anticompetitivas. En el caso particular, se le señala al recurrente que la sanción impuesta a Fresenius, tiene su fundamento en la fracción VII del artículo 35 de la LFCE. Dada la similitud que guarda con el argumento de otro recurrente, remítase al punto **a**) de la presente sección y téngase por transcrita como si a la letra se insertase, en obvio de repeticiones inútiles.

### 1.4 Caducidad del Expediente

**Alfonso Salvador Huerta Suárez**

a) **La resolución es ilegal porque contraviene el artículo 30 de la LFCE, ya que debió cerrar la investigación al haber transcurrido más de sesenta días de inactividad. Al respecto la resolución violó los artículos 14 y 16 de la Constitución, ya que en un primer momento, aún sin ser considerada como presunta responsable, transcurrió un periodo del tres de febrero de dos mil ocho al tres de septiembre del mismo año, de acuerdo a las listas diarias de notificación, excediendo las facultades conferidas por la ley para continuar un expediente, en razón de la inactividad procesal. La autoridad señaló como respuesta que en ese momento existían actuaciones en trámite, razón por la cual no era aplicable el artículo 30 de la LFCE en la parte conducente al cierre del expediente. La autoridad señaló que no**

**podría decretar el cierre de la investigación en virtud de que esta ya había concluido. La ley no establece diferencias procesales para decretar el cierre de un expediente, por lo que resulta ilegal la resolución. Lo anterior se hizo del conocimiento de la autoridad al contestar el oficio de probable responsabilidad.**

Respecto del argumento anterior, debe señalársele al recurrente que en su contestación al oficio de probable responsabilidad, indico ciertos plazos distintos a los señalados en el presente argumento, mismos a los que en su oportunidad se le indicó lo conducente. Específicamente, indicó que *"del día dos de abril de dos mil ocho al cuatro de septiembre de dos mil ocho, la Comisión realizó dos actos procesales, el primero solicitando información y el segundo ampliando el plazo de investigación. Entre estos dos actos procesales se contabiliza un período mayor a sesenta días, sin que se realice algún acto procesal adicional, lo cual es causa para el cierre de expediente de conformidad con el artículo 30 de la LFCE."*

Con relación a lo esgrimido por el hoy recurrente en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, la resolución combatida respondió[36] que dicho argumento resultaba infundado, en virtud de que durante el periodo señalado habían transcurrido cincuenta y cinco días y no más de sesenta como el entonces emplazado alegaba.

Para clarificar lo señalado, se incluyó una tabla a manera de calendario en donde se mostraban cada uno de los actos procesales realizados por esta autoridad para impulsar la investigación, en consecuencia, se observó que esta autoridad no sobrepasó en ningún momento el plazo previsto en el artículo 30 de la LFCE, referente al cierre de una investigación.

Ahora bien, en el presente argumento la recurrente plantea un periodo diferente al establecido en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, y señala que no existió actuación procesal alguna entre el tres de febrero de dos mil ocho y el tres de septiembre del mismo año. La anterior afirmación tiene fundamento en que el primer día del periodo señalado resultaba imposible que existiese actuación alguna, ya que el tres de febrero de dos mil ocho fue domingo, lo que desvirtúa por completo el argumento hecho valer por la recurrente.

Aún cuando su argumento resulta novedoso al alegar violaciones procesales derivadas de periodos que no había alegado en su contestación al oficio de probable responsabilidad, debe indicarse a la recurrente que el presente puede ser atendido en razón de que la caducidad puede ser alegada en este momento procesal.

Debe indicársele a la recurrente que de cualquier manera, su argumento resulta **infundado**, ya que obran en el expediente actos procesales de esta autoridad entre las fechas señaladas[37]. Inclusive, el

[36] Visible a foja ochenta y seis de la resolución recurrida.
[37] Por ejemplo, acuerdo del Pleno del 21 de junio de 2008 por el que se amplía el periodo de investigación; emisión y notificación del oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-037 mediante el cual la Comisión le requirió al IMSS información relacionada con las

recurrente se amparo contra el acuerdo por el cual se tuvo por desechada su solicitud de cierre del expediente por inactividad procesal, mismo que fue sobreseído por el Poder Judicial de la Federación en los expedientes 927/2009-III y R.A. 505/2009. En este sentido, su argumento nuevamente queda desvirtuado, ya que aun y teniendo conocimiento de tales actuaciones, afirma que éstas no existieron para tratar de dejar sin efectos la resolución recurrida.

Para clarificar la situación, a continuación se muestra un cuadro en el que se describen todos los actos que realizó la CFC, las fechas en que se emitieron, el vencimiento de los plazos otorgados, la fecha en que recayó un acuerdo a la contestación y los días transcurridos desde la emisión de cada acto.

| Febrero 2008 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
| | | | | | | 2 |
| 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 |
| 17 | 18 | 19 | 20 | 21 Acuerdo del Pleno de la Comisión por el que se amplía el período de investigación por ciento veinte días más, en términos del artículo 30 de la LFCE.[38] | 22 | 23 |
| 24 | 25 | 26 | 27 | 28 | 29 | 1 |
| Marzo 2008 | | | | | | |

licitaciones públicas durante el período comprendido entre enero de dos mil siete y marzo de dos mil ocho (2 de abril de 2008); Contestación del IMSS al requerimiento de información formulado oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-037 (28 de mayo de 2008); Acuerdo mediante el cual se tuvo por presentada la información requerida al IMSS y por desahogado el oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-037 (30 de mayo de 2008); Acuerdo por el que se tiene por presentada la información adicional correspondiente al oficio DGIPMARCI-10-096-2008-037 dirigido al Titular de la División de Mercados y estudios de fármaco-economía del IMSS (6 de junio de 2008).

[38] Publicado el veintitrés de noviembre de dos mil siete. Folio 37533 del expediente.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
| 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 |
| 16 | 17 | 18 | 19 | 20 | 21 | 22 |
| 23 | 24 | 25 | 26 | 27 | 28 | 29 |

**Abril 2008**

| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 30 | 31 | 1 | 2<br>Emisión y notificación del oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-037 mediante el cual la Comisión le requirió al IMSS información relacionada con las licitaciones públicas durante el período comprendido entre enero de dos mil siete y marzo de dos mil ocho.<br>Días transcurridos: 18 días | 3 | 4 | 5 |
| 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 |
| 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 |
| 20 | 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 |
| 27 | 28 | 29 | 30 | | | |

**Mayo 2008**

| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | 1 | 2 | 3 |
| 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |
| 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 |
| 18 | 19 | 20 | 21 | 22 | 23 | 24 |
| 25 | 26 | 27 | 28<br>Contestación del IMSS al requerimiento de información formulado oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-037. | 29 | 30<br>Acuerdo mediante el cual se tuvo por presentada la información requerida al IMSS y por desahogado el oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-037. | 31 |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | Días transcurridos: 32 días | | Días transcurridos: 38 días<br>Actuación procesal por parte de la Comisión.<br>Nuevo cómputo.<br>Días transcurridos: 0 días | | |
| **Junio 2008** | | | | | | |
| | **Lunes** | **Martes** | **Miércoles** | **Jueves** | **Viernes** | |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6<br>Acuerdo por el que se tiene por presentada la información adicional correspondiente al oficio DGIPMARCI-10-096-2008-037 dirigido al Titular de la División de Mercados y estudios de fármaco-economía del IMSS.[39]<br>Días transcurridos: 4 días<br>Actuación procesal por parte de la Comisión.<br>Nuevo cómputo.<br>Días transcurridos: 0 días | 7 |
| 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 |
| 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 | 21 |
| 22 | 23 | 24 | 25 | 26 | 27 | 28 |
| 29 | 30 | | | | | |
| **Julio 2008** | | | | | | |
| | **Lunes** | **Martes** | **Miércoles** | **Jueves** | **Viernes** | |
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 |
| 13 | 14 | 15<br>Acuerdo por el que se ordena imprimir la información entregada por el IMSS de manera electrónica en contestación al oficio DGIPMARCI-10-096-2008-037.[40] | 16 | 17 | 18 | 19 |
| 20 | 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 |
| 27 | 28 | 29 | 30 | 31 | | |
| **Agosto 2008** | | | | | | |
| | **Lunes** | **Martes** | **Miércoles** | **Jueves** | **Viernes** | |
| | | | | | 1 | 2 |
| 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |

[39] Folio 37547 del expediente.
[40] Folio 37548 del expediente.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 10 | | | | | | 16 |
| 17 | | | | | | 23 |
| 24 | | | | | | 30 |
| 31 | | | | | | |

**Septiembre 2008**

| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | 1 | 2 | 3 | 4<br>Se recibió oficio que se le señala a Eli Lilly que ha transcurrido más de 60 días de inactividad en el expediente, para que se actúe según lo promueva en su derecho.<br>El mismo día se emitió ampliación del plazo de investigación por solicitud de la Comisión.<br>Días transcurridos: 5 días | 5 | 6 |
| 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 |
| 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 |
| 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 | 27 |
| 28 | 29 | 30 | | | | |

Acuerdos | Días transcurridos | Actos procesales

**PISA, CARLOS ARTURO VILLASEÑOR LÓPEZ Y EDUARDO AQUINO MALDONADO**

**b) Los recurrentes alegan una violación del principio de congruencia y exhaustividad de las resoluciones por las siguientes consideraciones:**

- **Indebida valoración de la caducidad de la instancia. La instancia caducó en dos instancias: del veintitrés de octubre de dos mil siete hasta el treinta de enero de dos mil ocho y del seis de junio al veinticuatro de septiembre de dos mil ocho. La Comisión niega dicha caducidad con base en lo que no corresponden al tipo de actos procesales que la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce como necesarios para interrumpir la caducidad de la instancia, en virtud de que el mero asiento del ingreso de una promoción no constituye un acto procesal que impulse el procedimiento.**

- **La Comisión no acredita que se haya causado daño alguno. El artículo 28 de la Constitución exige prueba de daños para sancionar. La Comisión debió probar tanto el acuerdo como el que tal acuerdo haya resultado en obligar a los consumidores a pagar precios exagerados.**

[41] Folios 38215 a 38218 del expediente.

El argumento anterior resulta **infundado**, ya que aun y cuando constituyen repeticiones de los argumentos que presentaron en su contestación al oficio de probable responsabilidad, mismos que les fueron atendidos en la resolución que se combate,[42] debe atenderse el particular ya que se puede considerar momento procesal oportuno para ello.

Resulta falso que no existan constancias en el expediente que acrediten actos procesales realizados por la Comisión durante los períodos señalados por el emplazado, a saber se observan los siguientes:

Respecto del primer período al que alude el emplazado, esto es, del veintitrés de octubre de dos mil siete y hasta el treinta de enero de dos mil ocho, la Comisión emitió el veintitrés de octubre de dos mil siete y notificó el día treinta siguiente al IFE el oficio número DGIPMARCI-10-096-2007-088, mediante el cual solicitó información personal sobre diversas personas físicas, mismas que formaron parte de la investigación, tal y como se observa en folios 37525 a 37528 del expediente. Al respecto, se le señala al emplazado que la jurisprudencia a la que hace referencia en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, no resulta aplicable al caso concreto, ya que dicho acuerdo no se trata de una mera anotación, sino de un acto procesal efectuado por la Comisión y mediante el cual se da cuenta del escrito presentado por el IFE.[43]

Lo anterior, toda vez que la Comisión en ejercicio de las atribuciones otorgadas en el artículo 24, fracciones I y II, de la LFCE y en relación con los artículos 31 y 34 bis 2 del mismo ordenamiento jurídico, puede requerir los documentos que estime relevantes y pertinentes para realizar sus investigaciones.

Por tanto, queda claro entonces que el acuerdo en comento sí es un acto procesal de los que activan el procedimiento, porque se trata de una actuación emitida por esta autoridad durante el procedimiento de investigación, mismo que le recayó a un escrito presentado en contestación a un requerimiento de información que se hace en ejercicio de la facultad investigadora de la Comisión, que es precisamente lo que se hace en un periodo, valga la redundancia, de investigación.

Lo anterior, puede corroborarse de la lectura de dichos artículos, que a su letra enuncian:

> *"**Artículo 31.- La Comisión podrá** requerir los informes y documentos que estime relevantes y pertinentes para realizar sus investigaciones, **citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos de que se trate**, así como solicitar a la autoridad judicial competente que le autorice la realización de visitas de verificación en cualquier domicilio del investigado, **en donde se presuma que existen elementos necesarios para la debida integración de la investigación**. La Comisión podrá solicitar las visitas de verificación sólo respecto de datos y documentos que haya requerido anteriormente en el curso de la investigación.* [...]"
> [Énfasis añadido]

[42] Visible a fojas ochenta a ochenta y seis de la resolución recurrida.
[43] Folio 37532 del expediente.

> *"Artículo 34 bis 2.- Toda persona que tenga conocimiento o relación con algún hecho que investigue la comisión o con la materia de sus procedimientos en trámite, tiene la obligación de proporcionar en el término de diez días la información, cosas y documentos que obren en su poder en el medio que le sean requeridos; de presentarse a declarar en el lugar, fecha y hora en que sea citada, y de permitir que se realicen las diligencias de verificación que ordene la Comisión.*[...]"
>
> [Énfasis añadido]

En este orden de ideas, se le señala al emplazado que durante la etapa de investigación no existen hechos identificados que acrediten la responsabilidad de agente económico alguno. Al respecto, resulta aplicable la siguiente tesis emitida por el Poder Judicial de la Federación:

> **COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. EL PROCEDIMIENTO OFICIOSO DE INVESTIGACIÓN DE ACTOS QUE SE ESTIMAN LESIVOS DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS PARTICULARES, QUE EFECTÚA DICHO ÓRGANO, NO ES UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO.** Del examen de lo dispuesto en los artículos 24, fracción I, 30 y 31 de la Ley Federal de Competencia Económica, se advierte que la Comisión Federal de Competencia **tiene facultades para iniciar, de oficio, un procedimiento de investigación para determinar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por la propia ley, para lo cual podrá requerir de los particulares y demás agentes económicos los informes o documentos relevantes para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate; sin embargo, estos proveídos no constituyen fases de un procedimiento que se tramite en forma de juicio, sino sólo el inicio de un procedimiento investigatorio en el que no existe aún la identificación de los hechos que puedan constituir una infracción, ni está determinado el sujeto a quien deberá oírsele en defensa como probable responsable de una infracción a la ley.** Luego, los referidos proveídos se ubican dentro de la hipótesis general de procedencia del juicio de amparo en contra de los actos de las autoridades administrativas, previsto en la primera parte de la fracción II del artículo 114 de la Ley de Amparo y, por tanto, el quejoso no tiene que esperar a que se dicte resolución definitiva para promover la demanda de garantías. No. Registro: 191,363. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Agosto de 2000. Tesis: P. CVIII/2000. Página: 103.
>
> [Énfasis añadido]

En este sentido, el acto procesal que omite tomar en consideración en el cómputo que alude el emplazado es el acuerdo emitido el veinte de noviembre de dos mil siete, mediante el cual se tuvo por desahogado el requerimiento de información formulado en el oficio en comento. A partir de dicho acuerdo y hasta el acuerdo de ampliación emitido por el Pleno de la Comisión el veintiuno de febrero de dos mil ocho, transcurrieron **cincuenta y seis días hábiles**, por lo que resulta improcedente su solicitud relativa a decretar el cierre del expediente. Lo anterior, se observa en el siguiente calendario, en el cual se hace el cómputo del plazo existente entre actos procesales:[44]

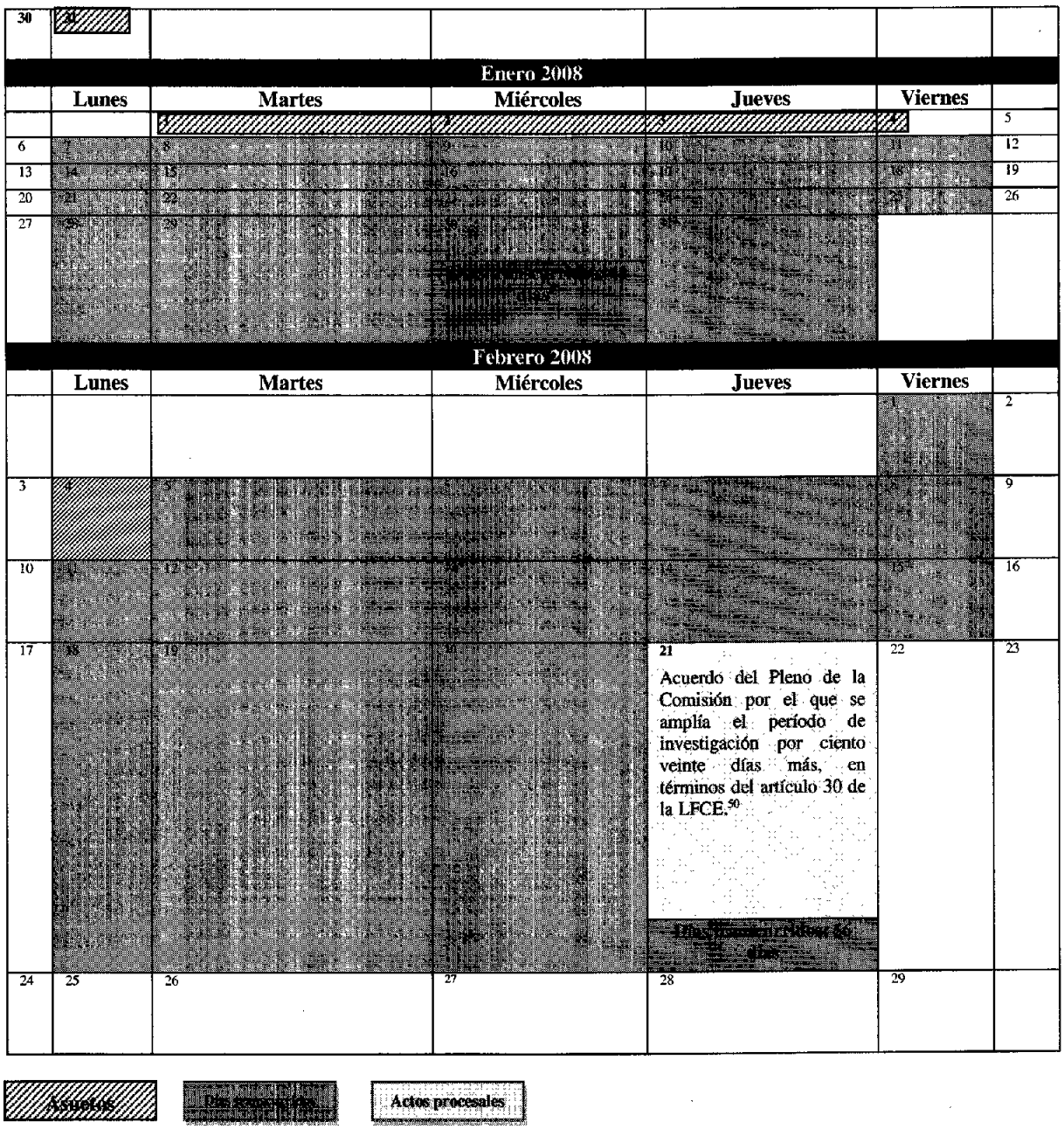
[44] De conformidad con el calendario anual de suspensión de labores de la Comisión, el cual fue publicado en el DOF el veintitrés de febrero de dos mil siete, se contempló la suspensión de labores además de los sábados y domingos los siguientes días: diecinueve de noviembre, veinticuatro al veintiocho de diciembre, treinta y uno de diciembre y del uno al cuatro de enero de dos mil ocho.

| Octubre 2007 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 |
| 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 |
| 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 |
| 21 | 22 | 23<br>Oficio DGIPMARCI-10-096-2007-088. Requerimiento de información dirigido al Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral.[45] | 24 | 25 | 26 | 27 |
| 28 | 29 | 30<br>Notificación del oficio DGIPMARCI-10-096-2007-088 dirigido al Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral.[46] | 31 | | | |

| Noviembre 2007 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
| | | | | 1 | 2 | 3 |
| 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |
| 11 | 12 | 13<br>Contestación al oficio DGIPMARCI-10-096-2007-088 por el apoderado legal del Instituto Federal Electoral.[47] | 14 | 15 | 16 | 17 |
| 18 | 19 | 20<br>Acuerdo por el que se da cuenta de la contestación al oficio DGIPMARCI-10-096-2007-088 por el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral, mismo en el que se tiene por desahogado dicho requerimiento.[48] | 21 | 22 | 23 | 24 |
| 25 | 26 | 27 | 28 | 29 | 30 | |

| Diciembre 2007 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
| | | | | | | 1 |
| 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
| 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 |
| 16 | 17 | 18 | 19 | 20 | 21 | 22 |
| 23 | 24 | 25 | 26 | 27 | 28 | 29 |

[45] Folios 37525 a 37528 del expediente.
[46] Folios 37529 a 37531 del expediente.
[47] Folio 37532 del expediente.
[48] Publicado en lista el veintitrés de noviembre de dos mil siete. Folio 37533 del expediente.




En relación al segundo período aludido, la Comisión emitió un acuerdo el seis de junio de dos mil ocho mediante el cual se tiene por presentada información aportada por el IMSS, correspondiente al oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-037. A partir de dicho acuerdo y hasta el acuerdo de

[49] Fecha en que según el emplazado venció el plazo de sesenta días a que se refiere el artículo 30 de la LFCE. Folio 88132 del expediente.
[50] Publicado el veintitrés de noviembre de dos mil siete. Folio 37533 del expediente.

ampliación emitido por el Pleno de la Comisión el cuatro de septiembre de dos mil ocho, transcurrieron **cincuenta y cuatro días hábiles**, por lo que igualmente resulta improcedente su solicitud relativa a decretar el cierre del expediente. Lo anterior, se observa en el siguiente calendario, mediante el cual se hace el cómputo del plazo existente entre actos procesales: [51]

| Junio 2008 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | **Lunes** | **Martes** | **Miércoles** | **Jueves** | **Viernes** | |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6<br>Acuerdo por el que se tiene por presentada la información adicional correspondiente al oficio DGIPMARCI-10-096-2008-037 dirigido al Titular de la División de Mercados y estudios de fármaco-economía del IMSS.[52]<br>Días transcurridos: 0 días | 7 |
| 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 |
| 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 | 21 |
| 22 | 23 | 24 | 25 | 26 | 27 | 28 |
| 29 | 30 | | | | | |

| Julio 2008 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | **Lunes** | **Martes** | **Miércoles** | **Jueves** | **Viernes** | |
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 |
| 13 | 14 | 15<br>Acuerdo por el que se ordena imprimir la información entregada por el IMSS de manera electrónica, en contestación al oficio DGIPMARCI-10-096-2008-037.[53]<br>Días transcurridos: 1 día | 16 | 17 | 18 | 19 |

[51] De conformidad con el calendario anual de suspensión de labores de la Comisión, el cual fue publicado en el DOF el catorce de febrero de dos mil ocho, se contempló la suspensión de labores además de los sábados y domingos los siguientes días: veintiocho y treinta y uno de julio, uno, cuatro y ocho de agosto y quince y dieciséis de septiembre de dos mil ocho.
[52] Folio 37547 del expediente.
[53] Folio 37548 del expediente.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 20 | 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 |
| 27 | 28 | 29 | 30 | 31 | | |

**Agosto 2008**

| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | 1 | 2 |
| 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 |
| 17 | 18 | 19 | 20 | 21 | 22 | 23 |
| 24 | 25 | 26 | 27 | 28 | 29 | 30 |
| 31 | | | | | | |

**Septiembre 2008**

| | Lunes | Martes | Miércoles | Jueves | Viernes | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | 1 | 2 | 3 | 4 Acuerdo en el que se le señala a Promotora [illegible] no ha transcurrido más de 60 días de inactividad en el expediente en el que se actúa, según lo manifestado en su escrito de 3 de septiembre de 2008.<br><br>El mismo día se emitió ampliación del plazo de investigación por el Pleno de la Comisión.[54]<br><br>Días transcurridos: 54 días | 5 | 6 |
| 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 |
| 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 |
| 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 | 27 |
| 28 | 29 | 30 | | | | |

Acuerdos | Días transcurridos | Actos procesales

Respecto del argumento referente a que la Comisión no demostró que el acuerdo colusivo haya resultado en obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, debe señalarse a los recurrentes que dicho argumento es **inoperante** en razón de que ya se le había contestado el mismo en la

[54] Folios 38215 a 38218 del expediente.

resolución que se combate.[55] Por tanto, se le indica a Pisa que, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, se le señala a los recurrentes que la demostración del daño no es uno de los supuestos normativos que contemple el artículo 9° de la LFCE para la acreditación de práctica monopólica absoluta, siendo incluso que se puede actualizar dicha práctica anticompetitiva a partir de su objeto y no necesariamente el efecto de ésta, siendo igualmente sancionable conforme a la LFCE. Lo anterior es así, tal y como lo expone el artículo 9° de la LFCE que a su letra enuncia:

> Artículo 9°.- **Son prácticas monopólicas absolutas** los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, **cuyo objeto o efecto** sea cualquiera de los siguientes: [...]
>
> [Énfasis añadido]

## 2. PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN LA RESOLUCIÓN

### 2.1 ESQUEMA DE LICITACIONES DEL IMSS

**PROBIOMED Y ALFONSO SALVADOR HUERTA SUÁREZ**

**a) Los recurrentes señalan que la resolución es ilegal, pues contraviene los artículos 14 y 16 de la Constitución, ya que se basa en elementos aportados en la investigación siendo que fue parcial y deficiente, y con ello rompió el principio de buena fe de los actos administrativos, puesto que no se allegó de la mejor información disponible, sino de aquella información que pudiera apoyar la hipótesis de existencia de un acuerdo de colusión.**[56]

El presente agravio es **inoperante**, en primer lugar, de acuerdo a lo siguiente:

[55] Visible a fojas 251 a 253 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.
[56] Página 76 del recurso de reconsideración de Alfonso Salvador Huerta Suárez.

- Esta autoridad no es competente para pronunciarse respecto a las violaciones a la Constitución, por encontrarse reservada en exclusiva para el Poder Judicial de la Federación.
- Asimismo, en caso de que fuera cierto que esta autoridad no se hubiese allegado de la "*mejor información disponible*" los recurrentes no señalan en qué forma se hubiera desvirtuado la conducta imputada o cómo hubiera influido en las conclusiones de la resolución recurrida en el supuesto de que esta autoridad se hubiere allegado de otra información, y no sólo, de aquella que apoyara la hipótesis de existencia de un acuerdo colusivo.
- Incluso, resulta ilógico su argumento, ya que dice que la Comisión sólo se allegó de aquella información que apoyaba la hipótesis de la existencia de un acuerdo de colusión, cuando esa es la naturaleza propia de una investigación, ya que de encontrar aquella que sea suficiente para acreditar su existencia y a los probables responsables, lo procedente es emplazar y, en caso de que no hayan sido desacreditadas, sancionar a los responsables.

Independientemente de lo anterior, se resalta que:

- Los recurrentes tuvieron la oportunidad de ofrecer aquella información que a su criterio modificaría las conclusiones a las que preliminarmente se arribó en el oficio de probable responsabilidad para desvirtuar la conducta que se les imputó,
- Esta Comisión sí se allegó de la mejor información disponible durante la investigación ya que:
  - Se investigaron más de doscientas licitaciones,
  - Se requirió información a todos los agentes económicos investigados,
  - Se presentaron en el oficio de probable responsabilidad los resultados de todas las licitaciones investigadas para cada clave de medicamento por año y durante todo el período de investigación y,
  - Se explicaron los incentivos que tuvieron los participantes para participar en las licitaciones investigadas.[57]

Resulta aplicable por analogía al caso en concreto, la jurisprudencia que señala lo siguiente:

> **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.** El hecho de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que proceda el estudio de los conceptos de violación o de los agravios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que aquéllos no necesariamente deben plantearse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello de manera alguna implica que los quejosos o recurrentes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente el porqué estiman inconstitucionales o ilegales

[57] Foja 261 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006

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. Novena Época. Registro: 185425. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Diciembre de 2002. Materia(s): Común. Tesis: 1a./J. 81/2002. Página: 61. Reclamación 32/2002-PL. Promotora Alfabai, S.A. de C.V. 27 de febrero de 2002. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Ángel Ponce Peña. Reclamación 496/2002. Química Colfer, S.A. de C.V. 29 de mayo de 2002. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Miguel Ángel Velarde Ramírez. Reclamación 157/2002-PL. Fausto Rico Palmero y otros. 10 de julio de 2002. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Miguel Ángel Velarde Ramírez. Amparo directo en revisión 1190/2002. Rigoberto Soto Chávez y otra. 11 de septiembre de 2002. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Miguel Ángel Velarde Ramírez. Amparo en revisión 184/2002. Adela Hernández Muñoz. 9 de octubre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Tesis de jurisprudencia 81/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de trece de noviembre de dos mil dos, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué consideran que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro:

**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO.** Si en los conceptos de violación no se expresan los razonamientos lógicos y jurídicos que expliquen la afectación que le cause a la quejosa el pronunciamiento de la sentencia reclamada, los mismos resultan inoperantes, toda vez que todo motivo de inconformidad, no por rigorismo o formalismo, sino por exigencia indispensable, debe contener los argumentos necesarios, tendientes a justificar las transgresiones que se aleguen, de tal manera que si carecen de aquéllos, no resultan idóneos para ser analizados por el tribunal federal correspondiente, en el juicio de amparo. Novena Época. Registro: 191370. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Agosto de 2000. Materia(s): Común. Tesis: I.6o.C. J/21. Página: 1051. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1186/95. Sistemas de Alimentos Rápidos, S. de R.L. de C.V. 9 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretario: Rogelio Saldaña Hernández. Amparo directo 7976/96. Quezadas Macías Contadores Públicos, S.C. 13 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Sergio Ignacio Cruz Carmona. Amparo directo 886/98. Francisco Ríos Villegas. 26 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Max Enrique Cymet Ramírez. Amparo directo 10876/98. María del Consuelo Avendaño Galindo. 7 de julio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Alfonso

Avianeda Chávez. Amparo directo 11736/99. Comercializadora Granda, S.A. de C.V. 26 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas. Secretario: Víctor Hugo Guel de la Cruz.

**AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.** Si no se está en el caso de suplir la deficiencia de los agravios en términos del artículo 76 Bis, fracción VI, de la Ley de Amparo, no basta que el recurrente exprese sus agravios en forma genérica y abstracta, es decir, que se concrete a hacer simples aseveraciones para que el Tribunal Colegiado emprenda el examen de la legalidad de la resolución recurrida del Juez de Distrito a la luz de tales manifestaciones, sino que se requiere que el inconforme en tales argumentos exponga de manera razonada los motivos concretos en los cuales sustenta sus propias alegaciones, esto es, en los que explique el porqué de sus aseveraciones, pues de lo contrario los agravios resultarán inoperantes. Novena Época. Registro: 176045. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIII, Febrero de 2006. Materia(s): Común. Tesis: I.11o.C. J/5. Página: 1600. DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 171/2003. Nicanora Chávez Sandoval, su sucesión. 15 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Fidel Quiñones Rodríguez. Incidente de suspensión (revisión) 513/2004. The Capita Corporation de México, S.A. de C.V. 14 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretario: Lucio Leyva Nava. Amparo en revisión 64/2005. Enrique Vitte Parra. 25 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretario: Lucio Leyva Nava. Amparo en revisión 149/2005. Rocío Rivera Enríquez. 6 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretario: Eduardo Jacobo Nieto García. Amparo en revisión 389/2005. Ineq, S.A. de C.V. 17 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda.

**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA.** No se puede considerar como concepto de violación y, por ende, resulta inoperante la simple aseveración del quejoso en la que afirma que no le fueron estudiados los agravios que hizo valer ante el tribunal de apelación, o que éste no hizo un análisis adecuado de los mismos, si no expresa razonamientos lógicos y jurídicos tendientes a demostrar que haya combatido debidamente las consideraciones de la sentencia recurrida y que no obstante esa situación, la responsable pasó por inadvertidos sus argumentos, toda vez que se debe señalar con precisión cuáles no fueron examinados, porque siendo el amparo en materia civil de estricto derecho, no se puede hacer un estudio general del acto reclamado. Novena Época. Registro: 188864. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV, Septiembre de 2001. Materia(s): Civil, Común. Tesis: I.6o.C. J/29. Página: 1147. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 3206/92. Juan Rodríguez López. 2 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: Dora Isela Solís Sandoval. Amparo directo 4207/92. Felisa Domínguez viuda de Acosta. 2 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: Dora Isela Solís Sandoval. Amparo directo 1001/92. Samuel Laban Jasqui. 22 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: Dora Isela Solís Sandoval. Amparo directo 12346/99. Instituto Nacional Indigenista. 12 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas. Secretario: Juan Alfonso Patiño Chávez. Amparo en revisión 1216/2001. María Elena Ruiz Villagrán de Muñoz. 26 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas. Secretaria: Lorena Angélica Taboada Pacheco. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, agosto de

2000, página 1051, tesis I.6o.C. J/21, de rubro: "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO.

**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO.** Si en los conceptos de violación no se combaten o desvirtúan todos y cada uno de los razonamientos de la sentencia reclamada, aquéllos se consideran inoperantes, ya que aun cuando alguno fuera fundado, no sería suficiente para conceder el amparo solicitado, puesto que existen otras consideraciones de la sentencia que no se impugnaron y que este Tribunal Colegiado no puede estudiar, por ser el amparo en materia administrativa de estricto derecho; conclusión que hace innecesario el estudio de las infracciones que se aducen en los conceptos de violación, en virtud de que lo expresado en ellos carece de trascendencia jurídica, al subsistir la sentencia reclamada con base en los intocados razonamientos en que se apoya. Novena Época. Registro: 194031. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IX, Mayo de 1999. Materia(s): Administrativa. Tesis: II.A.62 A. Página: 1001. TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 977/98. Aristeo Sánchez Sánchez. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Darío Carlos Contreras Reyes. Secretaria: Ma. Dolores Omaña Ramírez. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, agosto de 1995, página 483, tesis XX.26 K, de rubro: "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. HIPÓTESIS EN QUE DEBEN DECLARARSE.

**b) Ahora bien, en cuanto a las supuestas deficiencias de la investigación, los recurrentes señalan lo siguiente:**

**La CFC no analizó la normatividad aplicable a las licitaciones del IMSS que limitan los abusos en las posturas de precios. Dichas disposiciones impiden que los precios sean elevados:**

1. **El artículo 38 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (en adelante LAASSP) indica que las licitaciones pueden declararse desiertas si los precios no son aceptables.**
2. **El criterio de precios aceptables se incluye en las licitaciones. Como prueba se agrega las -declaradas desiertas en el periodo dos mil tres a dos mil seis: 023-04, 016-04, 018-03, 005-03, 007-05 y 016-05.**
   **Lo cual muestra que es incorrecta la información de la resolución de que sólo hasta 2006 utilizó precios de referencia en sus licitaciones ya que el IMSS tomó como referencia precios de orientación o de licitaciones previas.**
3. **El artículo 28 de la LAASSP del dos mil señaló que es posible organizar licitaciones internacionales cuando los precios no fueran convenientes. Se agrega copia del DOF de cuatro de enero de dos mil**
4. **El documento "Políticas, Bases y Lineamientos" vigente de febrero de dos mil tres a abril de dos mil cinco, que se agregó como prueba 8, señala que el instituto debe realizar estudios de precios orientadores.**

**5. El IMSS puede tomar como precios aceptables y, por tanto, como referencia las licitaciones pasadas y de ahí que las posturas tengan similitud. La omisión de normatividad y la deficiente investigación originó que no se le requiriera al IMSS los estudios de y criterios para establecer precios aceptables.**

Este argumento es **infundado** en razón a que, en las secciones D. y E. de la consideración **TERCERA** de derecho contenidos en fojas 31 a 36 de la resolución recurrida, se presentó una revisión de la normatividad, desde la LAASSP hasta las bases de las licitaciones convocadas por el IMSS, por lo que resulta falso que no se haya revisado la normatividad aplicable a las licitaciones del IMSS.

Asimismo, son **inoperantes** los agravios referentes a que la CFC no analizó las situaciones contenidas en la normatividad de las licitaciones como: declarar desiertas las licitaciones cuando los precios no son aceptables,[58] el criterio de precios aceptables, la posibilidad de organizar licitaciones internacionales cuando los precios no fueran convenientes y, el documento "Políticas, Bases y Lineamientos en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios" que señala que el IMSS debe realizar estudios de precios orientadores, ya que esta autoridad dio respuesta a todos y cada uno de sus planteamientos a fojas 334 a 344 de la resolución recurrida.

Al respecto, la Comisión señaló que eran infundados estos argumentos, puesto que tendían a justificar la inexistencia del acuerdo colusorio entre las ahora sancionadas con base en el ejercicio de las atribuciones con las que cuenta el IMSS en materia de precios dentro de los procedimientos de licitación. El ejercicio de las atribuciones del IMSS no prejuzga, ni tampoco exime la aplicación de otras leyes relacionadas con los procedimientos de licitación. La aplicación del artículo 38 de la LAASSP respecto a la aceptación de los precios por parte del IMSS no implica ni prejuzga sobre la responsabilidad que tienen los recurrentes en la resolución recurrida, ya que tal atribución solamente corresponde a la Comisión.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

[58] Ofreció como prueba las siguientes licitaciones en el periodo dos mil tres a dos mil seis: 023-04, 016-04, 018-03, 005-03, 007-05 y 016-05, las cuales se declararon desiertas.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

c) **La Comisión no analizó todas las condiciones que ocurrieron en las licitaciones realizadas por el IMSS y que llevan a una explicación diferente a la colusión que supone la Comisión. De acuerdo a la resolución bastaría que otros concursantes en las licitaciones bajaran el precio para ganar las licitaciones. Sin embargo, existieron concursantes que no formaron parte del acuerdo, como lo señala la Comisión, así como que tampoco bajaron los precios en sus posturas. Aunado a lo anterior, la información omitida es la siguiente:**

1. **Información de las empresas que participaron en dos mil tres a dos mil cinco.**
2. **SAVI, CPI, SMS y Audipharma ofrecieron precios similares, la Comisión debió requerirles por qué ofrecieron esas posturas y por qué solo participaron en algunas licitaciones del IMSS.**
3. **Omitió revisar los procesos de licitación a fines de dos mil cinco donde los precios disminuyeron. En dos mil cinco Probiomed argumentó la disminución en el precio de la materia prima.**
4. **En las licitaciones 085-05 y 048-05, se declararon desiertas por que no existían precios aceptables, se presentaron como prueba 10 en la contestación al oficio de probable responsabilidad.**
5. **Omitió considerar las licitaciones declaradas desiertas por que los precios no eran aceptables; esto es, la 090-05, donde se declaró ganadora a Savi y por reclamo gano Probiomed.**
6. **En cuanto a que Dimesa no es un nuevo competidor, la Comisión no realizó un análisis de las licitaciones anteriores (tablas 31 y 33 y fojas 578 y 583), en las licitaciones 085-05 y 090-05 Savi ofreció posturas de precios de insulina que llevaron a una reducción de precios; es decir, no fue Dimesa como lo afirma la Comisión.**
7. **La Comisión no tomó en cuenta las pruebas respecto de los precios de la materia prima.**
8. **La Comisión no tomó en cuenta que el IMSS tiene capacidad para modificar los precios de las licitaciones.**
9. **El IMSS es el principal comprador de medicamentos y realiza grandes volúmenes de compra, porque tiene capacidad y poder de compra para negociar las condiciones de abasto. El artículo 28 de la LAASSP establece que deben existir precios convenientes, lo cual limita el abuso de posturas en los precios.**
10. **Omite analizar precios internacionales.**
11. **La Comisión no llamó al proceso de investigación (foja 268) a empresas que ofertaron y ganaron licitaciones con precios similares, por lo que se omitió información en la investigación**

**12. La Comisión señala que la resolución es un todo, por lo que por las mismas razones las omisiones señaladas afectan a toda la resolución al haber elementos de información omitidos.**

Son **inoperantes** los agravios referentes a que la Comisión no analizó todas las condiciones que ocurrieron en las licitaciones realizadas por el IMSS y que llevan a una explicación diferente a la colusión que supone la Comisión, porque Probiomed no explica qué agravio o daño le causa esta "supuesta omisión de análisis" cometida por parte de la Comisión, tampoco expresa cómo estas argumentaciones pueden influir en las conclusiones de la resolución recurrida en caso de que se hubieran analizado "todas" las condiciones ocurridas en las licitaciones del IMSS.

Por otra parte, el presente agravio es **inoperante**, en virtud de lo siguiente:

En relación a que en el dos mil cinco Probiomed argumentó la disminución en el precio de la materia prima, la Comisión señaló en la resolución recurrida[59] que el costo de la materia prima sólo representa uno de los costos en los que incurre Probiomed en la elaboración de las claves investigadas de insulina y, por lo tanto, lo mostrado solamente es parcialmente representativo de su dicho. Asimismo, es falso que la Comisión no haya tomado en cuenta las pruebas respecto de los precios de la materia prima, ya que las mismas se analizaron en la resolución[60] y se señaló que la fecha de la factura (ocho de diciembre de dos mil seis) no permitió inferir que durante el periodo que comprende el año dos mil seis se presentó una reducción equivalente a la que alegó Probiomed con base en dicha factura. Además, Probiomed no presentó ninguna factura que respaldara su dicho y que abarcara el periodo que comprende del veintiuno de diciembre de dos mil cinco al ocho de diciembre del dos mil seis; en el que se presentó inicialmente la reducción de precios en las posturas que presentó para las claves 1050 y 1051 en las licitaciones convocadas por el IMSS.

Lo anterior lleva a concluir que, Probiomed no controvirtió las determinaciones emitidas por la Comisión respecto al costo de la materia prima y respecto a la valoración de las facturas ofrecidas por Probiomed.

Respecto a la prueba 10 ofrecida[61] en la contestación al oficio de probable responsabilidad, consistente en copias simples de las actas de fallo de las licitaciones públicas LPI 006411188-085-05 y LPI 00641216-048-05 que se declararon desiertas por que no existían precios aceptables, la Comisión valoró dichas documentales en la resolución recurrida.[62] Sin embargo, **no resultaron idóneas** para acreditar lo que pretendían Probiomed y Alfonso Salvador Huerta Suárez, toda vez que

[59] Foja 359 de la resolución recurrida.
[60] Foja 358 de la resolución recurrida.
[61] Con la prueba ofrecida, Probiomed y Alfonso Salvador Huerta Suárez pretendieron acreditar que el IMSS ejerce facultades para declarar desierta una licitación, debido a que las posturas de precios ofertadas no son aceptables por el IMSS.
[62] Foja 495 de la resolución recurrida.

el hecho que se declare desierta una licitación no determina la existencia o no de un cártel, puesto que esa facultad le corresponde en exclusiva a la Comisión.

Los sancionados tampoco controvirtieron el argumento emitido por esta autoridad relacionado con la valoración de dichas pruebas y de que las mismas no resultaran idóneas para demostrar la existencia o no de un cártel. Por tanto, es **inoperante** su agravio.

Es aplicable por analogía al caso en concreto, la siguiente tesis:

> **AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON AQUELLOS QUE NO CONTROVIERTEN CADA UNA DE LAS CAUSALES DE IMPROCEDENCIA ANALIZADAS EN LA SENTENCIA DE AMPARO.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado reiteradamente el criterio de que los agravios en la revisión son inoperantes cuando no combaten todas y cada una de las consideraciones contenidas en la sentencia de amparo. En ese sentido, si el inconforme no controvierte en su totalidad las causales de improcedencia relacionadas con los actos reclamados, las cuales fueron analizadas por el Juez de Distrito de manera independiente y desvinculadas entre sí, sustentándolas en razonamientos diversos, es incuestionable que prevalecen. Ello es así porque, invariablemente, **los motivos de inconformidad en la revisión deben estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de todos los argumentos en que se sustenta la resolución impugnada ya que, de no ser así, las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por el órgano colegiado y deberán calificarse de inoperantes**, ya que se está ante argumentos insuficientes para revocar la resolución recurrida. Novena Época. Registro: 168233. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIX, Enero de 2009. Materia(s): Común. Tesis: I.7o.A.123 K. Página: 2631. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 412/2008. Comunicación Técnica Integrada, S.A. de C.V. 12 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Valentín Omar González Méndez.

Por otro lado, respecto a los demás agravios de Probiomed y del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez relativos a: **(i)** que Dimesa no es un nuevo competidor, **(ii)** que no se tomó en cuenta que el IMSS tenga capacidad para modificar los precios de las licitaciones, **(iii)** que el IMSS es el principal comprador de medicamentos y realiza grandes volúmenes de compra, **(iv)** que se omiten analizar precios internacionales, **(v)** que no se llamó al proceso de investigación a empresas que ofertaron y ganaron licitaciones con precios similares y **(vi)** que la CFC señala que la resolución es un todo, por lo que por las mismas razones las omisiones señaladas afectan a toda la resolución al haber elementos de información omitidos, éstos son **inoperantes** toda vez que Probiomed está repitiendo los mismos argumentos que manifestó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad sin controvertir en nada lo resuelto en la resolución recurrida, ni mucho menos hacer manifestaciones encaminadas a destruir los razonamientos y fundamentos de dicha resolución.[63]

[63] Foja 276 (Dimesa no es un nuevo competidor). Fojas 490 y 491 (IMSS tiene capacidad de modificar precio de licitaciones). Foja 330 (IMSS principal comprador de medicamentos). Foja 204 (precios internacionales). Foja 279 (no se llamarón a otras empresas).

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**d) La resolución recurrida es ilegal porque no considera que el IMSS establece precios aceptables para declarar ganadores y esos precios son los precios de referencia que toma Probiomed para decidir sus posturas. Además, se omitió considerar que los ganadores de la licitación son posturas con precios aceptables, de lo contrario se declara desierta. La resolución se contradice, al señalar en su página 339 que "*...los fundamentos y motivos de las imputaciones hechas a los presuntos responsables no se basan en si el precio de referencia es alto o bajo*...", con los múltiples señalamientos de que los precios de las licitaciones son elevados.**

Los agravios son **infundados**, ya que Probiomed confunde los conceptos de precios de referencia con los precios aceptables y los precios ofrecidos en sus posturas. En foja 339 de la resolución recurrida se establece que las imputaciones no se basan en si el precio de referencia es alto o bajo, pero el precio de referencia es diferente a los precios que ofrece Probiomed en sus posturas. Además, se explica que la aceptación de las posturas ganadoras (precios aceptables, como los llama Probiomed) por parte del IMSS no puede utilizarse para descartar la presencia de una práctica monopólica absoluta, debido a que LAASSP (Ley en que se basa el IMSS para realizar sus licitaciones) y la LFCE tienen fines y objetos distintos, y la aplicación de una no determina la aplicación de la otra, ya que tal excepción no se encuentra en ninguna de estas leyes.

Tal y como lo establece la resolución recurrida, como citan los mismos recurrentes, el precio de referencia se utiliza como guía del precio máximo aceptable y difiere del concepto de precio aceptable en que cualquier precio por debajo del precio de referencia es un precio aceptable. Por ejemplo, si el precio de referencia en la clave 1050 fuera de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.), los precios aceptables van desde $0.05 (cinco centavos de peso M.N.) hasta $154.85 (ciento cincuenta y cuatro 85/100 M.N.), lo que presenta un enorme conjunto de precios aceptables posibles. Dada la diferencia entre ambos conceptos, no es cierto que las posturas de Probiomed obedecieran a igualar

el precio de referencia, ya que el mismo IMSS estableció que dicho precio de referencia se dio a conocer a partir del mes de agosto del año dos mil seis, como se aprecia en fojas 239 y 240 de la resolución recurrida, sin que Probiomed ofrezca prueba en contrario. No obstante, es cierto que si un precio resultó ganador en alguna licitación, éste se puede considerar como aceptable, pero no como el precio de referencia.

Además, Probiomed tampoco ofreció prueba de que dichos precios se incluyan en todas las bases de las licitaciones. Si entonces Probiomed se refiere a los precios que resultaron aceptables (y no los precios de referencia) en licitaciones anteriores, se advierte que su dicho es falso y no coincide con los hechos analizados en la resolución recurrida. Además, que el mismo agente se ha contradicho, pues en ocasiones dice que su estrategia es seguir el precio ganador anterior, y en otras menciona que su postura se define con otras variables. Lo cierto es que Probiomed ofrece distintas explicaciones de su comportamiento sin que ninguna se compruebe, además de ser contradictorias, pues si, como dice, toma en cuenta sus costos para definir su precio no explica porque ofrece un precio que le lleva a tener una margen de pérdida de más del 100% (cien por ciento), como sostiene en fojas 13 y 14 de su escrito de recurso de reconsideración.

Por último, Probiomed busca confundir, ya que en la resolución recurrida (foja 34) se señala a los precios de referencia como parte del análisis conceptual y que algunos agentes, entre ellos Probiomed, justificaron sus posturas con base en este concepto que de acuerdo a la información de la resolución recurrida solo se usó a partir de agosto de dos mil seis. Por tanto, tal justificación es errónea.

Por otro lado, respecto a su argumento de que la Comisión no tomó en cuenta que se puede declarar desierta una licitación si no existen precios aceptables, la resolución recurrida en fojas 196, 197 y 295 ya respondió este argumento y se señaló que la aceptación de los precios por parte del IMSS no puede ser un referente para determinar la existencia o no de un acuerdo colusorio entre las partes, ya que la LAASSP y la LFCE tienen fines y objetos distintos; y la aplicación de una no determina la aplicación de la otra.

Por último, en el Anexo 2 de la resolución recurrida puede verse cómo es falso el argumento novedoso de Probiomed de tomar el "precio aceptable" como referencia para licitaciones subsecuentes, ya que no se ofrece el precio ganador de la licitación inmediata anterior, sino uno más alto. No obstante de ser falsa, esta estrategia no le puede garantizar tener un fallo favorable, ya que bajo un comportamiento independiente, Probiomed no puede asegurar que el resto de los participantes seguirán la misma estrategia. Probiomed sólo puede estar seguro de obtener un fallo favorable si de antemano conoce que el resto de los participantes ofrecerán un precio igual o dentro de un margen dentro del 1.5% (uno punto cinco por ciento) señalado por las bases para acceder a la asignación múltiple, pues bastaría que uno de los agentes ofreciera un precio 2% (dos por ciento) por debajo de la postura de Probiomed para que éste no obtuviera ni una parte del contrato. Lo anterior demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre estos agentes. Esto también se demostró en la resolución recurrida en fojas 261, 474 y 475.

Por ejemplo, a partir de los datos presentados en el Anexo 2 de la resolución recurrida, se evidencia que es falso el argumento de Probiomed de fijar su postura con base en las posturas ganadoras anteriores, ya que durante todo el mes de octubre del año dos mil cuatro, la postura ganadora no superó los $155.00, y en la licitación 00641253-023-04 incrementó su postura a $158.00. Esta alternancia de posturas se puede observar a lo largo del periodo investigado.

Clave 1051

| Fallo | Licitación | Eli Lilly | Cryopharma | Pisa | Probiomed |
|---|---|---|---|---|---|
| 11-Oct-04 | 00641195-046-04 | | **154.90** | | |
| 11-Oct-04 | 00641218-020-04 | 158.00 | **154.90** | 157.50 | |
| 12-Oct-04 | 00641193-025-04 | 158.00 | **154.95** | **155.00** | **154.90** |
| 18-Oct-04 | 00641187-043-04 | 158.00 | 157.50 | **154.90** | |
| 19-Oct-04 | 00641253-023-04 | **154.90** | 157.50 | 157.50 | 158.00 |
| 25-Oct-04 | 00641091-116-04 | **154.95** | **154.90** | 157.50 | |
| 27-Oct-04 | 00641220-060-04 | **154.90** | 157.50 | 160.00 | |

[Posturas ganadoras con énfasis]

### 2.2 PROPUESTAS CONJUNTAS

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

a) **Señalan que se viola en su perjuicio el principio de legalidad consagrado en el artículo 16 constitucional, por violación al principio de legalidad y debida fundamentación y motivación, el artículo 21, fracción V, de la LFCE, por aplicación genérica, así como la jurisprudencia que obliga a las autoridades administrativas a fundar y motivar debidamente sus resoluciones, lo que no aconteció en la resolución objeto del presente recurso.**

**Lo anterior es así, ya que se ofreció como medio de prueba el Convenio de Participación Conjunta, mismo que se encuentra en el expediente, así como en todas y cada una de las Bases de la Licitación investigadas por la Comisión y ésta al valorar supuestamente la prueba arguye que la misma no resulta idónea para demostrar que el IMSS haya propiciado que los precios de los competidores hayan sido coincidentes, sino que se trata únicamente de un modelo de Convenio del cual no se observa quiénes fueron los participantes, cuando no se ofreció dicha prueba para acreditar la participación o no de algún licitante, sino con el propósito de establecer que de conformidad con el artículo 34 de la LAASSP, en relación con el artículo 31 del Reglamento de la LAASSP, en todas las licitaciones se aceptarán proposiciones conjuntas, lo que implica forzosamente que los que deseen participar en una licitación bajo este supuesto tengan que coordinarse para realizar una propuesta tanto técnica como económica de manera conjunta y que, ello es congruente**

**con el modelo de convenio que al efecto el IMSS agrega en todas y cada una de las Bases de Licitación, lo cual es totalmente legal, y no obstante ello Eli Lilly jamás presentó una propuesta conjunta.**

**Eli Lilly señala que es totalmente legal presentar propuestas conjuntas, y que no existe congruencia en que se le impute a Eli Lilly y a sus competidores que se coordinaron para presentar posturas en las licitaciones convocadas por el IMSS, pudiéndolo haberlo hecho de manera legal. Existe detrás de la prueba ofrecida todo un razonamiento que es congruente con lo que se pretende acreditar, y no sólo se trata de un convenio en el que no se aprecia quiénes participaron, como lo dice la Comisión al valorar dicho documento.**

El presente agravio es **infundado**, ya que en la resolución recurrida sí se analizó de manera fundada y motivada la argumentación de Eli Lilly referente a la figura de participación de manera conjunta de dos competidores en términos del artículo 34 de la LAASSP, y que Eli Lilly jamás celebró dichos convenios, ni jamás presentó propuestas conjuntas con ningún otro licitante, y que de conformidad con el artículo 34 de la LAASSP y 31 de su reglamento, en todas la licitaciones se podían aceptar posiciones conjuntas, lo que implica que los que decidan participar en una licitación bajo este supuesto, forzosamente tendrán que coordinarse para realizar una propuesta, tanto técnica como económica."

Se señaló en la resolución recurrida[64] que las propuestas conjuntas no justificaban el comportamiento colusivo de Eli Lilly durante el periodo investigado. Lo que se realizó fue un análisis de las posturas -de todas aquellas a las que se allegó la Comisión en la etapa de investigación- en los procesos de licitación que llevó a cabo el IMSS del dos mil tres al dos mil seis para las claves investigadas y se explicó que, si se observaban de forma aislada los resultados de cada licitación, era difícil identificar un patrón de comportamiento. Por ello, la identificación de patrones de comportamiento parte de la evaluación de los resultados del conjunto de las licitaciones que el IMSS realizó sobre cada una de las claves de los medicamentos a lo largo de un año. En esa evaluación se identificaron los comportamientos asociados con un probable establecimiento, concertación o coordinación de posturas. Después, esos patrones se verificaron a nivel de licitación por licitación.

Como se señaló en foja 345 de la resolución recurrida, el argumento de Eli Lilly resultó infundado, ya que la posibilidad de presentar proposiciones conjuntas no justifica que las empresas se coordinen para presentar posturas en las licitaciones convocadas por el IMSS sin que medie la presentación de propuestas conjuntas entre las empresas.

Respecto a la "supuesta" valoración ilegal que la Comisión hizo del Modelo Convenio de Participación Conjunta, es falso que Eli Lilly haya ofrecido esta prueba "[...] *con el propósito de establecer que de conformidad con el artículo 34 de la LAASSP, en relación con el artículo 31 del*

[64] Foja 345 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

*Reglamento de la LAASSP, en todas las licitaciones se aceptaran proposiciones conjuntas,* [...] *lo cual es totalmente legal* [...]"[65] sino que la ahora recurrente ofreció esta prueba con la finalidad de demostrar que el IMSS propició que los precios de los competidores fueran coincidentes.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis:

> **CONCEPTO DE VIOLACIÓN INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA.** Procede declarar inoperante el concepto de violación, en el que se consigna inexactamente que determinada prueba fue ofrecida para evidenciar extremos específicos, cuando de autos se advierte que lo fue para demostrar diversos objetivos. Octava Época. Registro: 223769. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VII, Enero de 1991. Materia(s): Laboral. Tesis: Página: 185. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

El agravio es **inoperante**, ya que no es procedente que los recurrentes cambien el objeto de la prueba, y además, aleguen que la valoración de dicha prueba fue ilegal. Como ya se señaló, la probanza había sido ofrecida para demostrar que el IMSS propició que los precios de los competidores fueran coincidentes, y no, como pretende Eli Lilly, para demostrar que de acuerdo a la LAASSP y a su reglamento se aceptan proposiciones conjuntas y que esto es legal.

En la valoración de la prueba la Comisión señaló[66] que la sancionada manifestó que jamás presentó una postura conjunta con las empresas del Grupo I y II durante el periodo dos mil tres a dos mil seis. Por tanto, resultaba incongruente demostrar sus pretensiones a partir de un convenio del cual nunca fue parte Eli Lilly. En conclusión, dicha prueba resultó no ser idónea.

Por último, si el propósito de Eli Lilly es probar que la conducta de coordinar posturas en las licitaciones, resulta ser una práctica legal, pues es evidente que esto será imposible de demostrar, ya que conforme al contenido del artículo 9, fracción IV, de la LFCE se prohíbe expresamente dicha conducta.

### 2.3 Falta de Análisis de Medicamentos

**Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis**

a) **Señalan que una prueba que ofrecieron y que la CFC no solamente no valoró, sino ni siquiera la mencionó, "*se refiere al argumento y análisis planteado* [por los recurrentes] *en el sentido de que el comportamiento que la CFC supuestamente analizó de las licitaciones no es un comportamiento atípico o que se dé por virtud de una concertación de acuerdos tendientes al establecimiento o coordinación de posturas, tal y como se demuestra del análisis***

[65] Foja 29 del recurso de reconsideración de Eli Lilly.
[66] Fojas 443 y 444 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

*que se presentó y realizó en las contestaciones al OPR, específicamente en las fojas que corren de la 94 a la 99 de algunos productos también del cuadro básico de medicamentos, que aunque dichos productos no son parte de esta investigación, cabe aclarar que este análisis se basó en las mismas licitaciones del año 2003 y 2004 en las que la CFC se basó para realizar su investigación y obran en el expediente en que se actúa, análisis que solicitó se tenga por reproducido en obvio de repeticiones innecesarias.*"[67]

**Los productos objeto de dicho análisis fueron los siguientes: CLAVE 0813 HIDROCORTISONA; CLAVE 1566 NISTATINA; CLAVE 1702 FUMARATO FERROSO; CLAVE 1924 BENCILPENICILINA PROCAINICA CON BENCIL PENICILINA CRISTALINA; CLAVE 4251 VANCOMICINA; CLAVE 1006 CALCIO; CLAVE 0655 BEZAFIBRATO; CLAVE 1311 METRONIDAZOL.**

**Como se puede apreciar del análisis que se realizó sobre estos medicamentos, vemos que las posturas no solo se acercaban en precio unas de otras en un porcentaje menor o igual del 1.5% para la asignación múltiple, sino que en más del 80% de las mismas, el precio ofertado fue idéntico por todos los licitantes, lo cual obedece a diversos factores, dentro de los que se encuentra el precio de referencia asignado por el propio IMSS y desde luego el que se conozca a través de las anteriores licitaciones el precio ofertado por los demás licitantes, por lo que no existe tampoco un incentivo para reducir ganancias dando un precio más bajo, ni se trata de comportamientos de colusión entre agentes económicos competidores entre sí.**

**Como puede apreciar la CFC, existen elementos que acreditan que efectivamente no existió ningún cartel, que las coincidencias en las posturas de las licitaciones no obedecen a un acuerdo entre competidores, ya que ello es un comportamiento totalmente normal en el mercado; por lo mismo, se acredita que la CFC no se allegó de la mejor información disponible, por lo que, la CFC debe de reconsiderar su resolución y emitir una nueva en la que se absuelva a Eli Lilly y al C. Eduardo Osorio Traconis de toda responsabilidad de la comisión de la práctica monopólica imputada.**

El agravio de los recurrentes es **infundado**, por cuanto a que la Comisión violentó el proceso porque no analizó el estudio que se presentó de algunos productos del cuadro básico de medicamentos, ya que como se mencionó en la resolución recurrida ese estudio era innecesario por las siguientes razones:

Del análisis realizado por los recurrentes no se puede inferir que los patrones de comportamiento identificados por la CFC sean típicos en las licitaciones del IMSS, en virtud de que el número de observaciones que muestra el análisis de Eli Lilly es reducido (para ninguna clave se incluyen más

[67] Foja 35 del escrito de recurso de reconsideración de Eli Lilly.

de 15 licitaciones) y, además, como señala la propia Eli Lilly, contrario a lo que se observa en el Grupo I de medicamentos, en más del 80% (ochenta por ciento) de las posturas son idénticas por todos los licitantes. En ese sentido, la resolución recurrida, en fojas 2, 53 a 58, 145, 146, 165 a 167, 173, 184 y 283, demuestra que las posturas ganadoras sólo variaron en menos del 1.5% (uno punto cinco por ciento) con el fin de obtener la mayor ventaja posible de la regla de asignación múltiple y evitar así el proceso de insaculación que haría aleatoria la asignación. También se demuestra que el número de posturas bajas nunca supera el número máximo de ganadores posibles en cada licitación conforme a esta regla de asignación múltiple. Es decir, las cuatro empresas sancionadas en el grupo de insulina no siempre convergen en sus posturas, sólo coinciden con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento) un número igual o menor del máximo número de ganadores.

La imputación de la CFC se basó en el análisis de 248 licitaciones en total (Grupo I y Grupo II de medicamentos), realizadas durante el periodo dos mil tres a dos mil siete. En éstas se identificaron patrones de comportamiento durante el periodo dos mil tres a dos mil seis no consistentes con el objetivo de maximizar el beneficio esperado de forma independiente de los probables responsables. Adicionalmente, la información de los años dos mil seis y dos mil siete permitió contrastar el comportamiento de los agentes investigados entre el periodo en que se advirtió la comisión de la práctica (dos mil tres a dos mil seis) y aquél en el que ya no se registraron las conductas mencionadas. Así también, se identificaron resultados no alcanzables, sin justificación alguna, cuando las empresas se comportan de forma unilateral y en un ambiente competitivo. Aunado a ello, se mostraron los canales de comunicación existentes entre las empresas competidoras entre sí, mismos que facilitaron la comunicación entre ellos, lo cual reafirma la existencia de acuerdos colusorios entre los recurrentes. El que en otras licitaciones se den comportamientos similares no demuestra la inexistencia de un cártel. Al contrario, pudiera ser un elemento a considerar en una investigación distinta para determinar la existencia de algún otro acuerdo colusorio entre agentes económicos competidores entre sí.

### 2.4 PRECIO COMPETITIVO CONTRA PRECIO CARTELIZADO

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) Los recurrentes señalan[68] que otro de los argumentos que la Comisión dejó de atender y que constituye una flagrante violación al principio de seguridad jurídica, es el referente a que la CFC jamás demostró cual era el supuesto precio al que se ofrecían los productos previo a la supuesta conformación del cártel.**

**Adicionalmente, señalan que en fojas 74 y 75 de las contestaciones al oficio de probable responsabilidad por parte de Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis, se plantearon que no existe evidencia respecto a los precios previos al supuesto cartel, por lo que, al no haberse realizado un estudio de los precios y costos que existían previos a la supuesta conformación**

[68] Fojas 36 a la 39 de recurso de reconsideración de Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis.

**del cartel, no es posible arribar a que efectivamente se acreditó la comisión de la práctica monopólica imputada.**

**Asimismo, señalan que la práctica monopólica debe acreditarse con un precio independiente, y luego, un precio en colusión, no al revés. Así, advierten que la Comisión debe primero probar la existencia de un convenio y luego su cumplimiento, y no, unas supuestas conductas colusorias y posteriormente su cese o terminación. Para fundar su dicho citan la Tesis 316,825 titulada "AUTORIDADES, FUNDAMENTACIÓN DE SUS ACTOS."**

**Señalan que la Comisión se ha apartado en la resolución recurrida de la realidad de los hechos y de la verdad de la Ley, dejando de allegarse de la mejor información disponible. El criterio sostenido en la tesis resulta aplicable para el resto de los agravios expresados, y así solicitan atentamente se tenga como esgrimido.**

**Finalmente señalan que se cometieron flagrantes violaciones al principio de seguridad jurídica de Eli Lilly y de Eduardo Osorio Traconis, al no demostrar con hechos verdaderos e información legal la constitución de la práctica monopólica imputada, por lo que solicita a la Comisión para que emita una nueva resolución en donde los absuelva de toda responsabilidad.**

El agravio es **infundado**, ya que es falso que la Comisión deba demostrar cuál era el supuesto precio al que se ofrecían los productos, previo a la conformación del cártel, por las siguientes razones:

Contrario a lo que señalan los recurrentes, para acreditar la comisión de una práctica monopólica absoluta, no es necesaria la existencia de un precio no colusorio previo, ya que si la práctica se ha realizado desde un inicio se llegaría al absurdo de inferir que no existió la práctica porque antes no existió un precio competitivo; además, lo que esta autoridad sí demostró en la resolución fue la distinción entre el precio en colusión y el precio en un escenario competitivo con la entrada de nuevos competidores como se puede observar en páginas 39 y 54 de la resolución recurrida.

El precio en competencia fue cuando el cártel se desmanteló ante la entrada de un nuevo competidor, esto se señaló en la resolución recurrida[69] cuando se dijo que a partir de la entrada de un nuevo competidor en dos mil seis, para los medicamentos del Grupo I, con una postura más baja que resultó ganadora; la media de las posturas ganadoras cay 64% (sesenta y cuatro por ciento) para la clave 1050 y 63% (sesenta y tres por ciento) para la clave 1051, respecto del año anterior, esto es, de precios manejados en dos mil tres a dos mil cinco los precios ganadores oscilaban entre 154 y 155 pesos y en 2006 bajó a precios entre $50 (cincuenta pesos 00/100 M.N.) y $60 pesos (sesenta pesos 00/100

[69] Foja 420 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

M.N.), sufriendo una reducción mayor en dos mil siete de $31 (treinta y un pesos 00/100 M.N.) a $48 (cuarenta y ocho pesos 00/100).

Por otra parte, la simple mención de que la Comisión no puede arribar a la acreditación de la práctica no es suficiente para desvirtuar las manifestaciones expresadas en la resolución. Además, los recurrentes no ofrecen información que constate su dicho en este caso específico y que lleve a conclusiones diferentes a las de la resolución recurrida.

Asimismo, la LFCE no obliga a esta autoridad que, para demostrar la práctica monopólica imputada a Eli Lilly y a Eduardo Osorio Traconis se deba probar haciendo un comparativo entre el precio antes de la conformación del cártel y aquél que fue producto del acuerdo colusorio.

La única explicación que los recurrentes señalan para argumentar su dicho es una tesis, cuyo contenido es general para todas las autoridades al momento de emitir actos de autoridad, pero que en nada se relaciona con lo que la CFC realizó en la resolución recurrida conforme a lo establecido en la LFCE y el RLFCE para acreditar la práctica monopólica absoluta imputada a los recurrentes.

Por lo anterior, es falso que la CFC haya violado el principio de seguridad jurídica de Eli Lilly y de Eduardo Osorio Traconis, y que no haya demostrado con hechos verdaderos e información legal la acreditación de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV, del artículo 9°, de la LFCE.

Además, los recurrentes no señalan cuál es esa información ilegal o esos hechos que no son verdaderos y las razones para considerar tal afirmación. Por tanto, sus manifestaciones son gratuitas y esta autoridad no puede tomarlas en cuenta para su estudio. En efecto, los recurrentes no explican: i) por qué esta autoridad debió demostrar cuál era el precio antes de la formación del cártel, y no dan razones suficientes para acreditar que era una obligación por parte de esta autoridad hacerlo y, ii) por qué la práctica monopólica debió acreditarse con un precio independiente, y luego, un precio en colusión, no al revés, solamente hacen manifestaciones gratuitas sin explicar por qué debe ser así, o con fundamento en qué la Comisión debió hacerlo así. Por esa parte, es **inoperante** el agravio.

Por último, el agravio es **inoperante** en tanto que los recurrentes están introduciendo un elemento novedoso frente a la cuestión discutida en la resolución recurrida y no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

### 2.5 ANÁLISIS DE PRECIOS INTERNACIONALES

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) El análisis basado en la Guía Internacional de precios de medicamentos fue objetado en todos sus términos, reiteran dicha objeción en términos del artículo 203 del CFPC, sin perjuicio de que su valor probatorio es ineficaz.**

**Señalan que dicho artículo establece que: i) el documento privado forma prueba de los hechos mencionados en él, sólo en cuanto sean contrarios a los intereses de su autor, cuando la ley no disponga otra cosa, ii) el documento proveniente de un tercero sólo prueba en favor de la parte que quiere beneficiarse con él y contra su colitigante, cuando éste no lo objeta y iii) en caso contrario, la verdad de su contenido debe demostrarse por otras pruebas.**

**Mencionan que la objeción la hacen particularizadamente, y que el punto medular que se debe acreditar por la Comisión y que no hizo, es la existencia de un acuerdo entre los probables responsables, lo cual no se demuestra con citar algunos precios de referencia internacionales. Asimismo, señalan que si la Comisión quería una referencia inmediata en México, pudo haber consultado el precio de referencia nacional, por ejemplo los que se ofertan en el sector privado.**

**Adicionalmente, si su idea era únicamente tomar en cuenta precios internacionales y dejar a un lado los nacionales que es donde supuestamente se cometió la práctica, debió de haber considerado los precios ofertados en países con un nivel adquisitivo mayor que México, como Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, Israel, lo cual sesga aun más el análisis realizado por la Comisión y se acredita adicionalmente que la Comisión dejó de allegarse de la mejor información disponible. Si lo que la Comisión considera es que cuando se ofrece un precio mayor (el punto es en relación a que, cuando se demostró que el precio ofrecido por Eli Lilly está por debajo del aceptable para la convocante IMSS, con base en los estudios que él mismo realiza), entonces se está en presencia de un cartel, ello significa que en EUA, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, e Israel, esta cartelizado el mercado, ya que el precio en esos países es incluso mayor que en México, claro siempre y cuando los participantes tengan acceso a los números telefónicos**

de cada uno y eventualmente participen en algún foro común.

Por otro lado, señalan que es importante resaltar que del artículo 9 del RLFCE, se puede apreciar que dicho indicio únicamente puede ser utilizado para la demostración de las conductas referidas en la fracción I, del artículo 9° de la LFCE, es decir para fijación de precios, y no para concertaciones de posturas prevista en la fracción IV de dicho precepto legal. Pero, dirá la Comisión que jamás ha fundamentado su argumentación en dicho precepto del Reglamento; sin embargo, no es necesario que se tenga que citar el numeral concreto para que resulte improcedente su utilización en la forma como lo hizo la Comisión.

Pero cualquiera que sea el caso, es evidente que dicho precepto considera tal evento cuando se actualiza, como un indicio, no como una presuncional legal *jure et de jure*. Lo más a que autoriza dicho indicio es a iniciar una investigación para, por otros medios, demostrar que efectivamente hay una fijación de precios, pero no para realizar una investigación, no encontrar o demostrar algo más y concluir que con el supuesto indicio con el que se arrancó la investigación, está acreditada la conducta y mucho menos tratándose de una supuesta concertación de posturas.

Es importante precisar que la Comisión dejó de allegarse de la mejor información disponible, ya que si tampoco analizó los costos de los sancionados, no pueden alegar que se ofrecieron precios altos en perjuicio del Estado, como tampoco puede señalar que "pese a existir espacios para ofrecer precios más bajos e incrementar así las probabilidades de ganar más licitaciones no lo hicieron" tal y como lo señalan en la foja 52/192, 70/192 77/192 del oficio de probable responsabilidad y, por cuanto a su análisis internacional se abunda que:

1. La Guía Internacional de Precios de Medicamentos es una documental privada realizada por terceros, la cual no tiene ninguna validez oficial, por lo que desde el momento procesal oportuno se objetó dicha documental en términos de lo dispuesto por los artículos 142, 203 y 206 del CFPC.
2. La Comisión nunca establece la metodología que ocupó y se basó para realizar su análisis, basado en la Guía objetada, por lo que, igualmente desde el momento procesal oportuno se objetó la metodología usada por la Comisión para realizar su análisis en términos de lo dispuesto por los artículos 142, 203 y 206 del CFPC.
3. Finalmente se hace ver que la Guía en la que aduce la Comisión que se basó para realizar su análisis no forma parte de la instrumental de actuaciones del expediente en que se actúa y, por lo tanto, la misma carece de cualquier tipo de valor probatorio y por ende su análisis, con lo cual se vuelve a vulnerar el principio de seguridad jurídica y de garantía de audiencia en perjuicio de Eli Lilly y de Eduardo Osorio Traconis.

**Al haber sido objetada la Guía Internacional de Precios de Medicamentos, la Comisión debió perfeccionarlos mediante los diversos medios de convicción que establece la LFCE, para así demostrar su validez y que, por ende, adquieran pleno valor probatorio, siendo precisamente los precios de referencia antes de iniciarse el supuesto cartel existentes en México que es donde supuestamente se cometió la práctica y no en el extranjero, así como los precios existentes en el mercado nacional posterior al inicio del cartel y definitivamente los costos de los propios emplazados, para así arribar a conclusiones válidas y legales en las que se respeten los principios de seguridad jurídica y de garantía de audiencia; sin embargo, ello no fue así, dejando la Comisión de allegarse de la mejor información disponible.**

Son **infundados** los presentes argumentos referentes a la Guía Internacional de Precios, toda vez que en la resolución recurrida[70] la Comisión explicó que dicha Guía no se tomaría en cuenta para resolver.

Esta Comisión declaró **fundado** en la resolución recurrida el agravio referente a la Guía Internacional de Precios, y se señaló que debía prescindirse de la información contenida en la gráfica 1 a foja 147 del oficio de probable responsabilidad para considerar la existencia de la práctica monopólica absoluta que se analizó. Además, se señaló en la resolución recurrida que el argumento era **insuficiente** para desvirtuar la conducta imputada en el oficio de probable responsabilidad, pues existían otros elementos de convicción en los que se sustentaba.

Por tanto, en nada les ocasiona perjuicio a Eli Lilly y a Eduardo Osorio Traconis la "Guía Internacional", que además, no fue utilizada por la Comisión en la resolución recurrida para acreditar la existencia de la conducta imputada a los agentes económicos.

Ahora bien, respecto a la objeción que los recurrentes hicieron a la "Guía Internacional" la Comisión señaló en la resolución[71] que no bastaba argumentar que se tratara de una documental privada si no ofrecía prueba alguna que controvierta su contenido o que se trataban de copias simples para desvirtuar su valor probatorio; por tanto, dicha objeción no tuvo ninguna consecuencia jurídica al momento de resolver el presente asunto.

Por lo que hace al argumento de que si la Comisión pudo haber consultado el precio de referencia nacional, por ejemplo los que se ofertan en el sector privado, se señala que es un argumento novedoso, por lo tanto el mismo es **inoperante**.

Resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no abordadas en la resolución, toda vez que, al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que

[70] Fojas 203 y 204 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[71] Fojas 369 a 374 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Respecto a los agravios consistentes en que la Comisión debió de haber considerado los precios ofertados en países con un nivel adquisitivo mayor que México, como Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, Israel, se señala que los recurrentes no explican por qué esta autoridad debió considerar al momento de resolver el presente asunto los precios ofertados en países con un nivel adquisitivo mayor que México, y cómo hubieran cambiado las conclusiones de la resolución recurrida. Por tanto, su argumento es **inoperante**.

Asimismo, por cuanto hace al argumento de los recurrentes referente a que en EUA, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, e Israel, está cartelizado el mercado ya que el precio en esos países es incluso mayor que en México, se advierte que los recurrentes no ofrecieron pruebas para demostrar tal afirmación. Por tanto el argumento es **inoperante**.

Asimismo, son **inoperantes** los argumentos de los recurrentes, por cuanto hace a lo que señalan del artículo 9 del RLFCE, ya que en la resolución recurrida[72] ya se analizó este argumento donde se dijo lo siguiente:

- No se presentó un análisis de precios internacionales para el Grupo II, sino sólo respecto de la insulina humana; sin embargo, la inexistencia de la comparación internacional no lleva a conclusiones diferentes sobre el patrón de comportamiento que arrojó el análisis económico mostrado en el oficio de probable responsabilidad y respecto de los dos grupos de medicamentos.
- El margen de diferencia con los precios internacionales puede constituir un indicio más para presumir la existencia de un cártel, pero eso no significa que sea un aspecto que siempre se dé en la conformación de una práctica monopólica absoluta o que deba demostrarse en todos los casos para que se configure en términos del artículo 9o de la LFCE, ya que pueden tomarse en cuenta otro tipo de indicios para tener por acreditada la comisión de dicha práctica anticompetitiva, situación que así aconteció en el caso concreto.
- La ausencia de una tabla que exponga un comparativo de los precios que resultaron ganadores de las licitaciones con los precios internacionales no modifica en nada el análisis económico de las posturas de los recurrentes plasmado en el oficio de probable responsabilidad y

[72] Fojas 199 y 200 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

mediante el cual se observó que la igualdad de posturas ganadoras y perdedoras en las licitaciones presentadas por los emplazados, junto con un alto margen de ganancias, revelan que, pese a tener la capacidad de ofrecer precios más competitivos y ejercer una verdadera competencia en los procesos de licitación, no tuvieron la intención de competir y sí de coordinarse entre las empresas ahora emplazadas.

Por tanto, al no atacar lo resuelto, sino simplemente repetir los argumentos que otro agente económico ya planteó y que se atendieron en la resolución, deben ser desestimados, pues a nada nuevo conducirían.

Es aplicable por analogía la siguiente tesis:

> **AGRAVIOS INOPERANTES EN EL RECURSO DE QUEJA INTERPUESTO POR EXCESO O DEFECTO EN EL CUMPLIMIENTO DE UNA EJECUTORIA DE AMPARO. LO SON AQUELLOS QUE PLANTEAN ASPECTOS YA ANALIZADOS Y DESESTIMADOS TANTO EN LA SENTENCIA COMO EN LA QUEJA PRIMIGENIA, AUN CUANDO SE TRATE DE PERSONA DIVERSA LA QUE LO INTERPONE.** Si en el recurso de queja interpuesto por exceso o defecto en el cumplimiento de una ejecutoria de amparo, se esgrime como agravio un aspecto que fue planteado como concepto de violación en el juicio de garantías, que se estimó infundado; y, además se expone otro tendente a demostrar exceso o defecto en el cumplimiento de una queja anterior interpuesta por su contraparte y declarada fundada, el agravio debe considerarse inoperante, en razón de que los argumentos que aduce el inconforme ya fueron analizados y desestimados tanto en la ejecutoria de amparo como en la queja primigenia; en tales condiciones, el órgano colegiado se encuentra imposibilitado jurídicamente para pronunciarse respecto de aquellos puntos que, aun cuando la persona que interpone dicho medio de impugnación sea otra, en razón de que ya existe una verdad legal concerniente a los agravios que vierte, dada la firmeza que tienen las resoluciones pronunciadas, impiden que puedan ser examinadas nuevamente. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Novena Época. Registro: 178551. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXI, Mayo de 2005. Materia(s): Común. Tesis: I.6o.T.34 K. Página: 1403. Queja 66/2005. Servicios de Salud Pública del Distrito Federal. 10 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro Rivera. Secretaria: María del Rocío Pilar Posada Arévalo.

Independientemente de lo anterior, tal y como se expondrá con más detalle en el inciso c), del apartado 3.6 denominada "**FALTA DE ANÁLISIS O ELEMENTOS POR CONSIDERAR EN LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA IMPUTADA**" de la presente resolución, la utilización de precios internacionales como referencia pudiera ser un indicio más que puede utilizar la Comisión en la integración de sus investigaciones por prácticas monopólicas absolutas.

Por otro lado, son **infundados** los argumentos referentes a que la Comisión dejó de allegarse de la mejor información disponible, al no analizar los costos de los sancionados, para poder alegar que se ofrecieron precios altos en perjuicio del Estado, como tampoco se puede señalar que "*pese a existir espacios para ofrecer precios más bajos e incrementar así las probabilidades de ganar más*

*licitaciones no lo hicieron tal y como se señalan en la foja (sic) 52/192, 70/192 77/192 del OPR*",[73] por las siguientes razones:

Los argumentos referentes a que la Comisión no se allegó de la mejor información disponible, en obvio de repeticiones se tienen por reproducidos los razonamientos vertidos en el numeral **2.1** intitulado "**ESQUEMA DE LICITACIONES DEL IMSS**", inciso **a)**, de la presente resolución.

Ahora bien, es incorrecto lo señalado por los recurrentes, ya que, como bien se señaló en la resolución recurrida[74] el precio alto se basa en los resultados del análisis de los márgenes de beneficios que obtienen los agentes económicos que se mencionan al final del análisis de cada clave en fojas 47 a 76 del oficio de probable responsabilidad. El precio alto por sí sólo no demuestra que exista colusión. Sin embargo, el patrón de comportamiento expuesto basado en la alternancia entre posturas ganadoras similares y posturas perdedoras similares y su continuidad sí genera la convicción de que sólo puede ser resultado de un acuerdo entre competidores.

Asimismo, se comentó que lo señalado por Eli Lilly era una manifestación gratuita, ya que no explicaba de qué forma hubiera podido alegarse que se dieron precios altos si la Comisión hubiera analizado los costos de los sancionados.

Se reitera que, contrario a lo que señala Eli Lilly, para acreditar la comisión de una práctica monopólica no es necesario analizar los precios y costos que prevalecían previo al acuerdo colusorio, esto se debe a que la información que permitiría identificar el origen de un cártel podría no ser utilizable por la autoridad, o por qué las estrategias seguidas por los miembros del acuerdo no permitirían identificar el inicio del acuerdo, ya que éstos tratarían de evitar generar sospechas que podrían iniciar la investigación de la autoridad. Por otra parte, la simple mención de que la Comisión no puede arribar a la acreditación de la práctica no es suficiente para desvirtuar las manifestaciones expresadas en la resolución recurrida. En todo caso, el agravio es **infundado**.

En cuanto a la afirmación de que la práctica monopólica absoluta se debe acreditar con un precio independiente, y luego un precio en supuesta colusión, no con un precio en supuesta colusión y luego un precio independiente, denota desconocimiento de la materia económica.[75] En obvio de repeticiones se remite al apartado **2.4** titulado **PRECIO COMPETITIVO CONTRA PRECIO CARTELIZADO**, inciso **a)**, de la presente resolución.

---

[73] Foja 42 del recurso de reconsideración de Eli Lilly.

[74] Foja 319 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

[75] Harrington, Joseph E. 2006. "How Do Cartels Operate?" *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2 (1): 1–105. Harrington, Joseph E. 2007. "Behavioral Screening and the Detection of Cartels" In *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, ed. Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu, Hart Publishing. Harrington, Joseph E. 2008. "Detecting Cartels," In *Handbook in Antitrust Economics*, ed. Paolo Buccirossi, MIT Press.

Por su parte, los márgenes de ganancia promedio de Eli Lilly basados en la información que aportó sobre sus costos son:

**Eli Lilly**

| 1050 | Costo | Precio | Margen |
|---|---|---|---|
| 2003 | 20.72 | 155.15 | 87% |
| 2004 | 26.03 | 154.91 | 83% |
| 2005 | 28.22 | 154.92 | 82% |
| 2006 | 23.94 | 59.99 | 60% |

**Eli Lilly**[76]

| 1051 | Costo | Precio | Margen |
|---|---|---|---|
| 2003 | 16.35 | 155.85 | 90% |
| 2004 | 18.34 | 155.19 | 88% |
| 2005 | 23.58 | 155.47 | 85% |
| 2006 | 20.09 | 59.99 | 67% |

De estas tablas se evidencia que efectivamente contó con márgenes de ganancia que le permitían ofrecer posturas más bajas y que, no obstante lo anterior, mantuvo las posturas altas, lo cual, de acuerdo con las consideraciones que sostiene la resolución que hoy se impugna, no fue producto de una estrategia individual, sino coordinada.

## FRESENIUS Y MANUEL VÁZQUEZ BLANCO

**b) Los recurrentes manifestaron que se violó lo ordenado por el artículo 222 del CFPC, 8 y 9 de la LFCE y, 5 del RLFCE vigente al momento de iniciarse la investigación, en virtud de que el Pleno de la Comisión desestimó la necesidad de llevar a cabo el estudio de los precios internacionales y desestimó el valor probatorio de las pruebas consistentes en los precios internacionales ofrecidos por Fresenius y Manuel Vázquez Blanco.**

**El Pleno determinó lo siguiente:** ***"Los argumentos vertidos por los emplazados de los incisos a) a d) resultan fundados, pero insuficientes, ya que efectivamente no se presentó un análisis de precios internacionales para el Grupo II, sino sólo respecto de la insulina humana;; sin embargo, la inexistencia de la comparación internacional no lleva a conclusiones diferentes sobre el patrón de comportamiento que arroja el análisis económico mostrado en el oficio de probable responsabilidad y respecto de los dos grupos de medicamentos.***

***Tal y como Fresenius señala, el margen de diferencia con los precios internacionales puede constituir un indicio más para presumir la existencia de un cártel, pero eso no significa que sea un aspecto que siempre se dé en la conformación de una práctica monopólica absoluta o que deba demostrarse en todos los casos para que se configure en términos del artículo 9° de***

[76] Información confidencial.

***la LFCE, ya que se pueden tomar en cuenta otro tipo de indicios para tener por acreditada la comisión de dicha práctica anticompetitiva, situación que así aconteció en el caso concreto.***

**Las consideraciones del Pleno para desestimar las pruebas son desapegadas a derecho, porque desde la contestación al oficio de probable responsabilidad, tanto la parte acusadora y ahora el Pleno de la Comisión han argumentado que los precios ofrecidos por las compañías investigadas son "altos" y que las empresas han obtenido márgenes de utilidad igualmente altos.**

**La parte acusadora y el Pleno de la Comisión tenían dos opciones, o bien determinar cuál sería el precio competitivo en el mercado nacional o bien determinar cuáles son los precios internacionales.**

**Si no se demuestra la diferencia de precios no es posible tener por demostrada la práctica. No tendría sentido que las partes que acordaran coludirse para fijar precios, lo hicieran con el objeto de fijarlos por debajo del precio competitivo o al mismo nivel que el precio competitivo.**

**De ahí la necesidad de que forzosamente exista un análisis sobre el precio ya sea el competitivo nacional o el internacional.**

Son **infundados** los argumentos de los recurrentes, en virtud de que el Pleno de la Comisión a pesar de haber desestimado la necesidad de llevar a cabo el estudio de precios internacionales y el valor probatorio de las pruebas consistentes en los precios internacionales, señaló en la resolución recurrida[77] que la inexistencia de la comparación internacional no llevaba a conclusiones diferentes sobre el patrón de comportamiento que mostró el análisis económico del oficio de probable responsabilidad y respecto de los dos grupos de medicamentos. Asimismo, se explicó que, de acuerdo a lo manifestado por Fresenius, el margen de diferencia con los precios internacionales podía constituir un indicio más para presumir la existencia de un cártel.

Por último, en fojas 198 a 202 de la resolución recurrida la Comisión reconoce que la información de precios internacionales no es la idónea para ese análisis en particular, pero también aclara que no es un elemento que la LFCE obligue a incluir para demostrar la práctica monopólica absoluta, la cual en el caso concreto sí se demuestra con el resto de la evidencia económica y de comunicación. Por otra parte, la resolución recurrida en sus fojas 319 y 338 muestra que la imputación de que los precios son altos se basa tanto en el cálculo de los altos márgenes de ganancia como en el hecho de que ante la presencia de nuevos competidores los agentes sancionados pudieron disminuir considerablemente sus posturas.

[77] Fojas 199 y 200 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

Por último, se señala que los indicios señalados en el artículo 5 del RLFCE no son obligatorios o necesarios para demostrar la existencia de una práctica monopólica absoluta.

Por último, y en atención a la semejanza de sus argumentos, téngase también en cuenta las consideraciones expuestas en el inciso **c)**, del apartado **3.6** denominado "**FALTA DE ANÁLISIS O ELEMENTOS POR CONSIDERAR EN LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA IMPUTADA**" de la presente resolución.

### 2.6 PRECIOS ACEPTABLES

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) El argumento relativo a que Eli Lilly y los otros participantes tenían incentivos para ofertar un mejor precio y con ello aumentar las posibilidades de que ganaran la licitación es un punto de vista de la Comisión que no tiene sustento, técnico, ni científico, ni lógico, ni mucho menos jurídico.**[78]

**Eli Lilly ofreció Documental Pública consistente en el informe sobre las Exportaciones de Insulina Humana, referentes a las claves 1050 y 1051; sin embargo esta prueba fue desechada ilegalmente por la Comisión.**[79]

Es **inoperante** el primer argumento referente a que el punto de vista de la Comisión no tiene sustento técnico, ni científico, ni lógico, ni jurídico, Esto es así, ya que los recurrentes no explican las razones para afirmar tal cosa.

Al respecto, se señala que es improcedente que los recurrentes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues les corresponde exponer razonadamente el porqué estiman que el punto de vista de la Comisión no tiene sustento. Por tanto, resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos de la resolución que con ellos pretende combatirse.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

[78] Fojas 44 a la 51 del recurso de reconsideración de Eli Lilly.
[79] Fojas 45-46 del recurso de reconsideración de Eli Lilly.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué consideran que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"; "AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."; "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Ahora bien, en cuanto a su agravio referente a que la Comisión desechó ilegalmente la documental pública consistente en el informe sobre las exportaciones de insulina humana, referentes a las claves 1050 y 1051, por economía procesal y en aras de evitar inútiles repeticiones, ténganse por aquí trascrito como si a la letra se insertasen los razonamientos vertidos en el apartado **4.3** de la presente resolución denominado **"ILEGAL DESECHAMIENTO DE LA PRUEBA OFRECIDA".**

**b) Los recurrentes señalan que la decisión por parte de Eli Lilly para determinar el precio al que ofertaría, entre otros elementos, es el precio de referencia. En efecto, en las diferentes bases y convocatorias de las licitaciones se maneja un precio de referencia de $155.00 (ciento cincuenta y cinco pesos M.N.).[80]**

Su argumento es **inoperante**, debido a que simplemente se constriñe a reiterar textualmente o a parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos.

[80] Fojas 46 a 47 del recurso de reconsideración de Eli Lilly.

En efecto, a fojas 334 y 338 de la resolución impugnada se expuso su argumento y la respuesta de la Comisión le dio al mismo y que consistió en lo siguiente:

> *"Los argumentos de Eli Lilly del inciso f) son **infundados** ya que como se ha mencionado en la presente resolución en el periodo de enero de dos mil tres a julio de dos mil seis el IMSS no utilizó precios de referencia. Asimismo, es a partir de la segunda mitad del año dos mil seis cuando se empezaron a utilizar los precios de referencia por parte del IMSS, y su uso se asocia con una disminución de las posturas.*
>
> *Por otro lado, son **inoperantes** los argumentos de Eli Lilly del inciso f) porque no especifica en cuales convocatorias de las licitaciones en qué participó, el precio de referencia fue de $155.00 (ciento cincuenta y cinco 00/100 M.N.); por tanto, esta Comisión no puede atender tales señalamientos generales y que no se refieren a datos específicos. Al respecto, Eli Lilly no puede contrarrestar un argumento de la autoridad con un simple señalamiento sin especificar a qué parte del acto a la que se está refiriendo."*

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**c) Los precios ofrecidos por Eli Lilly eran precios de mercado conforme a la investigación de precios realizada por la convocante, como lo impera el artículo 38 de la LAASSP. En caso contrario no hubieran sido aceptables y se hubiera adjudicado a otra empresa y si el precio ofertado por las restantes hubiera sido igualmente inaceptable, entonces se habrían declarado desiertas las licitaciones. Siendo así, las empresas obtienen ganancias económicas legítimas, maximizando sus utilidades, y al estar dentro del rango indicado de antemano por la convocante, no pueden ser en detrimento del IMSS.**[81]

El agravio es **infundado** ya que, como se mencionó en la resolución recurrida,[82] la aceptación de las posturas ganadoras (precios aceptables) por parte del IMSS no puede utilizarse para descartar la presencia de una práctica monopólica absoluta, debido a que LAASSP (Ley en que se basa el IMSS

[81] Foja 47 del recurso de reconsideración de Eli Lilly.
[82] Foja 339 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

para realizar sus licitaciones) y la LFCE tienen fines y objetos distintos, y la aplicación de una no determina la aplicación de la otra, ya que tal excepción no se encuentra en ninguna de estas leyes.

La resolución recurrida[83] muestra que la imputación de que los precios son altos se basa tanto en el cálculo de los altos márgenes de ganancia como en el hecho de que ante la presencia de nuevos competidores los sancionados pudieron disminuir considerablemente sus posturas.

Por cuanto hace al argumento referente a que el precio ofertado por las restantes empresas hubiera sido igualmente inaceptable, y que por ello se habrían declarado desiertas las licitaciones, es **inoperante**, ya que los recurrentes repite argumentos que expuso en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, los cuales ya fueron examinados en la resolución recurrida a foja 297 y se olvida de combatir las consideraciones que la Comisión señaló para demostrar la acreditación de la práctica monopólica, por lo que, al no haber sido combatida, se tiene por cierta.

Es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

d) **Cuando la propia convocante ha anunciado de antemano que está dispuesta a adquirir el producto hasta por la cantidad de casi $180.00 (ciento ochenta pesos 00/100 M.N.), no existe ningún incentivo de ofrecer el producto a $100.00 (cien pesos 00/100 M.N.). Por el contrario, el precio que se va a ofrecer es el más alto posible pegado al máximo aceptable por la propia convocante, apostándole a quedar sino unos pesos o centavos abajo de los competidores, o en el peor de los casos con un diferencial de por lo menos un 2.5% (dos punto cinco por ciento), con lo que puede resultar una adjudicación simultanea. Para observar de manera independiente y unilateral como lo ha hecho Eli Lilly esta estrategia de precios, no se requiere por supuesto de ningún acuerdo entre los competidores, máxime cuando todos los participantes conocían los precios ofertados por sus competidores, toda vez que los mismos eran anunciados, y se encontraban y encuentran en los medios electrónicos de acceso y transparencia tanto del IMSS como de otras entidades.**[84]

El argumento es **infundado**, ya que no es sino hasta la segunda mitad de dos mil seis que la figura de precio de referencia es utilizada por el IMSS, por lo que durante el periodo de dos mil tres a la primera mitad de dos mil seis, el IMSS no hizo públicos los precios máximos a los cuales estaba dispuesta a adquirir los medicamentos; así entonces, los recurrentes no pueden argumentar que, dado ese precio máximo aceptable, ofrecía el precio más alto posible pegado a ése o en el peor de los casos con un diferencial de por lo menos 2.5% (dos punto cinco por ciento) -no es claro por qué los recurrentes

[83] Fojas 319 y 338 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[84] Fojas 47 y 48 del recurso de reconsideración de Eli Lilly.

hacen referencia a un diferencial de dos punto cinco por ciento- cuando durante el periodo de dos mil tres a dos mil seis en caso de asignación múltiple se consideraba un diferencial de hasta 1.5% (uno punto cinco por ciento), para la asignación múltiple.

No obstante lo anterior, si las empresas actúan de forma unilateral, cuando los precios son muy altos, éstas tienen incentivos a presentar precios un poco menores, con el fin de aumentar sus ventas y con ello sus beneficios. Así también, el presentar los precios ofertados previamente por sus competidores no le puede garantizar tener un fallo favorable, ya que, bajo un comportamiento independiente, Eli Lilly no puede asegurar que el resto de los participantes seguirán la misma estrategia. Los recurrentes sólo pueden estar seguros de obtener un fallo favorable si de antemano conocen que el resto de los participantes ofrecerán un precio igual o dentro de un margen dentro del 1.5% (uno punto cinco por ciento) señalado por las bases para acceder a la asignación múltiple, pues bastaría que uno de los agentes ofreciera un precio 2% (dos por ciento) por debajo de la postura de Eli Lilly para que éste no obtuviera ni una parte del contrato. Lo anterior, junto con la alternancia de las posturas ganadoras y perdedoras similares entre los sancionados, demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre competidores; ya que si en realidad Eli Lilly sigue la estrategia mencionada, no se explica un incremento de las posturas por arriba de las ganadoras anteriores sin la presencia de un acuerdo colusorio. Esto se demostró en la resolución recurrida en las fojas 261, 474 y 475.

Por otra parte, el argumento es **inoperante**, ya que los recurrentes afirman que la propia convocante ha anunciado de antemano que está dispuesta a adquirir el producto hasta por la cantidad de casi $180 (ciento ochenta pesos 00/100),[85] sin señalar cuándo el IMSS (la convocante) anunció de antemano que estaba dispuesta a adquirir el producto hasta por $180.00 (ciento ochenta pesos 00/100) pesos, ni señala en qué licitación de las investigadas supuestamente sucedió esto, ni ofrece pruebas para demostrar su dicho, independientemente que, además, se trata de un argumento novedoso, por lo que era imposible que esta autoridad se pronunciara sobre el mismo al momento de resolver.

**e) No le asiste la razón a la Comisión cuando establece que fue hasta el dos mil seis que el IMSS tenía que realizar investigaciones de mercado y que se asignó el precio de referencia, y tampoco lo que a decir de la Comisión manifestó el IMSS.[86]**

Primeramente, se hace la aclaración de que en la resolución recurrida[87] se explicó que el criterio de los precios de referencia fue adoptado hasta el ocho de agosto de dos mil seis por el IMSS, modelo que no fue utilizado para las adquisiciones de este Instituto durante el período dos mil dos a dos mil seis.[88] Es precisamente con la implementación de dicho mecanismo, que empieza a constituirse un

---

[85] Fojas 47 y 48 del escrito de recurso de reconsideración de Eli Lilly.
[86] Foja 49 del escrito de recurso de reconsideración.
[87] Fojas 239-240 de la resolución recurrida, emitida en el expediente IO-003-2006.
[88] Oficio del IMSS número 09538461 1480/SIM 639, en desahogo al requerimiento formulado por la Comisión en etapa de pruebas para mejor proveer. Folios 91555 a 91558 del expediente IO-003-2006.

elemento más para el debilitamiento del cártel a partir del dos mil seis, junto con la entrada de nuevos competidores a las licitaciones celebradas por el IMSS.

En la foja 336 de la resolución recurrida se hizo una transcripción literal del contenido del oficio emitido por el IMSS respecto a la manifestación que hizo referente a los precios de referencia:

> "(...) *tal y como lo el IMSS señaló en contestación al requerimiento que esta Comisión le formuló en etapa de pruebas para mejor proveer, en el que mediante oficio número 09 53 84 61 1480/SIM/638, con fecha de dieciséis de octubre de dos mil nueve, que a su letra enuncia lo siguiente:*
>
> *"La figura de los precios máximos de referencia, señalada en el artículo 30, fracción V del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, fue utilizada por el IMSS a partir de las licitaciones públicas realizadas en 2006 para el abasto 2007, precisando que en las adquisiciones de 2002 a 2006, el Instituto no determinó precios máximos de referencia. Es decir, fue hasta el 8 de agosto de 2006 cuando el IMSS utilizó, en la mayoría de las licitaciones con requerimiento a nivel nacional, dichos precios de referencia para la celebración de las licitaciones públicas, mismos que se hicieron públicos en las propias bases de las licitaciones.*
>
> *En el caso concreto, respecto del Grupo I, el día 8 de agosto de 2006 se publicó la convocatoria de la licitación número 00641194-053-06 en donde se utilizó por primera ocasión dicho precio de referencia.*
>
> *Por lo que respecta al Grupo II, se utilizó por primera vez dicho precio de referencia en las licitaciones 00641220-058-06 y 00641193-038-06, cuya convocatoria también fue publicada el día 8 de agosto de 2006.*
>
> *Asimismo, le comento que* ***el IMSS no celebraba durante el periodo comprendido entre enero de 2003 a julio de 2006 licitaciones con la figura de precios máximos de referencia o cualquier concepto análogo****. El término de "precio aceptable" es un concepto que fue implementado en las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2009 a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público."*

Además de lo señalado anteriormente, el argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, ya que no señala ni ofrece elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que afirme que no le asiste la razón a la Comisión, sin señalar los argumentos que expliquen por qué no le asiste la razón a la Comisión. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se

han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.**"* la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"; "AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."; "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

f) **Resulta insostenible manifestar que los recurrentes *"obtienen ganancias económicas mayores en detrimento del IMSS"*; cuando conforme a las propias políticas de adquisiciones del IMSS, dicho instituto realiza investigaciones de mercado que le permiten y le han permitido verificar si los precios que le ofrecen son aceptables o no. Caso contrario, se reitera todas las licitaciones se hubieran declarado desiertas. Al dejar de tomar en cuenta**

**dichas bases, políticas y lineamientos tenemos que la Comisión dejó de allegarse de la mejor información disponible.**[89]

El argumento es **inoperante**, debido a que los recurrentes simplemente se constriñen a reiterar textualmente o a parafrasear los argumentos que plasmaron en sus escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atienden ni atacan de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos a fojas 319 y 338, en las que se explicó que los precios son altos, debido a que se basaba tanto en el cálculo de los altos márgenes de ganancia como en el hecho de que, ante la presencia de nuevos competidores los agentes sancionados pudieron disminuir considerablemente sus posturas.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**g) El número de participantes en el grupo de insulina humana son diez, entonces no es explicable como sólo cuatro de ellos estaban coludidos ofertando precios superiores y alternando las posturas ganadoras y perdedoras cuando, si los precios que ofertaban los supuestos coludidos, cómo se explica la Comisión que los restantes seis participantes que no estaban coludidos no ganaran las licitaciones, si a decir de la Comisión el incentivo para cualquier licitante es precisamente obtener los contratos ofertando un precio menor.**[90]

El presente argumento es novedoso y con ello los recurrentes tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, ya que sobre este punto, simplemente manifestaron: "*La conducta de los demás participantes, además de los emplazados fue exactamente igual, sin que pueda afirmarse que también hubo un acuerdo de por medio. No es válido que la Comisión concluya que lo ocurrido es ilegal ya que de ser así, debió de emplazar a todos los participantes.*"

[89] Eli Lilly, p. 50
[90] Foja 50 del recurso de reconsideración.

No obstante lo anterior, la Comisión dio respuesta en la resolución a semejante agravio planteado por otro agente económico a fojas 316 y siguientes, en las que se dijo que su participación era marginal y que por tal motivo no mostraron la capacidad para poder influir en el comportamiento de los agentes económicos. Eli Lilly no ataca estas consideraciones, por lo que deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan **inoperantes** los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

### 2.7 PATRÓN DE LAS POSTURAS

**PROBIOMED Y ALFONSO SALVADOR HUERTA SUÁREZ**

a) **Bienes homogéneos. La Comisión identificó como un indicio que se trata de productos homogéneos, por tanto el ganador de las licitaciones del IMSS se determina principalmente por el precio que ofrece en su postura.**

**Al respecto, los recurrentes señalan que la afirmación de la CFC no es del todo exacta, pues hay un sinnúmero de condiciones adicionales que las empresas deben cumplir para ganar un concurso o licitación. Por tanto, esta afirmación deja fuera toda la normatividad aplicable a la materia de licitaciones del IMSS. Además, no se puede deducir de este hecho que las empresas investigadas alcanzaron un acuerdo para elevar los precios de venta de medicamentos al IMSS.**[91]

**De los bienes o servicios homogéneos no puede derivarse que exista un acuerdo para coordinar posturas."**[92]

[91] Foja 10 del recurso de reconsideración de Probiomed.
[92] Foja 16 del recurso de reconsideración de Probiomed.

**Bienes homogéneos. La Comisión afirma que la igualdad de precios con márgenes de utilidad altos sólo se explica por la existencia de una colusión; sin embargo en ningún lugar de la resolución puede válidamente concluir que los licitantes tienen altos márgenes de ganancia sin ofrecer evidencia alguna.**[93]

Los recurrentes sólo señalan que "existen un sinnúmero de condiciones" que las empresas deben cumplir para ganar un concurso, sin mencionar cuáles son esas condiciones, y con esta afirmación tan general no se puede explicar que lo dicho por la Comisión no sea del todo exacta, y que de este hecho no se pueda deducir el acuerdo colusivo, sin explicar por qué, por lo que los recurrentes no prueban nada con hacer simples manifestaciones.

El argumento resulta **inoperante**, ya que no señalan ni ofrecen elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en sus recursos. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

[93] Fojas 47 a 49 del recurso de reconsideración de Probiomed.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, la resolución recurrida en fojas 7, 30, 32, 121, 330, 331, 354, 355 y 414 presenta argumentos que demuestran que dichos productos investigados son homogéneos y que por las características de las licitaciones la única diferencia se da en el precio. De este modo, la resolución recurrida explica que debido al requerimiento de que los productos sean genéricos, se entiende que utilizan los mismos ingredientes activos y además son equivalentes en su dosificación, seguridad, potencia, calidad, efecto y tiempo que dura en la sangre. Por lo que dichos bienes son homogéneos o no diferenciados. Por otro lado, la normatividad de las licitaciones establece que una vez que las propuestas tuvieron un fallo técnico favorable, es decir que cumplen con la característica de ser genéricos y por tanto homogéneos, lo que determina al ganador de la licitación es el precio más bajo. Lo anterior es muestra contundente de que las empresas solo pueden competir por medio de un precio menor que el de sus competidores para ganar la licitación en la que participan.

Además, en contestación al mismo Probiomed, la resolución recurrida muestra que, si bien es cierto que en un mercado competitivo los precios entre empresas que ofrecen productos homogéneos pueden converger y ser muy parecidos e incluso idénticos, los altos márgenes obtenidos por los ahora recurrentes por la insulina descarta la posibilidad de un mercado competitivo. Bajo un escenario competitivo los precios tienden al costo marginal más una ganancia competitiva; es decir, los márgenes son bajos en un mercado de productos homogéneos, lo que en especie no se observa, pues cada una de los recurrentes presenta altos márgenes de ganancia que demuestran claramente que no existe una competencia efectiva.

Por último, en fojas 54 y 55 de la resolución recurrida se presentaron los márgenes de ganancia promedio de las empresas en cada uno de los años investigados. Esta información muestra que, pese a la caída de los precios por debajo de la mitad, los márgenes de ganancia siguen siendo positivos y, por lo tanto, se consideran altos al existir un amplio espacio para disminuir los precios.

La conclusión de la resolución recurrida sobre un acuerdo colusorio no se basa únicamente en este hecho, sino en el hecho de que incrementar las posturas a un nivel superior a los precios ganadores anteriores solo puede ser consistente con un acuerdo colusorio de alternancia para ganar y perder licitaciones basado en un interés de los miembros del acuerdo en su conjunto y no con un interés individual. Estos elementos se detallan tanto en el oficio de probable responsabilidad como en la misma resolución recurrida.

Por tanto, el presente agravio es **inoperante**, ya que las afirmaciones de los recurrentes deben estar dirigidas a descalificar la ilegalidad de los argumentos en que se sustentó la resolución impugnada, pues de lo contrario las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por esta autoridad, ya que se está ante argumentos insuficientes para revocar la resolución recurrida.

Al respecto es aplicable por analogía la tesis de rubro "**AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON AQUELLOS QUE NO CONTROVIERTEN CADA UNA DE LAS CAUSALES DE IMPROCEDENCIA ANALIZADAS EN LA SENTENCIA DE AMPARO**" la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**b) La Comisión identificó como un indicio que las posturas ganadoras y perdedoras eran siempre las mismas. Al respecto, los recurrentes señalaron que es una aseveración falsa, lo que puede observarse del Anexo 3 de la resolución.**[94]

Los recurrentes basan su explicación de que es falsa la similitud de precios en el Anexo 3, (clave 3601) que no corresponde a las claves por las que se le sancionó (1050 y 1051) y por lo tanto es **inoperante**. No obstante, de los Anexos 1 y 2 que corresponden a las claves por las que efectivamente se les sancionó, se observa que las posturas ganadoras de Probiomed sólo difieren de 5 a 10 centavos de un monto de $154 (ciento cincuenta y cuatro pesos), con lo que la variación es menor a 0.1% (punto uno por ciento), por lo que se consideran prácticamente iguales (de forma similar con las posturas que pierde). Las diferencias en las posturas sólo se incrementan una vez que se presentan nuevos competidores o se consolidaron las licitaciones. Precisamente el hecho de que las posturas ofrecidas por los sancionados sean prácticamente iguales entre ellos cuando ganan y de forma similar cuando pierden, aunado al hecho de incrementar las posturas a un nivel superior a los precios ganadores anteriores solo puede ser consistente con un acuerdo colusorio de alternancia para ganar y perder licitaciones basado en un interés de los miembros del acuerdo en su conjunto y no con un interés individual. Lo anterior, junto con el resto de la evidencia económica y sobre los canales de comunicación, muestra la coordinación de posturas pues la probabilidad de que los precios ofrecidos sean iguales dentro del amplio margen de posibles precios es prácticamente nula.

Por lo anterior, el agravio es **infundado**.

---

[94] Foja 11, inciso b) del recurso de reconsideración de Probiomed.

c) **La Comisión identificó como un indicio que el importe se concentra en los agentes económicos investigados y la participación es prácticamente la misma. Los recurrentes señalan que esta apreciación resulta incorrecta, falsa y no demostrada en la resolución. La resolución da cuenta de que el valor de los contratos de dos mil tres a dos mil seis para Probiomed es de solo 18% (dieciocho por ciento), Eli Lilly obtuvo el 29% (veintinueve por ciento) y estos porcentajes no muestran que como resultado de la supuesta colusión hubiera un reparto equitativo del valor de los contratos.**[95]

El agravio es **infundado**, ya que, aunque en el caso de Probiomed la distribución no es tan alta como para Eli Lilly, sí es un hecho que prácticamente el 100% (cien por ciento) del importe licitado se concentró en los cuatro agentes económicos sancionados en el Grupo I, como se aprecia en la sección **E** titulada "**CONDICIONES QUE FACILITAN LA COORDINACIÓN DE POSTURAS**" (fojas 32 a la 58 de la resolución recurrida).

d) **La Comisión identificó como un indicio que los promedios de las posturas fueron casi iguales y sólo cambiaron cuando entró otro competidor o al consolidar licitaciones. La Comisión no analiza los precios en cada licitación, sino que saca promedios y los califica como casi iguales, lo cual implica en realidad que son diferentes. Por otra parte, la Comisión no tomó en cuenta los indicios de que el cambio coincidió con la baja de precios de la materia prima.**[96]

Es **infundado** el agravio, ya que las conclusiones de la resolución recurrida sobre la existencia de un acuerdo colusorio se basan en un conjunto de elementos y no sólo en el promedio de las posturas. Además, sí se realizó un análisis detallado de las licitaciones, el cual evidenció que los promedios de las posturas eran iguales entre los participantes sancionados simple y llanamente porque sus posturas eran prácticamente iguales. El mismo Probiomed cita las tablas con las posturas en las licitaciones individuales, como puede apreciarse en la sección E, titulado "**CONDICIONES QUE FACILITAN LA COORDINACIÓN DE POSTURAS**" (fojas 32 a la 58 de la resolución recurrida). Por otro lado, la resolución recurrida, en fojas 358 y 359, muestra que las posturas bajaron antes de la disminución de los costos que Probiomed demuestra con facturas de sus proveedores; por lo que tales disminuciones se deben a la presencia de presión competitiva tanto por nuevos participantes como por el cambio en las licitaciones del IMSS.

Por otra parte, el argumento es **inoperante** debido a que simplemente se constriñen a reiterar textualmente o a parafrasear los argumentos que plasmaron en sus escritos de contestación al oficio

[95] Foja 11 del recurso de reconsideración de Probiomed.
[96] *Idem*

de probable responsabilidad y no atienden ni atacan de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

e) **Existe un patrón de posturas, con una postura ganadora igual entre competidores y una postura perdedora coincidente.**
   - **La afirmación de la Comisión de que existen turnos para ganar o perder debe estar basada en una "regla" que revele:**
     i. **Cómo se asignan las licitaciones entre diversas empresas, y**
     ii. **Cómo se reparten las ganancias derivadas del supuesto acuerdo.**
   - **La Comisión no tomó en cuenta que las bases de las licitaciones señalan que si los precios no son aceptables esas licitaciones son declaradas desiertas.**
   - **Un precio aceptable es el punto de referencia que toma en cuenta Probiomed para ofertar precios en las subsecuentes licitaciones.**

El agravio es **infundado**, en relación a que la Comisión debió señalar en la resolución recurrida una regla que revelara: i) cómo se asignaron las licitaciones entre diversas empresas y ii) cómo se repartieron las ganancias derivadas del supuesto acuerdo. Lo anterior es así, ya que conforme al contenido de los artículos 9°, fracción IV, 24, fracción I, 30, 31 y 33 de la LFCE no se obliga a la Comisión a utilizar la regla mencionada por los recurrentes para que esta autoridad explique el patrón de posturas señalado en la resolución recurrida. La práctica monopólica imputada a los recurrentes fue la coordinación de posturas en las licitaciones del IMSS, lo cual se acreditó, con la evidencia económica y de comunicación que se encuentra integrada en el expediente IO-003-2006 y que fue analizada al momento de emitir la resolución recurrida.[97] Además, la forma en que fueron asignadas

[97] Se puede observar una lista de los elementos en las páginas 2 a 4 de la resolución recurrida.

las licitaciones entre los recurrentes no demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre estos agentes.

Además, del análisis que se presentó en fojas 2, 5, 38 y 39 de la resolución recurrida (al igual que el oficio de probable responsabilidad), muestra que durante los años dos mil tres a dos mil cinco, Probiomed ganó con posturas con diferencias menores al 0.1% (punto uno por ciento) respecto del resto de los recurrentes, y de forma similar su postura perdedora no tuvo diferencia mayor al 0.1% (punto uno por ciento) respecto de la postura con que perdieron sus competidores, lo que contradice su propio dicho de que una vez que conoció el precio ganador y aceptable (según su propia definición y no la del IMSS), simplemente se limitó a presentar dicha postura. Por ejemplo, en el Anexo 2, en la licitación 00641193-013-04 pese a haber ganado en cuatro ocasiones con una postura de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) y que las posturas ganadoras en las cinco licitaciones previas estuvieron entre $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) y $154.95 (ciento cincuenta y cuatro pesos 95/100 M.N.), ofreció una postura de $158.00 (ciento cincuenta y ocho pesos 00/100 M.N.), que coincide con el nivel de posturas perdedoras en las licitaciones anteriores. Esto demuestra que es falsa su afirmación de ofrecer el precio que llama aceptable, el cual consiste en el precio ganador anterior. El hecho de incrementar las posturas a un nivel superior a los precios ganadores anteriores solo puede ser consistente con un acuerdo colusorio de alternancia para ganar y perder licitaciones basado en un interés de los miembros del acuerdo en su conjunto y no con un interés individual.

Por otro lado, es **inoperante** el agravio respecto a que la Comisión no tomó en cuenta que se puede declarar desierta una licitación si no existen precios aceptables, ya que los recurrentes simplemente se constriñen a reiterar textualmente o a parafrasear los argumentos que plasmaron en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, y como ya se demostró, no atienden ni atacan de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos.

En concreto, dicho argumento fue estudiado, analizado y contestado en la resolución recurrida en fojas 196, 197 y 295, en donde se dijo que este era infundado porque la aceptación de los precios por parte del IMSS no puede ser un referente para determinar la existencia o no de un acuerdo colusorio entre las partes, ya que la LAASSP y la LFCE tienen fines y objetos distintos; y la aplicación de una no determina la aplicación de la otra.

Además, el Anexo 2 de la resolución recurrida nos muestra que simplemente es falso el argumento de Probiomed de tomar el *"precio aceptable"* como referencia para licitaciones subsecuentes. No obstante, de ser falsa, esta estrategia no le puede garantizar tener un fallo favorable, ya que bajo un comportamiento independiente, Probiomed no puede asegurar que el resto de los participantes seguirán la misma estrategia. Probiomed sólo puede estar seguro de obtener un fallo favorable si de antemano conoce que el resto de los participantes ofrecerán un precio igual o dentro de un margen dentro del 1.5% señalado por las bases para acceder a la asignación múltiple, pues bastaría que uno de los agentes ofreciera un precio 2% (dos por ciento) por debajo de la postura de Probiomed para

que éste no obtuviera ni una parte del contrato. Esto demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre estos agentes. Esto también se demostró en la resolución recurrida en fojas 261, 474 y 475.

Así las cosas, si en el recurso de reconsideración se reproduce como agravio un aspecto que fue planteado en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, y el cual se estimó infundado en la resolución recurrida, resulta que los recurrentes no combaten las consideraciones que vertió esta autoridad en la resolución recurrida al momento de analizar dicho agravio, y por tanto, deben subsistir tales consideraciones emitidas por la Comisión respecto al tema de que el IMSS puede declarar desierta una licitación si no existen precios aceptables.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**f) Las seis empresas presentan altos márgenes de ganancia que les habrían permitido ofrecer posturas más competitivas, cuando podrían haberlo hecho porque conocían los precios ofrecidos en licitaciones anteriores.**[98]

- **La Comisión no explica en la resolución cómo calcula los márgenes de ganancia, tampoco es cierto que por existir un alto margen de ganancia, los precios puedan considerarse altos, ya que los precios deben considerarse altos sólo con relación a otros precios de mercado.**
- **El hecho de que conocieron las posturas de los demás licitantes de concursos previos no implica que estuvieran obligados a presentar una postura más baja en la siguiente licitación.**
- **La Comisión no considera varios riesgos:**

[98] Fojas 12 y 13 del escrito de recurso de reconsideración de Probiomed.

i. **Los contratos son abiertos, esto significa que el IMSS sólo se compromete a comprar un presupuesto mínimo;**
ii. **La insulina debe contar con autorización de la Secretaría de Salud, por lo que deben guardar un periodo adicional, en promedio tres meses;**
iii. **Hay que asegurar el abasto de materia prima con un proveedor, por lo cual Probiomed firmó un contrato de abastecimiento por tres años.**

Es **infundado** el agravio, ya que en la resolución recurrida en foja 193 se hizo una referencia hecha en el oficio de probable responsabilidad (a foja 71) donde se estableció la metodología del cálculo, el cual estuvo basado a partir de la información proporcionada por las mismas empresas durante el procedimiento de investigación.

En la foja 71 del oficio de probable responsabilidad se señaló lo siguiente:

**Tabla 32. Promedio Precio y Margen**

| 1050 | Precio | Margen |
|---|---|---|
| 2003 | 155.15 | 61.9% |
| 2004 | 154.93 | 55.7% |
| 2005 | 154.95 | 47.7% |
| 2006 | 57.71 | 21.6% |
| 2007 | 39.61 | 3.3% |

Fuente: Cálculos propios con información del IMSS y de las empresas. que consta en el expediente

*"El (sic) Tabla 32 presenta el precio promedio con que ganaron las cuatro empresas probablemente responsables, así como el margen de ganancia promedio que obtuvieron.* ***El margen se calculó como la razón del promedio del precio ganador contra el promedio del costo total anual de cada empresa para cada medicamento con base en la información aportada y los fallos de las licitaciones.*** *Esta información muestra que las empresas obtenían márgenes considerables y que pudieron disminuir sus posturas para incrementar la probabilidad de ganar las licitaciones, acción que no realizaron. A la vez, márgenes tan grandes no son compatibles con un mercado competido."* [Énfasis añadido]

Por tanto, sí se explicó cómo se calcularon los márgenes de ganancia pues en la foja 193 de la resolución recurrida se hizo referencia a los cuadros presentados en el oficio de probable responsabilidad que explican que una vez obtenida la diferencia del precio promedio y el costo promedio, ésta se dividió por el precio promedio. Tales márgenes son lo suficientemente altos para poder ofrecer posturas más competitivas y menores que sus competidores. Por otro lado, el hecho de que los márgenes de utilidad disminuyeran cuando se ejerció presión competitiva por parte de otras empresas y siguieran siendo positivos muestra que efectivamente los márgenes mostrados de dos mil tres a dos mil cinco eran altos.

Aunque es cierto que conocer las posturas de los demás participantes en licitaciones previas no obliga a presentar una postura más baja en la siguiente licitación, lo cierto es que de no hacerlo se disminuyen considerablemente las probabilidades de ganar, por lo que si un participante tiene la intención de ganar (lo que debe ser si se participa en una licitación), buscará ofrecer un precio más competitivo que el resto de los participantes y que le genere una ganancia. Por lo anterior, el ofrecer un precio igual o mayor cuando se tiene la posibilidad de ofrecer un precio menor con una ganancia, como lo muestran los márgenes de estas empresas, no es una estrategia independiente que busque incrementar las probabilidades de ganar.

De forma similar, Probiomed sólo puede estar seguro de obtener un fallo favorable si de antemano conoce que el resto de los participantes ofrecerán un precio igual o dentro de un margen dentro del 1.5% (uno punto cinco por ciento) señalado por las bases para acceder a la asignación múltiple, pues bastaría que uno de los agentes ofreciera un precio 2% (dos por ciento) por debajo de la postura de Probiomed para que éste no obtuviera ni una parte del contrato. Lo que demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre estos agentes.[99]

Asimismo, son **inoperantes** los agravios de Probiomed en el sentido de que no muestra cómo considerar estos riesgos se puede explicar la convergencia de las posturas ganadoras y perdedoras entre competidores, la concentración de los contratos licitados, los altos márgenes de ganancias, etcétera lo llevaría a conclusiones distintas a las de la Resolución, por lo que sus argumentos resultan inatendibles. Además, dichos argumentos son también novedosos, puesto que pudieron y debieron plantearse al momento de contestar el oficio de probable responsabilidad para que la Comisión al momento de resolver en definitiva.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN",*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

[99] Véanse fojas 163, 164, 261, 262, 474 y 475 de la resolución recurrida.

**g) Los recurrentes analizan cada uno de los indicios o elementos identificados por la Comisión, como el siguiente: Es falso que los patrones en las posturas no reflejan un intento por competir para maximizar sus utilidades, en un entorno en el que hay competencia debieron forzosamente presentar posturas más agresivas. Este patrón sólo se explica por la existencia de un acuerdo colusorio.**[100]

- **No presentar una postura más baja que la postura ganadora de la licitación anterior, puede ser consistente con su búsqueda de maximizar utilidades.**
- **Probiomed no está interesado en ganar todas las licitaciones del IMSS, y por lo tanto no tiene sustento la afirmación de que una empresa maximizadora de ganancias siempre buscará ganar las licitaciones del IMSS.**
- **La omisión de los costos de producción presentados por Probiomed llevó a la CFC a calcular un margen de beneficio que no corresponde a sus márgenes. Probiomed sólo reconoce como costos aquellos en fojas 35202, 35231, 35264 y 35289 del expediente. Con base en estos costos, los márgenes para los años 2003, 2004 y 2005 son 9.6% (nueve punto seis por ciento), 5.6% (cinco punto seis por ciento) y 13.3% (trece punto tres por ciento) respectivamente; en dos mil seis un margen de pérdida de -120.2% (menos ciento veinte punto dos por ciento).**

El presente agravio es **inoperante**, en virtud de que Probiomed no explica cómo el no ofrecer precios más competitivos y sí iguales a los de sus competidores es consistente con una estrategia que busca maximizar sus utilidades de forma independiente, por lo que sus afirmaciones resultan gratuitas e inatendibles. No obstante, la resolución recurrida en fojas 3 a 7, 39, 55, 164 a 175, 261, 262, 330, 354 y 414 a 415 demuestra tanto que este tipo de estrategia no obedece a un comportamiento independiente y sí una intención de maximizar las utilidades conjuntas a través de evitar que el precio disminuya como se esperaría en un proceso de competencia.

Aun cuando puede ser cierto que Probiomed no esté interesado en ganar todas las licitaciones, sí es cierto que su objetivo es ganar todas aquellas licitaciones en las que participa, pues el simple hecho de participar revela su interés en el contrato licitado, a la vez que le incurre en costos de participación y el riesgo de incurrir en sanciones si gana y no cumple el contrato; por lo que una vez que entra en la licitación es de su interés ganarla con el mejor precio posible que aunque pueda ser alto, nada explica que sea igual al de sus competidores. Lo anterior se analizó en fojas 271, 296 y 340 de la resolución recurrida.

En cuanto a que Probiomed sólo reconoce la información que obra en folios 35202, 35231, 35264 y 35289 del expediente, y no así la aportada por ellos en dos mil ocho, debe decirse que resulta ser un argumento novedoso en tanto que dicha información obraba en el expediente al momento de que fue emplazado y fue utilizada en el oficio de probable responsabilidad, por lo que, si estimaba que la

[100] Fojas 13 y 14 del escrito de recurso de reconsideración de Probiomed

imputación o los argumentos establecidos en dicho oficio se encontraban basados en información errada, debió haberlo manifestado en su contestación y no en este momento, y debió haber aportado las pruebas que demostraran fehacientemente el monto a que ascendían sus costos, más aún cuando la contradicción fue generada por ellos mismos y no puede ser imputable a la Comisión ni puede alegarse en su favor, por lo que, al no haberlo hecho así, perdió su oportunidad legal y precluyó su derecho.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que, al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido. De ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**h) Los recurrentes analizan cada uno de los indicios o elementos que identificó la Comisión, entre ellos, el siguiente: ese acuerdo consistió en mantener posturas ganadoras con precios altos y turnarse los roles de ganador y perdedor en cada licitación.**

**Al respecto, los recurrentes señalan que no existe evidencia directa de un acuerdo con tal contenido, la Comisión pretende derivarlo de las aseveraciones anteriores pero no tiene sustento, porque es natural que existan ganadores y perdedores, y también lo es que no sean siempre los mismos.**[101]

Es **infundado** el agravio, ya que la conclusión de turnarse como ganadores y perdedores no se basa únicamente en el hecho evidente de la alternancia para ganar de los agentes sancionados, sino que deliberadamente incrementaban su postura para perder. El mismo Probiomed sostiene que los precios ganadores anteriores los utilizaba para definir su postura, sin embargo es inconsistente que llevando a cabo esta estrategia proponga posturas más altas que las que resultaron ganadoras anteriormente y que además estas posturas más altas coincidan con las que los otros agentes también ofrecieron cuando perdieron.

[101] Foja 14 del escrito de recurso de reconsideración de Probiomed.

Además, del análisis que se presentó en fojas 2, 5, 38 y 39 de la resolución recurrida (además del oficio de probable responsabilidad en fojas 50 y 51, se demuestra que durante los años 2003 a 2005 Probiomed ganó con posturas con diferencias menores al 0.1% respecto del resto de los recurrentes, y de forma similar su postura perdedora no tuvo diferencia mayor al 0.1% (punto uno por ciento) respecto de la postura con que perdieron sus competidores. Esto contradice su propio dicho de que una vez que conoció el precio ganador y aceptable (según su propia definición y no la del IMSS), simplemente se limitó a presentar dicha postura. Por ejemplo, en el Anexo 2, en la licitación 00641193-013-04, pese a haber ganado en cuatro ocasiones con una postura de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100) y que las posturas ganadoras en las cinco licitaciones previas estuvieron entre $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100) y $154.95 (ciento cincuenta y cuatro pesos 95/100), ofreció una postura de $158.00 (ciento cincuenta y ocho pesos 00/100), que coincide con el nivel de posturas perdedoras en las licitaciones anteriores. Esto demuestra que es falsa su afirmación de ofrecer el precio que llama aceptable, el cual consiste en el precio ganador anterior. El hecho de incrementar las posturas a un nivel superior a los precios ganadores anteriores solo puede ser consistente con un acuerdo colusorio de alternancia para ganar y perder licitaciones basado en un interés de los miembros del acuerdo en su conjunto y no con un interés individual.

Por otro lado, es **infundado** el agravio respecto a que la Comisión no tomó en cuenta que se puede declarar desierta una licitación si no existen precios aceptables, ya que dicho argumento fue estudiado, analizado y contestado en la resolución recurrida en fojas 196, 197 y 295, en donde se dijo que este era infundado porque la aceptación de los precios por parte del IMSS no puede ser un referente para determinar la existencia o no de un acuerdo colusorio entre las partes, ya que la LAASSP y la LFCE tienen fines y objetos distintos; y la aplicación de una no determina la aplicación de la otra.

Además, el Anexo 2 de la resolución recurrida nos muestra que simplemente es falso el argumento de Probiomed de tomar el "precio aceptable" como referencia para licitaciones subsecuentes. No obstante, de ser falsa, esta estrategia no le puede garantizar tener un fallo favorable, ya que bajo un comportamiento independiente, Probiomed no puede asegurar que el resto de los participantes seguirán la misma estrategia. Probiomed sólo puede estar seguro de obtener un fallo favorable si de antemano conoce que el resto de los participantes ofrecerán un precio igual o dentro de un margen dentro del 1.5% señalado por las bases para acceder a la asignación múltiple, pues bastaría que uno de los agentes ofreciera un precio 2% por debajo de la postura de Probiomed para que éste no obtuviera ni una parte del contrato. Lo que demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre estos agentes. Esto también se demostrado en la resolución recurrida en fojas 261, 474 y 475.

i) **Los recurrentes analizaron cada uno de los indicios o elementos que identificó la Comisión, entre ellos, el siguiente: existe una facilidad de comunicación entre los recurrentes, y hay evidencia de que las personas que decidían las posturas en cada empresa, estuvieron en**

**constante comunicación durante los periodos en que se llevaban a cabo las licitaciones del IMSS, lo que implica que sí existía la posibilidad de un acuerdo.**

**Al respecto los recurrentes señalaron que esto no puede tomarse como prueba, ya que es ilógico desprender un acuerdo del simple hecho de que exista comunicación entre empresas del mismo rango. Esto es así, pues al hacer una revisión analítica de las comunicaciones, podrá verse que son casuísticas y no reiteradas ni sistemáticas.**[102]

El agravio es **infundado**, en virtud de que tal y como se señaló en la resolución en fojas 65 a 69, esta autoridad demostró de manera adicional que los responsables no sólo tenían comunicación dentro de la CANIFARMA sino también por medios externos, principalmente por medio de llamadas telefónicas entre ellos. En este sentido, la Comisión se allegó de elementos que prueban que existió comunicación constante durante el dos mil tres y dos mil seis entre los directivos comerciales de cada una de las empresas responsables, quienes estaban involucrados en los procesos de licitaciones del gobierno y en la mayoría de los casos tenían facultades para influir sobre la determinación sobre los precios dentro de las posturas de cada empresa, razón por la cual las llamadas hechas durante este periodo entre los empleados de referencia, y las circunstancias en las que dichas llamadas se llevaron a cabo son indicios de un acuerdo o concertación que es coherente con la evidencia económica documentada en el expediente.

Asimismo, resulta **infundado** lo señalado por Probiomed en el sentido de que esta autoridad realizó generalizaciones indebidas en cuanto al alcance y frecuencia de las comunicaciones. Lo anterior debido a que esta autoridad expuso en la resolución el alto porcentaje de coincidencias existentes en las llamadas hechas durante el periodo de dos mil tres y dos mil seis, entre aquellos empleados que influyen sobre los precios, con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones.

En este sentido, tanto en el oficio de probable responsabilidad como en la resolución del procedimiento IO-003-2006, la Comisión demostró la utilización de los medios de comunicación entre los agentes adminiculada con la evidencia económica para demostrar un comportamiento de mercado solamente justificable mediante la existencia de un acuerdo entre los responsables con el objeto de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones del IMSS.

Lo anterior, se sustente conforme a lo señalado en el oficio de probable responsabilidad y en la resolución recurrida:

En el oficio de probable responsabilidad,[103] en la sección C, titulada "**COMUNICACIÓN POR MEDIOS DISTINTOS A LA COMISIÓN DE ABASTO**" la Comisión señaló que pudo constatar de manera adicional que los probables responsables no sólo tenían comunicación dentro de la CANIFARMA sino también

[102] Foja 15 del escrito de reconsideración.
[103] Foja 158 del oficio de probable responsabilidad emitido en el expediente IO-003-2006.

por medios externos, principalmente por medio de llamadas telefónicas entre ellos (sus números telefónicos, fueron dados a conocer por ellos mismos a través de las listas de asistencia a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA).

Lo anterior, se confirmó mediante los registros de llamadas telefónicas requeridos a los probables responsables por esta autoridad, dado que dichos registros presentaron una serie de coincidencias para los números telefónicos que tienen sus empleados. A efecto de demostrarlo, esta autoridad presentó en el oficio de probable responsabilidad un listado[104] de las llamadas telefónicas realizadas entre empleados de las empresas probablemente responsables, entre los que destacaron personas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de sus empresas en las licitaciones del IMSS (además de los miembros de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, otros empleados como Jesús Héctor Hernández Herrera[105] y Manuel Vázquez Blanco). Estos datos corroboran que dichas personas físicas tenían comunicación constante, particularmente en periodos de tiempo cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.

De igual forma, en el resolución recurrida,[106] la Comisión señaló en el inciso iii), titulado "**COMUNICACIÓN POR MEDIOS DISTINTOS A LA COMISIÓN DE ABASTO**" que pudo constatar que los probables responsables tenían comunicación por medios externos, a través de llamadas telefónicas entre ellos.

También se dijo que esto se confirmaba mediante los registros de llamadas telefónicas requeridos a los probables responsables, dado que dichos registros han presentado una serie de coincidencias para los números telefónicos que tienen sus empleados.

Finalmente, en la resolución recurrida[107] se señaló que de la información mostrada en las listas presentadas en las fojas 159 a 176 del oficio de probable responsabilidad, para el caso de los probables responsables relacionados con la insulina humana se identificó lo siguiente:

- *De las llamadas desde los teléfonos del C. Carlos Arturo Villaseñor López entre abril de dos mil tres y noviembre de dos mil seis, se detectaron al menos cuarenta llamadas al conmutador de Cryopharma y al C. Jorge Alberto Silis Franck, al C. Eduardo Osorio Traconis de Eli Lilly y al C. Alfonso Huerta de Probiomed. De estas llamadas, 80% (ochenta por ciento) se realizó en un periodo de dos semanas antes de la apertura de al menos una licitación pública del IMSS que incluyera*

[104] De las fojas 159 a la 176 del oficio de probable responsabilidad emitido en el expediente IO-003-2006.
[105] Baxter estableció expresamente las funciones de Jesús Héctor Hernández Herrera como su empleado (folio 38422 del expediente IO-003-2006 – información clasificada como confidencial que sólo puede ser consultada por el agente económico que la proporcionó).
[106] Fojas 65 a 69 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[107] Foja 66 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

*claves relativas a Insulina. La coincidencia aumenta a 88% (ochenta y ocho por ciento) cuando se considera un periodo de tres semanas.*

- *Entre las llamadas de Probiomed, se detectaron al menos veinticinco llamadas hechas desde los teléfonos de la C. Alejandra Mendoza,[108] del C. Alfonso Huerta Suárez y del C. Jaime Uribe de la Mora a los CC. Carlos Arturo Villaseñor López, Eduardo Aquino Maldonado y Vivian Escárcega Shalev López,[109] de Pisa, así como al C. Jorge Alberto Silis Franck de Cryopharma entre diciembre de dos mil cuatro y diciembre de dos mil seis. El 96% (noventa y seis por ciento) de las llamadas se hizo hasta dos semanas antes de la apertura de al menos una licitación de soluciones electrolíticas y sueros.*

  *Por esta razón, las llamadas hechas durante este periodo entre aquellos empleados que influyen sobre los precios son indicios de un acuerdo o concertación. Dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resulta muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.*

*En el caso de las soluciones electrolíticas y sueros, se detectó lo siguiente:*

- *De las llamadas hechas por Baxter desde los teléfonos de los CC. Ericka Helga Frettlohr Meza y Jesús Héctor Hernández Herrera, entre octubre de dos mil cuatro y agosto de dos mil seis, existen al menos noventa y dos llamadas hechas a Eduardo Aquino Maldonado y Carlos Arturo Villaseñor López de Pisa, así como a Manuel Vázquez Blanco de Fresenius y al conmutador de esta última empresa. Del total de las llamadas, el 87% (ochenta y siete por ciento) fueron realizadas en un periodo de hasta dos semanas antes de la apertura de al menos una licitación pública del IMSS que incluyera claves relativas a soluciones electrolíticas y sueros. Esta coincidencia aumenta a 94% (noventa y cuatro por ciento) si se considera un periodo de tres semanas.[110]*
- *De las llamadas de Pisa desde los teléfonos de Carlos Arturo Villaseñor López y del conmutador de esta empresa entre abril de dos mil tres y noviembre de dos mil seis, se registraron al menos doce llamadas a Jesús Héctor Hernández Herrera y Ericka Helga Frettlohr Meza, ambos de Baxter, así como de Manuel Vázquez*

[108] Trabajadora de la empresa Probiomed (folio 38547 del expediente, que contiene información confidencial y que sólo puede ser consultada por el agente económico que la aportó).

[109] De acuerdo a la información que obra en el expediente, Vivián Escárcega Shalev López asistió en diversas ocasiones a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA como empleada de Pisa.

[110] Se consideraron periodos de dos y tres semanas, puesto que es un tiempo razonable dentro del cual las empresas participantes elaboran las propuestas técnicas y económicas a presentar en las licitaciones. Esto es, entre que adquieren las bases de la licitación hasta la fecha límite para presentar sus propuestas. Dentro de ese periodo, se decide el precio de los productos a ofrecer.

*Blanco, de Fresenius. De éstas, el 100% (cien por ciento) de las llamadas fueron realizadas en un periodo de hasta dos semanas antes de la apertura de al menos una licitación de soluciones electrolíticas y sueros. Por consiguiente, la totalidad de las llamadas también coinciden en un periodo de tres semanas. Un ejemplo: Carlos Arturo Villaseñor López realizó dos llamadas a Manuel Vázquez Blanco de Fresenius el ocho de noviembre de dos mil cinco, habiendo al menos nueve aperturas de licitaciones que incluían soluciones electrolíticas y sueros en un periodo de dos semanas posterior a dichas llamadas.*

*Patrones de comunicación- Baxter*

- *Entre estas llamadas hay otros patrones que prueban la existencia de un acuerdo entre los probables responsables para establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones de soluciones electrolíticas y sueros licitados por el sector público. El dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, Ericka Helga Frettlohr Meza de Baxter realizó una llamada a las 13:59 (trece horas con cincuenta y nueve minutos) al teléfono de Eduardo Aquino Maldonado de Pisa. Ese mismo día, se realizaron dos llamadas del teléfono de Jesús Héctor Hernández Herrera, también de Baxter, a Manuel Vázquez Blanco de Fresenius, a las 17:48 (diecisiete horas y cuarenta y ocho minutos) y 19:11 (diecinueve horas con once minutos), respectivamente. Para ese día, había al menos cuatro licitaciones que incluían claves de soluciones electrolíticas y sueros cuya apertura estaba a menos de dos semanas de distancia.*[111] *El hecho de que empleados de Baxter encargados de establecer los precios tengan comunicación telefónica con al menos dos competidores el mismo día y a menos de dos semanas de la apertura de cuatro licitaciones indican la probable existencia de un acuerdo entre los mismos.*
- *Este mismo patrón se repite posteriormente. Del teléfono de Ericka Helga Frettlohr Meza de Baxter salieron dos llamadas el veintiséis de mayo de dos mil cinco, a Eduardo Aquino Maldonado de Pisa y, posteriormente, al conmutador de Fresenius. Ambas llamadas fueron consecutivas en un intervalo menor de quince minutos, y habiendo cinco aperturas de licitaciones de soluciones electrolíticas y sueros en un periodo menor a dos semanas después de la llamada. El treinta y uno de mayo de dos mil cinco, la misma empleada de Baxter realizó dos llamadas en el mismo orden, primero a Eduardo Aquino Maldonado de Pisa y después al teléfono de la asistente de Manuel Vázquez Blanco de Fresenius. De nuevo, las llamadas fueron consecutivas y en un intervalo menor de quince minutos. En un periodo de*

[111] Tal como se puede verificar en la relación de llamadas, las licitaciones que tendrían apertura en las siguientes dos semanas serían las siguientes: 00641276-003-04, 00641188-084-04, 00641255-014-04 y 00641253-035-04.

*dos semanas después de estas llamadas, se abrieron al menos cinco licitaciones públicas de soluciones electrolíticas y sueros.*[112]

- *Posteriormente, el ocho de agosto de dos mil seis, hubo otras dos llamadas consecutivas, saliendo del teléfono de Ericka Helga Frettlohr Meza. La primera fue hecha al teléfono de la asistente de Manuel Vázquez Blanco de Fresenius a las 9:24 (nueve horas con veinticuatro minutos), y posteriormente a Eduardo Aquino Maldonado a las 12:10 (doce horas con diez minutos)*[113]*. A dos semanas de la llamada, habría al menos una licitación en soluciones electrolíticas y sueros, lo que podría suponer coordinación en las ofertas a presentar.*

*Patrones de comunicación- Pisa*

- *Del teléfono de Carlos Arturo Villaseñor López, así como de la oficina de Pisa, se detectaron al menos diez llamadas durante dos mil tres a empleados de Eli Lilly, Probiomed, Baxter y Cryopharma. De estas, al menos tres fueron hechas tan sólo en el mes de noviembre. El once de noviembre en particular, se realizaron dos llamadas a teléfonos celulares, una a Eduardo Osorio Traconis de Eli Lilly y unas horas después a Alfonso Salvador Huerta Suárez de Probiomed. Durante estas fechas, al menos diez licitaciones de insulina se abrirían en un periodo posterior menor a dos semanas.*
- *Durante dos mil cinco, del teléfono de Carlos Arturo Villaseñor López de Pisa, salieron al menos dieciocho llamadas hacia teléfonos de Baxter, Cryopharma y Fresenius. De éstas, la tercera parte se realizó durante el mes de noviembre del mismo año. Durante ese mes, al igual que en dos mil tres, se registró un considerable número de apertura de licitaciones. En el caso de insulina, hay por lo menos diez licitaciones en un periodo menor a dos semanas después de cuando se realizaron las llamadas. En el caso de soluciones electrolíticas y sueros, hay por lo menos nueve licitaciones dentro del mismo periodo.*

En virtud de los elementos señalados anteriormente, la Comisión consideró que los representantes de los probables responsables se conocían entre ellos y tuvieron comunicación constante durante el periodo investigado, independientemente de que los mismos estuviesen ocupando o no cargos dentro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA o inclusive, como lo demostraron los reportes de llamadas de los probables responsables. Además y dados los cargos dentro de sus respectivas

[112] La información de llamadas desglosadas presentada por Baxter es idéntica para la primera mitad de dos mil cinco y dos mil seis. Esto dificulta saber en cuál de los dos años se realizaron efectivamente las llamadas. Sin embargo, esto no le quita el peso al argumento. Independientemente del año, las llamadas fueron hechas consecutivamente a dos competidores en fechas previas a aperturas de licitaciones. En el caso de que las llamadas hubieran sido hechas en dos mil seis y no en dos mil cinco, las coincidencias con las licitaciones hubieran sido de cinco en el caso de la del veintiséis de mayo y dos en el del treinta y uno de mayo.

[113] El mismo caso que el anterior. No se sabe con certeza si los datos proporcionados como del dos mil seis son efectivamente de ese año o de dos mil cinco. Sin embargo, si estas llamadas hubieran sido hechas en dos mil cinco, la coincidencia hubiera sido de dos licitaciones en un periodo menor a dos semanas.

empresas, dichos representantes estaban directamente involucrados en los procesos de licitaciones del gobierno (lo cual se demuestra además por su pertenencia a una Comisión de Abasto dentro de la CANIFARMA) y tenían facultades en la mayoría de los casos para influir sobre la determinación sobre los precios dentro de las posturas de cada empresa.

**j) Mercado investigado. Respecto a esta primera consideración de derecho, los recurrentes afirman que señalaron "*que el mercado investigado estaba incorrectamente determinado por la Comisión al no cumplir con los requisitos y elementos previstos por la LFCE para identificarlo, de tal suerte que la investigación y la consecuente Resolución sobre un mercado incorrectamente determinado resulta ilegal.*"**[114]

El agravio es **inoperante**, pues no atacan lo que la Comisión dijo respecto a los agravios sobre incorrecta definición del mercado en el apartado denominado **ACUERDO DE INICIO Y "MERCADO RELEVANTE"** en fojas 93 y subsecuentes, por lo que el simple hecho de manifestar que la determinación del mercado fue incorrecto sin mencionar por qué o simplemente reiterar lo que dijo en su contestación, no es suficiente para entrar a su estudio.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO"*, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

**k) Licitaciones de medicamentos del IMSS sujetas a investigación.**[115]

- **La Comisión parte de que las licitaciones maximizan la competencia de precios, cuando no necesariamente es así, puesto que en el caso de las licitaciones periódicas del IMSS, al ser repetidas y por el hecho de que los participantes tienen acceso a las posturas ganadoras de la licitación anterior, tienen una referencia de un precio aceptable para resultar ganador, y también es lógico pensar que un licitante no buscará presentar una**

[114] *Idem*
[115] Fojas 15 y 16 del escrito de reconsideración de Probiomed.

**postura inferior en una licitación siguiente, si la referencia es que con un precio similar puede obtener un fallo favorable.**

- **La Comisión señala que la coordinación de posturas tiende a incrementar los precios por encima de niveles competitivos, aunque puede ser una de las razones, no es la única, ya que puede derivar de múltiples factores que no fueron considerados.**
- **La Comisión insiste en que entre más bajo el precio, más posibilidades de ganar la licitación, entre más alto el precio, mayor la ganancia pero menores la posibilidades de ganar. Esto es parcialmente cierto, ya que sí existen precios de referencia en los que los licitantes pueden apoyarse para fijar el precio al que pujarán en la siguiente licitación, ya que conocen cual es el precio aceptable para el comprador.**

En el primer agravio los recurrentes introducen una nueva justificación para explicar cuál era su referencia de precios, y ahora dicen que el hecho de que los participantes tuvieran acceso a las posturas ganadoras de la licitación anterior, significaba que tenían una referencia de un precio aceptable para resultar ganador. Los recurrentes pretenden mejorar lo argumentado en sus escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad, lo cual es improcedente ya que no están impugnando la resolución recurrida, sino que están introduciendo argumentos novedosos. Por tanto el agravio es **inoperante**.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, el agravio es **infundado**, ya que el análisis que se presentó en fojas 2, 5, 38 y 39 de la resolución recurrida (además del oficio de probable responsabilidad en foja 50), demuestra que durante los años dos mil tres a dos mil cinco, Probiomed ganó con posturas con diferencias menores al 0.1% (cero punto uno por ciento) respecto del resto de los recurrentes, y de forma similar su postura perdedora no tuvo diferencia mayor al 0.1% (punto uno por ciento) respecto de la postura con que perdieron sus competidores. Esto contradice su propio dicho de que una vez que conoció el precio ganador y aceptable (según su propia definición y no la del IMSS), simplemente se limitó a presentar dicha postura. Por ejemplo, en el Anexo 2, de la resolución recurrida en la licitación 00641193-013-

04, pese a haber ganado en cuatro ocasiones con una postura de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) y que las posturas ganadoras en las cinco licitaciones previas estuvieron en entre $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) y $154.95 (ciento cincuenta y cuatro pesos 95/100 M.N.), ofreció una postura de $158.00 (ciento cincuenta y ocho pesos 00/100 M.N.), que coincide con el nivel de posturas perdedoras en las licitaciones anteriores. Esto demuestra que es falsa su afirmación de ofrecer el precio que llama aceptable, el cual consiste en el precio ganador anterior.

El Anexo 2 de la resolución recurrida nos muestra que simplemente es falso el argumento de Probiomed de tomar el *"precio aceptable"* como referencia para licitaciones subsecuentes. No obstante, de ser falsa, esta estrategia no le puede garantizar tener un fallo favorable, ya que bajo un comportamiento independiente, Probiomed no puede asegurar que el resto de los participantes seguirán la misma estrategia. Probiomed sólo puede estar seguro de obtener un fallo favorable si de antemano conoce que el resto de los participantes ofrecerán un precio igual o dentro de un margen del 1.5% (uno punto cinco por ciento) señalado por las bases para acceder a la asignación múltiple, pues bastaría que uno de los agentes ofreciera un precio 2% (dos por ciento) por debajo de la postura de Probiomed para que éste no obtuviera ni una parte del contrato. Lo que demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre estos agentes. Esto también ya se ha demostrado en la resolución recurrida en fojas 261, 474 y 475.

Por otro lado, Probiomed reconoce que la coordinación de posturas tiende a incrementar los precios por encima de niveles competitivos, aunque menciona que existen múltiples factores que no fueron considerados pero sin mencionar cuáles son esos factores, por lo que su argumento resulta inatendible. Además de que no presentó pruebas sobre cuáles son esos múltiples factores de los que se puede derivar el incremento de precios.

Por último, aunque también reconoce que los argumentos vertidos en la resolución recurrida sobre que los precios menores incrementan la probabilidad de ganar y precios mayores las disminuyen, insiste en que conocer los precios ganadores anteriores lleva a fijar los precios al que pujarán en la siguiente licitación. No obstante no pasa desapercibido para la Comisión que Probiomed reconoce que los participantes usan esos precios para fijar las posturas en la siguiente licitación.

Además, se reitera lo señalado en la resolución recurrida,[116] respecto a que es irrelevante conocer los precios ganadores anteriores, ya que las imputaciones del oficio de probable responsabilidad se basaron en la consistencia y continuidad con las que los recurrentes se alternaron los mismos precios, sin que revele lo anterior una conducta competitiva para obtener la adjudicación.

Por tanto, el agravio no presenta elementos suficientes para desvirtuar las conclusiones a las que se llegó en la resolución recurrida.

[116] Foja 341 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

**l) Licitaciones frecuentes. La Comisión señala que hipotéticamente este hecho pudiera dar pie a un acuerdo para coordinar posturas, y describe cómo se pudieran dar dichos acuerdos, pero no concreta sus análisis, debido a que no señala que en el presente caso se dio o explica cómo posiblemente podría desprenderse de toda esa serie de elementos que describe; finalmente no explica cuál es la diferencia entre un escenario de licitaciones frecuentes y un escenario de una sola licitación. Además, Probiomed demuestra que la normatividad desincentiva la colusión por conceptos como los precios aceptables.**

El agravio es **infundado**, ya que en la resolución recurrida (fojas 32, 33, 173 y 368) se dio respuesta a un argumento específico de Probiomed y sí señaló cómo este elemento (licitaciones frecuentes) aplica a las licitaciones investigadas, pues explica que una alta frecuencia de licitaciones en que se encuentra un mismo grupo de competidores facilita la colusión. La rotación de ganadores, el intercambio de información y el castigo a quien se desvíe del acuerdo se facilitan en licitaciones repetidas. En este caso, el acuerdo puede definir ganadores para las distintas licitaciones, ya sea por región, cliente, producto, temporalidad, etcétera. Al existir múltiples eventos se genera información sobre la dinámica y los resultados de las licitaciones que coadyuvan al entendimiento entre los agentes involucrados. Además, si alguno o algunos miembros del cártel se desvían del acuerdo, con múltiples licitaciones existe la posibilidad de que el o los miembros que permanecen en el cártel "castiguen" a quienes se hayan desviado del acuerdo. Esta condición se cumple en el caso de las licitaciones del IMSS: para el caso de los medicamentos investigados, el IMSS realizó en promedio 146 (ciento cuarenta y seis)[117] licitaciones por medicamento durante el período comprendido en los años dos mil tres a dos mil siete.

Por otro lado, el agravio es **inoperante**, ya que los recurrentes sólo señalan que demostró que la normatividad desincentiva la colusión por conceptos como los precios aceptables, pero no hace referencia a los argumentos de la resolución recurrida, por lo que sus afirmaciones resultan gratuitas. No obstante, la aceptación de las posturas ofrecidas (precios aceptables) por parte del IMSS no puede utilizarse para descartar la presencia de una práctica monopólica absoluta, debido a que, como se señaló en la resolución recurrida en foja 339) y en el oficio de probable responsabilidad en foja 46, ante la estabilidad del diseño de las licitaciones, los miembros de un acuerdo colusorio no necesitan definir continuamente las conductas para implementar el acuerdo, ya que el conocer las características de los procesos de licitación con mucha anticipación (desde dos mil tres hasta la mitad del dos mil seis no hubo cambios sustanciales en las licitaciones del IMSS) les da tiempo suficiente para diseñar las conductas coordinadas que mejor se ajusten a esas características particulares, limitándose a seguir el acuerdo inicial.

Por el contrario, una vez que el diseño de las licitaciones cambió, debido principalmente al establecimiento de precios de referencia y la consolidación de las cantidades demandadas, se observó una fuerte disminución en las posturas de estas empresas investigadas.

[117] Foja 33 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

Se señaló a Probiomed en la resolución recurrida[118] que sus conclusiones eran parciales, porque los fundamentos y motivos de las imputaciones hechas a los presuntos responsables no se basaban en si el precio de referencia era alto o bajo, sino en un patrón de conducta de las posturas de los agentes económicos dentro del margen con el cual aceptaba el IMSS el precio de las posturas; así como otros factores y efectos como la implementación de una política de consolidación en las licitaciones de medicamentos, la entrada de nuevos agentes económicos, etcétera.

Por tales motivos, la aceptación de los precios por parte del IMSS no pudo ser un referente para determinar la existencia o no de un acuerdo colusivo entre las partes, además de que se señaló que la LAASSP, con la cual basa su calificación y actuación el IMSS dentro de los procedimientos de licitación, y la LFCE, tienen fines y objetos distintos, y la aplicación de una no determina la aplicación de la otra, ya que tal excepción no se encuentra en ninguna de estas leyes.

Respecto al argumento de precios aceptables, se señala que es novedoso, por tanto es **inoperante**, pues como se mencionó, en su contestación al oficio de responsabilidad únicamente hacía mención a los precios de referencia y ahora pretende que sean interpretados como precios aceptables.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**m) Asignación de contratos entre varios concursantes. La asignación múltiple no es una cuestión ilegal y que se realice de dicha manera no convierte a los licitantes per se en "miembros de un cártel". Además, en el caso concreto la asignación es en diferentes porcentajes y no de manera equitativa.**

El presente agravio es **inoperante**, ya que los recurrentes están repitiendo lo manifestado en sus escritos al oficio de presunta responsabilidad. Al respecto, este argumento ya se respondió en la

[118] Foja 339 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

resolución recurrida en el numeral 37 en fojas 319 a 326, en específico para Probiomed, en fojas 325 y 326. Los recurrentes buscan argumentar nuevamente sus argumentos al tergiversar la resolución recurrida, pues ésta no establece que la asignación múltiple sea una cuestión ilegal y que por sí sola revele la existencia de un cártel. Su afirmación es gratuita, pues, a diferencia de otros argumentos donde citan fojas específicas de la resolución recurrida, en este argumento no lo hacen.

Sin embargo, en la resolución en fojas 2, 53 a 58, 145, 146, 165 a 167, 173, 184 y 283, se demuestra que las posturas ganadoras sólo variaron en menos del 1.5% (uno punto cinco por ciento) con el fin de obtener la mayor ventaja posible de la regla de asignación múltiple y evitar así el proceso de insaculación que haría aleatoria la asignación. También se demuestra en la resolución recurrida que el número de posturas bajas nunca supera el número máximo de ganadores posibles en cada licitación conforme a esta regla de asignación múltiple. Es decir, las cuatro empresas sancionadas en el grupo de insulina no siempre convergen en sus posturas (lo que se esperaría al menos de Probiomed si siempre sigue la estrategia que menciona), sólo un número igual o menor del máximo permitido de ganadores presenta diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento) entre sí.

**n) Intercambio de información entre participantes. los recurrentes señalan que "*este elemento está indebidamente titulado, ya que da pie a pensar en la existencia de una indebida comunicación entre los participantes, cuando no es así; simplemente, por razón natural del proceso de licitación, los competidores pueden conocer las posturas de sus co-licitantes, pero está permitido dentro del mecanismo de licitación, Además, es muy importante enfatizar que precisamente este dato explica por sí mismo porqué las posturas resultan similares en rangos y no más bajas en planear cual postura será.*"**[119]

El agravio es **infundado**, ya que, como se establece en la resolución recurrida (foja 165), los recurrentes "abusan" del objeto de la transparencia en los procesos de licitación con el uso indebido para coordinar las posturas en los mismos, al tener mecanismos de verificación de un acuerdo colusorio. Esto lo confirman los recurrentes, al sostener que se explica por sí mismo que las posturas resultan similares y no más bajas; ya que se demostró que ese comportamiento no lleva a incrementar la probabilidad de ganar una licitación bajo un comportamiento independiente y sí bajo un comportamiento coordinado que garantice que el resto de los competidores siguen la misma estrategia.

Se tiene por reproducidas las consideraciones vertidas respecto a lo que se dijo en la presente resolución referente al tema del patrón de posturas (Sección **2.7** titulada "Patrón de Posturas"), por lo que en obvio de inútiles repeticiones se remite al inciso **e)** de la presente sección con el numeral 2.7, titulada "Patrón de Posturas".

[119] Foja 17 del recurso de reconsideración de Probiomed.

o) **Precios de referencia. La Comisión no explica por qué este elemento facilita la coordinación, y no lo hace porque resulta lo contrario. La existencia de dicho precio explica la similitud de posturas. También afirma la Comisión que los precios de referencia son muy altos en relación con los precios del mercado, lo que es falso, porque son menores a los precios del mercado privado.**

**La existencia de precios aceptables por parte del IMSS o los precios ganadores en licitaciones previas daban una clara pauta para normar el precio al que ofrecerían su producto en la siguiente licitación y tal circunstancia puede explicar por sí misma la similitud de las posturas sin incurrir a un acuerdo colusorio. Incluso en las licitaciones del IMSS se señala explícitamente que se toman en cuenta las condiciones de compra previas. La Comisión desestima el argumento señalando que los precios de referencia solo existen a partir de una modificación a la LAASSP, pero no toma en cuenta que los precios aceptables se incluyen en todas las bases de licitación. Además, la Comisión se contradice, al sostener que no existen precios de referencia y citarlos en su análisis.**

El presente agravio es **infundado**, ya que el precio de referencia es el que el convocante de la licitación ofrece como guía en una licitación determinada y esta figura no se utiliza hasta la segunda mitad del año dos mil seis, por lo que no puede explicar la similitud de posturas, tal y como se establece en fojas 239 y 240 de la resolución recurrida, sin que Probiomed ofrezca prueba en contrario. El precio aceptable es cualquier precio por debajo del precio de referencia, lo que presenta un enorme conjunto de precios aceptables posibles. Dada la diferencia entre ambos conceptos, no es cierto que las posturas de Probiomed y del resto de los agentes sancionados obedecieran a igualar el precio de referencia.

Una cosa es que un precio que resultó ganador en alguna licitación se pueda considerar aceptable y otra es que se quiera equiparar con el precio de referencia. Los recurrentes tampoco ofrecen prueba de que dichos precios se incluyan en todas las bases de las licitaciones. Si entonces se refieren a los precios que resultaron aceptables -y no los precios de referencia- en licitaciones anteriores, ya se demostró en los incisos **e)** y **p)** del presente apartado intitulado "**PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN LA RESOLUCIÓN**", numeral 2.7 titulado "**PATRÓN DE LAS POSTURAS**", que su dicho es falso y no coincide con los hechos. Además, que el mismo agente se ha contradicho, pues en ocasiones dice que su estrategia es seguir el precio ganador anterior (lo cual ya demostró que no es cierto) y en el inciso x) del presente numeral **2.7** menciona que su postura se define con otras variables,[120] por lo que en obvio de repeticiones innecesarias se remite a dicho pronunciamiento.

Respecto al precio aceptable que mencionan los recurrentes, ya se demostró en el inciso **e)** de este agravio que es falso que sigue la estrategia de ofrecer un precio ligeramente menor al precio que llama aceptable de la licitación anterior, así como que la estrategia de adoptar un precio con diferencia

[120] Señala como otras variables los precios de materias primas, costos de producción de las empresas y precios en el mercado privado.

menor al 1.5% (uno punto cinco por ciento) del precio ganador anterior sólo es consistente con un comportamiento coordinado y no independiente.

Lo cierto es que los recurrentes ofrecen distintas explicaciones de su comportamiento sin que ninguno se compruebe, además de ser contradictorios, pues si, como dice, toma en cuenta sus costos para definir su precio no explica por qué ofrece un precio que le lleva a tener una margen de pérdida de más del 100% (cien por ciento), como sostiene a fojas 13 y 14 de su escrito de recurso de reconsideración.

p) **Barreras a la entrada. La existencia de requisitos no los califica como barreras a la entrada suficientes, puesto que cuando decidieron entrar más agentes económicos lo pudieron hacer.**

**El precio ofertado, ya sea por distribuidor o proveedores, deben ser precios competitivos. En este caso, el distribuidor recibirá una retribución por su actividad de distribución y participante en las licitaciones, pero sólo afecta la licitación en función de la postura ofrecida por el distribuidor.**

**La aceptación del precio por parte del IMSS demuestra que no había precios elevados derivados de una práctica monopólica absoluta y que no existen barreras de entrada ya que existen diversos participantes en las licitaciones, así como que el IMSS pudo abrir las licitaciones a más participantes si lo hubiera determinado conveniente.**

El presente agravio es **inoperante**, ya que el argumento referente a que la existencia de competidores no implica la ausencia de barreras a la entrada es un argumento novedoso y esta autoridad no puede analizarlo. No obstante, sólo hasta que se presentaron cambios en las licitaciones como la consolidación y la apertura a licitaciones internaciones, fue que un agente como Savi pudo participar con posturas más competitivas.[121] Lo anterior se refleja en las licitaciones citas en los Anexos 1 y 2 de la resolución recurrida así como por los propios recurrentes a foja 20 de su escrito de recurso de reconsideración.

Por otra parte, los recurrentes no ofrecen información que sustente su dicho de que los requisitos no califican como barreras a la entrada, por lo que su afirmación resulta gratuita, ni señalan qué agravio les causa lo manifestado en la resolución recurrida respecto al tema de barreras a la entrada.

En el inciso **e)** del presente apartado, intitulado "**PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN LA RESOLUCIÓN**" ya se estableció que la aceptación de los precios por parte del IMSS y la aplicación de la LAASSP no implican que no exista un comportamiento colusorio en términos de la LFCE.

[121] Solo se tiene registro de que Savi ganó una licitación con anterioridad al año 2006, pero se trató de un caso excepcional porque no existió la barrera a la entrada consistente en limitar la participación a nacionales. De este modo, una sola licitación no es comparable contra el gran número de licitaciones en las que ganaron las empresas sancionadas.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido. De ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**q) Bases de licitación: la Comisión no analiza la normatividad que desincentiva las conductas colusivas y les resta valor.**

El agravio de los recurrentes es **infundado**, ya que sólo mencionan que no se analizó la normatividad, pero no mencionan qué aspectos específicos de la normatividad desincentivan las conductas colusorias; por tanto, su agravio es general y no combate en específico la resolución recurrida.

No obstante en las secciones en las secciones D. y E. de la consideración **TERCERA** de derecho contenidos en fojas 31 a 36 de la resolución recurrida se presenta una revisión de la normatividad, desde la LAASSP hasta las bases de las licitaciones convocadas por el IMSS, por lo que resulta falso que no se haya revisado la normatividad.

De igual forma, se remite a la respuesta que se dio en el inciso **a)** del numeral **2.1** de la presente resolución.

**r) Promedios anuales de las posturas. En lugar de un análisis estadístico de frecuencias de precios, que sería un análisis adecuado para el caso, utiliza un método de promedios para obtener una media de precios que probablemente será muy similar, debido a que es de esperarse que se tomen como base el precio aceptable por el IMSS, así como las posturas ganadoras previas.**

**Además, a pesar de la existencia de diversos licitantes, la Comisión no integró a la investigación a todos los licitantes del supuesto mercado que investigó, incluso a aquéllos que no ganaban las licitaciones. El hecho de que existan otros competidores es suficiente de que los precios no eran elevados artificialmente. De lo contrario había bastado con que uno de los demás participantes participara sistemáticamente con un precio menor.**

El presente agravio es **inoperante**, en primer lugar porque los recurrentes no están atacando lo resuelto en la resolución recurrida, sino que tratan de mejorar la defensa que hicieron en sus escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad, al pretender introducir el concepto de precio aceptable en su defensa, pues nunca utilizó este concepto en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad.

Asimismo, Probiomed y Alfonso Salvador Huerta Suárez, no explican por qué el análisis que proponen sería mejor al que se hizo en la resolución recurrida. Tampoco demuestran que el análisis estadístico de frecuencias de precios lleve a conclusiones distintas a las que se llegó en la resolución recurrida, por lo que su argumento resulta igualmente **inoperante**.

Sin embargo, como se explicó en foja 138 de la resolución recurrida, los promedios de las posturas son iguales simple y llanamente porque las posturas individuales en cada licitación son prácticamente las mismas, con diferencias menores al 0.1% (punto uno por ciento). De forma similar, se señaló en foja 177 de la resolución recurrida que es falso que la Comisión impute responsabilidad con base en el promedio de las posturas. La imputación se basó en la identificación de patrones de comportamiento, los cuales no son consistentes con el objetivo de maximizar el beneficio esperado de forma independiente de los probables responsables.

Estos patrones revelan que existió coordinación entre las empresas emplazadas, misma que generó resultados no alcanzables, sin justificación alguna, cuando las empresas se comportan de forma unilateral y en un ambiente competitivo. Aunado a ello, se encuentran los canales de comunicación existentes entre las empresas competidoras entre sí, mismos que facilitaron la comunicación entre ellos, lo cual reafirma la existencia de acuerdos colusorios entre los recurrentes.

s) **Posturas por licitación. la Comisión no tomó en cuenta la función de los precios aceptables donde las posturas ganadoras en una licitación son precios aceptables para el IMSS. Los recurrentes presentan la prueba 2 en su recurso de reconsideración para demostrar que el IMSS toma en cuenta las condiciones de compra de licitaciones previas para determinar ganadores.**

**No fue Dimesa quien ofreció precios menores, sino que en una licitación previa Savi Distribuciones ofreció una postura de $60 (sesenta pesos 00/100 M.N.) -prueba 4 ofrecida en su recurso de reconsideración-**

Los recurrentes insisten en la estrategia falsa de considerar los precios aceptables. Véase respuesta al inciso **e)** de este agravio.

Respecto a las pruebas 2 y 4 que señalan, éstas no fueron admitidas[122] por no ser supervenientes, lo que impide a autoridad valorar las mismas y analizar lo que se pretende demostrar con éstas.

No obstante, el hecho de que sea Savi en vez de Dimesa el primero en ofrecer una postura baja no cambia las conclusiones sobre el hecho de que es hasta que otros participantes ofrecen posturas más competitivas que las cuatro empresas sancionadas compiten efectivamente.

Es decir, no importa cuál fue la empresa que primero ofreció una postura baja, lo que realmente importa es la presencia de un nuevo competidor, ya que las posturas presentadas por las empresas sancionadas fueron casi iguales entre ellos (durante el periodo comprendido entre dos mil tres a dos mil cinco) hasta antes de la entrada de un nuevo competidor.

Por lo anterior, el agravio es **infundado**.

t) **Comparativo de precios internacionales. La resolución señala que no se tomará en cuenta la comparación de precios en la Gráfica 1 de la foja 59. Este comparativo es inexacto, ya que no se toma como referencia el valor de la insulina en los mercados privados en México, lo cual habría arrojado que dicho precio es al menos 50% (cincuenta por ciento) mayor al precio que adquirió el IMSS.**

El presente agravio resulta **inoperante**, al ser novedoso, ya que no se refiere a cuestiones invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, sino en razones distintas, y no tiende a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introduce nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido (valor en mercados privados en México), de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Llama la atención a la Comisión que los recurrentes se contradicen al reconocer que la resolución recurrida no tomó en consideración la comparación de precios internacionales y ahora pretenden utilizarla para comparar precios nacionales en el mercado privado, los cuales no son comparables con los precios de los procesos de licitación, entre otras cosas, porque no se compara el poder de compra de una institución como el IMSS, ni el mecanismo de asignación.

[122] Por acuerdo de cinco de abril de dos mil diez, emitido en el expediente RA-019-2010 y acumulados.

Por último, cabe mencionar que la Comisión no tomó en cuenta la "Guía Internacional de Precios" como consta en la resolución recurrida en las fojas 203 y 204.

**u) Medios de comunicación.[123] La Comisión se empeñó en presentar la información relativa a la participación de Probiomed y de sus empleados en la CANIFARMA, como prueba contundente de la existencia de un acuerdo, así como la existencia de llamadas telefónicas del conmutador de las instalaciones de Probiomed a otras empresas investigadas, es claro que no puede desprenderse de ello contenido alguno de llamadas, o tampoco el hecho de que participen en reuniones de una Cámara legalmente constituida, un acuerdo con el contenido y de la naturaleza que la Comisión pretende. Finalmente, también es de especial relevancia hacer notar que el hecho de que la Comisión conozca las llamadas telefónicas que se citan en la resolución, se debe a que Probiomed exhibió tal documentación en el expediente.**

El agravio es **infundado,** ya que, como se manifestó tanto en el oficio de probable responsabilidad como en la resolución del procedimiento IO-003-2006, esta autoridad comprobó que los responsables contaron con medios y canales de comunicación, específicamente: i) la asistencia a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, y ii) el registro de llamadas telefónicas entre distintos directivos comerciales de los responsables. Los directivos que asistieron a las reuniones de la CANIFARMA estuvieron a cargo o influyeron en la determinación de los precios con los que sus empresas participaron en las licitaciones de medicamentos del IMSS.

En este tenor, la frecuencia y el volumen de las llamadas realizadas entre los años dos mil tres y dos mil seis evidencia que los directivos de las empresas involucradas estuvieron en comunicación directa entre sí. Adicionalmente, como se mencionó en el oficio de probable responsabilidad, tanto la frecuencia como el volumen de las llamadas telefónicas disminuyeron a partir del año dos mil seis como puede verse en las listas de llamadas presentadas en el oficio de probable responsabilidad de las fojas 159 a la 192 . Lo anterior apunta a que el uso de los distintos medios de comunicación cesó en paralelo a los cambios en el comportamiento de los responsables en las licitaciones del IMSS.

Se tienen por reproducidas las consideraciones vertidas respecto a lo que se dijo en la presente resolución en el inciso **i)**, de la Sección **2.7**, titulada "**PATRÓN DE POSTURAS**".

Por otro lado, esta continua comunicación entre empleados que participaron en la definición o presentación de las posturas, no solo está vinculada con la participación de las empresas sancionadas con las licitaciones investigadas; sino que es consistente con una conducta ilícita, en la cual los participantes se alternan entre posturas ganadoras y perdedoras para concretar su acuerdo colusorio, en el que se rotan el papel de ganador y perdedor basado en un interés de los miembros del acuerdo en su conjunto y no en un interés individual e independiente.

[123] Foja 21 del recurso de reconsideración.

Finalmente, se destaca que es la suma de la evidencia económica y de las pruebas que demuestran la constante comunicación entre los directivos de las empresas recurrentes lo que permite concluir a esta autoridad que en las licitaciones del IMSS analizadas en el expediente IO-003-2006, existieron conductas de dichas empresas que actualizan el supuesto establecido en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE.

v) **Patrón de posturas. Respecto al apartado de "PATRÓN DE POSTURAS", los recurrentes[124] alegaron que el funcionamiento de las licitaciones del IMSS requiere analizar en su conjunto las reglas de la LAASSP sobre licitaciones públicas; asimismo, que dio a conocer las posturas ganadoras y perdedoras en cada medicamento licitado, que el IMSS puede declarar desierta una licitación cuando las posturas ofertadas no fueran aceptables y, que el IMSS puede asignar a las empresas diferentes porcentajes de sus adquisiciones en caso de empate o cuando el precio sea similar con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento).**

**La Comisión estimó que ese argumento era infundado por las siguientes razones: el oficio de probable responsabilidad reconoce que las posturas de cada agente en cada uno de los procesos de licitación están disponibles a todo el público a través de diversas páginas electrónicas; sin embargo, su uso se tergiversó por los recurrentes ya que lo utilizaron para mantener un seguimiento de los resultados y observar si existía un incumplimiento del acuerdo pactado entre ellos.**

**Asimismo, la Comisión señaló que las conclusiones de Probiomed eran parciales, ya que los motivos de las imputaciones hechas a los ahora recurrentes no se basaron en el nivel del precio al que ofrecieron sus bienes o productos al IMSS, sino en el patrón de comportamiento durante dos mil tres a dos mil cinco, así como en la interpretación de otros hechos y sus efectos; como los medios de comunicación utilizados; los cuales facilitaron la comunicación entre las empresas emplazadas para llevar el acuerdo colusorio; la entrada de participantes en las licitaciones; la implementación de consolidación en las licitaciones de medicamentos, etcétera.**

**Los recurrentes señalan que éste último argumento muestra que la Comisión no puede analizar una explicación diferente al supuesto de una colusión en la presentación de posturas en las licitaciones del IMSS.**

**Otro argumento de los recurrentes,[125] que la Comisión no tomó en cuenta, consistió en que el oficio de probable responsabilidad no incluyó una explicación de los cambios de política**

[124] Fojas 24 a 26 del recurso de reconsideración.
[125] Foja 25 el recurso de reconsideración.

**de adquisición del IMSS. Señalan que esta política cambió de compras consolidadas (licitación número 00641189-001-02) a compras centralizadas.**

**La Comisión consideró al respecto: que el agravio era infundado, ya que el periodo respecto del cambio de política de compras consolidadas a compras descentralizadas que involucra la licitación 00641189-001-02, del año dos mil dos, se encontraba fuera del periodo analizado y fuera del periodo de las posturas analizadas: años dos mil tres a dos mil seis.**

**Además, la Comisión consideró que, respecto de la reducción del número de licitaciones que resultó en la consolidación de la asignación se observó que durante el año dos mil seis, el cual es consistente con un comportamiento coordinado.**

**Los recurrentes[126] señalaron que la determinación de la Comisión resultaba inexacta debido a que no tomó en cuenta que dicho argumento desvirtuaba el hecho de que el supuesto patrón de posturas fuera causado por un acuerdo y decidió no tomarlo en cuenta.**

**Además la Comisión no establece claramente el periodo donde ocurre la supuesta colusión, ya que, de lo señalado por la CFC, se infiere que existe un acuerdo colusivo en dos mil seis, pero en otra parte de la resolución se señala que en ese año ya no operaba el supuesto acuerdo.**

El agravio es **inoperante**, en tanto que los recurrentes no demuestran el agravio que les causa la contestación hecha por la Comisión en la resolución recurrida respecto a su argumento, sino que simplemente se restringen a señalar que no se tomó en cuenta, cuando ella misma señala que se dio respuesta a sus argumentos defensivos, sin atacarlos en esta instancia.

Resulta aplicable por analogía al caso en concreto la siguiente tesis jurisprudencial: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. RESULTAN INOPERANTES SI SON UNA REPETICIÓN LITERAL DE LOS AGRAVIOS QUE SE PLANTEARON ANTE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN EL RECURSO DE REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

En cuanto a la supuesta incongruencia sobre el periodo en el que ocurrió la colusión, debe señalarse que su argumento es **infundado**, en atención a que la Comisión fue clara en señalar que fue a mediados de dos mil seis cuando el comportamiento de los agentes económicos coludidos comenzó a cambiar debido a la entrada de un nuevo participante y al cambio en las políticas aplicadas por el IMSS en sus licitaciones. (ver capítulo 5 de la resolución recurrida denominada **ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA**).

[126] Foja 26 el recurso de reconsideración.

w) **Análisis de precios internacionales. La Comisión reconoce que no existe una lista de precios que pueda servir para establecer si los precios son altos, por lo que no puede argumentar que se dio una práctica monopólica absoluta.**[127]

El agravio es **infundado** ya que, a pesar de que la Comisión reconoce que la información de precios internacionales no es la idónea para ese análisis en particular, también aclara que no es un elemento que la LFCE obligue a incluir para demostrar la práctica monopólica absoluta, la cual sí se demuestra con el resto de la evidencia contenida en la resolución recurrida. Por otro lado, en dicha resolución recurrida sí se demuestra que los precios son altos con la evidencia de altos márgenes y posturas de nuevos competidores con precios menores que obligaron a los recurrentes a disminuir sus precios y aun así obtener ganancias, tal como ya se explicó en el numeral **2.7** del presente apartado intitulado "**PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN LA RESOLUCIÓN**" y en fojas 319 y 338 de la resolución recurrida.

Por último, se señala que los indicios señalados en el artículo 5 del RLFCE no son obligatorios o necesarios para demostrar la existencia de una práctica monopólica absoluta.

x) **Falta de análisis de todas las licitaciones públicas. La Comisión omite considerar que la presentación de posturas se basa en las condiciones de mercado como son precios de materias primas, costos de producción de las empresas y precios en el mercado privado. La Comisión no investigó las condiciones de mercado que determinan los precios. La Comisión no adminicula los argumentos vertidos, de tal manera que desestima una explicación de la presentación de posturas.**[128]

El agravio referente a que esta autoridad omitió considerar los precios de materias primas, es **infundado**, ya que la CFC sí se analizó en la resolución recurrida en fojas 194, 202 y 206.

Por otra parte, el argumento referente a que la Comisión omite considerar que la presentación de posturas se basa en las condiciones de mercado como los precios en el mercado privado, es novedoso y, por lo tanto, **inoperante**. En su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad nunca mencionaron que esta autoridad debería tomar en cuenta los precios en el mercado privado.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

[127] Fojas 26 a 28 del recurso de reconsideración de Probiomed.
[128] Fojas 31 a 33 del recurso de reconsideración.

El agravio es **infundado**, ya que Probiomed tergiversa la respuesta de la Comisión. La mención de los precios de referencia es con el fin de señalar que su introducción es uno de los cambios que hubo en el diseño de las licitaciones hasta el segundo semestre del año dos mil seis, por lo que se entiende que de dos mil tres al primer semestre de dos mil seis las reglas de las licitaciones fueron estables.

Por otro lado, Probiomed se contradice nuevamente, ya que en sus argumentos anteriores ubicados en los incisos **e), o)** y **p)** del presente apartado intitulado "**PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN LA RESOLUCIÓN**" de la presente resolución, establecen que sus posturas se definen con el precio aceptable de la licitación anterior al que llama precio de referencia y ahora sostiene que se definen con otras variables.

Por último, el dicho de recurrentes de que la Comisión no adminiculó sus argumentos es falso, ya que en su escrito de respuesta al oficio de probable responsabilidad en foja 14 se puede leer: *"El OPR analiza en su inciso ii) los promedios anuales de las posturas de precios en las licitaciones de insulina del IMSS de 2003 a 2007. El OPR señala en sus páginas 50/192, 51/192 y 52/192, en referencia a las tablas 4 y 5 sobre las claves 1050 y 1051..."* donde después simplemente cita al oficio de probable responsabilidad en tales páginas, sin presentar argumento alguno ni aclarar con qué se debe adminicular.

**y) Participación de Dimesa. La Comisión desechó una prueba fehaciente contra la existencia de un acuerdo de colusión, debido a que Pisa habría controlado fácilmente los precios del producto ofrecido por Dimesa, de tal manera que no pudiera entrar a competir en el mercado.**[129]

Los recurrentes alegan en este agravio que la Comisión desechó una prueba, pero no dice a cuál prueba se refiere y, en su caso, tampoco alega los argumentos utilizados por la Comisión para desechar la probanza. Por tanto, el agravio es **inoperante**.

Respecto al agravio referente a que Probiomed afirma que Dimesa depende únicamente de Pisa para participar en las licitaciones y pretende sostener que su solo dicho es una prueba fehaciente, es **inoperante**, ya que por sí mismo es vago, general e impreciso, lo cual impide a esta autoridad determinar si efectivamente existe una relación entre Dimesa y Pisa.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE***

[129] Fojas 33 a 34 del recurso de reconsideración de Probiomed.

*LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."* la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

z) **Asignación múltiple. La Comisión resolvió que: los argumentos de Probiomed son infundados. La asignación múltiple es una regla contenida dentro de las licitaciones públicas, las características se mencionan dentro del oficio de probable responsabilidad en fojas 44 y 45; en específico, las bases detallan la manera en la que se implementará la regla, y las proporciones asignables a cada posición, ya sea que se trate de segundos o hasta terceros lugares.**

**No obstante, el análisis de las licitaciones revela que, pese al escaso diferencial entre posturas para que aconteciera la asignación múltiple, Probiomed ofreció posturas iguales o suficientemente cercanas a las de sus competidores para caer en dicha situación. Aún cuando existen diferencias entre las participaciones obtenidas por las empresas investigadas, lo cierto es que entre esas cuatro empresas (Eli Lilly, Cryopharma, Pisa y Probiomed) obtuvieron casi el 100% (cien por ciento) de los importes licitados con una gran similitud en sus posturas durante el periodo investigado. Tales resultados se presentan en las tablas que obran a fojas 66 a 77, y en la tabla de la foja 52, que muestra una concentración en las adjudicaciones de las licitaciones entre los probables responsables.**

**La Comisión resolvió que: "los argumentos de Probiomed son infundados. La asignación múltiple es una regla contenida dentro de las licitaciones públicas, las características se mencionan dentro del oficio de probable responsabilidad en fojas 44 y 45 (...), en específico, las bases detallan la manera en la que se implementará la regla, y las proporciones asignables a cada posición, ya sea que se trate de segundos o hasta terceros lugares . No obstante, el análisis de las licitaciones revela que, pese al escaso diferencial entre posturas para que aconteciera la asignación múltiple, Probiomed ofreció posturas iguales o suficientemente cercanas a las de sus competidores para caer en dicha situación. Aun cuando existen diferencias entre las participaciones obtenidas por las empresas investigadas, lo cierto es que entre esas cuatro empresas (Eli Lilly, Cryopharma, Pisa y Probiomed) obtuvieron casi el 100% de los importes licitados con una gran similitud en sus posturas durante el periodo investigado. Tales resultados se presentan en las tablas que obran a fojas 66 a 77, y en la tabla de la foja 52, que muestra una concentración en las adjudicaciones de las licitaciones entre los probables responsables".**

**La Comisión desestima este argumento sin razón, debido a que con esto se demuestra que uno de los elementos que juzga como facilitadores de la colusión no lo es en realidad, debilitando su presunción y adicionalmente, reconoce que SÍ EXISTEN DIFERENCIAS EN CUANTO A LA PARTICIPACIÓN EN LAS LICITACIONES, lo cual también es evidencia contraria a la supuesta asignación o reparto equitativo de las licitaciones en un acuerdo de colusión, es decir, el hecho de que la asignación no sea equitativa, es un indicio**

**de que en realidad no hay tal acuerdo para repartirse ganancias como lo sostiene esa Comisión.** [130]

El agravio es **infundado**, porque existen varias pruebas de que los recurrentes aprovecharon la regla de asignación múltiple para repartirse las licitaciones. En primer lugar, la resolución recurrida, en fojas 2, 53 a 58, 145, 146, 165 a 167, 173, 184 y 283, así como en sus Anexos 1 y 2 demuestra que las posturas ganadoras sólo variaron en menos del 1.5% (uno punto cinco por ciento) con el fin de obtener la mayor ventaja posible de la regla de asignación múltiple y evitar así el proceso de insaculación que haría aleatoria la asignación.

En segundo lugar, se demuestra que el número de posturas bajas nunca supera el número máximo de ganadores posibles en cada licitación conforme a esta regla de asignación múltiple. Es decir, las cuatro empresas sancionadas en el grupo de insulina no siempre convergen en sus posturas (lo que se esperaría al menos de Probiomed si siempre siguiera la estrategia que menciona), sólo coinciden con diferencias menores al 1.5% un número igual o menor del máximo número de ganadores.

Las diferencias menores al 1.5% entre las posturas ganadoras de las empresas sancionadas, así como el hecho de que el número de estas posturas no fuese mayor al número máximo de ganadores definido por la regla de asignación múltiple, nunca se observarían bajo un comportamiento independiente que considera las posturas ganadoras anteriores. Lo anterior debido a que todos los postores que siguieran esa estrategia presentarían posturas exactamente iguales y no con diferencias menores al 1.5%. De forma similar, el número de estas posturas no dependería del número máximo de ganadores en asignación múltiple. Por lo que es claro que esta similitud de posturas solo obedece obtener el máximo beneficio de la regla de asignación múltiple.

Finalmente, este argumento ya se trató en el numeral 37 contenido en fojas 319 a 326 de la resolución recurrida.

**aa) Convenios modificatorios.**[131]

- **El señalamiento de la Comisión respecto a que las facturas presentadas no corresponden al periodo en el que se redujo el precio demuestra que no se analizó el proceso de licitaciones a fines de dos mil cinco. Otro agravio es que se señaló que el decremento de precios se sucedió antes del veintiuno de diciembre que señala la Comisión. Probiomed argumenta que compró en diciembre de dos mil cinco materia prima para el dos mil seis, pero lo realizó a un precio elevado.**
- **La Comisión hace caso omiso de que una empresa que maximiza beneficios no se presenta voluntariamente a ofrecer una reducción de precios, y aún menos si el costo**

[130] Fojas 37 a 38 del recurso de reconsideración de Probiomed.
[131] Fojas 49 a 56 del recurso de reconsideración.

**de producción de la insulina es mayor que el precio pactado en los convenios modificatorios.**

- **La Comisión omite explicar cómo obtienen los márgenes de beneficio señalados en fojas 54 y 55 de la resolución. Los costos de Probiomed muestran que los márgenes fueron de 9.6% (nueve punto seis por ciento), 5.6% (cinco punto seis por ciento) y 13.3% (trece punto tres por ciento) y -120.2% (menos ciento veinte punto dos por ciento) para los años dos mil tres a dos mil seis respectivamente. El hecho de que la información sea confidencial no exime a la Comisión para que explique claramente cómo utiliza la información.**

Precisamente el hecho de que sí se analizaron las facturas que presentó Probiomed, así como la inclusión de licitaciones de dos mil cinco comprueban que efectivamente se analizó dicho proceso no sólo a fines de dos mil cinco, sino durante todo el año y de dos mil tres a dos mil siete. Como se aprecia en fojas 358 y 359 de la resolución recurrida, Probiomed sólo presenta una factura para el mes de diciembre de dos mil seis, lo cual de ninguna forma puede justificar una disminución un año anterior, máxime si, como sostiene, la disminución del precio fue previa al veintiuno de diciembre de dos mil cinco.

Los recurrentes no señalan cómo el que una empresa que maximiza beneficios no se presenta voluntariamente a ofrecer una reducción de precios explica el comportamiento coordinado que sostuvo en las licitaciones bajo investigación.

Por lo anteriormente señalado, el agravio es **infundado**.

En cuanto a su argumento relacionado con que los costos de Probiomed muestran que los márgenes fueron de 9.6%, 5.6%, 13.3% y -120.2% para los años dos mil tres a dos mil seis, debe estarse a lo señalado por esta autoridad en el inciso **g)** del numeral **2.7**, denominado "**PATRÓN DE LAS POSTURAS**" de esta resolución, en obvio de inútiles repeticiones.

**bb) Sanción del cártel. Los costos de producción presentados por nuestra representada y que obran en el expediente, así como los precios ofertados al IMSS muestran que no hay tales ganancias extraordinarias.**

El presente agravio en su conjunto resulta **inoperante**, ya que no presentan información que demuestre que, considerando todo lo manifestado anteriormente, se modificarían las conclusiones a las que llegó esta autoridad en la resolución recurrida. Además, esta autoridad se encuentra imposibilitada para pronunciarse al respecto. Esto es así, ya que los recurrentes no dicen cuál es la afectación concreta en su esfera jurídica respecto de la supuesta ilegalidad y violación de la resolución recurrida.

Así las cosas, no basta con realizar meras manifestaciones vagas, imprecisas y generales, sino que es necesaria su argumentación y comprobación para desvirtuar las imputaciones que esta autoridad le hizo a Probiomed en la resolución recurrida.

Resulta aplicable por analogía al caso en concreto, la jurisprudencia invocada anteriormente y cuyo rubro señala: ***"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"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**CRYOPHARMA Y JORGE ALBERTO SILIS FRANCK**

**cc) Por su parte, los recurrentes señalaron[132] que esta autoridad omitió tomar en cuenta que sí existían diversos elementos de prueba que acreditaban, tanto los comportamientos de las posturas en las licitaciones por parte de los diversos licitantes, como la comunicación entre los diversos participantes en el mercado, tenían en efecto otras justificaciones debidamente probadas y no las derivadas de un acuerdo colusivo.**

**La Comisión omitió considerar pruebas que acreditaban que era falsa la teoría de que las emplazadas se afiliaran a la CANIFARMA para hacer acuerdos colusivos.**

Es **inoperante** el presente agravio, ya que Cryopharma habla de que la Comisión omitió tomar en cuenta la existencia de diversos elementos de prueba, sin decir a cuáles elementos de prueba se refiere.

Por otro lado, es **infundado** el agravio referente a que Cryopharma ofreció pruebas para demostrar que era falsa la teoría de la afiliación a la CANIFARMA para hacer acuerdos colusivos y que la Comisión omitió considerar.

Al respecto, ninguna de las pruebas ofrecidas por Cryopharma en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad tuvo por objeto demostrar que era falsa la teoría de la afiliación a la CANIFARMA. Esto es así, ya que las únicas pruebas admitidas fueron las siguientes:

- La documental consistente en las cartas con fechas de dieciocho de mayo de dos mil siete y cuatro de agosto de dos mil ocho, para demostrar la participación de Cryopharma ante la CANIFARMA, en particular, la intención de pertenecer a la Comisión de Imagen y Cabildeo, así como reiterar la participación de diversos funcionarios ante la Comisión de Asuntos Sanitarios y Normatividad y la Comisión de Abasto.
- La prueba documental consistente en la hoja de información de la licitación pública número 00641274-002-05, la cual señala el promovente se encuentra visible en el portal de Internet

[132] Fojas 56 y 57 del recurso de reconsideración.

de Compranet. A pesar de que el promovente no señala claramente el hecho o hechos que pretende demostrar con dicha prueba, se observa que el documento sí guarda relación con los hechos imputados en el oficio de probable responsabilidad, por lo que la Comisión estima conducente la admisión de su probanza.

- La prueba instrumental de todas y cada una de las actuaciones que deriven del presente procedimiento
- La prueba presuncional en su doble aspecto, legal y humana.

Asimismo, la Comisión resolvió en la resolución recurrida[133] que en el oficio de probable responsabilidad nunca se dijo que la CANIFARMA y su Comisión de Abasto se dedicaran a fijar precios para las licitaciones ni que en las reuniones de ese organismo se dieran con ese efecto. Lo que se señaló fue que a partir de las reuniones que se celebraban en la CANIFARMA, es que pudieron tener acceso a los datos personales y laborales de los principales representantes de las emplazadas, así como facilitar la comunicación posterior entre competidores.

Además, se señaló en la resolución recurrida[134] que:

- Se requirió a la CANIFARMA para que presentara diversa información y documentos donde demostrara quiénes eran sus miembros, cuál era su esquema de trabajo y cuáles eran las funciones que se presentaban al interior de dicha cámara nacional.
- La CANIFARMA respondió a los requerimientos y presentó: las órdenes del día, actas de sesión, lista de afiliados, lista de personas que ocupan cargos dentro de la CANIFARMA, entre otros documentos, a los cuales se les concedió valor probatorio pleno y fue posible que la Comisión llegara a las siguientes conclusiones:
    - Dada la descripción de quiénes podían ser miembros de dicha Cámara Nacional y sus listas de afiliados, pudo identificarse que las emplazadas no sólo contaban con el objeto social requerido para formar parte de la CANIFARMA sino que, de hecho, eran miembros activos de la misma. Esto último se comprueba mediante las listas presentadas ante esta autoridad por la propia CANIFARMA, en donde es posible comprobar que de los años dos mil dos a dos mil siete, las emplazadas fueron "socios" de esta cámara nacional.[135]
    - Además de ser afiliados a la CANIFARMA, las emplazadas formaban parte de una comisión de trabajo denominada "Comisión de Abasto al Sector Público", misma que tenía diversos objetivos institucionales entre los cuales destacan: (i) el que dicha Comisión de Abasto fuese el enlace con las diversas dependencias e instituciones gubernamentales de la Administración Pública Federal adquirentes de insumos para la salud; y (ii) analizar la problemática del sector en cada una de las dependencias y presentar las propuestas correspondientes en beneficio de los intereses generales de la

[133] Foja 235 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[134] Fojas 380 y 381 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[135] Folios 39196 a 39207 del expediente. La referencia a socios en lugar de afiliados como marcan los estatutos obedece a que así fue presentada la información por la CANIFARMA.

industria farmacéutica.[136] Adicionalmente, con relación al objetivo de enlace entre la Comisión de Abasto y el mismo Sector Público, se establece que tiene la función de proveer a sus afiliados acceso a una base con los datos que recaba de los fallos licitatorios que les garantice a éstos consultas *"expeditas y rápidas en materia"*; así como *"elaborar y presentar la diversa información requerida en materia de abasto al sector público, permitiendo informar en su debido momento, a cada uno de los miembros del Consejo, cada uno de los compromisos y resultados adquiridos ante la (s) convocante(s), en los diversos procesos licitatorios de ventas sobre productos farmacéuticos"*;[137]

- Además de las listas que presentó la CANIFARMA referidas arriba, la asistencia de las emplazadas a las sesiones de la Comisión de Abasto queda evidenciada a través de dos tipos de documentos: las listas de integrantes de dicha Comisión de Abasto y las listas de asistencia a las sesiones que ésta celebraba.
- Al respecto, de los documentos titulados: "Integrantes para las Comisiones de Trabajo de CANIFARMA",[138] es posible apreciar que en el periodo de dos mil dos a dos mil siete diversos representantes de las emplazadas formaron parte de la Comisión de Abasto.

Por último, es falso que esta autoridad haya señalado en la resolución recurrida que la afiliación de los recurrentes a la CANIFARMA acreditaban los acuerdos colusivos. Por tanto, el agravio es **inoperante**, pues no ataca en nada los argumentos presentados en la resolución.

Resulta aplicable por analogía al caso en concreto, la jurisprudencia invocada anteriormente y cuyo rubro señala: ***"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"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**JESÚS HÉCTOR HERNÁNDEZ HERRERA**

**dd) No se acredita en forma alguna la supuesta "cercanía" de las presuntas llamadas que se le imputan con alguna o algunas licitaciones en específico, situación que lo deja en completo estado de indefensión, tornando ilegal la resolución que se impugna.**

**El recurrente señala que de los argumentos esgrimidos por la Comisión en la foja 224 de la resolución combatida se desprende que:**

[136] Folio 39209 del expediente.
[137] Folios 54729 y 54730 del expediente.
[138] Folios 39223 a 39256 del expediente.

a. **No se determina que sea ilegal toda comunicación sostenida por el suscrito, ni que me tuviese que abstener de entablar comunicaciones;**
b. **El análisis muestra -a decir de esa Comisión- elementos que facilitaron la existencia de supuestos acuerdos colusorios;**
c. **De lo que se percató la Comisión fue de la facilidad con la que los agentes económicos podían coludirse;**
d. **El análisis de la Comisión no prejuzgó (es decir, no tomó en cuenta) el contenido de las llamadas, sino únicamente determinó un patrón de comunicación que en todo caso habría facilitado que se coordinaran las empresas emplazadas.**[139]

**No se observa que se desprendan elementos que permitan concluir su participación directa en la comisión de los actos imputados en la resolución impugnada, sobre todo, porque no se imputa el contenido indebido de las comunicaciones "pretendidamente" realizadas por los recurrentes, así como tampoco las hubiese realizado éste. La ilegalidad de la resolución viola en perjuicio del recurrente los principios de seguridad jurídica y justicia establecidos en el artículo 16 y 17 Constitucionales.**

El presente agravio es **infundado**, ya que esta autoridad señaló en el oficio de probable responsabilidad en fojas 159 a 176 y en la resolución recurrida en foja 225, los datos que acreditaron la cercanía de las llamadas telefónicas con la presentación de las posturas en las licitaciones realizadas por el IMSS.

Estos datos consistieron en: un listado de las llamadas telefónicas realizadas entre empleados de los recurrentes, entre los que destacan a Jesús Héctor Hernández Herrera. En tales listas de llamadas se señalaron los siguientes datos: nombre de la empresa (origen), nombre de la persona (origen) que realizó la llamada, fecha de la llamada telefónica, nombre de la empresa (destino), nombre de la persona que recibió la llamada (destino) y el tiempo previo de la apertura de la licitación junto con el número de la licitación.

Por tanto, esos datos corroboraron que los empleados de los recurrentes, como Jesús Héctor Hernández Herrera, tenían comunicación constante, particularmente en periodos de tiempo cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.

Se tienen por reproducidas las consideraciones vertidas respecto a lo que se dijo en la presente resolución en el inciso **i)**, de la Sección **2.7**, titulada "**PATRÓN DE POSTURAS**".

[139] Foja 30 del recurso de reconsideración de Jesús Héctor Hernández Herrera.

Como bien se señaló en la resolución recurrida, a través de las listas de asistencia a las sesiones de la CANIFARMA se dieron los medios externos de comunicación (llamadas telefónicas) entre los empleados de los recurrentes durante periodos cercanos a las fechas de entrega y apertura de sobres con las propuestas para cada licitación.[140]

Asimismo, el argumento es **infundado**, toda vez que es imposible que esta autoridad pudiera conocer el contenido de las llamadas telefónicas hechas por los empleados de las empresas sancionadas. Asimismo, el hecho de que se existieran estas llamadas no fue lo que determinó la acreditación de la práctica monopólica imputada, sino que fue uno de tantos elementos que adminiculados con otros permitieron determinar la existencia de la práctica imputada.

### 2.8 ILEGALIDAD EN LA AUSENCIA DE DELIMITACIÓN TEMPORAL Y ESPECÍFICA DE LA PRÁCTICA IMPUTADA[141]

**BAXTER**

a) **La resolución recurrida es ilegal porque no delimitó en forma específica, ni el ámbito temporal, ni las licitaciones específicas que supuestamente se vieron afectadas por la conducta imputada a Baxter. En términos del artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, además de acreditar el acuerdo colusivo entre competidores, se deben señalar en forma clara cuáles son las licitaciones que concretamente se consideran afectadas por el supuesto acuerdo. Esto obstaculiza la posibilidad de defensa. No fue suficiente la referencia genérica a las licitaciones del periodo de dos mil tres hasta dos mil seis. Lo anterior es en perjuicio de la seguridad jurídica de Baxter.**

**Por último, los recurrentes señalan que de la resolución recurrida se desprende que ni las licitaciones afectadas por la supuesta práctica imputada a Baxter, ni el periodo de duración de las mismas están definidos de forma clara y ello es en perjuicio de la seguridad jurídica de Baxter.**

El agravio es **infundado**, ya que en los anexos de la resolución recurrida[142] se elaboraron más de sesenta cuadros con información relevante para la acreditación de la práctica monopólica; estos datos consistieron en: i) posturas por licitación, ii) clave licitada, iii) postura ganadora enfatizada, iv) fecha del fallo y, v) nombres de las empresas participantes en la licitación. Asimismo, se agregaron tablas de los promedios del precio y del margen por años (del dos mil tres al dos mil siete).

[140] Foja 65 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[141] Foja 66 a la 68 del recurso de reconsideración de Baxter.
[142] Fojas 575 a la 649 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

Lo anterior, permitió que la Comisión pudiera observar el comportamiento de los recurrentes, al ver las posturas en cada licitación analizada, y junto con otras pruebas indirectas, se acreditó la comisión de la práctica monopólica imputada a Baxter. Asimismo, la temporalidad de la comisión de la práctica monopólica se señaló desde la emisión del oficio de probable responsabilidad,[143] conforme a lo siguiente:

> *"[…] la información con la que cuenta esta Comisión permite concluir la existencia de conductas y hechos que probablemente actualizan la fracción IV del artículo 9° de la LFCE en las **licitaciones que fueron realizadas desde dos mil tres hasta dos mil seis**."*
> [Énfasis añadido]

Por tanto, es falso que exista poca claridad en la temporalidad de la práctica monopólica, puesto que en la resolución recurrida se señalaron los años en los que se actualizó la existencia de la conducta prevista en la fracción IV, del artículo 9°, de la LFCE, así como las fechas exactas de las licitaciones y de la participación y posturas de cada empresa sancionada en cada licitación investigada y analizada en el presente caso. De igual manera, a través de la información contenida en las tablas, es posible identificar cuáles son las licitaciones afectadas por la práctica monopólica, contrario a lo señalado por Baxter.

### 2.9 ILEGALIDAD DE LA SUPUESTA ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA

**BAXTER**

a) **Las conclusiones de la resolución recurrida son "falsas" en relación a que existen pruebas que acreditan la realización de actos por parte de Baxter y de la participación directa de sus entonces empleados, ya que no se acreditan los supuestos del artículo 9° de LFCE, conforme a lo siguiente:**

- **Empresas competidoras entre sí. Baxter señala que no se probó que los agentes económicos supuestamente responsables participaron en la totalidad de las claves analizadas en las licitaciones realizadas por el IMSS durante el periodo 2003 y 2005/2006. Por ejemplo, el caso de Fresenius, no participó en las licitaciones de la clave 3611, sino hasta dos mil seis, ni en las claves 3624 y 3627 en el dos mil tres, lo cual se manifestó en la contestación al oficio de probable responsabilidad y cuyo análisis se omitió.**

- **Contratos, convenios, arreglos o combinaciones cuyo efecto haya sido establecer, concertar o coordinar posturas en licitaciones públicas. Los recurrentes señalan que la Comisión no cuenta con evidencia para demostrar la existencia de comunicación entre**

[143] Fojas 30 y 31 del oficio de probable responsabilidad emitido en el expediente IO-003-2006.

**directivos de las empresas en periodos cercanos al evento de apertura de propuesta o que las emplazadas contaran con medios de comunicación suficientes para lograr un acuerdo colusorio respecto a las licitaciones del IMSS, conforme a lo siguiente:**

- **CANIFARMA y Comisión de Abasto al Sector Público. Baxter afirma que esta autoridad no cuenta con elementos probatorios que acrediten que el ejercicio de la garantía de libre asociación de Baxter infiera haberse efectuado con fines ilícitos. Concluye que es ilegal explicar la existencia de un acuerdo anticompetitivo por la pertenencia y asistencia a reuniones de CANIFARMA y de sus Comisiones.**

  **La Comisión pretende hacer de la lista de asistencia de la Comisión de Abasto un directorio público de los miembros para uso de estos y, demostrar con ello la existencia de acuerdos ilegales. Dicho nexo no puede darse si el contenido de tales reuniones prueban que tales acuerdos nunca fueron tratados en dichas reuniones, ni directa ni indirectamente.**

- **Responsabilidad a cargo de los miembros de la Comisión de Abasto. Baxter argumenta que la Comisión pretende responsabilizarla porque uno de sus empleados (cuya función era determinar los precios para participar en las licitaciones) era miembro de la Comisión de Abasto y tenía contacto con empleados de competidores. De este argumento no se desprende la existencia de un acuerdo entre competidores.**

  **La asistencia a las sesiones de la Comisión de Abasto no era únicamente de los sujetos involucrados al presente procedimiento, lo que desvirtúa que en dichas reuniones se hubiesen tratado los acuerdos imputados a las probables responsables.**

- **Comunicación por medios distintos a la Comisión de Abasto. Los recurrentes señalan que los hechos secundarios (i. llamadas telefónicas, ii. asistencia a la CANIFARMA y, iii. facultades de los empleados para fijar posturas) de los que parte la CFC para inferir inductivamente premisas generales no son perfectos, contienen accidentes que generan un razonamiento lógico inexacto.**

- **Existencia del Acuerdo. La Comisión admite que no existe un patrón de alternancia de posturas y licitaciones ganadas y pérdidas; además, no existe repartición equitativa del valor asignado, por lo que no se demuestra un comportamiento colusorio.**

  **La postura ganadora de Baxter, al utilizar promedios ponderados, no era igual al resto de los otros emplazados, y en ocasiones, menor a la de otras empresas no emplazadas.**

**La Comisión hizo una interpretación restringida del término "pérdida", a pesar de que Baxter manifestó que lo utilizaba de manera amplia, comprendiendo el costo de oportunidad.**

**El cálculo de la resolución recurrida es deficiente al incorporar licitaciones de periodos (dos mil tres y dos mil cinco/dos mil seis) en los que admite no observar los elementos en los que sustenta la supuesta existencia del acuerdo.**

- **Efectos del Acuerdo. La resolución recurrida no sustenta el "supuesto" efecto de incremento de precios que generó en el mercado la conducta imputada a Baxter.**

  **Los precios de las posturas de Baxter se encontraban en el promedio de precios a los que eran ofrecidos los sueros y soluciones en el mercado internacional.**

  **Era fundamental que la Comisión acreditara el incremento de precios que se invocó como sustento de la responsabilidad imputada a Baxter, y no hacerlo, dejó sin sustento las conclusiones relativas al daño causado al mercado y la sanción impuesta a Baxter.**

Los agravios son **infundados** en razón de lo siguiente:

Es incorrecta la afirmación de Baxter, por cuanto a que esta autoridad no probó que los sancionados participaron en la totalidad de las claves analizadas en las licitaciones realizadas por el IMSS durante el periodo dos mil tres y dos mil cinco/dos mil seis. En las listas que aparecen en el Anexo 3 de la resolución recurrida[144] se señalaron cuáles habían sido las posturas de cada empresa sancionada por licitación y fechas de fallo para cada clave. En dichas listas puede verse cuándo dejó o inició cada empresa sancionada de participar en cada clave; por ejemplo, puede verse cómo Fresenius participó en la clave 3611 hasta el año dos mil seis.

Es falso que esta autoridad no probó que la empresas sancionadas eran competidoras entre sí, ya que en la resolución recurrida[145] se explicó por qué las empresas emplazadas eran competidoras entre sí en el mercado de insulina humana y de soluciones electrolíticas y sueros, argumentos que no son atacados en particular por los recurrentes.

En el apartado **E** del oficio de probable responsabilidad relativo a **CONSIDERACIONES**,[146] esta autoridad determinó, a partir de la información recabada, que existieron conductas probablemente violatorias de la fracción IV del artículo 9° de la LFCE en licitaciones convocadas por el IMSS y que

[144] Fojas 585 a 649 de la resolución emitida en expediente IO-003-2006.
[145] Fojas 375 a la 379 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[146] Fojas 36 a la 42 del oficio de probable responsabilidad emitido en el expediente IO-003-2006.

incluyeron dos grupos de medicamentos conforme a los grupos de empresas que concurrieron en cada uno de éstos.

En el segundo grupo de medicamentos que abarcaba las soluciones electrolíticas y sueros, entre los cuales se encontraban el agua inyectable (clave 3675), el cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627), el cloruro de sodio y la glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), la glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625) y la solución Hartmann (claves 3614, 3615 y 3616), concurrieron Baxter, Fresenius y Pisa.

Se estableció en la resolución recurrida que debían considerarse como mercados investigados los que constituyen cada uno de los medicamentos que conforman los Grupos en cuestión. Así se determinó que las empresas se constituían como agentes económicos competidores entres sí, de conformidad con los siguientes elementos:

- El objeto social de las empresas emplazados evidencia que al menos una de sus razones para constituirse es similar, por lo que sus actividades están relacionadas dentro de un mismo mercado;
- Lo manifestado por las mismas empresas emplazadas en los escritos presentados a la Comisión durante la etapa de investigación. En dichos escritos las empresas emplazadas se señalan mutuamente como competidores dentro de los mercados de medicamentos licitados por el IMSS; y
- La participación activa de las emplazadas dentro de los mercados analizados. En este punto, se hace necesario resaltar que el oficio de probable responsabilidad realizó un análisis contenido en fojas 49 a 147, de aquellas licitaciones entregadas por el IMSS a esta autoridad durante el período investigado y respecto de los grupos de medicamentos señalados anteriormente.[147]

Asimismo, en la resolución recurrida se analizó cada uno de los elementos señalados para acreditar el carácter de competidores que tienen los recurrentes.

Respecto al "**OBJETO SOCIAL DE LAS EMPRESAS EMPLAZADAS**", ahí se estudiaron las escrituras públicas de cada empresa para saber el objeto social de las mismas, de cuyo contenido se descubrió que podían incursionar en los mismos mercados y con las mismas actividades. Ahí se concluyó lo siguiente en la resolución recurrida:[148]

- De conformidad con los objetos sociales de las empresas emplazadas, es posible apreciar que **todas las empresas coinciden en el objeto de llevar a cabo la producción y comercialización de productos químicos, farmacéuticos o**

[147] Foja 376 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[148] Foja 376 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

> **biológicos** (dependiendo de la empresa se mencionan a uno u otro tipo de productos, aunque en lo general, las empresas coinciden con la denominación de los productos farmacéuticos). En este sentido, **las emplazadas son competidoras para la comercialización de dichos productos en donde sea posible comercializarlos y a quien los requiera, estando por supuesto entre ellos el IMSS**.

Respecto a las "**MANIFESTACIONES PROPIAS DE LAS EMPLAZADAS**", se señaló en la resolución recurrida[149] que en los requerimientos de información y documentos realizados a los recurrentes se les solicitó señalaran cuáles [eran] las empresas competidoras de su representada (laboratorios o distribuidores) para cada uno de los medicamentos. Se le requirió a cada empresa identificaran principalmente tres categorías: 1) nombre de la empresa competidora; 2) medicamento sobre el cual competían; y 3) clave del medicamento, misma que se pidió en referencia al CBCM.

Dado lo requerido por esta autoridad, y respecto del Grupo II, Baxter; Fresenius y Pisa contestaron lo siguiente: [150]

1. *"Baxter (...) dio información relacionada con diversas soluciones electrolíticas y sueros bajo las claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3624, 3625, 3626, 3627 y 3675, e identificó como sus principales competidores, entre otras, a Fresenius y Pisa.*
2. *Fresenius, en su respuesta a los requerimientos de esta Comisión, se remitió a la información publicada por el CGS y la COFEPRIS,[151] en donde se encontró que dicha empresa comercializa diversos tipos de soluciones electrolíticas y sueros y, por tanto, sus principales competidores son Baxter y Pisa, tal y como se señaló en el apartado E de la sección intitulada "CONSIDERACIONES" del oficio de probable responsabilidad.*
3. *Pisa, para diversas soluciones electrolíticas y sueros, bajo las claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3624, 3625, 3626, 3627 y 3675, identificó como sus principales competidores, entre otras empresas, a Baxter, Cryopharma, Eli Lilly, Fresenius y Probiomed.[152]"*

Las declaraciones se valoraron en la resolución recurrida[153] de conformidad con los artículos 29, 31 y 36 del RLFCE y 197 del CFPC, y constituyeron prueba plena en tanto que fueron hechas libremente ante autoridad, por personas con capacidad legal y con las atribuciones legales necesarias para actuar a nombre y representación de personas morales. Dichas declaraciones además no fueron desvirtuadas por los recurrentes al momento de contestar el oficio de probable responsabilidad.

---

[149] Fojas 377 a 378 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[150] Foja 378 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[151] Folio 38304 del expediente IO-003-2006.
[152] Folios 38923 a 38935 del expediente IO-003-2006.
[153] Foja 378 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

Por último, se señaló en la resolución recurrida[154] respecto a la "**PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LAS EMPLAZADAS EN LOS MERCADOS INVESTIGADOS**" que todos los recurrentes participaron durante el periodo investigado dentro de los mercados de medicamentos licitados por el sector público de manera activa, lo que también permitió acreditar su calidad de competidores entre sí. Derivado de la información entregada por el IMSS a esta autoridad, fue posible afirmar que los recurrentes participaron dentro de licitaciones que se llevaron a cabo para las claves de los medicamentos, en específico, respecto del Grupo II: soluciones electrolíticas y sueros (con claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3624, 3625, 3626, 3627 y 3675) durante los años dos mil tres a dos mil seis, para diversas licitaciones, en donde son identificables para cada clave los siguientes participantes:[155] soluciones electrolíticas y sueros (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3624, 3625, 3626, y 3675): se identifica como competidores para diversas licitaciones del IMSS a los siguientes probables responsables Baxter, Fresenius y Pisa.

El hecho de que los recurrentes acudieran por separado a una diversidad de licitaciones públicas del IMSS durante el periodo comprendido entre dos mil tres a dos mil seis acredita que son competidoras entre sí para proveer un determinado medicamento al IMSS. Además, ninguna de los recurrentes vertió argumentos en contra de la acreditación de que son competidoras entre sí.

Por último, el hecho de que Fresenius, no hubiese participado en las licitaciones de las claves 3611 sino hasta dos mil seis, ni 3624 y 3627 en el dos mil tres, no desvirtúa en nada la conducta imputada a Fresenius, en virtud de que en las demás claves (3601, 3603, 3604, 3605, 3608, 3609, 3610, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3625, 3627 y 3675) sí se acreditó la participación de dicha empresa.

Asimismo, son **infundados** los agravios de Baxter por cuanto hace a que esta autoridad no contó con evidencia para demostrar la existencia de comunicación entre directivos de los recurrentes en periodos cercanos al evento de apertura de propuesta o que los recurrentes contaran con medios de comunicación suficientes para lograr un acuerdo colusorio respecto a las licitaciones del IMSS.

Al respecto, esta autoridad analizó la información obtenida durante la etapa de investigación y del procedimiento seguido en forma de juicio; en específico, se señaló en la resolución recurrida[156] sobre los patrones de comunicación de Baxter lo siguiente:

---

[154] Fojas 378 a 379 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

[155] Información aportada por el IMSS durante el periodo de investigación. Para información específica sobre la participación de las emplazadas en cada una de las licitaciones y los precios ofertados, consúltense el capítulo intitulado "**ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS**" del oficio de probable responsabilidad. Pese a que en algunas de las licitaciones no se presentaron todas las probables responsables a concursar, lo cierto es que las mismas han tenido una participación continua en las licitaciones durante el periodo referido.

[156] Fojas 67 y 68 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

*"Patrones de comunicación- Baxter*

- [...] *El dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, Ericka Helga Frettlohr Meza de Baxter realizó una llamada a las 13:59 (trece horas con cincuenta y nueve minutos) al teléfono de Eduardo Aquino Maldonado de Pisa. Ese mismo día, se realizaron dos llamadas del teléfono de Jesús Héctor Hernández Herrera, también de Baxter, a Manuel Vázquez Blanco de Fresenius, a las 17:48 (diecisiete horas y cuarenta y ocho minutos) y 19:11 (diecinueve horas con once minutos), respectivamente. Para ese día, había al menos cuatro licitaciones que incluían claves de soluciones electrolíticas y sueros cuya apertura estaba a menos de dos semanas de distancia.*[157] *El hecho de que empleados de Baxter encargados de establecer los precios tengan comunicación telefónica con al menos dos competidores el mismo día y a menos de dos semanas de la apertura de cuatro licitaciones indican la probable existencia de un acuerdo entre los mismos.*
- *Este mismo patrón se repite posteriormente. Del teléfono de Ericka Helga Frettlohr Meza de Baxter salieron dos llamadas el veintiséis de mayo de dos mil cinco, a Eduardo Aquino Maldonado de Pisa y, posteriormente, al conmutador de Fresenius. Ambas llamadas fueron consecutivas en un intervalo menor de quince minutos, y habiendo cinco aperturas de licitaciones de soluciones electrolíticas y sueros en un periodo menor a dos semanas después de la llamada. El treinta y uno de mayo de dos mil cinco, la misma empleada de Baxter realizó dos llamadas en el mismo orden, primero a Eduardo Aquino Maldonado de Pisa y después al teléfono de la asistente de Manuel Vázquez Blanco de Fresenius. De nuevo, las llamadas fueron consecutivas y en un intervalo menor de quince minutos. En un periodo de dos semanas después de estas llamadas, se abrieron al menos cinco licitaciones públicas de soluciones electrolíticas y sueros.*
- *Posteriormente, el ocho de agosto de dos mil seis, hubo otras dos llamadas consecutivas, saliendo del teléfono de Ericka Helga Frettlohr Meza. La primera fue hecha al teléfono de la asistente de Manuel Vázquez Blanco de Fresenius a las 9:24 (nueve horas con veinticuatro minutos), y posteriormente a Eduardo Aquino Maldonado a las 12:10 (doce horas con diez minutos). A dos semanas de la llamada, habría al menos una licitación en soluciones electrolíticas y sueros, lo que podría suponer coordinación en las ofertas a presentar."*[158]

Lo señalado anteriormente demuestra cómo la Comisión acreditó la comunicación que hubo entre Ericka Helga Frettlohr Meza, como empleada de Baxter, con directivos de Fresenius y Laboratorios Pisa.

Asimismo, es **inoperante** el argumento de Baxter respecto a que el contenido de las reuniones de la Comisión de Abasto prueba que los acuerdos imputados nunca fueron tratados en dichas reuniones, ya que la resolución no se constriñó a demostrar sus contenidos sino a demostrar la existencia de canales de comunicación.

Es igual de **inoperante** el agravio de Baxter consistente en que la comunicación por medios distintos a la Comisión de Abasto **contienen accidentes** que generan un razonamiento lógico inexacto, pues los propios recurrentes no señalan cuáles son estos "accidentes", lo que impide a esta autoridad poder resolver.

---

[157] Tal como se puede verificar en la relación de llamadas, las licitaciones que tendrían apertura en las siguientes dos semanas serían las siguientes: 00641276-003-04, 00641188-084-04, 00641255-014-04 y 00641253-035-04.
[158] Fojas 67 y 68 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

Además, Baxter señala que la Comisión admite que no existe un patrón de alternancia de posturas y licitaciones ganadas y pérdidas, por lo que no se demuestra un comportamiento colusorio; sin embargo, esta afirmación es general y ambigua pues no especifica Baxter en qué posturas y licitaciones esta autoridad admitió que no existe un patrón de conductas.

Baxter no señala ni ofrece elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto. Es decir, no es suficiente que Baxter afirme que el contenido de las reuniones de la Comisión de Abasto no prueban los acuerdos colusorios, que la Comunicación por medios distintos a la Comisión de Abasto contiene accidentes y, que esta autoridad admitió que no había un patrón de alternancia de postura, sin explicar con hechos y probar con elementos su dicho.

Por último, son **inoperantes** los agravios de Baxter referentes a la existencia y efectos del acuerdo, ya que no explica: **i)** cómo al no existir repartición equitativa del valor asignado no se demuestra un comportamiento colusorio, **ii)** cómo la postura ganadora de Baxter al utilizar promedios ponderados no era igual al resto de los otros emplazados, y en ocasiones, menor a la de otras empresas no emplazadas, **iii)** cómo la interpretación fue restringida del término "pérdida" y **iv)** en que el cálculo de la resolución recurrida fue deficiente al incorporar licitaciones de periodos (dos mil tres y dos mil cinco/dos mil seis). Por tanto, son manifestaciones gratuitas y la Comisión se imposibilitada para entrar al estudio de los agravios anteriormente vertidos.
Esto es así, ya que no señala ni ofrece elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que los recurrentes afirmen que las conclusiones de la resolución recurrida son "falsas" con base en que no existe repartición equitativa del valor asignado, que la postura ganadora de Baxter no era igual al resto de los otros emplazados, y a veces menor a la de otras empresas no emplazadas, que la interpretación del término "pérdida" fue restringida, y que el cálculo de la resolución recurrida fue deficiente por incorporar licitaciones de periodos (dos mil tres y dos mil cinco/dos mil seis).

Por lo que hace al agravio relacionado con los "EFECTOS DEL ACUERDO"[159] en el que Baxter señaló que la resolución recurrida no sustenta el "supuesto" efecto de incremento de precios que generó en el mercado la conducta imputada a Baxter, se señala que la propia recurrente confirma lo que la Comisión resolvió en la resolución recurrida respecto al argumento del incremento de precios que generó en el mercado la conducta imputada a esta empresa. Sin embargo, no controvierte en nada los argumentos señalados por esta autoridad al respecto, sino que reitera lo mismo que manifestó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad. Por lo anterior, el agravio es **inoperante**, ya que Baxter no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto al incremento de precios.

[159] Foja 112 a 115 del recurso de reconsideración de Baxter.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que Baxter se encuentra obligada a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

En relación al agravio consistente en que *"los precios de las posturas de Baxter se encontraban en el promedio de precios a los que eran ofrecidos los sueros y soluciones en el mercado internacional"* resulta novedoso, pues no lo invocó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y, por tanto, es **inoperante**. Además, Baxter no presenta pruebas para demostrar que efectivamente sus posturas se encontraban en el promedio de precios a los que se ofrecían los sueros y soluciones en el mercado internacional.

En ese sentido, Baxter tiene la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Así las cosas, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por último, el agravio consistente en que era fundamental que la Comisión acreditara el incremento de precios que se invocó como sustento de la responsabilidad imputada a Baxter, y el hecho de no hacerlo hubiese dejado sin sustento las conclusiones relativas al daño causado al mercado y la sanción impuesta a Baxter, son **inoperantes**, ya que son manifestaciones gratuitas. Esto es así, ya que los recurrentes no explican por qué era obligación de esta autoridad acreditar el incremento de precios,

ni porqué esto deja sin sustento las conclusiones referentes al daño causado en el mercado y la sanción impuesta.

Por lo anterior, la Comisión se encuentra imposibilitada para entrar al estudio de tales manifestaciones, ya que no señala ni ofrece elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que afirme que era obligación de esta autoridad acreditar el incremento de precios, y que con ello deja sin sustento la conclusión del daño causado en el mercado y la sanción impuesta a Baxter. Al observar que tal afirmación no tiene sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS***

***CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante, se señala que en la resolución recurrida en fojas 56 a 58, se dieron varias razones para explicar los incrementos en las posturas conforme a lo siguiente:

- Que el incremento en las posturas no obedecía a una estrategia para incrementar la probabilidad de ganar, pues pese a conocer el monto de las ofertas ganadoras anteriores se incrementaban las posturas.
- Después de cierto número de licitaciones, los postores que ofrecieron precios más altos regresaban a los mismos niveles de precios bajos que ya habían resultado ganadores, en tanto que aquéllos que habían resultado ganadores las incrementaban al mismo nivel que los perdedores anteriores. Esta dinámica se repitió a lo largo del período investigado, alternándose así los contratos licitados.
- El argumento se refuerza si observa que, pese a conocer el nivel de precios que incrementaría la probabilidad de ganar la licitación, el número de participantes que ofrece posturas bajas nunca excede el número máximo de ganadores definido para la asignación múltiple de acuerdo a las bases de cada licitación.
- Este comportamiento no podía ser resultado de un comportamiento independiente acorde con incrementar el beneficio económico en cada proceso de licitación. A lo largo del período cada postor demuestra que puede ofrecer precios ganadores de acuerdo a lo observado. Sin embargo, no lo hacen en cada licitación e incrementan injustificadamente su postura aumentando el riesgo de perder la licitación. Este comportamiento sólo es consistente con la búsqueda de incrementar el beneficio económico mediante un comportamiento coordinado tal que, pese a perder algunas licitaciones, los beneficios son tan altos en los procesos ganados, que superan las potenciales ganancias de ganar el resto de las licitaciones.
- Los márgenes obtenidos por estas empresas muestran que, pese a existir la posibilidad de ofrecer precios más bajos e incrementar así la probabilidad de ganar más licitaciones, los recurrentes no lo hacen y mantienen sus posturas en los mismos niveles. Además, estos márgenes muestran que la similitud de posturas no obedece a un mercado competitivo. Por última, la obtención de participaciones de mercado prácticamente equitativas entre las tres empresas investigadas en este grupo refuerza la presencia de un comportamiento coordinado.

Por último, el agravio consistente en que no se desprende la existencia de un acuerdo entre competidores solamente por el hecho de que uno de los empleados de Baxter fuera miembro de la Comisión de Abasto y que tenía contacto con empleados de competidores, es **infundado** ya que Baxter pretende desconocer que estos dos indicios formaron parte de uno de los elementos que

consideró la Comisión para emitir el oficio de probable responsabilidad, que conjuntamente con los demás indicios permitía advertir que la única justificación para que las posturas perdedoras y ganadoras fueran casi idénticas, era que habían actuado coordinadamente.

Muchos de los elementos probatorios del expediente resultaron ser pruebas indirectas, que adminiculadas entre sí y en su conjunto, corroboraran la existencia del acuerdo ilegal. La investigación y sanción de las prácticas monopólicas absolutas previstas en el artículo 9 de la LFCE regularmente son de un alto grado de complejidad, toda vez que no puede esperarse que la participación de cada empresa del cartel quede nítidamente expresada a través de un contrato escrito y firmado por los participantes, sino que, por el contrario, las empresas coludidas prestan especial interés por ocultar cualquier evidencia que pueda acreditar su participación en el acuerdo.

Ahora bien, es **infundado** al agravio consistente en que la asistencia a la Comisión de Abasto no era únicamente la de los sujetos involucrados y que esto desvirtúa que en dichas reuniones se hubiesen tratado los acuerdos imputados a las probables responsables, porque aún cuando esto sucedía, lo cierto es que en nada destruye la presunción señalada en el oficio de probable responsabilidad, puesto que, debido a la naturaleza de las prácticas monopólicas absolutas, los acuerdos, convenios, arreglos, contratos o combinaciones entre agentes económicos no suelen ser patentes y manifiestos, sino que, por el contrario, son secretos y buscan medios para poder comunicarse entre sí, sin levantar sospechas, aprovechando el tipo de foros que propician las Cámaras de la industria para reunirse.

La asistencia a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA de todos los agentes económicos que participaron en diversas licitaciones celebradas por el IMSS, las llamadas en periodos cercanos a los procesos licitatorios del IMSS y que fueron realizadas por empleados cuyas funciones estaban relacionadas con la determinación de precios con la que sus empresas participaron en las licitaciones de medicamentos convocadas por el IMSS y el análisis económico del patrón de las posturas fue suficiente para acreditar de manera presuntiva un comportamiento que responde razonablemente a una coordinación, establecimiento o concertación entre las empresas emplazadas.

De lo expuesto anteriormente, se desprende que Baxter intenta dar interpretación de manera mal intencionada y errónea el pronunciamiento de la Comisión.

**ALFONSO SALVADOR HUERTA SUÁREZ**

**b) La resolución es ilegal por indebida fundamentación y motivación, ya que contraviene los artículos 190 a 196 y 218 del CFPC, al alegar la existencia de pruebas presuncionales que no se acreditan al no darle el valor probatorio adecuado y que se contradicen con los indicios en que se basan las pruebas. Lo anterior, ya que:**

- **Los elementos del apartado acreditamiento de la práctica no satisfacen todos los requisitos previstos por el artículo 28 constitucional y 9°, fracción IV y 12 de la LFCE. Tal y como se demostró en el primer agravio.**
- **No acredita que sean competidores en el mismo mercado relevante, como lo señala el artículo 12 de la LFCE.**
- **No se acredita que:**
  - **i. Que de las comunicaciones del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez tuvieran como objeto acordar posturas de precios en licitaciones del IMSS;**
  - **ii. Las cinco llamadas hechas y acreditadas por Probiomed a otras empresas durante dos mil tres, dos mil cuatro y dos mil cinco no constituyen prueba plena de que existieron comunicaciones "frecuentes" en periodos cercanos a las licitaciones.**
  - **iii. La existencia de contratos para coordinar licitaciones, ya que no se acredita que las comunicaciones tuvieran como objetivo acordar posturas. No se acreditó la elevada frecuencia de comunicaciones, sólo cinco llamadas se realizaron, una en dos mil tres, dos en diciembre de dos mil cuatro y dos en dos mil cinco y veinticuatro llamadas en dos mil seis cuando finalizó la colusión. No hay llamadas telefónicas en los meses en que se celebraron las licitaciones. De acuerdo con la Comisión, la ausencia de llamadas desacreditaría el acuerdo colusivo y en su caso tendría que haberse acreditado el acuerdo entre competidores. La Comisión no demuestra el nexo causal entre las comunicaciones telefónicas con el hecho de probar la colusión, ni el nexo entre las reuniones de la CANIFARMA, por lo que Probiomed no puede desvirtuar los nexos causales que no ha probado la Comisión. Lo anterior de acuerdo a la foja 362 de la resolución recurrida ya que no se acredita el nexo de las llamadas telefónicas. Además, la Comisión no considera el reclamo del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez de que no es agente económico aunado a que no acreditó el nexo causal.**

- **Existencia del acuerdo. La Comisión omite considerar la normatividad y las bases de licitación, por lo que no se justifica el hecho inferido. El promedio anual de posturas se explican con base en las bases de licitación del IMSS mediante precios aceptables. En foja 40 de la resolución recurrida respecto del patrón de comportamiento de posturas de precios, omite considerar las bases de licitación que explican el patrón de conductas con una explicación diferente al de la colusión. No presentan pruebas de que existen turnos para ganar como se afirma en foja 53 de la resolución recurrida. El método que utiliza la Comisión en el Anexo uno y Tablas 31 y 33 del oficio de probable responsabilidad, no constituye prueba plena del nexo causal entre el hecho probado de que son las posturas y el hecho por probar que es la asignación de turno para ganar y perder. La Comisión no acredita la existencia**

**de una regla, ya que el IMSS utiliza la asignación por insaculación además de considerar cuando las empresas no participan en el concurso.**

- **Omite considerar cómo se reparten las ganancias. No explica los precios similares presentados por Savi, CPI, SMS y Audipharma, las cuales tampoco fueron requeridas, por lo que no se utilizaron las facultades de investigación para allegarse de la mejor información.**

**Por último, el recurrente señala que en la parte final de la existencia del acuerdo, la Comisión realiza diversas manifestaciones que apuntan a la debilidad de las probanzas. La autoridad debió apreciar el valor de los indicios, hasta poder considerarlos como prueba plena, cumpliendo los elementos de objetividad, singularidad y racionalidad, situación que no se cumple.**

Para contestar el presente agravio, se remite por economía procesal al numeral 2.3 titulado **Falta de Análisis de Medicamentos**, inciso a) y al numeral 2.7 titulado **Patrón de Posturas**, inciso i), de este segundo agravio de la presente resolución en donde ya se abordaron estos temas.

Los agravios de Alfonso Salvador Huerta Suárez son **inoperantes**, ya que, al ser meras manifestaciones gratuitas que simplemente alegan de manera general la existencia de pruebas presuncionales que se contradicen con los indicios, sin atacar concreta y específicamente sobre las pruebas en específico, sino que sólo señalan que no se les dio el valor probatorio adecuado. Al no verter argumentos objetivos el recurrente, la Comisión no puede pronunciarse sobre los mismos.

Por otro lado, el recurrente no señala de qué forma la Comisión no acreditó que los recurrentes no fueran competidoras en el mismo mercado relevante, cuando la propia Probiomed fue la que identificó[160] como sus principales competidores, entre otras empresas, a Cryopharma, Eli Lilly y Pisa para el medicamento "insulina humana", sin referir ninguna clave.[161]

Respecto a que no se acreditó que las comunicaciones del C. Alfonso Salvador Huerta Suárez tuvieran como objeto acordar posturas de precios en licitaciones del IMSS y que las cinco llamadas hechas y acreditadas por Probiomed a otras empresas durante dos mil tres, dos mil cuatro y dos mil cinco no constituyen prueba plena de que existieron comunicaciones "frecuentes" en periodos cercanos a las licitaciones, el agravio resulta **inoperante**. Dada la íntima relación que guarda el presente argumento con el pronunciamiento realizado por la Comisión respecto a la frecuencia de las llamadas telefónicas, en obvio de repeticiones se tiene por reproducido lo señalado en el inciso **dd)** de la presente resolución.

[160] Foja 377 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.
[161] Folio 38540 del expediente IO-003-2006.

Lo que fue claro es que para el caso de Probiomed, Alfonso Salvador Huerta Suárez, Director de Ventas a Gobierno de esa empresa, declaró en comparecencia ante esta autoridad que él participaba en el diseño de las propuestas para las licitaciones de medicamentos del IMSS de manera indirecta, debido a que existía otra área subordinada a él que se encargaba de la elaboración de posturas,[162] lo que implica que tuvo conocimiento de las posturas con las que su empresa concursó. Asimismo, se vertió en la resolución recurrida[163] que las llamadas hechas entre diciembre de dos mil cuatro y diciembre de dos mil seis entre los empleados que influyeron sobre los precios, eran indicios de un acuerdo o concertación, dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, por lo que resultaba muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.

El argumento referente a que las cinco llamadas hechas y acreditadas por Probiomed a otras empresas, una en dos mil tres, dos en diciembre de dos mil cuatro y dos en dos mil cinco y veinticuatro llamadas en dos mil seis, no constituyen prueba plena de que existieron comunicaciones "frecuentes" en periodos cercanos a las licitaciones es **infundado** por las siguientes razones:

En la resolución recurrida (foja 66) se señaló respecto a las llamadas de Probiomed que de la información mostrada en las listas del oficio de probable responsabilidad (a fojas 159 a 176), para el caso de los probables responsables relacionados con la insulina humana se identificó lo siguiente:

- *"Entre las llamadas de Probiomed, se detectaron al menos veinticinco llamadas hechas desde los teléfonos de la C. Alejandra Mendoza,[164] del C. Alfonso Huerta Suárez y del C. Jaime Uribe de la Mora a los CC. Carlos Arturo Villaseñor López, Eduardo Aquino Maldonado y Vivian Escárcega Shalev López,[165] de Pisa, así como al C. Jorge Alberto Silis Franck de Cryopharma entre diciembre de dos mil cuatro y diciembre de dos mil seis. El 96% (noventa y seis por ciento) de las llamadas se hizo hasta dos semanas antes de la apertura de al menos una licitación de soluciones electrolíticas y sueros."*

---

[162] En dicha comparecencia la persona mencionada se lee textualmente lo siguiente: "*P. Señale su ocupación actual. --- R. Director de Ventas a Gobierno de Probiomed, S.A. de C.V.*" (folio 51170) "*4. Describa las principales funciones de su puesto. --- R. Dirigir la Dirección de Ventas Gobierno de Probiomed, tenemos un departamento en el que hay un Gerente de Ventas a Gobierno y seis representantes y el área de cobranza; y representar a Probiomed en la Comisión de Abasto de CANIFARMA*" ---"*Ha representado a Probiomed en la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica (CANIFARMA). --- R. Sí, actualmente soy presidente de la Comisión de Abasto desde julio de dos mil ocho y anteriormente, desde marzo de dos mil siete a julio de dos mil ocho, fui vicepresidente de la comisión y, adicionalmente, de dos mil a dos mil tres, también fui presidente de la comisión. De dos mil tres a dos mil siete, fui vocal de la comisión*" (folio 51171). "*Ha participado en el diseño de propuestas de Probiomed para participar en licitaciones de medicamentos convocadas por el sector público. --- R. Sí. Indirectamente. Porque los que participan es la gerencia de ventas de gobierno*" (folio 51172).

[163] Foja 66 de la resolución recurrida emitida en el expediente IO-003-2006.

[164] Trabajadora de la empresa Probiomed (folio 38547 del expediente, que contiene información confidencial y que sólo puede ser consultada por el agente económico que la aportó).

[165] De acuerdo a la información que obra en el expediente, Vivián Escárcega Shalev López asistió en diversas ocasiones a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA como empleada de Pisa.

De lo anterior, la Comisión concluyó que de las llamadas hechas durante este periodo entre aquellos empleados que influyen sobre los precios eran indicios de un acuerdo o concertación, y que dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resultaba muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.

Esta autoridad nunca dijo que de las veinticuatro llamadas de Probiomed existieron comunicaciones "frecuentes" en periodos cercanos a las licitaciones, sino que eran indicios de un acuerdo o concertación dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y de las funciones que desempeñaban los empleados.

Los argumentos de las llamadas de Probiomed se adminicularon con en la resolución recurrida (foja 570), con el hecho de que Alfonso Salvador Huerta Suárez presidió la Comisión de Abasto al Sector Público de CANIFARMA en dos mil dos y permaneció como vocal hasta dos mil siete,[166] además de que asistió con gran frecuencia a las reuniones de dicho organismo desde dos mil cuatro hasta diciembre de dos mil siete.[167] Además, se identifica una llamada de su parte en noviembre de dos mil tres[168] y llamadas frecuentes desde julio de dos mil seis.[169]

Aunado a lo anterior, Alfonso Salvador Huerta Suárez, como Director de Ventas a Gobierno, declaró en comparecencia ante esta autoridad que él participaba en el diseño de las propuestas para las licitaciones de medicamentos del IMSS de manera indirecta, debido a que existía otra área subordinada a él que se encargaba de la elaboración de posturas,[170] lo que implica que tuvo conocimiento de las posturas con las que su empresa concursó e inclusive pudo fijarlas o establecer indicadores para ese efecto (tales como los precios de referencia para las licitaciones que señaló el propio compareciente).[171]

Finalmente, son **inoperantes** los agravios consistentes en que la Comisión omitió considerar: i) la normatividad y las bases de licitación, sin justificar el hecho inferido, ii) las bases de licitación que explican el patrón de conductas con una explicación diferente al de la colusión, iii) que no se presentaron pruebas de que existen turnos para ganar y, iv) que el método utilizado por la propia Comisión en el anexo uno y tabla 31 y 33 del oficio de probable responsabilidad no constituye prueba plena del nexo causal entre el hecho probado de que son las posturas y el hecho por probar que es la asignación de turno para ganar y perder.

---

[166] Folios 86714 y 86715 del expediente.
[167] Folios 86716 a 86719 del expediente.
[168] Folio 86734 del expediente.
[169] Folios 86740 y 86741 del expediente.
[170] Folios 51170, 51171 y 51172 del expediente.
[171] Folio 38547 del expediente.

Lo anterior es así, ya que el recurrente no argumenta ni demuestra cómo a través de la normatividad y de las bases de licitación cambiaría las conclusiones de la resolución recurrida. Tampoco demuestra, en caso de fuera cierto, que esta autoridad no presentó pruebas para demostrar la existencia de los turnos para ganar, cuando en la resolución recurrida se explicó que para demostrar el acuerdo en donde los participantes se turnan las licitaciones a ganar, no podría identificarse si sólo se analizaba una de esas licitaciones de manera aislada.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO"*, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Ahora bien, respecto al agravio referente a que en foja 40 de la resolución recurrida, consistente en que del patrón de comportamiento de posturas de precios, la Comisión omitió considerar las bases de licitación, se advierte que el recurrente está reiterando argumentos vertidos en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad. Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que el recurrente se encuentra obligado a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis *"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"*, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

El agravio consistente en que se omite considerar cómo se reparten las ganancias, es novedoso. Nunca se dijo nada de esto en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad; por tanto es **inoperante**.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: *"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"*, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por último, los recurrentes no explican por qué esta autoridad debió apreciar el valor de los indicios, hasta poder considerarlos como prueba plena, cumpliendo los elementos de objetividad, singularidad y racionalidad. Por tanto, es **inoperante** el agravio.

## 3. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE IO-003-2006

### 3.1 LA COMISIÓN NO ATENDIÓ TODOS LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA O LOS DESESTIMÓ INDEBIDAMENTE

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) La Comisión es omisa al no valorar ninguno de los argumentos de defensa esgrimidos por el C. Eduardo Osorio Traconis al dar contestación al oficio de probable responsabilidad, lo cual trae flagrantes violaciones a la garantía de audiencia y al principio de legalidad, razón por la cual debe absolverse al C. Eduardo Osorio Traconis en las imputaciones hechas en la resolución que se recurre.**

Las contestaciones al oficio de probable responsabilidad entregadas por Eli Lilly y por el C. Eduardo Osorio Traconis son similares en contenido y forma, existiendo identidad de personas autorizadas y domicilio legal señalado, por lo que sus argumentos fueron analizados juntos con los de Eli Lilly. Dicha identidad nuevamente se hace evidente en el recurso de reconsideración, quienes presentaron sus agravios en un solo escrito ante la Oficialía de Partes de la Comisión.

La omisión de señalar en los títulos de cada numeral que contiene la resolución al "EDUARDO OSORIO TRACONIS" junto con "ELI LILLY", no implica que esta autoridad omitiera la totalidad del estudio de los argumentos vertidos por el C. Eduardo Osorio Traconis en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad.

A continuación se señalan los argumentos que vertió el C. Eduardo Osorio Traconis en su contestación al oficio de probable responsabilidad, correlacionado con las fojas de la resolución donde fueron analizados:

| ARGUMENTOS DE EDUARDO OSORIO TRACONIS AL OPR[172] | | RESOLUCIÓN EXPEDIENTE IO-003-2006 | |
|---|---|---|---|
| | FOJAS | FOJAS | NUMERAL E INCISO |
| **REFUTACIÓN A LA INTRODUCCIÓN:** | | | |

[172] Acrónimo que hace referencia al oficio de probable responsabilidad.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 3 a 7 | 218 y 219 | 15, CANALES DE COMUNICACIÓN, INCISO V) |
| | | 298 | 29, REDUCCIÓN DEL NIVEL DE PRECIOS, INCISO A) |
| | | 282 y 283 | 24. PARTICIPACIONES DE MERCADO, INCISO G) |
| | | 335 a 339 | 40. PRECIOS DE REFERENCIA, INCISO I) |
| | | 218 y 219 | 15, CANALES DE COMUNICACIÓN, INCISO X) |
| **REFUTACIÓN A LAS CONSIDERACIONES:** | | | |
| **A. ATRIBUCIONES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA** | 9 | 349 y 350 | 42, OBJETO Y EFECTO DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, INCISO F) |
| **B. CONDUCTA INVESTIGADA** | 10 | 253 a 254 | 19, EVIDENCIA RECABADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN, INCISO G) |
| **C. PERIODO INVESTIGADO** | 10 y 11 | 349 y 350 | 42, OBJETO Y EFECTO DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, INCISO F) |
| **D. AGENTES ECONÓMICOS INVESTIGADOS** | EN ESTOS DOS APARTADOS EL C. EDUARDO OSORIO TRACONIS NO HACE MANIFESTACIÓN ALGUNA, SINO SOLAMENTE TRANSCRIBE EXTRACTOS DEL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD. | | |
| **E. MERCADOS INVESTIGADOS** | | | |
| **REFUTACIÓN AL MARCO CONCEPTUAL DE LICITACIONES Y ELEMENTOS QUE FACILITAN EL ESTABLECIMIENTO, CONCERTACIÓN O COORDINACIÓN DE POSTURAS:** | | | |
| **A. CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESOS DE LICITACIÓN COMO MECANISMOS DE COMPRA** | 12 a 15 | 345 | 41, POSTURAS CONJUNTAS, INCISO B) |
| **B. LICITACIONES DE MEDICAMENTOS DEL IMSS SUJETOS DE INVESTIGACIÓN** | | 152 | 12, INCENTIVOS ECONÓMICOS, INCISO H) |
| **C. CONDICIONES QUE FACILITAN LA COORDINACIÓN DE POSTURAS** | | 174 a 176 | 13, PATRÓN DE POSTURAS, INCISO O) |
| | | 291 | 26, BARRERAS A LA ENTRADA, INCISO B) |
| **DEFENSAS Y EXCEPCIONES:** | | | |
| **I. FALTA DE ACCIÓN** | 15 | 350 | 42, OBJETO Y EFECTO DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, INCISO G) |
| **II. FALTA DE PRUEBA** | 16 a 34 | 253 y 254 | 19, EVIDENCIA RECABADA DURANTE LA |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | | INVESTIGACIÓN, INCISOS I) Y J) |
| | | 216 a 218 | 15, CANALES DE COMUNICACIÓN, INCISOS K) A U) |
| | | 263 y 264 | 21, FALTA DE ANÁLISIS DE TODAS LAS LICITACIONES PÚBLICAS, INCISIO K) |
| | | 218 y 219 | 15, CANALES DE COMUNICACIÓN, INCISOS W), X) E Y) |
| | | 310 a 312 | 34, COMPARECENCIAS, INCISO B) |
| **III. FALTA DE PRUEBA** | 34 a 41 | 228 a 236 | 16, ARGUMENTOS RELATIVOS A LA CANIFARMA, INCISO B) |
| **IV. FALTA DE PRUEBA** | 41 a 44 | 287 | 25, INEXISTENCIA DE FACULTADES DE EMPLEADOS PARA DETERMINAR LOS PRECIOS, INCISO D) |
| | | 352 | 42, OBJETO Y EFECTO DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, INCISO J) |
| ➢ **RACIONALIDAD (TEORÍA ECONÓMICA VS. FUNDAMENTO LEGAL)** | 45 a 52 | 283 y 284 | 24. PARTICIPACIONES DE MERCADO, INCISOS H) E I) |
| | | 334 | 40. PRECIOS DE REFERENCIA, INCISO F) |
| | | 297 y 298 | 28, INVESTIGACIÓN DE MERCADO REALIZADA POR EL IMSS, INCISO A) |
| | | 328 y 329 | 38, PRECIOS COMPETITIVOS, INCISO B) |
| | | 330 y 331 | 39, BIENES SUSTITUTOS, INCISO B) |
| ➢ **EXISTENCIA DE MEDIOS Y CANALES DE COMUNICACIÓN** | 53 a 56 | 228 a 236 | 16, ARGUMENTOS RELATIVOS A LA CANIFARMA, INCISOS B) Y C) |
| ➢ **UTILIZACIÓN DE ESOS MEDIOS Y CANALES DE COMUNICACIÓN** | 56 a 58 | 219 y 220 | 15, CANALES DE COMUNICACIÓN, INCISOS Y), Z) Y AA) |
| ➢ **IMPOSIBILIDAD PARA ACORDAR Y FALTA DE IMPUTABILIDAD** | 58 a 60 | Sin información | Sin información |
| ➢ **CONVENIOS DE PARTICIPACIÓN CONJUNTA** | 60 a 65 | 344 y 345 | 41, POSTURAS CONJUNTAS, INCISOS A) Y B) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| ➢ NO ESTÁ DEMOSTRADO NI EL OBJETO NI EL EFECTO | 65 a 66 | 349 | 42, OBJETO Y EFECTO DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, INCISO E) |
| ➢ IRRACIONALIDAD DE LA TESIS DE LA COMISIÓN RESPECTO A LOS INCENTIVOS PARA OFRECER PRECIOS MÁS BAJOS | 66 a 71 | 150 a 152 | 12, INCENTIVOS ECONÓMICOS, INCISO G) |
| ➢ INCORRECTAS RAZONES PARA EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS | 71 a 72 | 275 y 276 | 22, PARTICIPACIÓN DE DIMESA COMO SUPUESTO COMPETIDOR |
| ➢ OTROS INVOLUCRADOS NO CONSIDERADOS PROBABLEMENTE RESPONSABLES | 72 y 73 | 315 a 317 | 35, NO SE EMPLAZARON OTROS AGENTES ECONÓMICOS, INCISO E) |
| ➢ NO HAY INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN PREVIO | 73 | 254 y 255 | 20, INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN, INCISO A) |
| ➢ EL SUPUESTO ACUERDO CARECE DE OBLIGATORIEDAD | 73 y 74 | 253 y 254 | EVIDENCIA RECABADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN, INCISO H) |
| ➢ NO HUBO OTROS ADJUDICADOS CON MENORES PRECIOS, NI NUEVOS CONTRATANTES | 74 | Sin información | SIN INFORMACIÓN |
| ➢ NO EXISTE EVIDENCIA RESPECTO A LOS PRECIOS PREVIOS AL SUPUESTO CARTEL | 74 y 75 | 350 | 42, OBJETO Y EFECTO DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, INCISO H) |
| ➢ FALTA DE LÓGICA JURÍDICA EN LOS RAZONAMIENTOS DE LA COMISIÓN | 75 a 80 | Sin información | SIN INFORMACIÓN |
| ➢ PRECIOS DE REFERENCIA INTERNACIONAL | 80 a 82 | 351 y 352 | 42, OBJETO Y EFECTO DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, INCISO I) |
| V. FALTA DE PRUEBA Y FUNDAMENTACIÓN. CARGA DE LA PRUEBA | 82 a 87 | 254 | 19, EVIDENCIA RECABADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN, INCISO O) |
| VI. FALTA DE PRUEBA. VALORACIÓN DE LOS INDICIOS | 87 a 90 | 254 | 19, EVIDENCIA RECABADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN, INCISO O) |
| VI. FALTA DE PRUEBA. | 91 a 102 | 328 y 329 | 38, PRECIOS COMPETITIVOS, INCISO B) |

Tal y como se señaló de fojas 69 a 71 de la resolución, previo pronunciamiento por parte de la Comisión respecto de los argumentos de los emplazados, en el estudio que se realizó no se transcribieron literalmente los conceptos de agravio que exponen, ni se atendió al estricto orden expuesto por los recurrentes, toda vez que éstos se agruparon conceptualmente con objeto de exponer de mejor manera las líneas de argumentación y facilitar la lectura de la presente resolución.

Lo anterior en atención a los criterios jurisprudenciales emitidos por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, con rubros: ***"AGRAVIOS, EXAMEN DE LOS", "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS.", "AGRAVIOS. LA FALTA DE TRANSCRIPCION DE LOS MISMOS EN LA SENTENCIA, NO CONSTITUYE VIOLACION***

*DE GARANTIAS"* y *"AGRAVIOS, FALTA DE TRANSCRIPCION DE LOS, EN LA SENTENCIA. NO CAUSA PERJUICIO SI SE CONTESTAN"*, las cuales por economía procesal se tienen por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Ahora bien, por lo que hace al argumento contenido en el numeral IV de su escrito de contestación intitulado **"FALTA DE PRUEBA"** en el apartado identificado como **"IMPOSIBILIDAD PARA ACORDAR Y FALTA DE IMPUTABILIDAD"** contenido de fojas 58 a 60, consistente en:

- **Los supuestos registros de llamadas telefónicas no prueban absolutamente nada. Las minutas de la CANIFARMA prueban contra la Comisión lo que verdaderamente ocurrió en las mismas. No existe ninguna evidencia o prueba respecto en todo el expediente de que tuviera entre mis facultades la de directa o indirectamente determinar el precio.**

  **En cambio, Eli Lilly entregó documento en el que explica detalladamente las funciones de cada uno de los empleados que tuviera algún involucramiento con los procesos de licitación. Al referir las funciones del C. Eduardo Osorio Traconis, entonces Gerente de Ventas a Gobierno, Lilly expresa y textualmente manifestó que mis funciones eran las siguientes:**

| PUESTO | DESCRIPCIÓN |
|---|---|
| **Director de Ventas a Gobierno** | **Es responsable de alcanzar resultados de ventas, a través del establecimiento y seguimiento de los planes y programas de trabajo orientados a cumplir con los volúmenes de ventas para el sector gobierno.** |
| **Gerente de Ventas a Gobierno** | **Es responsable de la elaboración del proceso de licitaciones ante sector gubernamental, así como de venta a distribuidores menores a través de la coordinación de las actividades del departamento y el resto de la compañía.** |

Al respecto, el recurrente pretende tergiversar la información que obra en el expediente y que acredita su responsabilidad al haber participado directamente en la realización de la práctica monopólica absoluta acreditada. Dicha información y documentos son los siguientes:

- Durante la etapa de investigación y en desahogo al requerimiento de información formulado por esta autoridad mediante oficio DGIPMARCI-10-096-2008-787, el diecinueve de noviembre de dos mil ocho, Eli Lilly dio contestación al numeral 10 de dicho requerimiento, mismo que enunciaba:

  *"10.- Especifique quiénes han sido los empleados encargados de determinar el precio con el que su representada ha participado en las licitaciones convocadas por el IMSS para los medicamentos mencionados en el numeral 1 desde enero de 2002 a diciembre de 2007."*

- A lo que Eli Lilly señaló:[173]

*"Las personas a cargo de las áreas de negocio responsables de la venta de los medicamentos mencionados en la pregunta 1, son los que se indican en la tabla que se adjunta más adelante, es importante mencionar que la información recabada de los años 2002 a 2005 no se contiene en soporte físicos y fue obtenida por medio de testimonios de personal de la compañía que en dicho periodo laboraba para la empresa.*

| *AÑO* | *PUESTOS* | *PERSONAL* |
|---|---|---|
| *2002-2003* | *Director General / Gerente de Ventas a Gobierno* | *Brian Regele / Eduardo Osorio* |
| *2003 – 2005* | *Director General / Gerente de Ventas a Gobierno* | *Enrique Conterno / Eduardo Osorio* |

[...]"

Así las cosas y al no haber existido la *"Dirección de Ventas a Gobierno"* durante el período investigado, ello no conlleva a la conclusión de que Eli Lilly no tuviera operaciones con el Gobierno, en específico con el IMSS. Dicha situación no la negó Eli Lilly en su contestación al oficio de probable responsabilidad. En este tenor, el puesto responsable durante el período investigado –según información proporcionada por Eli Lilly– para la elaboración del proceso de licitaciones ante el sector gubernamental estaba a cargo del Gerente de Ventas al Gobierno.[174]

Aunado a lo anterior, el recurrente parece ignorar lo determinado por la Comisión en el apartado **5** de la resolución impugnada, intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"**, donde se demostró la responsabilidad de los ahora recurrentes por la comisión de la práctica monopólica absoluta que le fue imputada presuntivamente en el oficio de probable responsabilidad.

Al respecto, los elementos que se señalaron en la resolución y que en lo particular acreditan la responsabilidad del C. Eduardo Osorio Traconis por su participación directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta fueron los siguientes:

- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis laboró para Eli Lilly.
- ✓ Su puesto dentro de la empresa fue el de Gerente de Ventas de Gobierno del año dos mil dos al año dos mil tres.
- ✓ Dicho puesto tenía vinculación directa en la elaboración del proceso de licitaciones ante el sector gubernamental, en específico con el IMSS.
- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis tuvo una participación directa en los mercados investigados, en específico por lo que hace a la participación de Eli Lilly en los procesos

[173] Folio 39035 del expediente IO-003-2006, información clasificada confidencial mediante acuerdo de veintiséis de noviembre de dos mil ocho.
[174] Folios 39034 del expediente IO-003-2006.

de licitaciones celebrados por el IMSS en el Grupo I de medicamentos: insulina humana con claves 1050 y 1051.

- ✓ Existieron elementos que facilitaron la comunicación del C. Eduardo Osorio Traconis con empleados de empresas competidoras a Eli Lilly y que tenían las mismas funciones que él: facultad de determinar, directa o indirectamente, o de conocer las posturas con las que las empresas que los empleaban participarían en las licitaciones del sector público.[175] Esto se confirma con el hecho de que los CC. Alfonso Salvador Huerta Suárez y Carlos Villaseñor López, en sus comparecencias manifestaron conocer al señor Eduardo Osorio Traconis, e incluso el C. Carlos Arturo Villaseñor López señaló conocerlo desde hace quince años por las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.
- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis fue integrante durante los años dos mil dos a dos mil cuatro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, quien ocupó el puesto de vocal en representación de Eli Lilly.[176]
- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis acudió a diversas reuniones de la CANIFARMA en los años dos mil cuatro y dos mil cinco, según consta la lista de asistencia a dichas reuniones.
- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis tuvo comunicación en períodos cercanos a las licitaciones celebradas por el IMSS mediante llamadas telefónicas con el C. Carlos Arturo Villaseñor López, su par en funciones pero de la empresa farmacéutica competidora Pisa.[177]
- ✓ Las llamadas hechas durante el periodo investigado entre aquellos empleados que influyen sobre los precios son hechos secundarios probados que adminiculados con otros elementos probatorios se constituyen como indicios de un acuerdo o concertación. Dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resulta muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.

Todos estos elementos, fueron adminiculados con la evidencia económica mostrada en anexos de la resolución impugnada, la cual refleja el patrón de comportamiento de las posturas presentadas por las empresas farmacéuticas responsables en las licitaciones celebradas por el IMSS respecto del Grupo I de medicamentos.

Finalmente, llama la atención a esta autoridad la contradicción en la que incurre el C. Eduardo Osorio Traconis, ya que si él no tenía facultad alguna para determinar los precios en los procesos de licitación con el IMSS como lo señala, cómo es que sabe la *"realidad por parte de Lilly en la determinación de precios que ofertó"*, tal y como lo expresó a foja 47 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, que a su letra enunció:

[175] Foja 155 del oficio de probable responsabilidad.
[176] Fojas 381 y 382 de la resolución del expediente IO-003-2006.
[177] Fojas 398 y 399 de la resolución del expediente IO-003-2006.

*"La realidad es que la decisión por parte de Lilly para determinar el precio al que ofertaría, entre otros electos, es el Precio de Referencia. En efecto, en las diferentes bases y convocatorias de las licitaciones se maneja un precio de referencia de $155.00 (Cineto* [sic] *cincuenta y cinco pesos)."*

Ahora bien, es cierto que la CFC omitió referirse expresamente a estos argumentos de Eduardo Osorio Traconis, por lo que, su agravio relativo a que la Comisión no haya resuelto sobre el argumento contenido en el numeral IV de su escrito de contestación intitulado **"FALTA DE PRUEBA"** en el apartado identificado como **"IMPOSIBILIDAD PARA ACORDAR Y FALTA DE IMPUTABILIDAD"** contenido de fojas 58 a 60 resulta **fundado, pero insuficiente** para revocar la resolución impugnada, toda vez que una vez realizado su estudio, lo anterior no modifica las conclusiones de la Comisión, como se ha expresado con anterioridad.

Ahora bien, por lo que hace a los argumentos contenidos en los apartados intitulados **"NO HUBO OTROS ADJUDICADOS CON MENORES PRECIOS, NI NUEVOS CONTRATANTES"** y **"FALTA DE LÓGICA JURÍDICA EN LOS RAZONAMIENTOS DE LA COMISIÓN"**, del escrito de contestación del oficio de probable responsabilidad del C. Eduardo Osorio Traconis, el ahora recurrente señaló lo siguiente:

- **La supuesta empresa entrante que dice la Comisión que ocasionó la baja de los precios es un distribuidor denominado Dimesa que licitaba los productos de Pisa, lo cual desvirtúa totalmente la tesis planteada. La verdadera razón por la cual los precios bajaron súbitamente fue por la entrada de un nuevo competidor Novonordisk, quien ingresó al mercado mexicano, ofertando sus productos a través de Savi Distribuciones en el año dos mil seis, donde ganó su primera licitación en la Delegación Regional de Michoacán.**

Respecto de esta afirmación, la Comisión no puede más que observar que el C. Eduardo Osorio Traconis reconoce que los precios bajaron por la entrada de un nuevo competidor, lo cual es congruente con las afirmaciones de la Comisión, de que el cártel se sostuvo hasta la entrada de un nuevo agente económico, no participante del acuerdo colusorio.

Por otra parte, la Comisión señaló en el inciso **a)** del apartado intitulado **"PARTICIPACIÓN DE DIMESA COMO SUPUESTO COMPETIDOR"**, contenido en fojas 274 y 275 de la resolución impugnada lo que a continuación se resume y que atiende el argumento realizado por el C. Eduardo Osorio Traconis en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad:

- El argumento resulta inoperante, ya que el emplazado no argumenta cómo esto cambiaría las conclusiones del oficio de probable responsabilidad, lo que lo convierte en inatendible.
- Lo que es claro es que en cada año de dos mil tres a dos mil cinco, tanto de las posturas ganadoras como perdedoras, son prácticamente iguales entre los cuatro principales ganadores. Durante este periodo las posturas de estos participantes prácticamente no cambian de un año

a otro. En dos mil seis, Dimesa entra como nuevo participante y gana; y las posturas ganadoras caen sustancialmente, caída que continúa en dos mil siete.

- **La Comisión considera, contrario a derecho, que juntando tres conjeturas, provenientes de tres elementos impertinentes, tiene perfectamente demostrada la existencia de una práctica monopólica. Utiliza tres elementos para supuestamente acreditar el acuerdo, elemento *sine qua non*, para la configuración de la práctica. Todos los razonamientos de la Comisión carecen de una premisa mayor que es la hipótesis normativa cuya actualización autoriza a concluir la existencia de un acuerdo.**

Al respecto, la Comisión señaló en el inciso **a)** del apartado intitulado "**ERROR DE PETICIÓN DE PRINCIPIO**", contenido en fojas 77 y 78 de la resolución impugnada lo que a continuación se resume y que atiende el argumento realizado por el C. Eduardo Osorio Traconis en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad:

- El argumento anterior resulta inoperante, toda vez que el emplazado no señala con claridad cuál o cuáles fueron las premisas que aborda el oficio de probable responsabilidad que supuestamente violan el principio de petición de principio o que prejuzgan sobre fondo del asunto, ni dan razonamiento alguno para demostrarlo, por lo que esta autoridad se encuentra imposibilitada para analizar a fondo sus argumentaciones.
- Además, no señala cuáles son los elementos claves del mercado que le hubieran permitido a esta autoridad concluir que el patrón de comportamiento tiene una explicación lógica y legal.
- A mayor abundamiento, resulta erróneo afirmar que la Comisión buscó información para respaldar una pre-concepción, siendo que no aporta elemento para acreditar su dicho. Por el contrario, de la información que obra en el expediente y los elementos de convicción analizados en el oficio de probable responsabilidad, se desprende su probable responsabilidad en la comisión de las conductas imputadas.

Aunado a lo anterior, la Comisión determinó la probable responsabilidad, tanto de los agentes económicos como de las personas físicas, en el apartado 7 intitulado "Acreditación de la práctica" contenido a fojas 180 a 187 del oficio de probable responsabilidad con elementos de convicción y no con premisas como lo pretende simular el ahora recurrente.

Por tanto, estos dos últimos apartados del escrito de contestación del C. Eduardo Osorio Traconis resultan **inoperantes**, al haber sido analizados en la resolución impugnada.

Lo anterior es así, dado que el recurrente se encuentra obligado a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**b) Tomando en consideración el principio que debe regir de igualdad entre las partes y teniendo en este caso la Comisión el carácter de demandante y el C. Eduardo Osorio Traconis y Eli Lilly el carácter de demandados, al no haber dado contestación a todos y cada uno de los argumentos esgrimidos, se deben por tener admitidos los hechos que la Comisión ilegalmente no atendió, lo que por obvio, trae como consecuencia se absuelva a los ahora recurrentes de las imputaciones realizadas en la resolución. Lo anterior, tal y como lo disponen los artículos 329 y 332 en relación con el 333 del CFPC.**

El argumento anterior resulta **parcialmente fundado pero insuficiente** para revocar la resolución del expediente IO-003-2006, ya que como se señaló en el inciso **a)** anterior, si bien es cierto que la CFC omitió referirse expresamente a los argumentos de Eduardo Osorio Traconis, contenidos en el numeral IV de su escrito de contestación intitulado **"FALTA DE PRUEBA"** en el apartado identificado como **"IMPOSIBILIDAD PARA ACORDAR Y FALTA DE IMPUTABILIDAD"** contenido de fojas 58 a 60, lo anterior no modifica las conclusiones de la Comisión, por las razones expuestas en el precedente inciso a). En obvio de inútiles repeticiones se remite al análisis realizado por la Comisión en el inciso inmediato anterior.

Expuesto lo anterior, a continuación se transcriben los artículos del CFPC que el recurrente hace valer con la intención de que esta autoridad observe al no haber dado contestación a *"todos y cada uno de los argumentos esgrimidos"* en su contestación al oficio de probable responsabilidad:

> ***Artículo 329.-*** *La demanda deberá contestarse negándola, confesándola u oponiendo excepciones. El demandado deberá referirse a todos y cada uno de los hechos comprendidos en la demanda, afirmándolos, negándolos, expresando los que ignore por no ser propios, o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar. Se tendrán por admitidos los hechos sobre los que el demandado no suscitare explícitamente controversia, sin admitírsele prueba en contrario. La negación pura y simple del derecho importa la confesión de los hechos; la confesión de éstos no entraña la confesión del derecho.*
>
> ***Artículo 332.-*** *Cuando haya transcurrido el término del emplazamiento, sin haber sido contestada la demanda, se tendrán por confesados los hechos, siempre que el emplazamiento se haya entendido personal y directamente con el demandado, su representante o apoderado; quedando a salvo sus derechos para probar en contra. En cualquier otro caso se tendrá por contestada en sentido negativo.*

Al respecto, se le señala al recurrente que dichos preceptos normativos no son aplicables de manera supletoria, ya que la normatividad relativa al procedimiento seguido en forma de juicio se encuentra prevista en los artículos 33 de la LFCE y 32 a 40 del RLFCE aplicable al procedimiento seguido en

el expediente IO-003-2006.[178] En este sentido, los procedimientos que se siguen ante la CFC no tienen el carácter de procedimientos civiles, sino administrativos, ya que esta autoridad no dirime controversias entre denunciante y denunciado, siendo que los procedimientos contra prácticas monopólicas en términos del artículo 32 de la LFCE pueden iniciar por denuncia o de manera oficiosa, como ocurrió en el procedimiento de origen del presente recurso de reconsideración. Así las cosas, una vez concluida la investigación correspondiente y si existen elementos de convicción para determinar la probable responsabilidad de agente económico alguno investigado, esta autoridad realiza la imputación a nivel presuntivo a través del oficio de probable responsabilidad.
Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis:

> **COMPETENCIA ECONÓMICA. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, LO IDENTIFICAN COMO ADMINISTRATIVO Y NO COMO CIVIL.** **El procedimiento establecido en los artículos 33 y 39 de la ley mencionada tiene características que no corresponden a las del proceso civil, donde, predominando los intereses particulares, las defensas y recursos son mas pormenorizados y los juicios más prolongados, lo que no sucede en los procedimientos administrativos, fundamentalmente, porque en estos predomina el interés general, que exige eficiencia, seguridad y expeditez, en virtud de que tiende al aseguramiento de los fines del Estado, estableciendo vías rápidas y eficaces, eliminando todos los actos que dilaten o entorpezcan la acción de la administración pública, sin perjuicio de que ante la presencia de intereses particulares, se respeten, esencialmente, las garantías individuales de los gobernados.** Estas peculiaridades corresponden al procedimiento establecido en las disposiciones citadas y, por consiguiente, no cabe exigir de su normatividad, recursos y defensas que son propios de un proceso civil. P. CXII/2000 Amparo en revisión 643/99. Warner Bros (México), S.A. 15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero.—Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número CXII/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial.

Por tanto, los recurrentes deben tener en cuenta que en el procedimiento administrativo en materia de competencia económica no existen partes como en el procedimiento civil, sino que únicamente existe el Estado actuando a través de la Comisión y los probables responsables, de lo que resulta absurdo señalar que esta autoridad funge como la contraparte de los emplazados durante el procedimiento seguido en forma de juicio.

**CRYOPHARMA Y JORGE ALBERTO SILIS FRANCK**

**c) La Comisión tiene la obligación como autoridad de estudiar todos y cada uno de los puntos controvertidos, por lo que tampoco atendió la totalidad de los argumentos vertidos por Eli Lilly. Por lo anterior, existe una falta total de la garantía de audiencia y del debido proceso, violentando igualmente lo imperado por el artículo 222 del CFPC, razón por la cual debe absolverse a Eli Lilly en las imputaciones hechas en la resolución que se recurre.**

[178] RLFCE publicado el cuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho en el DOF.

**Conforme a la tesis jurisprudencial con rubro *"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE"* la Comisión se encuentra obligada a respetar la garantía de audiencia, la cual consiste en el respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, también conocida como debido proceso legal.**

**d) Omite el estudio de diversos argumentos vertidos por Cryopharma, en evidente transgresión al principio de legalidad. Lo anterior, viola lo previsto por los artículos 222, y demás aplicables del CFPC.**

Los argumentos contenidos en los incisos **c)** y **d)** anteriores resultan **inoperantes**, al ser oscuros y no señalar cuáles son los argumentos que dejó de estudiar la Comisión. En otras palabras, impide a esta autoridad determinar si efectivamente asiste a los recurrentes la razón o no, puesto que no hay argumento directo que controvierta un punto en particular y en ese sentido la respuesta a este argumento no puede ser más que otro de manera general, como se ha expuesto.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro *"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y NO SE DA NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS MISMOS"*, la cual se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Los recurrentes no señalan ni ofrecen elementos que le permitan estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que los recurrentes afirmen que la Comisión omitió estudiar "diversos argumentos", dado que para ello es indispensable que mencionen cuáles son los argumentos que dejó de atender esta autoridad en la resolución del expediente IO-003-2006. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA*

***CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales consideran que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que la Comisión violó determinados preceptos legales y principios de derecho, sino que a partir de alegaciones y argumentos que vierten indicar por qué consideran que la resolución en comento es ilegal, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

e) **Pasó por alto el hecho de que existe una actuación del treinta de abril de dos mil dos, con lo cual se prueba la falta de actuación de esa autoridad, toda vez que es precisamente en el año de dos mil dos que se tuvo conocimiento de supuestas infracciones a la LFCE y no es sino hasta el tres de agosto de dos mil seis, que esa Comisión decide publicar el acuerdo de inicio, quedando probado el periodo en el cual dejó de actuar.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD" apartado intitulado "CADUCIDAD Y CIERRE DEL EXPEDIENTE", contenido a fojas 78 y 79 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- De conformidad con el artículo 30 de la LFCE, la investigación inicia a partir del acuerdo de inicio que emita el Secretario Ejecutivo de la Comisión, cuyo extracto se publica en el DOF.

- El tres de agosto de dos mil seis el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitió el acuerdo que dio inicio a la investigación de oficio identificada bajo el número de expediente IO-03-2006[179] y cuyo extracto fue publicado en el DOF el quince de agosto de dos mil seis.
- La manifestación de Cryopharma resulta errónea al considerar que la Comisión debió advertir sobre la supuesta caducidad del procedimiento, siendo que éste inició a partir del acuerdo de inicio emitido por el Secretario Ejecutivo y no a partir de la recomendación emitida por la Comisión mediante oficio número SE-10-096-2002-260 de treinta de abril de dos mil dos.
- Resulta improcedente la solicitud del emplazado relativa a decretar el cierre del expediente por la supuesta caducidad aludida.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos plasmados en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**f) Es evidente el estado de indefensión, al pretender resumir los argumentos de todos los emplazados, esa Comisión crea confusión respecto de sus consideraciones, al mencionar que: *"los argumentos comprendidos en los incisos k) a r) anteriores resultan por una parte inoperantes y por la otra son infundados"*; así, el agravio de mi representada deviene del hecho que, al agrupar todas las manifestaciones, esa Comisión realizó un análisis superficial y, por ende, falto de motivación.**

**Esa Comisión manifestó respecto de la supuesta inoperancia de los argumentos, que no formulaban argumentos directos, no obstante que se le señaló que debía realizar una investigación completa que comprendiera la totalidad del sector salud y la totalidad de los medicamentos licitados pues, y el hecho de afirmar *que "debe ofrecer argumentos directos y precisos que controviertan y superen las imputaciones que de manera presuntiva acreditó esa autoridad"*, no es suficiente para motivar la supuesta práctica colusiva, pues expresamente se le señaló que, al estudiar la totalidad de los productos y de los participantes en el sector**

[179] Folios 427 a 430 del expediente IO-003-2006.

**salud, comprendería el comportamiento de dichos productos en el mercado y, con ello que el precio con el que mi mandante, distribuyó los productos al IMSS es real y totalmente justificado.**

**g) Esa Comisión se limitó a hacer una investigación incompleta y deficiente, la cual no contaba con los elementos válidos suficientes para determinar la responsabilidad en la comisión de la práctica monopólica absoluta por parte de Cryopharma. Sin embargo, esa autoridad se limitó a transcribir nuevamente, dentro del capítulo "consideraciones de Derecho", aquellas afirmaciones sin sustento que fueron plasmadas en el oficio de probable responsabilidad y que precisamente fueron desvirtuadas por mi mandante en su contestación.**

**Como se aprecia de la lectura de la misma, no expone o expresa las razones, causas y/o motivos que sustentan el actuar de esa Comisión, por lo que deberá revocar el acto administrativo recurrido, por falta de su debida motivación.**

Los agravios contenidos en los incisos **f)** y **g)** anteriores resultan **inoperantes**, toda vez que los recurrentes no señalan ni ofrecen elementos que le permitan estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que los recurrentes afirmen que la Comisión al resumir los argumentos de las emplazadas lo deja en estado de indefensión, manifestando que esta autoridad realizó una "investigación incompleta", un "análisis superficial" y "falto de motivación" o que "realizó manifestaciones sin sustento", dado que para ello es indispensable que mencionen cuáles son los argumentos que dejó de analizar esta autoridad en la resolución del expediente IO-003-2006 o cuáles supuestamente no motivó o qué no se sustentó o fue desvirtuado. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se le causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que la Comisión realizó una investigación deficiente o analizó de manera superficial los argumentos de los emplazados, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución en comento dejó a los recurrentes en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, la Comisión atendió los argumentos vertidos por Cryopharma,[180] en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado

---

[180] *" **q)** La Comisión realizó una investigación incompleta al no incluir o mencionar a las demás entidades del sector salud, ni a todos los medicamentos que se licitan al sector salud, ni justifica la razón de su actuar, al investigar únicamente algunas claves de la insulina y los sueros.*

*No se describe en forma alguna en el oficio de probable responsabilidad, las razones por las cuales solamente ciertas claves de las insulinas y sueros son las que resultan investigadas, cuando la investigación se inicia para:*

- *diversos mercados de medicamentos, no solamente la insulina y sueros;*
- *que sean licitados por el sector salud; no solamente el IMSS;*
- *en el territorio nacional, por lo que resulta irrelevante lo que suceda en otros países.*

***r)** Aunque esa Comisión no lo menciona en parte alguna de su deficiente investigación, las posturas en este tipo de licitaciones se realizan por un sinnúmero de productos o claves y no por una sola; es decir, puede darse que un mismo participante presente una postura económica para más de cincuenta claves de medicamentos o productos en una licitación y no solamente para una, por lo cual, nuevamente se cuestionaría el hecho de que solamente se hayan investigado un número escaso de medicamentos, frente a todo un mundo de los mismos que requiere una institución del tamaño del IMSS. Resulta cuestionable que la supuesta investigación de oficio por probables prácticas monopólicas absolutas cometidas (i) en diversos mercados de medicamentos y (ii) licitados por el sector salud en el territorio nacional, solamente se refiera a dos claves de insulina humana y a menos de veinte claves de soluciones electrolíticas y sueros; no obstante, el extenso número de medicamentos y mercados que existen en la industria, amén de que solamente se*

intitulado "**ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE**", en específico, de de fojas 107 a 117 de la resolución impugnada en donde se determinó lo siguiente:

- Los argumentos resultan por una parte inoperantes y, por la otra, infundados.
- Resultan inoperantes porque no formulan un argumento directo que controvierta un punto en particular del oficio de probable responsabilidad, en específico.
- Los emplazados no señalan cuál es la "información trascendental" que la Comisión omitió analizar, sino que simplemente de manera general alude a aquella "que se refería a otras instituciones".
- Resulta por demás gratuita la manifestación relativa a que esta autoridad omitió información trascendental para el análisis de mercado que efectivamente solicitó a los agentes económicos, todo ello para demostrar una supuesta colusión con datos incompletos y discriminados sin explicación alguna.
- En términos del artículo 33, fracción II, de la LFCE, el emplazado debe referirse a cada uno de los hechos expresados en el oficio de probable responsabilidad, por lo que no es suficiente que manifieste situaciones hipotéticas o realice conjeturas, sino que debe ofrecer argumentos directos y precisos que controviertan y superen las imputaciones que de manera presuntiva acreditó esta autoridad en el oficio en comento; así como probar la necesidad de su inclusión en la investigación.
- Manifestar que se omitió información "trascendental" y que se utilizaron "datos incompletos y discriminados sin explicación alguna" o que "se dejaron fuera de su análisis factores fundamentales", no resultan más que manifestaciones gratuitas y generales, que impiden a esta autoridad determinar si efectivamente le asiste la razón a los emplazados.
- Aún y cuando la Comisión hubiera requerido información a otras instituciones de salud y respecto otras claves de medicamentos, ello no la hubiera llevado a conclusiones diversas, ya que es precisamente a partir del análisis económico de las posturas y el patrón de comportamiento de las empresas emplazadas, adminiculado con los demás elementos recabados durante la investigación, que esta autoridad encontró elementos suficientes que acreditaron a nivel presuntivo la responsabilidad de los agentes económicos emplazados.
- El haber considerado otros elementos como lo sugieren las emplazadas, las conclusiones a las que hubiera allegado la Comisión respecto de los medicamentos de los Grupos I y II en las licitaciones celebradas por el IMSS, hubieran sido las mismas, ya que dicho comportamiento en nada se relacionan con otros medicamentos y, mucho menos, con comportamientos similares o diversos, en otras instituciones del sector salud.
- No señalan qué perjuicio le ocasiona el hecho de que la Comisión le haya solicitado información solamente al IMSS durante el período de investigación y no al resto del sector salud como lo manifiestan.

---

*investiguen dichos productos licitados por el IMSS, como si fuera ese Instituto el único que representa al Sector Salud en nuestro país. Como se ha insistido a lo largo de este documento de contestación, nuevamente esa Comisión no manifiesta en forma alguna la fundamentación ni la motivación que la llevó a tomar esa decisión, dejando nuevamente en estado de indefensión a los señalados como probables responsables."*

- La manifestación del emplazado relativa a que dichos requerimientos implicaban que esta autoridad conocía que solamente investigaría licitaciones convocadas por el IMSS resulta irrelevante, por no atacar directamente una imputación planteada en el oficio de probable responsabilidad.
- No señala cómo se habrían modificado las conclusiones de la Comisión al haber analizado las licitaciones en el ISSSTE o de alguna otra dependencia perteneciente al sector salud.
- Ningún perjuicio le repara a los emplazados que se haya requerido información al IMSS y que sólo se emplace por las licitaciones realizadas por esa institución, es suficiente haber advertido la colusión de los emplazados para presentar posturas respecto de algunas de ellas y emitir el oficio de probable responsabilidad con la finalidad de emplazarlos a un procedimientos seguido en forma juicio.
- No señalan qué perjuicio les ocasiona el hecho de que la Comisión haya realizado el análisis económico con productos como lo fueron la insulina humana y soluciones electrolíticas y sueros, siendo que el oficio de probable responsabilidad se emite una vez que durante la investigación se hayan recabado los elementos de convicción de los que se derive la probable responsabilidad de los agentes económicos.
- Declarar que se dejaron fuera de la investigación a cientos de productos que son medicamentos, resulta por demás una manifestación gratuita, debido a que no argumentan o siquiera señalan cuáles fueron estos medicamentos omitidos y cómo dicha situación hubiera cambiado las conclusiones a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad del presente procedimiento.
- La Comisión analizó en el oficio de probable responsabilidad doscientas cuarenta y ocho licitaciones públicas correspondientes a los grupos de medicamentos definidos como "Grupo I" y "Grupo II"; por tal razón, las conclusiones de la Comisión versaron sobre dichas licitaciones realizadas por el IMSS respecto de los medicamentos que fueron identificados como Grupo I y Grupo II.
- Consecuentemente, derivado del análisis económico de dichas licitaciones públicas, se estableció un patrón de comportamiento, el cual se verifica a partir del análisis económico expuesto en las tablas contenidas en fojas 65 a 144 del oficio de probable responsabilidad, mismas que contienen un análisis de aquellas licitaciones celebradas entre dos mil tres a dos mil siete.
- Es irrelevante si en otros procedimientos llevados a cabo por la Comisión se haya hecho alusión al sector salud.
- La situación de los emplazados respecto del IMSS o del "sector salud" en su totalidad, en nada desvirtúa la conducta imputada en el oficio de probable responsabilidad. Si bien, sólo se analizó el patrón de posturas con licitaciones convocadas por el IMSS, no es una condición *sine qua non* para acreditar la conducta colusoria analizar todas las licitaciones públicas en todo el sector salud, toda vez que si se presentó o no una conducta anticompetitiva con otra institución en salud, en nada desvirtúa la conducta que se les imputó en el oficio de probable responsabilidad respecto a las licitaciones analizadas por la Comisión y celebradas por el IMSS durante el período investigado.

- La existencia de otros participantes en el mercado en nada desvirtúa la conducta imputada en el oficio en comento, al no especificar cómo es que éstos disciplinan la actuación de los emplazados, toda vez que no cambiaría en nada el sentido del oficio de probable responsabilidad ni las conclusiones a las que se llegó.
- No señalan por qué la investigación resulta incompleta al no haber incluido en el oficio de probable responsabilidad a otras instituciones del sector salud ni cómo ello podría desvirtuar la conducta que se le imputó. Manifestar que esta autoridad no justificó su actuar al investigar algunas claves de insulina y sueros resultan por demás manifestaciones gratuitas e infundadas, las cuales no desvirtúan en nada los hechos imputados en el oficio de probable responsabilidad.

De lo anteriormente expuesto, resulta inexplicable cómo es que los recurrentes consideran que esta autoridad *"crea confusión respecto de sus consideraciones, al mencionar que los argumentos comprendidos en los incisos k) a r) anteriores resultan por una parte inoperantes y por la otra son infundados"*, siendo que claramente esta autoridad analizó de manera exhaustiva los argumentos de Cryopharma, fundando y motivando sus determinaciones, por lo que el supuesto agravio a los recurrentes no resulta más que una manifestación sin sustento alguno.

**h) El manifestar que en la etapa de investigación no ha nacido la garantía de audiencia, demuestra el actuar ilegal de la Comisión, pues es precisamente durante esa etapa que, al requerir información a los que posteriormente identificará como probables responsables, los está haciendo parte del procedimiento y a través de la información obtenida es que fincará la responsabilidad, constituyéndose una verdadera pesquisa, que además no admitió prueba en contrario, pues no obstante que se hicieron argumentos válidos que demostraban que la actuación de los recurrentes no era violatoria de conducta alguna, esa Comisión decidió ignorarlos, causando un agravio evidente.**

El argumento anterior resulta **inoperante**, ya que los recurrentes no están atacando ningún aspecto plasmado en la resolución impugnada, al ser oscuro y no señalar cuáles son los argumentos o información que dejó de estudiar la Comisión y que constituyen "argumentos válidos que demostraban que la actuación de los recurrentes no era violatoria de conducta alguna" ni qué argumentos fueron supuestamente "ignorados". En otras palabras, impide a esta autoridad determinar si efectivamente asiste a los recurrentes la razón o no, puesto que no hay argumento directo que controvierta un punto en particular y en ese sentido la respuesta a este argumento no puede ser más que otro de manera general, como se ha expuesto.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro *"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y NO SE DA NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS MISMOS"*, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si

a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Asimismo, los recurrentes reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE**", específicamente a fojas 111 a 117 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, sino simplemente desarrollan conjeturas señalando que la Comisión durante la investigación le requirió información para posteriormente "hacerla parte del procedimiento", lo cual a criterio de los recurrentes constituye una "pesquisa" por parte de esta autoridad.

Los recurrentes reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE**", específicamente a fojas 111 a 117 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, sino simplemente desarrollan conjeturas señalando que la Comisión durante la investigación le requirió información para posteriormente "hacerla parte del procedimiento", lo cual a criterio de los recurrentes constituye una "pesquisa" por parte de esta autoridad. Por tanto, su argumento resulta **inoperante**.

En la resolución recurrida se señaló en síntesis lo siguiente:

- En términos del artículo 31 del RLFCE, cualquier actuación que haya realizado la Comisión con anterioridad al emplazamiento tiene plena validez para sustentar el oficio de probable responsabilidad, teniendo como límite de sus actuaciones fundar y motivar sus interpretaciones, apreciaciones y actuaciones. Es decir, esta autoridad no está facultada a requerir *ad libitum* cualquier información a las personas o agentes económicos que intervienen en la investigación, sino sólo aquella que a juicio de la Comisión sea relevante y pertinente y cuya razonabilidad se acredita en atención a la conducta investigada.
- Resulta imposible que las actuaciones realizadas durante el procedimiento de investigación que realizó la Comisión trasciendan a la esfera jurídica de los ahora emplazados, ya que como se ha señalado, durante la investigación no hay agente económico alguno identificado como probable responsable, ni ha nacido su garantía de audiencia, la cual se actualizó sólo hasta el momento en que se determinó su probable responsabilidad y se les emplazó al presente procedimiento con el mencionado oficio.
- Una vez emitido y notificado el oficio de probable responsabilidad a los emplazados, éstos cuentan con un plazo de treinta días en términos del artículo 33, fracción II, de la LFCE para manifestar lo que a su derecho convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos plasmados en el escrito de contestación de Cryopharma al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera

puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Debe resaltarse que los recurrentes no hacen más que evidenciar el desconocimiento de los procedimientos que se siguen ante esta autoridad y los errores de apreciación de las actuaciones de la Comisión en la etapa de investigación, ya que los recurrentes intentan alegar agravios sobre cuestiones que ya fueron atendidas en la resolución del expediente IO-003-2006, realizando manifestaciones subjetivas relativas a supuestas pesquisas por parte de esta autoridad.

En este sentido, se le indica a los recurrentes que la etapa de investigación realizada por la Comisión tiende a recabar medios de prueba que le permitan presumir la existencia de prácticas anticompetitivas, por lo que esta autoridad cuenta con las atribuciones legales de allegarse de la información que estime relevante para las investigaciones que realiza, por lo que señalar que realiza pesquisas no son más que manifestaciones subjetivas e infundadas, que en nada controvierten la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

Al respecto, resulta aplicable la siguiente jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación:

> **COMPETENCIA ECONÓMICA. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS SEGUIDO POR LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2006). De la lectura de los artículos 23, 24, fracción I, 30, 31, primer párrafo, 33 y 39 de la Ley Federal de** Competencia Económica, **vigentes hasta el 28 de junio de 2006, así como de los diversos 23, fracción I, 25, fracción I, 27, párrafo primero, 30, 31 y 52 de su reglamento, se concluye que el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal de** Competencia **se compone de tres etapas: la primera, de carácter inquisitorio, que tiende a recabar los medios de prueba que permiten presumir la existencia de actos o prácticas prohibidas por la ley y concluye con el oficio de presunta responsabilidad; la segunda en la que se especifican las conductas monopólicas o prohibidas observadas en la etapa anterior, concretando y precisando los hechos, las circunstancias de realización y las normas violentadas; se señala al presunto infractor y las razones que se tuvieron para considerarlo con ese carácter; se ordena su emplazamiento para que en un plazo de treinta días naturales, comparezca a manifestar lo que a su interés convenga y exhiba las pruebas que estime pertinentes; se fija un plazo no mayor de treinta días**

**naturales para formular alegatos y culmina con una resolución que debe dictarse dentro de los sesenta días naturales siguientes; además se desarrolla como un procedimiento seguido en forma de juicio donde se despliegan los actos necesarios para dictar una resolución definitiva, respetando las formalidades esenciales del procedimiento y el derecho de defensa, brindando al presunto infractor la oportunidad de alegar y probar en su favor; y la tercera tiene como objeto impugnar la resolución que ponga fin al procedimiento anterior, o bien, la que tenga por no presentada la denuncia o por no notificada una concentración, con la posibilidad alternativa de revocarla, modificarla o confirmarla. No. Registro: 172,585. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Mayo de 2007. Tesis: I.4o.A. J/50.**

**i) Al ignorar las manifestaciones de Cryopharma en el sentido de que la existencia de otros participantes que habían sido omitidos en la investigación sí resultaba relevante para conocer la verdad, se demuestra el actuar ilegal, indebido y tendencioso de esa Comisión, pues precisamente es que esa autoridad toma en consideración la entrada de otros participantes al momento que presuntamente se disolvió el cartel, no obstante que dicho Dimesa comercializaba los productos de Pisa, con lo cual demuestra la utilización a conveniencia y arbitraria de la información.**

El argumento resulta **infundado**, ya que las manifestaciones relativas a la existencia de otros participantes en el mercado investigado no fueron ignoradas por la Comisión, como lo señalan los recurrentes,[181] sino que se atendieron en fojas 186 a 189 de la resolución impugnada, en la que se señaló lo siguiente:

- Los argumentos del emplazado resultan inoperantes en parte, e infundados en el resto.
- Resultan inoperantes en tanto que no especifica qué otros argumentos debió haber tomado en cuenta la Comisión para explicar el comportamiento de Cryopharma en las licitaciones investigadas; en qué años no fue consistente dicho comportamiento con el análisis que se hizo en el oficio de probable responsabilidad de las posturas, en qué licitaciones en particular y en qué forma varió.
- Así las cosas, no basta con realizar meras manifestaciones vagas, imprecisas y generales, sino que es necesaria su argumentación y comprobación para desvirtuar las imputaciones que esta autoridad le hizo al emplazado de manera presuntiva.

[181] Al respecto, Cryopharma señaló lo siguiente: "*z)* [...] *Suponiendo sin conceder que las sugerencias de esa Comisión fueran válidas, cabría preguntarse entonces cuáles serían las razones por las cuales Savi, Dimesa, Equimed, Audipharma, SMS, Disur, CPI y los demás participantes, sin explicación alguna, no fueron incluidos en su análisis de comportamiento ni de precios, así como las razones por las cuales esa Comisión no consideró en su análisis todo el periodo investigado, sino que lo utiliza en forma arbitraria para realizar sus sugerencias y llegar a sus conclusiones.*" y "*aa) Conforme a esta manifestación, la Comisión tajantemente y sin admitir argumentación alguna en contrario, afirma que el mercado de la clave 1050 en las licitaciones del IMSS no es competido; sin embargo, dichas manifestaciones son incongruentes con el hecho de que, según ha manifestado la propia Comisión, cuando menos participaban diez competidores diferentes con asignaciones, lo que consideramos es más que suficiente para considerar a un mercado lo suficientemente competido. No obstante lo anterior, al no realizar esa Comisión análisis alguno de las posturas de los otros seis participantes, ni de los demás que ni siquiera han sido mencionados por esa Comisión, es claro que sus aseveraciones resultan parciales e incompletas. Las sospechas de probable responsabilidad de esa Comisión deben encontrar sustento lógico y jurídico para considerarse válidas y, en virtud de que no existe tal sustento, devienen en ilegales.*"

- Cryopharma no indica cuál es esta explicación, y en particular, no menciona cuál era la estrategia que seguía en las licitaciones de dos mil tres a dos mil seis que muestre que su comportamiento era independiente.
- En el oficio de probable responsabilidad sólo se presentan los diez postores con mayor número de apariciones para cada clave, por cuestiones de presentación y, lo más importante, debido a que su inclusión no modifica las conclusiones a las que arribo la Comisión en el oficio de probable responsabilidad.
- El resto de los participantes, así como los postores que aparecen en la tabla, pero que no son señalados como probables responsables, sólo participan de forma marginal en las licitaciones investigadas, Al no presentarse en el resto de los participantes los resultados observados en los emplazados, la Comisión decidió emplazar solamente a las empresas señaladas ahora como probables responsables.
- Tal hecho se muestra en fojas 66 a 76 del oficio de probable responsabilidad, que contienen las tablas respectivas al análisis de licitación por licitación para las claves 1050 y 1051. Al igual que las tablas a foja 49, la cual muestra quiénes son los ganadores más consistentes dentro de las licitaciones investigadas.
- En ese sentido, en el oficio de probable responsabilidad se muestra que la participación en el monto total licitado para las claves de insulina investigadas se encontraba altamente concentrada. Los cuatro principales ganadores obtuvieron el 95% (noventa y cinco por ciento) del importe total licitado de medicamentos del Grupo I.
- La participación de varios agentes económicos en las licitaciones investigadas no implica que el mercado sea competido. Lo anterior, tal y como muestra la alta concentración de los importes licitados en los emplazados, la similitud de las posturas con que éstos ganan y pierden y los altos márgenes de ganancia obtenidos en las licitaciones analizadas por esta autoridad

**j) Al afirmar que *"el mercado investigado con el que se inició la investigación materia del presente procedimiento se estableció conforme a las consideraciones y complejidad que se presenta en el mercado que involucra las licitaciones públicas de salud"*, respecto del argumento de imprecisa definición del mercado, particularmente del periodo investigado, los recurrentes manifestaron la falta de motivación por parte de esa Comisión de utilizar el período investigado a conveniencia durante el procedimiento, en evidente agravio hacia los recurrentes, lo que de ninguna manera fue materia de pronunciamiento por parte de la Comisión.**

El argumento resulta **inoperante**, ya que las manifestaciones relativas a la supuesta falta de motivación por parte de esta autoridad de utilizar el período investigado a conveniencia,[182] fueron atendidas en foja 185 de la resolución impugnada, en la que se señaló lo siguiente:

[182] Al respecto Cryopharma señaló lo siguiente: *"w) Se insiste en el hecho de que, no obstante que el periodo investigado corrió del primero de enero del dos mil dos al diecinueve de marzo del dos mil nueve, esa Comisión de manera arbitraria, injustificada y*

- El argumento del emplazado resulta inoperante, ya que los recurrentes no dicen de qué forma a su criterio se manipuló el periodo investigado, ni de qué forma se está tratando para justificar el análisis económico plasmado en el oficio de probable responsabilidad, o cuál es la afectación en su esfera jurídica.
- No presenta información que demuestre que el incluir las licitaciones del resto del periodo de investigación modifique las conclusiones a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad.
- No basta con realizar meras manifestaciones vagas, imprecisas y generales, sino que es necesaria su argumentación y comprobación para desvirtuar las imputaciones que esta autoridad le hizo al emplazado de manera presuntiva.

Por tanto, resultan manifestaciones gratuitas por parte de los recurrentes, al reiterar argumentos que ya fueron atendidos en la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, tal y como se expuso en el cuadro anterior.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos plasmadas en el escrito de contestación de Cryopharma al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**k) Respecto del argumento de mi mandante en el sentido de que no existe una definición que justifique la utilización de un "promedio simple", esa Comisión se limita a referir que se trata de un hecho notorio, lo cual es carente de toda fundamentación y motivación, pues en ningún precepto de la LFCE se le faculta a utilizar supuestos hechos notorios para acreditar la comisión de un acuerdo colusivo, aunado a que el justificar su actuar en un "método estadístico" también resulta erróneo.**

---

*tendenciosa, utiliza el periodo investigado a conveniencia, para tratar de justificar sus incorrectas manifestaciones, lo que acarrea perjuicio a mi mandante, señalada como probable responsable, resultando tendencioso el análisis."*

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, toda vez que no señala ni ofrece elementos que le permitan a la Comisión estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que los recurrentes afirmen que no existe una definición que justifique la utilización de un "promedio simple", manifestando que esta autoridad acreditó la práctica monopólica absoluta utilizando supuestos hechos notorios y justificó su actuar en un "método estadístico", situación que según los recurrentes resulta errónea, sin explicar las razones con las que considera incorrecto usar dicho método estadístico. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."* la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se le causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que no existe una definición que justifique erróneamente la utilización por parte de esta autoridad de un "promedio simple" en un "método estadístico" o que, supuestamente, la Comisión haya acreditado el acuerdo colusorio con "hechos notorios", sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución en comento dejó a los recurrentes en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"*; *"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE"*; *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS*

***CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

l) **Es de destacar que, una vez que los precios de la insulina empezaron a disminuir (dos mil seis), mi mandante tomó la decisión de ofertar insulina a precios más bajos, debido a una decisión comercial basada en el hecho que dicho medicamento, al ser un producto perecedero y que requiere de un trato especial por cuanto a refrigeración se refiere y que por lo mismo requiere procedimientos especiales que a su vez conllevan mayores costos, tenía una caducidad reducida, por lo que se decidió liberar el inventario existente para evitar incurrir en mayores pérdidas, lo cual se pudo realizar sino hasta que se convocaron licitaciones internacionales abiertas, momento en el cual ya no se requería contenido nacional. Con lo cual se demostraba que existe una diversidad de justificaciones al comportamiento de la postura.**

Tal argumento resulta **inoperante**, toda vez que los recurrentes introducen argumentos novedosos que no realizaron en su contestación al oficio de probable responsabilidad en el procedimiento IO-003-2006, pretendiendo que se valore fuera de tiempo, en un intento por corregir y mejorar dicha contestación.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, debe señalarse que los ahora recurrentes no presentaron en sus escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad prueba alguna que soporte su dicho, ni obran en el expediente elementos probatorios que acrediten de lo argumentado por los recurrentes.

m) **En el apartado de "PATRÓN DE POSTURAS" de la resolución se puede apreciar nuevamente que las consideraciones efectuadas por Cryopharma fueron omitidas, pues al manifestar que *"es falso que esta Comisión pretenda imputar la probable responsabilidad de Cryopharma con base en el promedio de las posturas"*, se evidencia la incongruencia de los elementos en los que pretendió basar su teoría de la comisión de una práctica monopólica, basada en supuestos indicios, pues el tema de los promedios, como ya se analizó, fue uno de los que utilizó. Dicho elemento, aunado con *"los patrones de comportamiento"* dice que *"revelan"* que hubo coordinación entre licitantes, sin que ello haya sido probado; sin embargo, se**

**insiste que son meras conjeturas que de ninguna manera pueden servir de indicios o elementos probatorios fehacientes, ni mucho menos suficientes para determinar responsabilidad alguna.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, toda vez que no señala ni ofrece elementos que le permitan estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que los recurrentes manifiesten que se evidencia la supuesta incongruencia por parte de esta autoridad de los elementos en que pretendió basar "su" teoría de la comisión de una práctica monopólica absoluta, basada en indicios. Asimismo, señala que lo resuelto por esta autoridad en el expediente IO-003-2006 son meras conjeturas que de ninguna manera pueden servir de indicios o elementos fehacientes, ni mucho menos para determinar su responsabilidad en la comisión de la práctica monopólica absoluta que le fue imputada.

Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO"*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se le causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que lo resuelto por la Comisión son meras conjeturas, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución en comento dejó a los recurrentes en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE,***

***LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE"***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

**n) En relación con los precios de referencia, deben ser valorados forzosamente de manera conjunta con los demás elementos de defensa, pues al establecer de manera muy general la resolución recurrida que *"los términos y condiciones establecidas por el IMSS de ninguna manera fijan las posturas"*, es evidencia clara que utiliza de manera ilegal los argumentos a conveniencia, pues precisamente ese es un factor determinante para poder analizar el comportamiento de las posturas.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, ya que no señala ni ofrece elementos que le permitan estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que los recurrentes afirmen que los precios de referencia deben ser valorados forzosamente de manera conjunta con los demás elementos de defensa, manifestando que esta autoridad de manera general señaló que *"los términos y condiciones establecidas por el IMSS de ninguna manera fijan las posturas"* y que dichos precios es un factor determinante para analizar el comportamiento de las posturas. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se le causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que debieron valorarse forzosamente los precios de referencia, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución en comento dejó a los recurrentes en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, se le reitera a los recurrentes argumentos que ya fueron atendidos por la Comisión, relativos a que los precios de referencia fueron utilizados por el IMSS a partir del ocho de agosto de dos mil seis, esto es, fuera del período en que se analizaron las licitaciones del IMSS. En este sentido, Los recurrentes no ofrecen argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, sino simplemente desarrolla conjeturas sobre la supuesta obligación por parte de esta autoridad para "valorar" los precios de referencia.

Lo argumentos en comento se encuentran estipulados en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**INFORMACIÓN PÚBLICA**", específicamente de fojas 239 a 240 de la resolución impugnada, en la que se señaló:

> *"En cuanto a que el precio se fija con el precio de referencia, **resulta falso el argumento del emplazado, ya que el criterio de los precios de referencia, fue adoptado el ocho de agosto de dos mil seis, modelo que no fue utilizado para las adquisiciones del IMSS durante el período dos mil dos a dos mil seis.**[183]*

[183] Oficio del IMSS número 09538461 1480/SIM 639, en desahogo al requerimiento formulado por la Comisión en etapa de pruebas para mejor proveer. Folios 91555 a 91558.

> *Es precisamente con la implementación de dicho mecanismo, que empieza a constituirse un elemento más para el debilitamiento del cártel a partir del dos mil seis, junto con la entrada de nuevos competidores a las licitaciones celebradas por el IMSS. Por tanto, se hace necesario resaltar que* ***el emplazado no hace más que poner en evidencia la pobreza de sus argumentos y la falta de elementos que justifiquen su comportamiento colusorio, ya que los precios de referencia no se establecieron, sino hasta dos mil seis.****"*

Asimismo, a foja 286 de la resolución impugnada, se le señaló a Cryopharma lo siguiente:

> *"Como ya se explicó en otras partes de esta resolución,* ***el hecho de establecer precios de referencia no afecta en nada la posibilidad de fijar un precio, pues sólo se da un parámetro a la alta, pudiendo a la baja determinar cualquier otra cantidad****. Además, los precios de referencia fueron utilizados por el IMSS a partir de dos mil seis, por lo que no constituyó un factor que influyera para evitar que las emplazadas se coordinaran."*

**o) El hecho de que la Comisión sostenga que se desvirtuaron los argumentos de Cryopharma, afirmando que se limitó a realizar manifestaciones generales sobre las diversas probabilidades de las operaciones matemáticas que la Comisión debió tomar en cuenta, sin mostrar los cálculos que demuestren las afirmaciones, se presenta igualmente contradictorio, ya que lo que se controvertía era una "teoría" basada en una elaboración de "promedios simples", cuando caben otras teorías contrarias, manifestadas por los probables responsables.**

**Finalmente, el hecho de pretender justificar su omisión para el efecto de precisar el cálculo del margen de ganancia, basado en una supuesta metodología elaborada por esa Comisión sin sustento alguno y sin proporcionar su fuente a los probables responsables resulta en un agravio evidente hacia los derechos de los recurrentes.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, toda vez que no señala ni ofrece elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente señalar que Comisión debió mostrar los cálculos que demuestren las afirmaciones de esta autoridad, manifestando de manera general que cabían otras "teorías" contrarias manifestadas por los probables responsables, sin decir cuáles y por qué eran suficientes para controvertir los argumentos de la resolución, por qué lo argumentado en la misma era contradictorio y respecto de qué, así como señalar cómo hubiera cambiado el sentido de la resolución ahora impugnada. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se

han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se le causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que supuestamente esta autoridad pretende justificar su omisión para el efecto de precisar el cálculo del margen de ganancia, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución en comento dejó a los recurrentes en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, se le reitera a los recurrentes los argumentos que ya fueron atendidos por la Comisión, relativos a que las supuestas omisiones por parte de esta autoridad en los "cálculos" y "teorías contrarias" en el cálculo de márgenes de ganancia, sin que los recurrentes ofrecieran argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, sino simplemente desarrolla conjeturas sobre la falta de sustento y fuentes por parte de esta autoridad.

Lo argumentos en comento se encuentran estipulado en la consideración relativa a **"CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD"** apartado intitulado **"PATRÓN DE POSTURAS"**, específicamente de fojas 187 a 189 de la resolución impugnada, en la que se señaló:

- Cryopharma no especifica qué otros argumentos debió haber tomado en cuenta la Comisión para explicar el comportamiento de los emplazados en las licitaciones investigadas; en qué años el comportamiento de Cryopharma no fue consistente con el análisis que se hizo en el oficio de probable responsabilidad de las posturas, en qué licitaciones en particular y en qué forma varió.
- Asimismo, no indica cuál es esta explicación, y en particular, no menciona cuál era la estrategia que seguía en las licitaciones de dos mil tres a dos mil seis que muestre que su comportamiento era independiente.
- Como se mencionó en el apartado de la resolución impugnada intitulado "**GRUPO I: INSULINA HUMANA**", la definición de promedio simple no requería ser incluida en el oficio de probable responsabilidad, al ser un concepto inequívoco que no acepta diversas definiciones.
- Se explicó que su utilización era meramente ilustrativa.
- En el oficio de probable responsabilidad sólo se presentan los diez postores con mayor número de apariciones para cada clave, por cuestiones de presentación y, lo más importante, debido a que su inclusión no modifica las conclusiones a las que arribó la Comisión en el oficio de probable responsabilidad.
- Esto se debe a que el resto de los participantes, así como los postores que aparecen en la tabla, pero que no son señalados como probables responsables, sólo participan de forma marginal en las licitaciones investigadas. Al no presentarse en el resto de los participantes los resultados observados en los emplazados, la Comisión decidió emplazar solamente a las empresas señaladas ahora como probables responsables.
- Tal hecho se muestra en fojas 66 a 76 del oficio de probable responsabilidad, que contienen las tablas respectivas al análisis de licitación por licitación para las claves 1050 y 1051. Al igual que las tablas a foja 49, la cual muestra quiénes son los ganadores más consistentes dentro de las licitaciones investigadas.
- En el oficio de probable responsabilidad se muestra que la participación en el monto total licitado para las claves de insulina investigadas se encontraba altamente concentrada. Los cuatro principales ganadores obtuvieron el 95% (noventa y cinco por ciento) del importe total licitado de medicamentos del Grupo I.
- La participación de varios agentes económicos en las licitaciones investigadas no implica que el mercado sea competido. Lo anterior, tal y como muestra la alta concentración de los importes licitados en los emplazados, la similitud de las posturas con que éstos ganan y pierden y los altos márgenes de ganancia obtenidos en las licitaciones analizadas por esta autoridad.

En adición a lo anterior, de fojas 192 a 194 de la resolución impugnada, la Comisión señaló lo siguiente:

- Resulta inoperante su argumento, toda vez que Cryopharma se limita a realizar manifestaciones generales sobre las diversas probabilidades de las "operaciones matemáticas" que la Comisión debió tomar en cuenta, sin mostrar cálculos que demuestren sus afirmaciones o desvirtúen el análisis económico realizado por esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad.
- Por otro lado, resulta infundado, ya que Cryopharma no puede alegar desconocimiento del cálculo del margen, toda vez que a foja 71 del oficio de probable responsabilidad se establece la metodología del cálculo, el cual está basado a partir de la información proporcionada por las mismas empresas durante el procedimiento de investigación.
- Asimismo, se menciona que los márgenes se calcularon como la razón del promedio del precio ganador contra el promedio del costo total anual de cada empresa y para cada medicamento. El promedio del precio ganador se calculó por año con base en los fallos de las licitaciones, mientras que el promedio del costo total anual se realizó con base en la información aportada por cada uno de los agentes en desahogo a los requerimientos de información que la Comisión les formuló durante la investigación.
- El análisis muestra que, aún cuando contaban con un margen de maniobra para disminuir sus posturas y no llegasen a los costos con su margen de ganancia competitivo, estas empresas no tuvieron la intención de competir, pese a que podrían incrementar considerablemente la probabilidad de ganar licitaciones que les repercutía en ganancias económicas. La única forma de saber *a priori* que su estrategia de no bajar precios les otorgaría ganancias económicas, era conocer que sus competidores tampoco bajarían sus posturas; pese a tener un margen tan alto.
- En cuanto a su argumento relativo a la falta de datos con la intención de rehacer el cálculo elaborado por la Comisión en el oficio de probable responsabilidad, se le señala al emplazado que los costos totales anuales de cada empresa, respecto a cada medicamento (que conforma uno de los elementos de la ecuación), fueron clasificados por la Comisión como confidenciales, con fundamento en la fracción II del artículo 31 bis de la LFCE, por tratarse de información que, de darse a conocer a los competidores, podría ocasionarles afectaciones en su posición competitiva, y fue por ello que no fueron plasmadas en el oficio de probable responsabilidad.
- Resulta erróneo el argumento de Cryopharma relativo a que le dejó en estado de indefensión, pues a pesar de que no conozca la información proporcionada por los demás agentes económicos emplazados, sí puede calcular su propio margen de ganancia utilizando la metodología a la que se hace referencia en párrafos anteriores, ya que no desconoce la propia información que presentó ante esta autoridad relativa al costo total anual para cada medicamento que produce. Lo anterior, ya que se trata de información aportada por el mismo emplazado, así como aquella información relativa a los promedios de los precios que resultaron ganadores en las licitaciones investigadas en el período relativo a los años dos mil tres a dos mil siete[184] y con esa información corroborar o contradecir las cifras mostradas en

[184] Ver fojas 50 y 51 del oficio de probable responsabilidad.

la tabla 32 del oficio de probable responsabilidad, demostrando su dicho relativo al margen de maniobra que tenía para disminuir sus posturas.

p) **El hecho de que esa Comisión considere que la supuesta temporalidad de las llamadas es suficiente para probar un acuerdo colusorio no es argumento suficiente, y menos aún una fundamentación y motivación válida. Además el fundar sus *"teorías"* en documentos emitidos por una organización internacional (como lo hace en el pie de página identificado con el número 144), no es suficiente para probar un acuerdo colusivo. Nuevamente esa Comisión pretende justificar su actuar omiso y tendencioso en "errores mecanográficos" lo cual no puede ser válido para enderezar la serie de inconsistencias y errores en los que basó la resolución recurrida.**

**Finalmente, prueba de la manipulación de la información vertida en el oficio de probable responsabilidad es precisamente la tabla utilizada para probar las llamadas, pues es precisamente la Comisión la que admite que contiene irregularidades y, sin embargo, sostiene su dicho, no obstante que refiere que *"toda vez que esas llamadas no estuvieron cerca de la presentación de las posturas en una licitación, no formaron parte de los porcentajes"***

El argumento anterior resulta **inoperante**, ya que los recurrentes reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD" apartado intitulado "CANALES DE COMUNICACIÓN", específicamente a foja 227, inciso **gg)** de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, sino que simplemente desarrolla conjeturas, sacando de contexto lo argumentado en ella y señalando que la Comisión supuestamente manipuló la información vertida en el oficio de probable responsabilidad y que a pesar de las irregularidades de ésta, sostiene su dicho.

En la resolución recurrida se señaló en síntesis lo siguiente:

- Su argumento[185] resulta fundado, pero insuficiente, en virtud de que si bien no se definen en el oficio de probable responsabilidad esas abreviaturas, lo cierto es que las llamadas que contienen dichas abreviaturas **no fueron tomadas en cuenta por la Comisión para la acreditación a nivel presuntivo de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE**.

[185] *"**gg)** El oficio de probable responsabilidad contiene una serie de cuadros en los que se vertieron datos de las supuestas llamadas entre diversas personas que, por un lado resulta confuso pues en algunos casos menciona que es información "n.d." y "n.a." sin definir tales conceptos, lo cual evidencia que pretendió hacer imputaciones a partir de generalizaciones y argumentos carentes de lógica y, por otro lado, realiza un razonamiento sin fundamento que las llamadas fueron realizadas dentro de un cierto tiempo previo de apertura de licitaciones, lo cual no puede demostrar nada, pues como se mencionó, existieron periodos en los que había licitaciones cada mes, y el argumento del tiempo cercano ya fue analizado. Aún más, ese "criterio" resulta ilógico pues paralelamente existen otros temas a tratar entre empresas, diversos a las licitaciones, como lo son, de manera enunciativa, mas no limitativa, las propias reuniones de la CANIFARMA."*

- Esas llamadas no estuvieron cerca de la presentación de posturas en una licitación, no formaron parte de los porcentajes que se expusieron en el oficio de probable responsabilidad.
- La abreviatura "n.d." (no datos), significa que no se conoce la persona específica que respondió la llamada; no obstante, en los cuadros correspondientes sí se establece claramente que el teléfono o la extensión hacia o desde donde se llamó pertenece a alguno de los emplazados.
- La abreviatura "n.a." (no aplica) significa que las llamadas referidas no se realizaron en los rangos de dos o tres semanas previas a las licitaciones, lo que implica que dichas llamadas no se contemplan en las conclusiones a las que llega la Comisión respecto al porcentaje de llamadas que se hicieron en esos rangos, por lo que en nada afecta a Cryopharma que el cuadro tenga esas abreviaturas, ya que de cualquier manera, las conclusiones a las que arribó la Comisión en el oficio de probable responsabilidad no se ven afectadas.

En este sentido, resulta por demás una manifestación gratuita que los recurrentes señalen que la Comisión *"admite que* [la tabla de llamadas] contiene *irregularidades y, sin embargo, sostiene su dicho"*, ya que se señaló claramente en la resolución que, a pesar de no haber determinado el oficio de probable responsabilidad el significado de las abreviaturas contenidas en las tablas, dichas llamadas no fueron tomadas en cuenta por esta autoridad para la acreditación a nivel presuntivo de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Aunado a lo anterior, en el apartado intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"**, específicamente a foja 391 de la resolución, esta autoridad apuntó que *"pudo constatar de manera adicional que las emplazadas no sólo tenían comunicación dentro de la CANIFARMA,*

*sino también por medios externos, principalmente por medio de llamadas telefónicas entre ellos.*[186] *Lo anterior se confirma mediante los registros de llamadas telefónicas requeridos a las emplazadas por esta autoridad, dado que dichos registros han presentado una serie de coincidencias para los números telefónicos que tienen sus empleados."*

Debe resaltarse que esta autoridad no acreditó la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, utilizando únicamente la lista de llamadas telefónicas realizadas entre empleados de los emplazados, sino que dicha situación es uno de los elementos que corrobora la constante comunicación que tenían las personas físicas, empleadas de las empresas farmacéuticas responsables de la conducta anticompetitiva y que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de sus empresas en las licitaciones del IMSS (además de los miembros de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, otros empleados como los CC. Jesús Héctor Hernández Herrera[187] y Manuel Vázquez Blanco). Adicionalmente, la comunicación entre los empleados de las empresas responsables se realizó en periodos cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.

Lo anterior, se hace evidente en el cuadro mostrado en fojas 392 a 405 de la resolución impugnada, mismo que se transcribe a continuación sólo por lo que hace a Cryopharma y su empleado, el C. Jorge Alberto Silis Franck:

| Empresa | Origen | Número marcado | Fecha | Hora de inicio | Empresa (destino) | Destino | Licitaciones relacionadas | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | [redacted] | 05-May-03 | 18:36 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-007-03<br>00641188-012-03 | 00641195-007-03<br>00641188-012-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 30-Oct-03 | 10:20 | Cryopharma | Conmutador | 00641214-044-03<br>00641106-033-03<br>00641214-016-03 | 00641214-044-03<br>00641106-033-03<br>00641214-016-03<br>00641188-065-03<br>00641218-048-03<br>00641224-038-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 11-Dic-03 | 19:15 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 11-Dic-03 | 13:49 | Cryopharma | Conmutador | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 17-Dic-03 | 11:05 | Cryopharma | Conmutador | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 05-Ago-04 | 10:47 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641214-028-04<br>00641216-054-04 | 00641214-028-04<br>00641216-054-04 |

[186] Sus números telefónicos, como se puntualizó anteriormente, fueron dados a conocer por ellos mismos a través de las listas de asistencia a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.

[187] Baxter estableció expresamente las funciones del C. Jesús Héctor Hernández Herrera como su empleado (folio 38422 del expediente – información clasificada como confidencial que sólo puede ser consultada por el agente económico que la proporcionó).

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | [redacted] | 15-Sep-04 | 14:50 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 15-Sep-04 | 14:57 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 24-Sep-04 | 14:51 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04<br>00641187-043-04<br>00641253-023-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 24-Sep-04 | 14:25 | Cryopharma | Conmutador | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04<br>00641187-043-04<br>00641253-023-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 10-Dic-04 | 11:29 | Cryopharma | Conmutador | 00641228-118-04<br>00641194-058-04<br>00641270-004-04 | 00641228-118-04<br>00641194-058-04<br>00641270-004-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 09-Feb-05 | 18:37 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641194-001-05 | 00641194-001-05<br>00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 10-Ago-05 | 14:46 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 10-Ago-05 | 14:45 | Cryopharma | Conmutador | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 23-Sep-05 | 13:06 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641190-007-05<br>00641237-023-05<br>00641248-024-05<br>00641194-046-05 | 00641190-007-05<br>00641237-023-05<br>00641248-024-05<br>00641194-046-05<br>00641191-038-05<br>00641273-006-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 04-Nov-05 | 11:17 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05 | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 04-Nov-05 | 10:34 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05 | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | [redacted] | 08-Nov-05 | 19:41 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05 | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 17-Nov-05 | 14:12 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 | 00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05<br>00641270-030-07<br>00641216-048-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 02-Dic-05 | 11:44 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641270-030-07<br>00641216-048-05 | 00641270-030-07<br>00641216-048-05<br>00641234-048-05<br>00641207-029-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 02-Dic-05 | 16:42 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641270-030-07<br>00641216-048-05 | 00641270-030-07<br>00641216-048-05<br>00641234-048-05<br>00641207-029-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 22-Dic-05 | 10:54 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641234-048-05<br>00641207-029-05 | 00641234-048-05<br>00641207-029-05<br>00641191-059-05<br>00641216-099-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 13-Ene-06 | 13:20 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641234-001-06 | 00641234-001-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 13-Ene-06 | 13:14 | Cryopharma | Conmutador | 00641234-001-06 | 00641234-001-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 07-Mar-06 | 11:52 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 07-Mar-06 | 15:11 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 07-Mar-06 | 11:51 | Cryopharma | Conmutador | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 17-Ago-06 | 10:38 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-024-06<br>00641220-058-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 15-Nov-06 | 14:08 | Cryopharma | Conmutador | 00641189-033-06<br>00641220-077-06 | 00641189-033-06<br>00641220-077-06<br>00641246-054-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 27-Abr-07 | 13:17 | Cryopharma | Conmutador | - | - |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | | 07-Abr-06 | 18:58 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis | 00641207-046-06<br>00641234-011-06 | 00641207-046-06<br>00641234-011-06<br>00641255-013-06<br>00641139-016-06 |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | [redacted] | 07-Abr-06 | 19:01 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis | 00641207-046-06<br>00641234-011-06 | 00641207-046-06<br>00641234-011-06<br>00641255-013-06<br>00641139-016-06 |

Aunado a lo anterior, la Comisión señaló, a foja 411 de la resolución, que, si bien "*ha utilizado diversos elementos probatorios contenidos en el expediente, lo cierto es que algunas de ellas constituyen evidencias indirectas.*" En otras palabras, los elementos probatorios recabados y rendidos a lo largo del procedimiento fueron valorados en términos del artículo 197 del CFPC, a la luz de las demás actuaciones que obran en el expediente, mismos que adminiculados todos entre sí, brindaron convicción plena a esta autoridad al momento de emitir resolución final al procedimiento IO-003-2006, a efecto de determinar la existencia del acuerdo entre los agentes económicos emplazados precisamente con el objeto de establecer, concertar o coordinar las posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS.

Finalmente, en relación a la nota de pie de página que aluden los recurrentes, resulta **infundado** que esta autoridad haya acreditado el acuerdo colusorio a partir de un documento emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (conocido por sus siglas como "OCDE"). Lo que sí hizo esta autoridad fue señalar lo siguiente:

> *"El tiempo razonable o periodo de tiempo cercano no constituye un parámetro subjetivo sin sustento, como lo afirma el emplazado, pues se encuentran justificados al haberse especificado en las tablas contenidas en el oficio de probable responsabilidad, que las llamadas se realizaron con dos y hasta con tres semanas de anticipación a la fecha en la que debían presentarse las posturas en las licitaciones. **Esa temporalidad es suficiente**, a criterio de esta Comisión, **para que puedan negociar y preparar los documentos de su postura con anticipación y presentarla en los tiempos señalados en las convocatorias de las licitaciones**, los cuales son suficientemente cercanos a la fecha límite de presentación de posturas como para suponer válidamente que **esas llamadas tuvieron como fin la coordinación de las posturas en esas licitaciones.**[188]"*

Así, la nota al pie de página en comentó señaló lo siguiente:

> *"De conformidad con el documento intitulado "Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement", 11 de septiembre de 2006, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el cual se encuentra disponible en la siguiente dirección de Internet; http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf , consultada el veintiocho de enero de dos mil diez. **Dicho documento establece que para el uso de la evidencia económica en la detección de cárteles, debe ser interpretada correctamente por el investigador y para ello es necesario tomar en cuenta las siguientes consideraciones**: (1) que exista algo más que la simple interdependencia de los agentes para que el acuerdo sea inferido; (2) la existencia del acuerdo no puede no puede ser deducida de acciones consistentes con el equilibrio no cooperativo de Nash en un juego no repetido; (3) de acciones consistentes con el equilibrio no cooperativo de Nash en un juego no repetido puede inferirse un acuerdo; **(4) la existencia de un acuerdo no puede ser inferida en ausencia de comunicación de algún tipo entre los investigados.** [Traducción propia]."*

[188] Fojas 225 y 226 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

Una vez más, los recurrentes intentan sacar de contexto las determinaciones realizadas por esta autoridad en la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

q) **En aras de demostrar las contradicciones de esa Comisión, se señala en la resolución que *"esa información* [la relativa a CANIFARMA] *sólo se utilizó en el oficio de probable responsabilidad para demostrar que por su actividad, todos las* [sic] *emplazadas son competidores entres sí".* Dicha aseveración se contradice al argumento respecto que fueron diversos los elementos que se utilizan para probar su "teoría del indicio", ubicando así a la resolución impugnada en un claro plano de ilegalidad.**

**El afirmar que *"es suficiente para acreditar de manera presuntiva un comportamiento que responde razonablemente a una coordinación, establecimiento o concentración entre las empresas emplazadas"* se evidencia que la "teoría de la presunción" se basa en meras manifestaciones sin sustento y que no pueden calificarse como indicios o hechos probados, ya que no encuentran sustento legal alguno, tal y como se ha desarrollado a lo largo del presente recurso.**

El argumento de los recurrentes resulta **infundado**, ya que pretenden tergiversar el pronunciamiento de la Comisión, tomando fuera de contexto la aseveración que cita en su escrito. En consecuencia, se procede a transcribir el argumento de Cryopharma y que fue analizado en la resolución:[189]

> *"m) Pareciera que es ilegal contar con la información de contacto de cada uno de los miembros no sólo de la Comisión, sino de la CANIFARMA y, por otro lado, realiza una afirmación sin sustento pues, una cosa es que los datos insertos en una lista de asistencia sean una referencia y control para efectos internos de la CANIFARMA, a fin de contactar, convocar y/o confirmar asistencias de los miembros de la misma, como cualquier sistema eficiente de convocatoria lo tendría y, otra cosa es que sea un directorio público lo cual, además en caso de serlo, no concluye nada y no comprueba la comisión por parte de mi representar de una práctica sancionada por la legislación en materia de competencia económica."*
>
> [Énfasis añadido]

En respuesta al argumento de Cryopharma, en síntesis esta autoridad determinó lo siguiente:

- Resulta inoperante, toda vez que el oficio de probable responsabilidad no dice que la CANIFARMA ni que el objeto para el cual fue creada sea ilegal, así como tampoco cuestiona sobre los beneficios que para la industria farmacéutica representa este tipo de organismos.

[189] Foja 233 de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006.

- Resulta falsa la manifestación del emplazado relativa a que la Comisión prejuzgó sobre los propósitos que sus miembros tienen para pertenecer a la Cámara o sus obligaciones con respecto a la misma.
- El hecho de que por sus estatutos debían celebrarse reuniones mensuales y que se reunían para tratar diversos asuntos no destruye la presunción señalada en el oficio de probable responsabilidad, en cuanto a que dicha Cámara representa un foro que facilitó que las emplazadas pudieran tratar temas relacionados con la coordinación de posturas en las licitaciones que celebraba con el IMSS.
- La emplazada pretenden desconocer que los medios de comunicación forman parte de uno de los elementos que consideró la Comisión para emitir el oficio de probable responsabilidad, que conjuntamente con los demás indicios permitía advertir que la única justificación para que las posturas perdedoras y ganadoras fueran casi idénticas, era que habían actuado coordinadamente.
- A pesar que sea cierto que la Comisión de Abasto no sea la única que exista dentro de la CANIFARMA, sino que hay muchas otras Comisiones, como lo menciona Cryopharma, el oficio de probable responsabilidad sólo contempló aquella en la que participaban los directivos que tenían bajo su cargo la determinación de los precios de los productos que producen y que se presentan en las posturas de las licitaciones del IMSS en las que participan y cuyos temas a tratar se encontraban directamente relacionados con las licitaciones de medicamentos.
- Cryopharma no señala las razones por las cuales debieron analizarse esas Comisiones y cómo su análisis habría variado las conclusiones a las que se arribó en el oficio de probable responsabilidad.
- Asimismo, **resulta infundado que la Comisión busque sancionar a Cryopharma por el objeto al que se dedica o que haya determinado que su objeto fuera ilegal. Por el contrario, esa información sólo se utilizó en el oficio de probable responsabilidad para demostrar que, por su actividad, todos las emplazadas son competidores entre sí, por ser uno de los supuestos que deben acreditarse respecto de la comisión de prácticas monopólicas absolutas en términos del artículo 9° de la LFCE**.
- Por otro lado, el oficio de probable responsabilidad tampoco condena la existencia de una base de datos de los miembros de la CANIFARMA o directorio telefónico. Simplemente se trata de un elemento más que permitió y facilitó que las emplazadas pudieran ponerse de acuerdo y coordinar sus posturas.
- Aún cuando a la Comisión de Abasto asistían no sólo las emplazadas, sino también otras empresas farmacéuticas, y que en la orden del día se plasmaron temas lícitos a abordar durante las sesiones, lo cierto es que en nada destruye la presunción señalada en el oficio de probable responsabilidad, puesto que, debido a la naturaleza de las prácticas monopólicas absolutas, los acuerdos, convenios, arreglos, contratos o combinaciones entre agentes económicos no suelen ser patentes y manifiestos, sino que, por el contrario, son secretos y buscan medios para poder comunicarse entre sí, sin levantar sospechas, aprovechando el tipo de foros que propician las Cámaras de la industria para reunirse.

- **La asistencia frecuente a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA de todos los agentes económicos que participaron en diversas licitaciones celebradas por el IMSS, las llamadas en periodos cercanos a los procesos licitatorios del IMSS y que fueron realizadas por empleados cuyas funciones estaban relacionadas con la determinación de precios con la que sus empresas participaron en las licitaciones de medicamentos convocadas por el IMSS y el análisis económico del patrón de las posturas es suficiente para acreditar un comportamiento que responde razonablemente a una coordinación, establecimiento o concertación entre las empresas emplazadas**.
- En el oficio de probable responsabilidad nunca se dijo que la CANIFARMA y su Comisión de Abasto se dedicaran a fijar precios para las licitaciones ni que en las reuniones de ese organismo se dieran con ese efecto. Lo que se señaló fue que a partir de las reuniones que se celebraban en la CANIFARMA, es que pudieron tener acceso a los datos personales y laborales de los principales representantes de las emplazadas, así como facilitar la comunicación posterior entre competidores.

De lo expuesto anteriormente, se desprende que los recurrentes intentan dar interpretación de manera mal intencionada y errónea el pronunciamiento de la Comisión, ya que se le señaló que resultaba infundado que se buscara sancionarle por el objeto social al que se dedica o que dicho objeto social fuera por sí ilegal, siendo que la información relativa al objeto social de Cryopharma –y no a la listas de la CANIFARMA como pretenden configurarlo los recurrentes– demostró su actividad económica, *ergo* se constituía como empresa competidora de las demás empresas emplazadas en el Grupo I de medicamentos y en consecuencia se acreditaba uno de los supuestos normativos previstos en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE.

Ahora bien, la mala interpretación que pretenden darle los recurrentes a las determinaciones de esta autoridad, hace evidente la ausencia de agravios en contra de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006, ya que citan el pronunciamiento de la Comisión a los argumentos realizados en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, acto de autoridad emitido para emplazarlo a un procedimiento seguido en forma de juicio en calidad de probable responsable. En este sentido, el pronunciamiento que cita fuera de contexto no fue relativo a la acreditación de la práctica, sino a los hechos que le fueron imputados en dicho oficio de probable responsabilidad.

Por otro lado, no existe una "teoría del indicio" como pretenden hacerlo valer los recurrentes, sino que existen pruebas indirectas que acreditan la responsabilidad de Cryopharma y el resto de empresas emplazadas, así como de las personas físicas por su participación directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta que les fue imputada en el oficio de probable responsabilidad y acreditada en la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez. Esto es así, tal y como se demostró en los capítulos **5** y **6** de la resolución, intitulados **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"** y **"VALORACIÓN Y ALCANCE DE LAS PRUEBAS EN EL EXPEDIENTE"**,[190] en los que se acreditó la práctica

[190] Fojas 374 a 497 del expediente IO-003-2006.

monopólica absoluta imputada en el oficio de probable responsabilidad a partir de la existencia de elementos probatorios recabados durante el procedimiento de investigación, aquéllos que fueron aportados por las emplazadas en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y los exhibidos en la etapa de pruebas para mejor proveer durante el procedimiento seguido en forma de juicio.

Dichos elementos probatorios actualizaron el supuesto normativo contemplado en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE y consistieron en:

1. Que se trató de agentes económicos competidores entre sí;
2. Que dichos agentes económicos competidores establecieron acuerdos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre ellos; y
3. Que esos actos tuvieron como objeto y/o efecto establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los recurrentes plantean agravios sin una causa de pedir, por lo que se traducen en meras afirmaciones sin fundamentos, de lo que resulta esta parte de su argumento en **inoperante**.

Resulta aplicable por analogía al caso en concreto, la jurisprudencia invocada anteriormente y cuyo rubro señala: ***"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",*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**r) Respecto de la supuesta participación en la probable comisión de la práctica monopólica a través de un funcionario de Cryopharma, se destaca la afirmación de esa Comisión en el sentido que se prueba que *"dicha persona tenía un cargo dentro de la misma hasta el dos mil tres"*, cuestión que pasó por alto para desvirtuar la práctica supuestamente cometida por mi mandante, pues si dejó de participar en el dos mil tres y la supuesta práctica colusiva se llevó a cabo de dos mil tres a dos mil seis, resultaba irrelevante la supuesta teoría de comunicación por parte de mi mandante.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**INEXISTENCIA DE FACULTADES DE EMPLEADOS PARA DETERMINAR LOS PRECIOS**", inciso **a)**, a fojas 285 y 286 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- Resulta infundado el argumento de Cryopharma, ya que el propio emplazado confiesa expresamente, que el C. Jorge Alberto Silis Franck era el encargado en su empresa de

determinar los precios para las licitaciones durante todo el periodo investigado, por lo que el hecho de que no hubiera comparecido de dos mil cuatro en adelante a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, en nada afecta las conclusiones del oficio de probable responsabilidad, pues se olvida que dicha confesión fue adminiculada con los demás elementos que fueron recabados y plasmados en el oficio de probable responsabilidad, como en el caso en particular fue el registro de llamadas, en el que se advierte que Cryopharma, a través del C. Jorge Alberto Silis Franck, sostenía comunicación constante con sus competidoras días antes de que debían presentarse posturas en las licitaciones públicas del IMSS en las que participaban.

- El oficio de probable responsabilidad mostró cuáles eran los medios de comunicación que las emplazadas utilizaron para probablemente coordinar sus posturas, y aunque se presentaron conclusiones generales, se plasmaron tablas que señalan particularmente qué empresas se pusieron en contacto y respecto de cuáles licitaciones con sus competidores.
- El hecho de establecer precios de referencia no afecta en nada la posibilidad de fijar un precio, pues sólo se da un parámetro a la alta, pudiendo a la baja determinar cualquier otra cantidad. Además, los precios de referencia fueron utilizados por el IMSS a partir de dos mil seis, por lo que no constituyó un factor que influyera para evitar que las emplazadas se coordinaran.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos plasmados en el escrito de contestación de Cryopharma al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

s) **Esa Comisión realizó un estudio parcial de un muestreo de licitaciones que de ninguna manera puede ser representativo de un comportamiento real, pues si bien pudieran existir algunas coincidencias en algunas posturas, existe una diversidad de posturas y licitantes que no fueron analizados y, por ende, no fueron consideradas para emitir tanto un juicio *a priori* desde el oficio de probable responsabilidad, como una responsabilidad sin sustento en la resolución recurrida.**

**La Comisión reconoce que no estudió todas las licitaciones:** ***"Sin embargo, las licitaciones analizadas en oficio de probable responsabilidad*** **[sic]** ***no corresponden a todas las licitaciones de las claves investigadas de insulina llevadas a cabo por el IMSS entre dos mil tres y dos mil seis, en el oficio de probable responsabilidad sólo se presentan las licitaciones para las cuales se cuenta con toda la información necesaria en el expediente. Las conclusiones de la Comisión son sólo sobre las licitaciones contenidas en el oficio de probable responsabilidad".***

**Con lo anterior queda evidenciado por un lado, que esa Comisión no recabó la información completa, y por tanto, su investigación resulta parcial, ilegal, violatoria de los derechos de los recurrentes y, por otro lado, no motivó la razón de su actuar, es decir, no justificó el hecho de haber requerido y analizado únicamente una fracción de licitaciones y solamente a alguno de los licitantes, con lo cual no puede llegar a una conclusión válida y mucho menos determinar la responsabilidad de los recurrentes, pues de haber hecho una investigación de la totalidad de los elementos, habría concluido necesariamente que no existía una conducta de fijación de posturas como indebidamente lo sostiene la resolución recurrida.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**FALTA DE ANÁLISIS DE TODAS LAS LICITACIONES PÚBLICAS**", en específico en los incisos **q)** y **r)** contenidos a fojas 266 a 270 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalaron lo siguiente:

- El argumento de Cryopharma es infundado.
- El oficio de probable responsabilidad señala a foja 47 que el análisis del comportamiento de las posturas que ofrecieron las empresas investigadas en las licitaciones celebradas por el IMSS de dos mil tres a dos mil seis, se centraría en las claves que conforman el Grupo I y II previamente definidos.
- La identificación de patrones de comportamiento parte de la evaluación de los resultados del conjunto de las licitaciones que el IMSS realizó sobre cada una de las claves de los medicamentos a lo largo de un año.
- En esa evaluación se identifican los comportamientos asociados con un probable establecimiento, concertación o coordinación de posturas. Después, esos patrones son verificados a nivel de licitación por licitación. Finalmente, señaló que toda la información sobre posturas se obtuvo de las actas de las licitaciones llevadas a cabo por el IMSS durante el periodo investigado, mismas que constan en el expediente.
- Las licitaciones que se utilizaron para la elaboración de la Tabla 1 del oficio de probable responsabilidad corresponden a las licitaciones listadas en las Tablas 31 y 33 del oficio en comento.
- Sin embargo, las licitaciones analizadas en oficio de probable responsabilidad no corresponden a todas las licitaciones de las claves investigadas de insulina llevadas a cabo por el IMSS entre dos mil tres y dos mil seis, en el oficio de probable responsabilidad sólo se

presentan las licitaciones para las cuales se cuenta con toda la información necesaria en el expediente.[191] Las conclusiones de la Comisión son sólo sobre las licitaciones contenidas en el oficio de probable responsabilidad.

- En la tabla 2, al igual que en la tabla 3, del oficio de probable responsabilidad sólo se presentan los diez postores con mayor número de apariciones para cada clave por cuestiones de presentación y lo más importante debido a que su inclusión en esa tabla no modifica las conclusiones del oficio de probable responsabilidad. Esto se debe a que el resto de los participantes, así como los postores que aparecen en la tabla pero que no son señalados como probables responsables sólo participan de forma marginal en las licitaciones investigadas.
- Al no presentarse en el resto de los participantes los resultados observados en los emplazados, la Comisión no consideró necesario llamar a todos estos agentes al proceso de investigación. Tal hecho se muestra dentro de las fojas 66 a 76 dentro del oficio de probable responsabilidad que muestran las tablas respectivas de licitación por licitación para las claves 1050 y 1051. Al igual que las tablas de la pagina 49, que muestra quiénes son los ganadores más consistentes dentro de las licitaciones investigadas.
- En ese sentido, en el oficio de probable responsabilidad se muestra que la participación en el monto total licitado para las claves de insulina investigadas se encontraba altamente concentrada. Los cuatro principales ganadores obtuvieron el 95% (noventa y cinco por ciento) del importe total licitado de medicamentos del Grupo I.
- El oficio de probable responsabilidad se realizó con base en la información aportada por el IMSS y por los mismos emplazados, así como con los elementos de convicción necesarios para acreditar la probable responsabilidad de los agentes económicos emplazados al presente procedimiento.
- Cryopharma no proporciona a esta autoridad la información que considera completa y que llevaría a conclusiones diferentes del oficio de probable responsabilidad, así como tampoco objeta la información proporcionada por el IMSS conforme a los requerimientos de información.
- Se analizaron 194 licitaciones correspondientes al Grupo I de medicamentos, por tal razón, las conclusiones de la Comisión son sólo sobre estas licitaciones contenidas en el oficio de probable responsabilidad.
- A fojas 031644 a 031651 y 031652 a 031655 del expediente, se presentan el *Acta del Evento del Presentación de Propuestas Técnica y Apertura de Propuestas Técnicas y Propuestas Económicas* y el *Acta del Evento de Fallo* de la licitación 00641274-002-05, respectivamente. En ellas se muestra que las claves 1050 y 1051 fueron requeridas en dicha licitación. Así también se observa que Cryopharma participó en dicha licitación y obtuvo el 40% de la asignación de la clave 1051.
- Por otro lado, el argumento de Cryopharma resulta inoperante, ya que no menciona qué licitaciones de las tablas 31 y 33 no contienen las claves de insulina investigadas. Tampoco presenta evidencia que demuestre su dicho, de lo que se sigue que su argumento por sí mismo

[191] Por ejemplo: las Bases, actas de apertura económica, actas de fallo, etcétera.

es vago, general e impreciso, lo cual impide a esta autoridad determinar si efectivamente el oficio de probable responsabilidad tomó en consideración "una insulina" que no tiene ninguna de las claves 1050 y 1051 y cómo dicha situación pudo haber causado un agravio al emplazado o modificar las conclusiones a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos plasmados en el escrito de contestación de Cryopharma al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones; de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**FRESENIUS Y MANUEL VÁZQUEZ BLANCO**

**t) Violación del artículo 222 del CFPC en relación con el 8 y 9° de la LFCE, toda vez que la Comisión consideró equivocadamente que el tamaño de la participación de mercado sí es un indicio de colusión y desestimó el argumento de Fresenius. El argumento de Fresenius no fue en el sentido de que no hubiese pruebas de quienes resultaron ser ganadores y en cuántas ocasiones. El motivo del agravio fue que no es posible discriminar a una empresa en una investigación simplemente porque ganó muchas licitaciones y obtuvo ganancias de ello. La Comisión emitió el oficio de probable responsabilidad en contra de las tres empresas más grandes, por el sólo hecho de ser grandes. Así también, omitió el valorar las pruebas ofrecidas por Fresenius conforme a las cuales demostró tener una capacidad de producción al límite de sus posibilidades.**

El argumento de los recurrentes resulta **infundado**, ya que la Comisión si tomó en cuenta su argumento relativo a las participaciones de mercado y a la capacidad limitada de Fresenius, tal y como se señala en los apartados 24 y 35, de la resolución intitulados **"PARTICIPACIONES DE MERCADO"** y **"NO SE EMPLAZARON OTROS AGENTES ECONÓMICOS"**, respectivamente, los cuales señalaron lo siguiente en fojas 281, 282, 316 y 317:

- El simple dicho de que no es un criterio relevante resulta insuficiente para desacreditar el análisis del oficio de probable responsabilidad, sino que se debe mostrar por qué no es relevante, de lo que se sigue que su argumento resulta inoperante.
- La participación de mercado que presenta el oficio de probable responsabilidad revela cuáles son los postores que obtuvieron casi la totalidad de los importes de los contratos licitados, por lo que de forma conjunta con la exactitud de las posturas entre los mismos competidores y el resto de la evidencia económica y de comunicación llevan a la conclusión de un comportamiento colusorio.
- Fresenius no ofrece información que sustente su dicho y por otro lado su participación en las licitaciones evidencia su capacidad de cumplir con los pedidos.
- Aunque es cierto que todas las empresas tienen capacidad limitada, si una empresa ha llegado al límite de su capacidad no participaría en las licitaciones, pues simplemente no podría cumplir con el contrato licitado. Las bases de las licitaciones consideran penas por incumplimiento, como se observa en foja 48 del oficio de probable responsabilidad, por lo que una empresa que participa en la licitación está efectivamente en condiciones de cumplir el contrato, ya que si no tendría que cubrir las pena por incumplimiento. Por lo anterior, su argumento es inconsistente con su participación en las licitaciones investigadas.
- En la tabla 2, al igual que en la tabla 3, del oficio de probable responsabilidad sólo se presentan los diez postores con mayor número de apariciones para cada clave por cuestiones de presentación y lo más importante debido a que su inclusión en esa tabla no modifica las conclusiones del oficio de probable responsabilidad. Esto se debe a que el resto de los participantes, así como los postores que aparecen en la tabla pero que no son señalados como probables responsables sólo participan de forma marginal en las licitaciones investigadas. Al no presentarse en el resto de los participantes los resultados observados en los emplazados, la Comisión decidió no emplazar a aquellos agentes que no presentaron un comportamiento consistente con el presentado por los emplazados.
- Ningún otro agente dentro de la licitación mostró la capacidad para poder influir en el comportamiento de los agentes económicos mencionados como probables responsables, por lo que la Comisión no consideró necesario llamar a todos estos agentes al proceso de investigación, puesto que se observó que CF-Medical y Hi-Tec participaron únicamente 6 y 2 veces en las licitaciones plasmadas de dos mil tres a dos mil cinco, respectivamente, a diferencia de más de cien licitaciones en las que participaron los emplazados. En cuanto a QFM, participó en una sola ocasión y ganó con una diferencia de 0.1 menor al precio que ofertaron las empresas coludidas. Por último, las empresas Hi-Tec, SMS, QFM, CF Medical, Salveco, participaron en menos de diez licitaciones por clave de medicamento.
- Tal hecho se muestra dentro de las fojas 66 a 76 dentro del oficio de probable responsabilidad en el que aparecen las tablas respectivas de licitación por licitación para las claves 1050 y 1051. Al igual que las tablas de la pagina 49, que muestra quiénes son los ganadores más consistentes dentro de las licitaciones investigadas. En ese sentido, en el oficio de probable responsabilidad se demuestra que la participación en el monto total licitado para las claves de

insulina investigadas se encontraba altamente concentrada. Los cuatro principales ganadores obtuvieron el 95% del importe total licitado de medicamentos del Grupo I.

**BAXTER**

**u) La Comisión no analizó la totalidad de las defensas de Baxter, siendo omisa al no citar los siguientes argumentos ni mucho menos contestarlos:**

> ***"b) En lo que se refiere al inciso IV (Intercambio de información entre participantes), no obstante que el título del apartado hace referencia al "intercambio de información entre participantes", en realidad el contenido del mismo se refiere al "conocimiento de las posturas previas" por parte de los participantes."***
>
> ***"...además de que no todos los emplazados participaron en todas las claves, tal como sucedió por ejemplo en el caso de Fresenius, que no participó en las licitaciones de la clave 3611 en casi todo el período en análisis (sino hasta junio de 2006), ni en la clave 3624 en 2003, ni en la clave 3627 en casi todo 2003."***
>
> ***"también hubo entrada y salida de participantes en otros años, sin observarse dicho efecto, como en el caso de la clave 3605 donde además de las emplazadas CF Medical participa en 2003, Salveo en 2004 y 2005, Hi Tec en 2003 y 2004, QFM en 2005 y Aritmédica en 2006, mostrando precios promedio similares a las de Baxter."***
>
> ***"a) Al comentar sobre la regla de asignación múltiple esa H. Comisión olvida considerar que dicha regla disminuye los incentivos de los participantes para obtener precios agresivos al reducir el riesgo de no obtener asignación alguna."***

El agravio de Baxter en relación a los argumentos de relativos al intercambio de la información entre participantes y los relativos a la regla de la asignación múltiple resulta **infundado**, ya que dichos argumentos se contestaron a fojas 144, 145 y 146 de la resolución, la cual señala lo siguiente:

A mayor abundamiento, el presente agravio se abordará y analizará a detalle en el inciso **c)** del apartado **4.8** de la presente resolución intitulado **"INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EXHIBIDAS EN EL PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE ACTÚA"**, por lo que en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento.

Por lo que hace a sus argumentos relativos a que no todos los entonces emplazados, ahora recurrentes, participaron en todas las claves y que hubo entrada y salida de participantes, debe advertirse que haber argumentado de manera oscura que esta autoridad no tomó en consideración el efecto de la entrada y salida de otros participantes, como lo fueron CF Medical, Salveo, Hi Tec y Aritmédica resulta **inoperante**, ya que es Baxter quien tiene la carga procesal de ofrecer argumentos que expliquen por qué la Comisión debió haber tomado en cuenta dicha situación o elemento de análisis,

por lo que no basta con que realicen manifestaciones generales, sino que debe argumentar: **i)** en qué le afecta la omisión de estos actos por parte de la Comisión; **ii)** cómo hubiera cambiado el sentido de la resolución y **iii)** en caso de que la Comisión lo hubiera hecho habrían sido distintas las conclusiones a las que llegó.

Resultan aplicables por analogía al caso en concreto, la jurisprudencia invocada anteriormente y cuyo rubro señala: ***"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"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**v) La Comisión no justifica el que sea válido que considere un mercado con productos que no son sustitutos entre sí y mucho menos sobre la forma en que pretendió subsanar tal situación dividiendo el oficio de probable responsabilidad en Grupos de Análisis.**

**Baxter señaló en el apartado 1.2 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad que, no obstante el amplio margen de actuación con que contó esa Comisión durante la etapa de investigación a consecuencia de la ilegalidad del mercado establecido, se llegó al extremo de emplazar a Baxter con base en el análisis de bienes que no fueron considerados por esa Comisión como medicamentos y, por tanto, no debieron ser objeto de la investigación.**

**Dicho argumento fue citado de forma por demás parcial y truncada, a fojas 105 de la resolución; sin embargo, no fue abordado por esa Comisión para efecto de analizarlo o desestimarlo en forma fundamentada y motivada.**

El argumento anterior resulta **infundado**, ya que resulta falso que esta autoridad se haya pronunciado en el sentido que alega Baxter; es decir, "**que sea válido que considere [la Comisión] un mercado con productos que no son sustitutos entre sí**", de lo que resulta que la recurrente pretende tergiversar el pronunciamiento en la resolución de esta autoridad.

Al respecto, en inciso **E** de la consideración de derecho **TERCERA**, intitulada **"CONDICIONES QUE FACILITAN LA COORDINACIÓN DE POSTURAS"** la Comisión señaló que existían diversas condiciones que facilitaban dicha coordinación en los procesos de licitaciones públicas, entre la que destacó la homogeneidad de los bienes.

En este sentido, indicó que cuando los bienes son homogéneos o estandarizados se facilita el consenso para lograr un acuerdo entre competidores pues la única dimensión de producto que es necesario acordar es su precio. Asimismo, agregó que los productos que debían surtir los ganadores de las

licitaciones del IMSS, mismos que fueron objeto de la investigación procedimiento del expediente IO-003-2006, eran productos estandarizados al constituirse como medicamentos genéricos intercambiables.

Finalmente especificó que en el caso de los medicamentos investigados, las bases de licitación establecían que éstos sean "genéricos intercambiables",[192] por lo que cada uno de estos medicamentos es sustituto perfecto dentro de su clave. De aquí que si la oferta del participante cumple con los requisitos técnicos, lo único que define como ganadora a su postura es el precio más bajo.

Por otro lado, en foja 100 en contestación al argumento plasmado en inciso **a)** del numeral **8** intitulado **"ACUERDO DE INICIO Y MERCADO RELEVANTE"**, se señaló que el análisis de sustitución de bienes tiende a evaluar los alcance de la oferta de un bien y el impacto que genera en la demanda de un mercado determinado o en otros mercados, por lo que en tratándose de prácticas monopólicas absolutas, no era necesario agotar el requisito previsto por el artículo 12 de la LFCE.

A continuación se transcribe lo alegado por Baxter y que fue plasmado en el inciso **a)** en comento:

> *"El acuerdo de inicio de la investigación fue emitido en contravención a lo dispuesto por los artículos 12 y 30 de la LFCE. La Comisión debe tomar en cuenta los criterios establecidos para la determinación del mercado en el cual se va a llevar cualquier tipo de investigación, siendo éstos:* ***i)*** *sustitución de bienes y servicios;* ***ii)*** *costos de distribución e insumos del bien mismo;* ***iii)*** *los costos o probabilidades con que cuentan los consumidores para acudir a otros mercados y* ***iv)*** *las restricciones normativas federales, locales e internacionales."*

Por su parte, la Comisión señaló lo siguiente:

> *"*[E]*l análisis sobre la sustitución de bienes o productos, tiende a evaluar los alcances que tiene la oferta de un bien o servicio y el impacto que genera en la demanda de un determinado mercado o, en su caso, en qué medida influye sobre otros mercados. En el estudio de las prácticas monopólicas absolutas no es necesario agotar dicho requisito legal y económico al momento de evaluar si dos o más agentes económicos son competidores entre sí con el objetivo de determinar el mercado a investigar, ya que basta con acreditar que efectivamente los agentes económicos producen el mismo bien y se encuentran ofertándolo en el mismo mercado o segmento de mercado."*

Por tanto, contrario a lo que señala Baxter, la Comisión sí realizó un análisis, al demostrar que, en términos de las licitaciones realizadas por el IMSS cada producto dentro de su clave es sustituto perfecto una vez que cumple con los requisitos técnicos necesarios para poder competir.

[192] Lo cual se determina con base en un registro sanitario que expide la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (en adelante COFEPRIS), conforme al CMGI y sus actualizaciones que expide el CSG perteneciente a la Secretaria de Salud, así como las normas oficiales mexicanas "NOM-EM-003-SSA1-1998" y "NOM-177-SSA1-1998", que establecen los criterios, requisitos, pruebas y procedimientos para demostrar la intercambiabilidad de los medicamentos.

Se le señala a la recurrente que este análisis económico debe considerar las particularidades de la investigación de los procesos de licitación. Una de esas particularidades es que cada medicamento tiene un uso determinado, por lo que el oficio de probable responsabilidad y la resolución consideraron que cada uno de los medicamentos investigados es sustituto perfecto dentro de su clave.

Esta diferenciación entre productos o medicamentos para cada uso en particular es necesaria para analizar el comportamiento de los participantes en una licitación de productos iguales o muy similares, pues no se podrían comparar las posturas en licitaciones de productos diametralmente diferentes. De forma similar, no se podría comparar el comportamiento de los participantes en un proceso licitatorio de un agente con el poder de compra del IMSS donde los agentes compiten ofreciendo posturas al convocante, contra el comportamiento de estos agentes en el mercado privado donde se realizan negociaciones bilaterales con agentes que cuentan con distintos niveles de compra, por lo que el mecanismo de asignación es diferente al de las licitaciones.

Por último, se aclara a Baxter que como se mencionó en foja 105 de la resolución, las claves del Grupo II de medicamentos se incluyeron porque dichas sustancias pertenecen al CBCM del Sector Salud, al cual está homologado el Cuadro Básico Institucional de Medicamentos del IMSS.

### 3.2 La Comisión no demostró la práctica monopólica absoluta imputada en el oficio de probable responsabilidad

#### Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis

**a) Se viola en perjuicio de Eli Lilly y del C. Eduardo Osorio Traconis el principio de legalidad y debida fundamentación y motivación, toda vez que la Comisión no acreditó la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE. En este sentido, la Comisión debió acreditar que Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis realizaron los siguientes actos:**

1. **Estableció o suscribió contratos, convenios, arreglos o combinaciones de éstos con otras farmacéuticas.**
2. **Que dichos contratos, convenios, arreglos o combinaciones de éstos, tenían un objeto, o,**
3. **Que dichos contratos, convenios, arreglos o combinaciones de éstos, no teniendo un objeto hubieran tenido un efecto, o,**
4. **Que dichos contratos, convenios, arreglos o combinaciones de éstos, tuvieron tanto un objeto como un efecto.**
5. **Que dicho objeto o efecto o ambos, tenían como fin establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.**

**La Comisión jamás acredita que hubieran habido contratos, convenios o arreglos o combinaciones de éstos, mucho menos que éstos se hubieran celebrado con competidores de Eli Lilly. Tampoco acredita que en el supuesto sin conceder que hubiera habido contratos, convenios, arreglos o combinaciones de éstos, tuvieran un objeto o efecto o ambos, y que éstos tuvieran como fin establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.**

**La Comisión confunde lo que realmente tiene que acreditar, ya que a lo largo de la resolución establece que existieron canales de comunicación entre los agentes económicos involucrados, los cuales valga decir tampoco acreditó y, como se puede observar del artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, los canales de comunicación ni siquiera son un elemento constitutivo de la conducta, ya que eso no es lo que le exige acreditar el mencionado artículo.**

**Conforme a la tesis jurisprudencial con rubro *"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE"*, la Comisión se encuentra obligada a respetar la garantía de audiencia, la cual consiste en el respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, también conocida como debido proceso legal.**

**La Comisión no tiene elementos claros y precisos que se adecuen con la norma con la cual pretende sancionar, no es dable que mediante otros actos de su invención no previstos en la misma LFCE, como lo son los canales de comunicación, pretenda realizar una imputación y mucho menos sancionar.**

**De acuerdo con el criterio de jurisprudencia con rubro *"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES"*, la Comisión podrá imputar y sancionar una conducta si ésta se halla en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley; es decir, ajustándose escrupulosamente y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada y no en cambio pretender acreditar un hecho (convenios, contratos o arreglos) mediante la supuesta acreditación de canales de comunicación, los cuales no son parte de, ni es la conducta que se debió de haber acreditado.**

El agravio anterior resulta **infundado** en una parte e **inoperante** en la otra. Lo anterior, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Resulta **infundado**, ya que la Comisión acreditó en el capítulo 5 de la resolución intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"** la práctica monopólica absoluta que se

le imputó de manera presuntiva en el oficio de probable responsabilidad. Para ello, esta autoridad señaló que en términos del artículo 9° de la LFCE son prácticas monopólicas absolutas, *"los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto"* sea cualquiera de los cuatro supuestos contenidos en fracciones previstas en dicho precepto.

En el caso concreto, los elementos que acreditan la existencia de la práctica en términos de la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, son los siguientes:

1. Que se trate de agentes económicos competidores entre sí;
2. Que dichos agentes económicos competidores establezcan acuerdos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre ellos; y
3. Que esos actos tengan como objeto y/o efecto establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Dichos elementos fueron estudiados en el capítulo en comento, los cuales se enuncian de forma breve a continuación:

- **Empresas competidoras entre sí**

  - Durante la etapa de investigación se acreditó que las empresas emplazadas como probables responsables son competidores entre sí en los mercados descritos en el apartado **E** de la sección intitulada "**CONSIDERACIONES**" del oficio de probable responsabilidad.
  - En dicho apartado, esta autoridad determinó, a partir de la información recabada durante la etapa de investigación, que existieron conductas probablemente violatorias de la fracción IV del artículo 9° de la LFCE en licitaciones convocadas por el IMSS y que incluyeron dos grupos de medicamentos conforme a los grupos de empresas que concurrieron en cada uno de estos.
  - Eli Lilly concurrió en el primer grupo de medicamentos, consistente en la insulina humana (claves 1050 y 1051), junto con Pisa y Probiomed.
  - De esta manera, se estableció que debían considerarse como mercados investigados los que constituyen cada uno de los medicamentos que conforman los Grupos definidos.
  - Las empresas se constituían como agentes económicos competidores entres sí, de conformidad con los siguientes elementos:
    - El objeto social de las empresas emplazados evidencia que al menos una de sus razones para constituirse es similar, por lo que sus actividades están relacionadas dentro de un mismo mercado;
    - Lo manifestado por las mismas empresas emplazadas en los escritos presentados a la Comisión durante la etapa de investigación. En dichos escritos las empresas responsables se señalan mutuamente como competidores dentro de los mercados de medicamentos licitados por el IMSS; y

- La participación activa de las responsables dentro de los mercados analizados. En este punto, se hace necesario resaltar que el oficio de probable responsabilidad realizó un análisis contenido en fojas 49 a 147, de aquellas licitaciones entregadas por el IMSS a esta autoridad durante el período investigado y respecto de los grupos de medicamentos señalados anteriormente.

- **Contratos, convenios, arreglos o combinaciones cuyo objeto o efecto haya sido establecer, concertar o coordinar posturas en licitaciones públicas**

  - Existe evidencia que demuestra que las emplazadas cuentan con los instrumentos y medios de comunicación suficientes para lograr un acuerdo colusorio respecto de las licitaciones del IMSS.
  - Existen pruebas que acreditan la existencia de comunicación entre los directivos de las distintas empresas en periodos cercanos al evento de apertura de propuestas de las diferentes licitaciones.
  - En el capítulo 6 del oficio de probable responsabilidad se realizó una descripción de la información y documentación presentada por las emplazadas, así como por la CANIFARMA, que permiten acreditar la existencia y utilización de estos medios de comunicación útiles para llevar a cabo el establecimiento, concertación o coordinación entre los distintos agentes.
  - La existencia y utilización de estos medios de comunicación entre agentes que son competidores entre sí, adminiculada con la evidencia económica presentada en la resolución y en el oficio de probable responsabilidad, mostró un comportamiento de mercado solamente justificable mediante la existencia de un acuerdo colusorio entre las emplazadas con el objeto o efecto de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones del IMSS.
  - Durante la etapa de investigación la Comisión se allegó de elementos probatorios suficientes para demostrar a nivel presuntivo que empleados de las emplazadas estuvieron en constante comunicación durante el periodo comprendido del año dos mil tres a dos mil seis, elementos que se relacionaron en la resolución del expediente IO-003-2006 en fojas 380 a 414.

- **Existencia del acuerdo**

  - *Evidencia económica de la existencia de un acuerdo:* al actuar de forma independiente, las empresas tienen incentivos a competir entre ellas para obtener una mayor participación de mercado que incremente sus beneficios económicos. Esta competencia se puede dar a través de distintas características de los productos y servicios que ofrecen; sin embargo, los productos investigados son homogéneos por los propios requerimientos de las licitaciones del IMSS.

- Las emplazadas tendrían que competir entre ellas para vender sus productos a través de un mejor precio. Esto es, en un mercado competitivo, cada empresa buscaría ofrecer de forma independiente un precio más bajo para incrementar su participación siempre y cuando no incurra en pérdidas. Es decir, cada empresa tendría el incentivo a ofrecer menores precios que sus competidores y así ganar un mayor número de licitaciones para incrementar su participación junto con su beneficio económico.
- Una colusión en los procesos de licitación del IMSS tiene el objeto de coordinar posturas para incrementar los precios que resultarían de una licitación con posturas independientes. De esta forma, los costos de los medicamentos aumentan para el convocante, con lo que el conjunto de las emplazadas obtienen ganancias económicas mayores al que tendrían un comportamiento independiente, en detrimento del IMSS.
- Lo anterior sólo es viable bajo una colusión que actualiza los supuestos del artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, con objeto de coordinar las posturas, en el cual las emplazadas sacrifican la posibilidad de ganar un mayor número de licitaciones a cambio de ganancias extraordinarias en aquéllas en las cuales efectivamente ganan con base en dicho acuerdo colusorio.
- El análisis presentado en el oficio de probable responsabilidad de foja 47 a 146, muestra que los precios ofrecidos por las emplazadas no corresponden a un comportamiento independiente y competitivo, y es que los patrones de comportamiento de cada una de ellas muestra una alternancia para ganar licitaciones y perderlas, y que este patrón de esta conducta tiende a disminuir sólo ante factores que incrementan la competencia.
- La división de los mercados queda evidenciada mediante participaciones de mercado prácticamente equitativas entre las empresas coludidas en cada cártel de acuerdo a los grupos de medicamentos definidos por la Comisión en el oficio de probable responsabilidad.
- La situación que se dio en las licitaciones del IMSS de dos mil tres a dos mil seis entre las emplazadas se debe a un comportamiento coordinado, resultado de acuerdos colusorios entre dichas empresas que precisamente tuvieron por objeto o efecto el establecimiento, concertación y coordinación de las posturas.
- Esta evidencia económica, adminiculada con el hecho de que en el periodo de investigación se probó no sólo que existían medios y canales de comunicación entre las emplazadas y entre sus directivos, sino que efectivamente existió comunicación intensa entre los mismos en fechas previas a las licitaciones, demuestra la formación y ejecución de un acuerdo entre competidores con el objeto y efecto de establecer, concertar y coordinar las posturas.
- La conducta mostrada por las empresas emplazadas respecto a las licitaciones celebradas por el IMSS para los Grupos I y II, sugiere que no actuaron de forma independiente, sino de manera evidentemente coordinada con sus principales competidores. Además, las emplazadas no sólo sabían con cuáles posturas habían ganado, sino también con cuáles posturas sus competidores habían sido ganadores, por lo que no hay una razón lógica, ni jurídica o económica para explicar cómo es que las emplazadas pretendían resultar

ganadores con un precio mayor a aquél con el que habían sido ganadores en otra licitación.

- Lo anterior se refuerza con el hecho de que el número de posturas bajas nunca supera al número máximo de ganadores posibles de acuerdo con el criterio de asignación múltiple para cada licitación. Es decir, para aquellas licitaciones cuyas bases determinaran que la asignación múltiple sería para dos empresas, a lo mucho dos de las emplazadas presentaban una postura con una diferencia menor al 1.5% (uno punto cinco por ciento); y en los casos en que la asignación permitía tres ganadores, a lo mucho eran tres emplazadas que ofrecieron posturas dentro del rango que les garantizaría lograr un porcentaje de la asignación. Ello demuestra que no existió intento alguno de cambiar esta dinámica, a pesar de que las emplazadas conocían los precios que pudieran incrementar la probabilidad de ganar la licitación.
- Así pues, esta autoridad está convencida de que en un proceso de licitación con varios participantes que buscan maximizar sus ganancias de forma independiente, cada participante tiene incentivos para ofrecer un mejor precio para incrementar la probabilidad de obtener el contrato licitado, sin incurrir en pérdidas o sanciones establecidas por la LAASSP. Esta competencia por obtener el contrato licitado lleva a que las empresas realicen posturas que tiendan a los costos de los participantes –incluyendo márgenes de ganancia competitivos- y que el IMSS obtenga las mejores condiciones del mercado.
- El patrón de comportamiento en las licitaciones de medicamentos pertenecientes al Grupo I y Grupo II, investigado por la Comisión durante los años dos mil tres a dos mil seis, es incongruente con lo descrito en el inciso anterior. Por el contrario, este patrón puede ser razonablemente explicado como resultado de un acuerdo colusorio entre las empresas emplazadas a fin de evitar el proceso de competencia y mantener las posturas ganadoras en un nivel artificialmente alto en perjuicio del Estado.
- Este acuerdo colusorio consistió en mantener la posturas ganadoras en un nivel acordado por empresas competidoras entre sí, por encima del que hubiera resultado de un proceso competido, tomando turnos en los roles de ganador y perdedor para distribuirse entre ellos los importes licitados. En el caso de las licitaciones con asignación múltiple, los roles de ganador los tomaban varias de las emplazadas.
- Los márgenes obtenidos por estas empresas coludidas muestran que, a pesar de existir espacio para ofrecer precios más bajos e incrementar así la probabilidad de ganar más licitaciones, no lo hicieron y mantuvieron sus posturas en los mismos niveles. Además, estos márgenes muestran que la similitud de posturas no obedece a un mercado competitivo.
- En constancias del expediente existen elementos que prueban la forma en que las emplazadas contaron con medios y canales de comunicación que facilitaban lograr un acuerdo colusorio, en específico los siguientes:
  - La asistencia a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, y

- El registro de llamadas telefónicas entre distintos directivos comerciales de las emplazadas.

- La propia CANIFARMA manifestó que entre las responsabilidades de la Comisión de Abasto, se identifica la tarea de proveer a sus afiliados el acceso a una base con los datos que recaba de los fallos licitatorios que les garantizara a éstos consultas "expeditas y rápidas en materia". Este elemento representa la existencia de un mecanismo de monitoreo asequible a las empresas ahora responsables.[193]
- Lo anterior, sin menoscabo de los elementos que, de por sí, ya están a disposición de las empresas para realizar un monitoreo sistemático de los resultados de las licitaciones, dada la transparencia de los procesos de licitación, como son:
  - El mismo proceso de licitaciones, porque da a conocer cada una de las propuestas hechas por cada empresa en los eventos de apertura de propuestas de manera pública.
  - La página de Transparencia del IMSS, en la que se tiene acceso a las actas de apertura de propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada proceso de licitación, así como a las actas de fallos de las mismas.
  - El sistema Compranet, que siendo el Sistema Electrónico de Contrataciones Gubernamentales pone a disposición de cualquier persona la información de los procesos de licitaciones en su página de Internet y a través de las consultas que se pueden realizar al sistema por distintos medios.

- Adicionalmente, tanto la frecuencia como el volumen de las llamadas telefónicas disminuyeron drásticamente a partir del año dos mil siete, lo cual coincide con la disminución de la asistencia de estos directivos a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA. Lo anterior apunta a que el uso de los distintos medios de comunicación cesa en paralelo a los cambios en el comportamiento de las emplazadas en las licitaciones del IMSS.
- Hay evidencia que acredita que existió comunicación directa entre los directivos de las emplazadas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta de las posturas de licitación y que se comunicaron en periodos cercanos (entre dos y tres semanas antes), a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.
- La frecuencia y el volumen de las llamadas realizadas entre los años dos mil tres y dos mil seis evidencia que los directivos de las empresas involucradas estuvieron en comunicación directa entre sí.
- La presencia general de los ejecutivos dentro del directorio de la Comisión de Abasto, así como su registro en las listas de asistencia de las reuniones de dicha Comisión de Abasto deja de notarse o aparecer a partir del año dos mil seis, lo que corresponde al cambio en

[193] Foja 423 de la resolución en el expediente IO-003-2006.

las estrategias con las que se participaba en las licitaciones estudiadas. Lo anterior, sugiere que, al cesar el probable intercambio de información entre las emplazadas, fue menos necesario para ellas asistir a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.

De lo anterior se desprende, contrario a lo que señalan los recurrentes en su escrito, lo siguiente:

- La comunicación no fue el único elemento que la Comisión tomó en cuenta para acreditar la práctica monopólica absoluta que les fue imputada a los ahora recurrentes, sino que tal y como se señaló a lo largo del oficio de probable responsabilidad y en la resolución, la existencia y utilización de diversos medios de comunicación entre agentes que son competidores entre sí, adminiculada con la evidencia económica, mostró un comportamiento de mercado solamente justificable mediante la existencia de un acuerdo colusorio entre las emplazadas con el objeto o efecto de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones del IMSS.

Finalmente, el argumento de Eli Lilly y del C. Eduardo Osorio Traconis resulta **inoperante**, ya que no señalan cuáles son las formalidades esenciales del procedimiento que no respetó esta autoridad en la resolución emitida en el procedimiento seguido en forma de juicio.

No obstante lo apuntado, considerando el criterio emitido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, las formalidades esenciales del procedimiento son aquéllas que garantizan una adecuada y oportuna defensa previo al acto privativo. En este sentido, el artículo 33 de la LFCE se traduce en dichas formalidades, por lo que a continuación se exponen las actuaciones por parte de la Comisión en cumplimiento a dicho precepto normativo:

| | | |
|---|---|---|
| **Fracción I** | **Emitir un oficio de probable responsabilidad mismo que contendrá:**<br>**a) Nombre del probable responsable**<br>**b) Hechos imputados**<br>**c) Disposiciones legales violadas**<br>**d) Pruebas y elementos de convicción de los que derive la probable responsabilidad**<br><br>**Esto se traduce como la notificación del inicio del procedimiento seguido en forma de juicio y sus consecuencias.** | El oficio de probable responsabilidad se emitió el once de marzo de dos mil nueve y se notificó a Eli Lilly el doce de marzo de dos mil nueve y a Eduardo Osorio Traconis el trece de marzo de dos mil nueve. |
| **Fracciones II y III** | **Oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en su defensa.** | Así lo hicieron los emplazados en sus escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad presentados ante la Oficialía de Partes de la Comisión el día siete de mayo de dos mil nueve. |

| | | |
|---|---|---|
| **Fracciones IV y V** | **Oportunidad de formular alegatos.** | Los emplazados fueron llamados a formular alegatos; sin embargo, Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis fueron los únicos que no formularon alegaciones.[194] |
| **Fracción VI** | **Dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.** | El Pleno de la Comisión emitió resolución el veintiocho de enero de dos mil diez.[195] |

Sirve de apoyo a lo expuesto anteriormente, el siguiente criterio de jurisprudencia emitido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación:

> **FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.** La **garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto** privativo de la vida, libertad, propiedad, **posesiones o derechos**, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas **son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos:** 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. No. Registro: 200,234. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Común. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. II, Diciembre de 1995. Tesis: P./J. 47/95. Página: 133.
> [Énfasis añadido]

Por tanto, la Comisión ha atendido las formalidades esenciales del procedimiento conforme a la LFCE tal y como se expuso en el cuadro anterior.

**PROBIOMED Y ALFONSO SALVADOR HUERTA SUÁREZ**

**b) La resolución contraviene los artículos 28 de la Constitución, 9º, fracción IV y 12 de la LFCE y 1792 del Código Civil Federal (en adelante CCF), ya que no demuestra la existencia de los elementos para configurar la práctica imputada en virtud de lo siguiente:**

---

[194] Además de Jorge Alberto Silis Franck, quien no dio contestación al oficio de probable responsabilidad. Mediante dicho acuerdo se concedió a las emplazadas un plazo de diez días hábiles para que formularan por escrito los alegatos que en derecho correspondían en los siguientes términos: *"Finalmente, visto el estado que guarda el expediente al rubro citado y toda vez que no se aprecia otra prueba adicional que desahogar en el presente procedimiento, con fundamento en los artículo 33, fracciones IV y V de la Ley Federal de Competencia Económica y 39, segundo párrafo, fracción II, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, **se concede a todas las emplazadas al presente procedimiento un plazo de diez días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación del presente acuerdo, para que formulen por escrito los alegatos que en derecho correspondan**."* [Énfasis añadido]. Folios 91559 y 91560 del expediente IO-003-2006.

[195] El once de marzo de dos mil diez, el Pleno de la Comisión determinó el monto de la multa impuesta en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez a las personas físicas que fueron emplazadas al procedimiento IO-003-2006, tal y como lo señala el antecedente **NOVENO** de la presente resolución.

1. **La fracción IV del artículo 9° de la LFCE establece como requisito la existencia de competidores, lo cual debe demostrarse económicamente. Por tanto, para determinar la existencia de competidores la Comisión debió haber definido un mercado relevante, situación que no acontece por lo que se viola el primer supuesto del artículo 9°, fracción IV, de la LFCE.**
2. **El segundo elemento que debe acreditarse, es la existencia de un contrato, convenio, acuerdo, etc., por lo que en términos de los artículos 1792, 1793, 1794, 1803, 1824, 1825 y 1827 del CCF, la Comisión debió haber acreditado su existencia, situación que no se verificó y que determina la ilegalidad de la resolución.**
3. **La fracción IV del artículo 9° de la LFCE establece como requisitos normativos establecer, concertar o coordinar posturas o abstenerse de participar en licitaciones, concursos, subastas, o almonedas públicas. Sin embargo, la Comisión omitió acreditar el mecanismo específico a través del cual las partes convinieron turnarse las posturas en las licitaciones y la sanción en caso de incumplimiento.**
4. **El cuarto elemento implica que la conducta haya tenido como efecto el alza de los precios y/o la obligación de pagar precios exagerados. Sin embargo, la Comisión no acredita que se hayan dado cualquiera de esos supuestos. La resolución[196] incluso, señala que: "*... los fundamentos y motivos de las imputaciones hechas a los presuntos responsables no se basan en si el precio de referencia es alto o bajo, sino en un patrón de conducta de las posturas de los agentes económicos dentro del margen con el cual aceptaba el IMSS el precio de las posturas...*"**

El agravio anterior resulta **infundado** por una parte e **inoperante** por la otra, en atención a las siguientes consideraciones:

Resulta **infundado**, en cuanto a la supuesta ausencia de acreditación de la práctica monopólica absoluta que le fue imputada a Probiomed en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, para el análisis de su agravio en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite al pronunciamiento realizado por esta autoridad en el inciso **a)** anterior.

Por otro lado, resulta **inoperante**, toda vez que los recurrentes introducen argumentos novedosos que perfeccionan aquél que hicieron valer de manera deficiente en el procedimiento IO-003-2006, relativo a la escueta manifestación que realizaron en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad respecto al capítulo 7 de dicho oficio relativo a **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA"**, pretendiendo que se valore fuera de tiempo, en un intento por corregir y mejorar su contestación al oficio de probable responsabilidad.

[196] Foja 339 de la resolución del expediente IO-003-2006.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

## CRYOPHARMA Y JORGE ALBERTO SILIS FRANCK

**c) En las listas que se contienen en la resolución recurrida no se desprende la asistencia del C. Jorge Alberto Silis Franck a sesión alguna de dicha Comisión de Abasto y responsable de la comisión de prácticas monopólicas absolutas cometidas por dicho funcionario, cuando el funcionario ni siquiera asistió a las sesiones citadas.**

**A dicho funcionario de Cryopharma se le fincó responsabilidad por la comisión de supuestas prácticas monopólicas absolutas, desde el año de dos mil dos hasta el año de dos mil cinco, lo que resulta a todas luces absurdo, cuando la propia Comisión reconoce que Jorge Alberto Silis Franck no asistió a reunión alguna de dicha Comisión, según se desprende de las listas de asistencia contenidas en las páginas 384 a 387 de la resolución recurrida; consecuentemente, al no existir los elementos necesarios para considerarlas como un hecho conocido, no pueden válidamente considerarse como indicios y, mucho menos, como una presunción de práctica monopólica alguna, acreditándose así la ilegalidad de la resolución recurrida**

El agravio anterior resulta en una parte **inoperante** y, por la otra, **infundado** como a continuación se analiza:

Resulta **inoperante** en tanto que los recurrentes reitera argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**ARGUMENTOS RELATIVOS A LA CANIFARMA**", inciso l),[197] contenido en fojas 234 a 236 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

[197] "[...]*Asimismo, llama la atención que esa Comisión insiste en realizar imputaciones falsas pues en los cuadros citados en las páginas 149 y 150 advierte que el señor Jorge Alberto Silis Franck ya no participó en la Comisión, sino hasta el año dos mil tres, y en los cuadros subsecuentes de las páginas 152 a 154 insiste en citarlo, lo cual solo comprueba la intención incriminatoria por parte de esa Comisión, basada en razonamientos e información incorrecta y sin fundamento alguno, evidenciando las graves faltas de legalidad del oficio de probable responsabilidad. Nuevamente pretende esa Comisión realizar afirmaciones sin fundamento en la página 155 del oficio de probable responsabilidad al interpretar que la "asistencia a la Comisión de Abasto de la Canifarma por los probables responsables se divide en dos periodos...", lo cual aparte de resultar una generalización sin sustento resulta incorrecto, pues Cryopharma no dejó de participar en la Comisión mencionada, por lo que, se insiste, dicha Cámara no fue utilizada ni por mi representada ni por sus empleados para allegarse de medios de comunicación ni lograr un contacto a fin de establecer posturas, colusivas en las licitaciones."*

- En el oficio de probable responsabilidad nunca se dijo que la CANIFARMA y su Comisión de Abasto se dedicaran a fijar precios para las licitaciones ni que en las reuniones de ese organismo se dieran con ese efecto. Lo que se señaló fue que a partir de las reuniones que se celebraban en la CANIFARMA, es que pudieron tener acceso a los datos personales y laborales de los principales representantes de las emplazadas, así como facilitar la comunicación posterior entre competidores.
- De igual forma, el cuadro[198] que menciona quiénes formaron parte de la Comisión de Abasto y la conclusión sobre que la asistencia a la Comisión de Abasto se dividía en dos etapas fue elaborado con la información recabada durante la investigación, misma que se adminiculó en el oficio de probable responsabilidad con el análisis económico y que acreditó a nivel presuntivo la probable responsabilidad de Cryopharma, por lo que su argumento respecto a que nunca dejó de participar en la misma es irrelevante, pues fortalece los argumentos y conclusiones plasmadas en el oficio de probable responsabilidad, en el sentido de que asistían a esas reuniones con regularidad y que tuvieron contacto continuo dentro de las sesiones de dicha Comisión de la CANIFARMA.
- Por otro lado, **no existe contradicción en las anotaciones o precisiones realizadas a los cuadros de las listas de asistencias**,[199] **pues lo que indican es que en algunos casos se firmaba, pero en el acta de asamblea no aparecía su asistencia o por el contrario no había firma pero en el acta se manifestaba que sí asistió**.
- En cuanto a la supuesta incongruencia entre las tablas que existen a fojas 149 y 150 con las plasmadas a fojas 152 a 154, se le hace notar que, aún y cuando en las listas de asistencia de dos mil cinco a dos mil siete, se colocó el nombre de Jorge Alberto Silis Franck, **los recuadros de asistencia aparecen en blanco, lo que permite advertir que no asistió a esas sesiones y por ello no contradice el cuadro que señala a los integrantes de la Comisión de Abasto en el que se plasma que dicha persona tenía un cargo dentro de la misma hasta el dos mil tres**.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

[198] Fojas 149 y 150 del oficio de probable responsabilidad.
[199] Fojas 151 a 154 del oficio de probable responsabilidad.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, resulta **infundado** que a Jorge Alberto Silis Franck se le imputara responsabilidad por la comisión de prácticas monopólicas absolutas, ya que la responsabilidad que se le imputó fue por su participación directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta en representación o por cuenta y orden de Cryopharma, conforme a lo previsto en la fracción VII del artículo 35 de la LFCE y del artículo segundo transitorio de la referida ley.

En este tenor, tanto el C. Jorge Alberto Silis Franck declaró, en comparecencia ante esta autoridad, que era el encargado de determinar las posturas o precios de las licitaciones, como Cryopharma en respuesta al requerimiento por parte de la Comisión formulado en oficio número DGIPMARCI-10-096-2008-186 señaló que el C. Jorge Alberto Silis Franck era el Director de Ventas a Gobierno durante el período investigado.[200] Esa capacidad de determinación de los precios se extendió, al menos, durante el periodo investigado, pues ha ocupado el puesto de Director de Ventas desde hace nueve años.[201]

Ahora bien, en el capítulo 5 de la resolución impugnada intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"** se demostró la responsabilidad de Cryopharma a partir de que se acreditaron los supuestos previstos en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE y que consistieron en:

- ✓ Que se tratara de agentes económicos competidores entre sí;
- ✓ Que dichos agentes económicos competidores establecieran acuerdos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre ellos; y
- ✓ Que esos actos tuvieran como objeto y/o efecto establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Así las cosas, la evidencia que tomó en cuenta la Comisión para acreditar el acuerdo colusorio consistió en: **i)** la evidencia económica consistente en la concentración de las ganancias de las licitaciones en las empresas emplazadas, la similitud de las posturas para ganar y para perder entre agentes competidores durante el período investigado, la alternancia de las posturas para ganar o para perder, el máximo aprovechamiento de la regla de asignación múltiple, los altos márgenes de

---

[200] Folios 38673 y 38683 del expediente IO-003-2006.

[201] Esto se puede constatar en las preguntas que se le hicieron a dicha persona en su carácter de empleado de Cryopharma, en comparecencia de dos de diciembre de dos mil ocho: "*Mencione cuál es su ocupación actual. --- R. Director de Ventas. --- ¿Quiénes, especificando nombres y puestos, intervienen en la determinación de la postura o precio?* La respuesta fue la siguiente: "*R. Yo*". ---- "*Describa su trayectoria laboral, indique desde cuándo está relacionado con la industria farmacéutica.--- R. 9 años en la Dirección de Ventas. No he ocupado ningún otro puesto en la industria farmacéutica*" (folios 51180 a 51187, específicamente los folios 51181 y 51184 del expediente).

ganancia obtenidos, la existencia de barreras a la entrada, y que sólo se reaccionó competitivamente ante posturas agresivas de otros agentes y la consolidación de las licitaciones realizadas por el IMSS; **ii)** la existencia de medios y canales de comunicación, consistentes en la asistencia de empleados involucrados en las licitaciones celebradas por el IMSS a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA y el registro de llamadas telefónicas entre distintos empleados de las emplazadas; y **iii)** la utilización de esos canales y medios de comunicación, lo que acredita que existió comunicación directa entre los directivos de las empresas emplazadas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta de las posturas de licitación y que se comunicaron en periodos cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.

Toda la evidencia en comento fue adminiculada, misma que mostró un comportamiento de mercado justificable solamente mediante la existencia de un acuerdo colusorio entre las emplazadas con el objeto o efecto de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones del IMSS.

La existencia y utilización de estos medios de comunicación consistieron en:

1. Información relativa a la CANIFARMA y a su Comisión de Abasto al Sector Público.[202]
   - ✓ Órdenes del día
   - ✓ Organigrama
   - ✓ Requisitos para pertenecer a dicho organismo
   - ✓ Actas de sesión
   - ✓ Lista con el nombre de afiliados
   - ✓ Lista con el nombre de cargos ocupados dentro del organismo

2. Responsabilidades a cargo de la Comisión de Abasto al Sector Público de la CANIFARMA.

   El C. Jorge Alberto Silis Franck declaró, en comparecencia ante esta autoridad, que era el encargado de determinar las posturas o precios de las licitaciones. Esa capacidad de determinación de los precios se extendió, al menos, durante el periodo investigado, pues ha ocupado el puesto de Director de Ventas desde hace nueve años.[203]

   Esto se puede constatar en las preguntas que se le hicieron a dicha persona en su carácter de empleado de Cryopharma, en comparecencia de dos de diciembre de dos mil ocho:

[202] Dicha Comisión de abasto tenía diversos objetivos institucionales entre los cuales destacan: (i) el que dicha Comisión de Abasto fuese el enlace con las diversas dependencias e instituciones gubernamentales de la Administración Pública Federal adquirentes de insumos para la salud; y (ii) analizar la problemática del sector en cada una de las dependencias y presentar las propuestas correspondientes en beneficio de los intereses generales de la industria farmacéutica. Folio 39209 del expediente IO-003-2006.
[203] Folios 51180 a 51187, específicamente los folios 51181 y 51184 del expediente IO-003-2006.

*"Mencione cuál es su ocupación actual. --- R. Director de Ventas. --- ¿**Quiénes, especificando nombres y puestos, intervienen en la determinación de la postura o precio?**"* La respuesta fue la siguiente: "***R. Yo***". ---- *"Describa su trayectoria laboral, indique desde cuándo está relacionado con la industria farmacéutica.--- R. 9 años en la Dirección de Ventas. No he ocupado ningún otro puesto en la industria farmacéutica"*

3. Comunicación por medios distintos a la CANIFARMA:

Lo anterior se confirma mediante los registros de llamadas telefónicas requeridos a las emplazadas por esta autoridad, dado que dichos registros han presentado una serie de coincidencias para los números telefónicos que tienen sus empleados, quienes tenían funciones en la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de sus empresas en las licitaciones celebradas por el IMSS. Debe señalarse que Cryopharma no entregó lista de llamadas.

En específico el C. Jorge Alberto Silis Franck recibió llamadas de Carlos Arturo Villaseñor López, empleado de Pisa, y de Jaime Uribe de la Mora, empleado Probiomed. Dichas empresas son competidoras de Cryopharma en el Grupo I de medicamentos.

| Empresa (origen) | Origen | Número Marcado[204] | Fecha | Hora de inicio | Empresa (destino) | Destino | Tiempo previo apertura de licitaciones en las siguientes | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | 2 semanas | 3 semanas |
| | | [redacted] | | | | | | |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 05-May-03 | 18:36 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-007-03<br>00641188-012-03 | 00641195-007-03<br>00641188-012-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 30-Oct-03 | 10:20 | Cryopharma | Conmutador | 00641214-044-03<br>00641106-033-03<br>00641214-016-03 | 00641214-044-03<br>00641106-033-03<br>00641214-016-03<br>00641188-065-03<br>00641218-048-03<br>00641224-038-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 11-Dic-03 | 19:15 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 11-Dic-03 | 13:49 | Cryopharma | Conmutador | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 17-Dic-03 | 11:05 | Cryopharma | Conmutador | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 05-Ago-04 | 10:47 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641214-028-04<br>00641216-054-04 | 00641214-028-04<br>00641216-054-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 15-Sep-04 | 14:50 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 |

[204] La información mostrada en esta columna fue clasificada como confidencial en términos del artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE, misma que estuvo disponible únicamente para las empresas que la proporcionaron.

| Empresa (origen) | Origen | Número Marcado[204] | Fecha | Hora de inicio | Empresa (destino) | Destino | Tiempo previo apertura de licitaciones en las siguientes | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | 2 semanas | 3 semanas |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | [redacted] | 15-Sep-04 | 14:57 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 24-Sep-04 | 14:51 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04<br>00641187-043-04<br>00641253-023-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 24-Sep-04 | 14:25 | Cryopharma | Conmutador | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04<br>00641187-043-04<br>00641253-023-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 10-Dic-04 | 11:29 | Cryopharma | Conmutador | 00641228-118-04<br>00641194-058-04<br>00641270-004-04 | 00641228-118-04<br>00641194-058-04<br>00641270-004-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 09-Feb-05 | 18:37 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641194-001-05 | 00641194-001-05<br>00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 10-Ago-05 | 14:46 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 10-Ago-05 | 14:45 | Cryopharma | Conmutador | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 23-Sep-05 | 13:06 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641190-007-05<br>00641237-023-05<br>00641248-024-05<br>00641194-046-05 | 00641190-007-05<br>00641237-023-05<br>00641248-024-05<br>00641194-046-05<br>00641191-038-05<br>00641273-006-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 04-Nov-05 | 11:17 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05 | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 04-Nov-05 | 10:34 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05 | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |

| Empresa (origen) | Origen | Número Marcado[204] | Fecha | Hora de inicio | Empresa (destino) | Destino | Tiempo previo apertura de licitaciones en las siguientes | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | 2 semanas | 3 semanas |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | [redacted] | 08-Nov-05 | 19:41 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05 | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 17-Nov-05 | 14:12 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 | 00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05<br>00641270-030-07<br>00641216-048-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 02-Dic-05 | 11:44 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641270-030-07<br>00641216-048-05 | 00641270-030-07<br>00641216-048-05<br>00641234-048-05<br>00641207-029-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 02-Dic-05 | 16:42 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641270-030-07<br>00641216-048-05 | 00641270-030-07<br>00641216-048-05<br>00641234-048-05<br>00641207-029-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 22-Dic-05 | 10:54 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641234-048-05<br>00641207-029-05 | 00641234-048-05<br>00641207-029-05<br>00641191-059-05<br>00641216-099-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 13-Ene-06 | 13:20 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641234-001-06 | 00641234-001-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 13-Ene-06 | 13:14 | Cryopharma | Conmutador | 00641234-001-06 | 00641234-001-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 07-Mar-06 | 11:52 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 07-Mar-06 | 15:11 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 07-Mar-06 | 11:51 | Cryopharma | Conmutador | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 17-Ago-06 | 10:38 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-024-06<br>00641220-058-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | | 15-Nov-06 | 14:08 | Cryopharma | Conmutador | 00641189-033-06<br>00641220-077-06 | 00641189-033-06<br>00641220-077-06<br>00641246-054-06 |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | | 07-Abr-06 | 18:58 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis | 00641207-046-06<br>00641234-011-06 | 00641207-046-06<br>00641234-011-06<br>00641255-013-06<br>00641139-016-06 |

| Empresa (origen) | Origen | Número Marcado[204] | Fecha | Hora de inicio | Empresa (destino) | Destino | Tiempo previo apertura de licitaciones en las siguientes | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | 2 semanas | 3 semanas |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | [redacted] | 07-Abr-06 | 19:01 | Cryopharma | Jorge Alberto Silis | 00641207-046-06<br>00641234-011-06 | 00641207-046-06<br>00641234-011-06<br>00641255-013-06<br>00641139-016-06 |

Por esta razón, las llamadas realizadas durante este periodo entre aquellos empleados que influyen sobre los precios son hechos secundarios que en combinación con otros hechos probados dan como resultado la acreditación de un acuerdo o concertación. Dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resulta muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones y en todo caso ello no se acreditó por los ahora responsables.

Adicionalmente, tanto la frecuencia como el volumen de las llamadas telefónicas disminuyeron drásticamente a partir del año dos mil siete, lo cual coincide con la disminución de la asistencia de estos directivos a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.[205] Lo anterior, apunta a que el uso de los distintos medios de comunicación cesa en paralelo a los cambios en el comportamiento de las emplazadas en las licitaciones del IMSS.

Asimismo, existe evidencia de las llamadas telefónicas que sostuvo el C. Jorge Alberto Silis Franck con empleados de Pisa y Probiomed, empresas competidoras de Cryopharma, y cuyas funciones laborales eran similares; es decir, tenían como funciones la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de sus empresas en las licitaciones celebradas por el IMSS. Dicha evidencia sirvió para demostrar la existencia de un ambiente propicio para utilizar los canales de comunicación entre las empresas sancionadas y esto se adminiculó con aquélla de naturaleza económica que realizó la Comisión de foja 414 a foja 424, en la que se determinó que el comportamiento de mercado solamente se justificaba mediante la existencia de un acuerdo colusorio entre las emplazadas con el objeto o efecto de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones del IMSS.

**d) Si bien es cierto que la Comisión manifiesta que supuestamente existieron 36 comunicaciones telefónicas entre Cryopharma y Pisa y 6 entre Cryopharma y Probiomed, lo cierto es que esa Comisión no debó calificarlas como presunciones, ni siquiera como indicios, por no contar con esa calidad, ya que no es un hecho probado o conocido que las mismas se hubieran realizado para coordinar las posturas de las licitaciones en las que participaron ante el IMSS por las siguientes razones:**

[205] Fojas 423 y 424 de la resolución en el expediente IO-003-2006.

- **11 de las llamadas incluidas en la tabla contenida en las páginas 392 a 405 de la resolución recurrida fueron supuestamente recibidas en el conmutador de Cryopharma, por lo que no se encuentran asignadas al C. Jorge Alberto Silis Franck y las pudo haber recibido cualquier otra persona de la empresa, además sin especificar a qué conmutador de Cryopharma, ya que cuenta con dos: uno en la ciudad de Guadalajara, Jalisco y, el otro, en la ciudad de México, Distrito Federal.**
- **Resultaría imposible que el C. Jorge Alberto Silis Franck se encuentre en ambas localidades al mismo tiempo.**
- **No se tuvo acceso a dicha información, por lo que Cryopharma y Jorge Alberto Silis Frank no pudieron corroborarla y se les causa un agravio al cuartarles su derecho de defensa.**
- **Al no existir los elementos necesarios para considerar tales llamadas como un hecho conocido, no pueden considerarse como indicios y, mucho menos, como una presunción de práctica monopólica alguna.**

Tal argumento resulta **inoperante**, toda vez que constituye un argumento novedoso que perfecciona aquél que Cryopharma hicieron valer de manera deficiente en el procedimiento IO-003-2006 o que se tuvieron por ciertos al no dar respuesta al oficio de probable responsabilidad en tiempo en el caso de Jorge Alberto Silis Franck, relativo a la escueta manifestación de no se tuvo acceso a dicha información, por lo que no pudieron corroborar dicha información y se causa un agravio a éstas al cuartarles su derecho de defensa, pretendiendo que se valore fuera de tiempo, en un intento por corregir y mejorar su contestación al oficio de probable responsabilidad.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo apuntado, se precisa que, de no ser inoperante, su argumento resultaría **infundado**, ya que es falso que se haya dejado en estado de indefensión a Cryopharma o a Jorge Alberto Silis Frank, al negársele el acceso a los documentos clasificados como confidenciales de otros agentes económicos, pues la información que resultaba útil para su defensa se encontraba plasmada en el oficio de probable responsabilidad y en el expediente del asunto, el cual, salvo por la información confidencial de otros agentes económicos, estuvo a su disposición desde el momento mismo de su emplazamiento. La única información clasificada como confidencial fue aquélla relativa a los números de teléfono que aparecían en el recibo, siendo que en éstos además existe información ajena al presente procedimiento, como los es el importe del recibo telefónico y los demás teléfonos marcados por los agentes económicos que presentaron la información.

Ahora bien, debe resaltarse que si los recurrentes consideraba que el conocimiento de dichos números resultaba trascendente para su defensa, hubiera solicitado durante el plazo previsto en el artículo 33, fracción II, de la LFCE, dicha información a la Comisión como así lo hizo mediante escrito presentado el doce de marzo de dos mil diez, el cual también presentó el C. Jorge Alberto Silis Franck por su propio derecho.[206]
Lo anterior se verifica a partir del acuerdo emitido el diecinueve de abril de dos mil diez por el Secretario Ejecutivo de la Comisión, quien ordenó dar cumplimiento a la autorización de Pisa y formar el expedientillo IO-003-2006-I, Tomo Único, al cual tendrían acceso únicamente Cryopharma y Pisa, tal y como así lo autorizó éste último agente económico.

Como pueden corroborar los recurrentes, los números marcados por el "Lic. Carlos Villaseñor" coinciden con el número del teléfono celular del C. Jorge Alberto Silis Franck y con el único número del conmutador proporcionado por Cryopharma en relación al C. Jorge Alberto Silis Franck, señalando sus oficinas las ubicadas en Tlajomulco de Zuñiga, Jalisco. Debe resaltarse que esta información fue proporcionada por Cryopharma durante la etapa de investigación y en desahogo a los requerimientos de información números DGIPMARCI-10-096-2008-186 y DGIPMARCI-10-096-2008-228,[207] por lo que resulta inconcuso el conocimiento que tuvo de los hechos que le fueron imputados y acreditados en la resolución del expediente IO-003-2006.

Por otro lado, el análisis realizado tanto en el oficio de probable responsabilidad como en la resolución impugnada únicamente muestra los elementos que facilitaron la existencia de un acuerdo colusorio con la finalidad de establecer, concertar o coordinar las posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS durante un período determinado –dos mil tres a dos mil seis– y respecto de dos grupos de medicamentos, previamente definidos.

El hecho de existir evidencia de la constante comunicación entre las empresas responsables de la práctica monopólica absoluta imputada, es un elemento que permite a la Comisión percatarse de la facilidad con la que estos agentes económicos podían coludirse y ponerse de acuerdo para ofrecer sus posturas en cada licitación, tal y como se advierte de los resultados de las licitaciones, a diferencia de los casos en los que el trato entre competidores fuera acotado o esporádico.

---

[206] Folios 92684 y 92685 del expediente IO-003-2006. En dicho escrito, tanto Cryopharma como el C. Jorge Alberto Silis Franck solicitaron tener acceso a la información contenida en fojas 398 a 404 de la resolución impugnada, referente a diversas llamadas presuntamente recibidas por Cryopharma y el C. Jorge Alberto Silis Franck. Posteriormente, la Comisión les señaló que dicha información era confidencial y dio vista al titular de la información, Pisa, para que manifestara lo que a su derecho conviniera y autorizara o no a los promoventes para que tuvieran acceso a dicha información. Folios 92689 y 92690 del expediente IO-003-2006. En respuesta a la vista en comento, Pisa señaló lo siguiente: *"Toda vez que es intención de Pisa que la verdad histórica en el caso que nos ocupa sea encontrada, **se solicita a esa H. Autoridad conceda a Laboratorios Cryopharma, S.A. de C.V. acceso sólo a las llamadas relacionadas con los números telefónicos a cargo de Carlos Arturo Villaseñor Plascencia*** [sic] *a las cuales se hacen referencia en el SEGUNDO punto del oficio de referencia. El resto de la información de Pisa ha sido clasificada como confidencial deberá mantenerse resguardada".*

[207] Folios 38680 y 57267 del expediente IO-003-2006. Información clasificada como confidencial en término de los acuerdos de veinticuatro de octubre de dos mil ocho y nueve de enero de dos mil nueve.

Finalmente, debe aclararse que ni en el oficio de probable responsabilidad ni en la resolución del expediente IO-003-2006 se prejuzgó sobre el contenido de las llamadas, sino que simplemente determina un patrón de comunicación constante que facilitó que se coordinaran las empresas responsables, previo a la presentación de posturas en las licitaciones convocadas por el IMSS en las que participaban.

**e) La Comisión manifiesta que existen 28 llamadas que la C. Ericka Frettlohr realizó del ocho de marzo al veintitrés de agosto del dos mil seis, presunción que resulta contradictoria con las constancias de autos, pues la propia Comisión acreditó que dicha persona ya no prestaba sus servicios en Baxter.**

**f) Al C. Jesús Héctor Hernández Herrera se le imputan tres llamadas el veintiuno, veintidós y veintiséis de octubre del dos mil cuatro, cuando la propia Comisión acreditó que dicha persona todavía no trabajaba en Baxter, sino hasta el tres de noviembre del dos mil cuatro.**

Los agravios contenidos en incisos **e)** y **f)** resultan novedosos, toda vez que se trata de argumentos que no hicieron valer en sus contestaciones al oficio de probable responsabilidad, por lo que pretenden que se valore fuera de tiempo, en un intento por corregir y mejorar su contestación al oficio de probable responsabilidad, por lo que dichos agravios devienen en **inoperantes**.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que haya sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se le causa una violación y no, como lo hace Cryopharma y Jorge Alberto Silis Frank, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar situaciones que no trascienden en su esfera jurídica, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución en comento dejó a Cryopharma o a Jorge Alberto Silis Frank en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO***

***RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo apuntado, se precisa que, de no ser inoperante, su argumento, resultaría notoriamente **infundado**, debido a que ni el oficio de probable responsabilidad ni la resolución del expediente IO-003-2006 le imputaron algún hecho relativo a que el C. Jorge Alberto Silis Franck –empleado de Cryopharma– hubiera tenido comunicación o llamadas telefónicas con los CC. Jesús Héctor Hernández Herrera y Ericka Helga Frettlohr Meza, ya que dichas personas fueron empleados de Baxter; es decir, empresa farmacéutica identificada en el Grupo II de medicamentos, mientras que Cryopharma fue identificada en el Grupo I de medicamentos.

**g) No existen llamadas imputadas a mi mandante Cryopharma, ni al C. Jorge Alberto Silis Franck, sino hasta el once de diciembre del dos mil tres y hasta el siete de abril de dos mil seis por lo que, en todo caso y suponiendo sin conceder que dichas llamadas se utilizaron para acuerdos colusivos, debieron tomarse en cuenta solamente aquéllas licitaciones cuyos fallos se otorgaron en ese periodo de tiempo, concatenados con las supuestas llamadas recibidas por el funcionario de mi mandante, y solamente se tuvieron dichas comunicaciones, para imputar la responsabilidad a mi representada y a su funcionario Jorge Alberto Silis Franck.**

El agravio resulta **infundado**, ya que la Comisión no imputó a agente económico alguno la práctica monopólica absoluta prevista en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE a partir de las llamadas, sino que determinó claramente que la existencia y utilización de diversos medios de comunicación, en el caso específico las llamadas telefónicas, entre agentes que son competidores entre sí, adminiculada con las funciones de los empleados de las empresas y la evidencia económica mostrada en el oficio de probable responsabilidad y en el Anexo 1 de la resolución, demostraron un comportamiento de mercado solamente justificable mediante la existencia de un acuerdo colusorio entre las emplazadas con el objeto o efecto de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones del IMSS.

**h) Según el esquema realizado por la Comisión en foja 215 de la resolución recurrida, Cryopharma no forma parte de los esquemas de la Comisión, por lo que no se demuestra su presunta participación.**

El argumento anterior resulta **infundado** en atención a las siguientes consideraciones:

Resulta falso que la Comisión haya imputado responsabilidad a agente económico o persona física alguna, en la comisión de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE a partir del esquema contenido en foja 215 de la resolución.

Así las cosas, los supuestos normativos que acreditaron la existencia de la práctica en términos de la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, fueron los siguientes:

1. Que se trate de agentes económicos competidores entre sí;
2. Que dichos agentes económicos competidores establezcan acuerdos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre ellos; y
3. Que esos actos tengan como objeto y/o efecto establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Dichos supuestos fueron acreditados en el apartado **5**, intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"**, por lo que se remite a dichos pronunciamiento en obvio de inútiles repeticiones.

De lo anterior, se desprende una falsa apreciación de los recurrentes, ya que el esquema que se muestra en foja 215 de la resolución forma parte de la contestación a los argumentos vertidos por Fresenius relativos a las llamadas telefónicas realizadas por el C. Manuel Vázquez Blanco –empleado de Fresenius– con empleados y ahora ex empleados de Pisa y Baxter –quienes fueron emplazados y sancionados en el procedimiento del expediente IO-003-2006– empresas competidoras de Fresenius en el Grupo II de medicamentos (sueros y soluciones electrolíticas). Al respecto, llama la atención a esta autoridad la intención de Cryopharma de tergiversar las determinaciones de la Comisión e incluso el contexto en que se ha ido desarrollando el fondo del presente asunto.

i) **En virtud de que Cryopharma y Jorge Alberto Silis Frank no han tenido acceso a la información completa que dichos registros telefónicos contiene, y que aparentemente la información de llamadas telefónicas con que cuenta la Comisión fue proporcionada por un tercero diverso a Cryopharma, la Comisión omitió analizar lo previsto por el artículo 203 del CFPC.**

El argumento de Cryopharma resulta **inoperante**, ya que introduce elementos de análisis novedosos en sus argumentos y que no hizo valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad. En específico, por lo que hace a la objeción de documentos prevista en el artículo 203 del CFPC, ya que dicha objeción debió haberla hecho valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad y no así en el recurso de reconsideración, pretendiendo que esta autoridad valore argumentos que no vertió en el momento procesal oportuno.

En adición a lo anterior, no era suficiente que manifestaran dicha objeción de manera lisa y llana, sino que se hace necesario mencionar de manera clara las razones por las cuales el o los documentos objetados no resultaban idóneos para demostrar que las llamadas no fueron realizadas por el C. Jorge Alberto Silis Franck.[208]

[208] Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis: **PRUEBAS, OBJECION VALIDA DE LAS. DEBE SER PARTICULARIZADA.** Para que válidamente se pueda considerar que una prueba es objetada, no basta que durante la audiencia de ofrecimiento de pruebas se diga que se objetan en términos generales las pruebas ofrecidas por su contraria, ya que la objeción debe referirse en forma concreta a determinada prueba, precisando las circunstancias que a criterio del objetante hacen que esa prueba carezca de valor. No. Registro:

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que la información a la que supuestamente no tuvo acceso Cryopharma fue clasificada como confidencial en términos del artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE, por lo que la información que resultaba útil para su defensa se encontraba plasmada en el oficio de probable responsabilidad. En este tenor, la única información clasificada como confidencial fue aquella relativa a los números de teléfono que aparecían en el recibo, siendo que en éstos además existe información ajena al presente procedimiento, como los es el importe del recibo telefónico y los demás teléfonos marcados por los agentes económicos que presentaron la información.

Asimismo, como pudo corroborarlo Cryopharma en respuesta a su escrito presentado el doce de marzo de dos mil diez ante la Comisión, los números marcados por el "Lic. Carlos Villaseñor" coinciden con el número del teléfono celular del C. Jorge Alberto Silis Franck y con el único número del conmutador proporcionado por Cryopharma en relación al C. Jorge Alberto Silis Franck. A mayor abundamiento y en obvio de inútiles repeticiones, se remite al inciso **d)** anterior.

Resulta igualmente **inoperante** para el C. Jorge Alberto Silis Franck, toda vez que al no haber dado contestación al oficio de probable responsabilidad se tuvieron por ciertos los hechos que le fueron imputados presuntivamente, pretendiendo que se valore fuera de tiempo, en un intento por hacer que se valoren fuera de tiempo sus argumentos.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**j) No existe evidencia alguna que permita establecer que las supuestas llamadas a las que se refiere la Comisión fueron efectivamente recibidas por el C. Jorge Alberto Silis Franck y, mucho menos que dichas llamadas fueron precisamente para la realización de prácticas monopólicas absolutas.**

---

242,830. Jurisprudencia. Materia(s): Laboral. Séptima Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 169-174 Quinta Parte. Página: 80. Genealogía: Apéndice 1917-1995, Tomo V, Primera Parte, tesis 421, página 279.

El argumento anterior resulta **inoperante**, toda vez que los recurrentes introducen argumentos novedosos que perfeccionan aquél que Cryopharma hizo valer de manera deficiente en el procedimiento IO-003-2006, relativo a las llamadas recibidas por el C. Jorge Alberto Silis Franck y como éstas sirvieron como uno de los elementos para acreditaron su participación directa en la realización de prácticas monopólicas absolutas en representación o por cuenta y orden de Cryopharma.

Tal y como se señaló en la resolución del expediente IO-003-2006 y en la presente resolución al recurso de reconsideración, Cryopharma admitió la existencia de comunicación con sus competidores,[209] por lo que no tiene sentido acreditar cuáles fueron las llamadas que recibió o no el funcionario con atribuciones para la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de Cryopharma en las licitaciones del IMSS, toda vez que la evidencia en las comunicaciones entre los agentes económicos competidores no se utilizó para acreditar la práctica monopólica absoluta, sino para acreditar la existencia y utilización de diversos medios de comunicación.

**k) En la hoja 219 de la resolución recurrida, respecto a la imposibilidad de acceso de los probables responsables a los registros de llamadas telefónicas con el objeto de corroborar las manifestaciones de la propia Comisión que *"... es falso que se haya dejado en estado de indefensión al emplazado al negársele el acceso a los documentos clasificados como confidenciales de otros agentes económicos, pues la información resultaba útil para su defensa se encontraba plasmada en el oficio de probable responsabilidad."***

**Con lo anterior se demuestra la arbitrariedad de la actuación de la autoridad, mediante manifestaciones gratuitas en donde pretende calificar qué información resulta útil o no para la defensa de los probables responsables, sin que exista motivación o fundamentación alguna de su actuar, causando agravio a los intereses de, entre otros, mi mandante, ya que dicha información resulta a todas luces relevante para desvirtuar el dicho de la autoridad y, por ende, la supuesta realización de prácticas monopólicas absolutas que se imputa.**

El agravio anterior resulta novedoso, toda vez que se trata de argumentos que no hicieron valer en sus contestaciones al oficio de probable responsabilidad, por lo que pretenden que se valore fuera de tiempo, en un intento por corregir y mejorar su contestación al oficio de probable responsabilidad, por lo que dicho agravio deviene en **inoperante**.

---

[209] Lo anterior queda acreditado en fojas 69 y 70 de su contestación al oficio de probable responsabilidad que a su letra enuncia lo siguiente:

*"Al efecto se señala por un lado que, si bien existe comunicación constante entre los diversos agentes económicos que conforman los mercados de medicamentos, no obstante que de hecho no han sido emplazadas todas las empresas participantes en dichos mercados, mi representada nunca ha negado dicha comunicación, pues no existe precepto legal alguno que prohíba la comunicación entre competidores y, como se ha manifestado, existen un sinfín de temas comunes a todas las empresas que son abordados no solamente en la CANIFARMA que, como se ha dicho, es precisamente uno de sus objetivos y razón de ser del mantener en comunicación a los agentes económicos."* Folios 88319 y 88320 del expediente.

Cryopharma introduce elementos de análisis novedosos en sus argumentos y que no hizo valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad, ya que como se observa en fojas 218 y 219 de la resolución impugnada, el pronunciamiento que hace la Comisión es en atención a los argumentos que hizo valer Eli Lilly en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, y no así Cryopharma como lo quiere hacer valer en su agravio.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**l) Esa Comisión pretende que todas y cada una de las empresas que participen en una licitación tengan *"...el objetivo de maximizar el beneficio esperado de forma independiente..."*. Dichas manifestaciones son las que la Comisión considera indicios, cuando en realidad no lo son, al no ser hechos reales, comprobados, graves, precisos y concordantes.**

**Como fue manifestado por los recurrentes, ignorado y dejado de valorar por la Comisión, las políticas de Cryopharma la llevan a participar en todas las licitaciones que sobre algunos de los productos que fabrica, lleva a cabo el IMSS.**

**Lo anterior, por ningún motivo representa que Cryopharma espere ganar todas las licitaciones y, por ende, la esperanza de maximizar el beneficio en todas ellas admite argumento en contrario y, consecuentemente no puede calificarse como indicio. Según se desprende de la contestación de mi mandante al oficio de probable responsabilidad, existen una serie de factores que Cryopharma toma en cuenta al presentarse en una licitación, los cuales varían en el tiempo y situación, que la hacen no licitar con precios bajos y no pretender ganar todas y cada una de las licitaciones de insulina en las que participa, como lo desearía esa autoridad.**

**Es decir, si bien la Comisión pretende generalizar el "deber ser" de toda empresa licitante, dichas manifestaciones demuestran lo pobre de la investigación que llevó a cabo en el mercado de la insulina con claves 1050 y 1051, no obstante su obligación legal de hacerlo, al no contar con un conocimiento profundo de la situación particular de cada empresa en dicho mercado.**

El argumento anterior resulta **infundado**, ya que la Comisión sí atendió dichas consideraciones en la resolución recurrida. Así, en foja 266 se le señaló a los recurrentes que todas sus manifestaciones relativas a que la Comisión desconocía que los requisitos de las licitaciones son comunes para todos

los participantes, las condiciones de entrega, la necesidad de mantener inventarios, su tratamiento fiscal, la capacidad instalada de producción, la capacidad de líneas de producción específicas para un solo producto, las condiciones de fabricación, los costos de producción, oportunidad y costos de importación de materias primas, transporte, almacenamiento, entre otras, fueron declarados por esta autoridad infundados e inoperantes.

Se le señaló a Cryopharma que resultaba infundada su manifestación, toda vez que la Comisión no desconoció que los requisitos de las licitaciones eran comunes para todos los participantes. Lo anterior, ya que en foja 48 del oficio de probable responsabilidad se indicó que en las bases de las licitaciones se establecían los requisitos que debía cubrir quien quisiera participar en un proceso licitatorio; en particular, los requisitos técnicos y económicos que debía cubrir los bienes solicitados por medio de la licitación, los criterios de evaluación, así como todas las demás condiciones del contrato que sería adjudicado al ganador de la licitación.

Por otro lado, se le señaló que era inoperante su argumento, al no haber ofrecido información, ni haber explicado cómo las posturas con que ganaba eran iguales a las de sus competidores al mismo tiempo que sus posturas perdedoras coincidían con las posturas perdedoras de sus competidores; por lo que no explicó cómo su dicho llevaría a conclusiones diferentes a las vertidas en el oficio de probable responsabilidad.

**PISA, CARLOS ARTURO VILLASEÑOR LÓPEZ Y EDUARDO AQUINO MALDONADO**

**m) El nexo causal es cuestionable porque la ausencia ocasional de competencia puede explicarse razonablemente por decisiones económicas independientes que la Comisión ignoró. El supuesto patrón tiene una explicación que en numerosas obras se ha reconocido, dado que los oligopolios no siempre compiten con precios, en especial cuando no hay incentivos. En estos casos el paralelismo consciente es razonable y no implica colusión. Esto ha sido confirmado por Gellhorn, Kovacic y Calkins, cuya obra ha sido auspiciada por la Comisión. La autoridad, sin embargo, realiza su análisis conforme a un dogma, según el cual las empresas deben competir en precios para aumentar su participación de mercado y así ganar más dinero, desconociendo que Pisa es una empresa que vende diversas claves de medicamentos, de modo que su línea y programa de producción se desarrollan conforme a los productos que estima generan mayor utilidad y que determinan el uso de su cadena de producción, por lo que para mantener su presencia en el mercado, en ocasiones ofrece un precio bajo en un determinado producto y después presenta posturas en las licitaciones, pero utilizando un precio que, en principio, tiene pocas alternativas de ganar.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, ya que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en por la Comisión, los cuales se encuentran en el capítula relativo a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**PATRÓN DE POSTURAS**",

específicamente en contestación al inciso **l)** de fojas 169 a 172 de la resolución impugnada, en la que se señaló:

- El argumento resulta infundado, ya que son los probables responsables los que deben explicar y presentar pruebas que demuestren que el patrón identificado en el oficio de probable responsabilidad no existe o, en su caso, deben mostrar que el patrón identificado es producto de un comportamiento independiente; es decir, deben mostrar que todo el conjunto de evidencia económica responde a un comportamiento racional, lógico y sobretodo independiente.
- En ese sentido, Pisa no demuestra que el patrón presentado no existe, ni tampoco presenta una explicación respaldada con pruebas de que su comportamiento y la evidencia económica se presentarían en un escenario de acciones unilaterales por parte de las empresas investigadas.
- Contrario a lo que argumenta Pisa, la teoría de juegos no cooperativos, en particular, en el análisis de juegos repetidos de horizonte infinito, es decir, los que parten de un juego que se repite un número infinito de veces o en forma equivalente, que asumen que los jugadores no saben cuándo terminará el juego,[210] muestra que cuando los juegos se repiten un número infinito de veces se pueden alcanzar equilibrios con mayores pagos a los que corresponderían al equilibrio del juego de una sola etapa (juegos estáticos), pero no sugiere que los pagos o utilidades que obtendrá cada uno de los jugadores será mayor cuando éstos actúen de forma independiente. Al respecto, Pisa no presenta evidencia que sustente su dicho.
- En este sentido, los agentes económicos participantes en un mercado con las características mencionadas no obtienen mayores utilidades si cada uno, de forma independiente y sin colusión, observan el comportamiento de sus precios y evitan bajar sus precios mientras otro no lo haga. Esto se debe a que un acuerdo colusorio facilita la coordinación y la designación de ganadores, lo que permite aumentar las utilidades del conjunto de los miembros del acuerdo, esto es particularmente cierto cuando el número de productos y la cantidad requerida varían licitación tras licitación. Dicho de otra forma, un acuerdo colusorio permite alcanzar equilibrios con pagos mayores, para cada uno de los participantes, a los que obtendrían en caso de no existir dicho acuerdo; es decir, si los participantes actuaran de forma independiente, sólo observando el comportamiento de sus competidores y evitando bajar sus precios mientras los otros no lo hagan.
- Cuando las empresas actúan de forma independiente, los precios son supra competitivos y se encuentran ante pequeñas licitaciones, tienen incentivos a no bajar sus precios en tanto los demás no lo hagan de forma sostenida; es decir, cuando no existe un acuerdo entre los agentes económicos que defina los precios, y que coordine y designe a los ganadores, éstos no pueden determinar si una postura ganadora menor a la que prevalecía en el mercado es producto de que la empresa que la presentó enfrenta condiciones más favorables en relación con el resto de las empresas o si cometió un error.

[210] *Cfr.*, Motta, Massimo. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.

- Además, la ausencia de un acuerdo que coordine a los agentes económicos cuando éstos presentan frecuentemente posturas para varios productos en una misma licitación implicaría que las posturas de éstos fueran idénticas recurrentemente y, en consecuencia, la asignación que correspondiera a cada agente económico se definiría por el proceso de insaculación, lo cual no se observa en las licitaciones analizadas.
- Es incorrecta la afirmación de Pisa, en el sentido de que, en un mercado con las características señaladas, cualquier utilidad derivada de un aumento de participación de mercado por ganar una pequeña licitación se cancelaría, casi de forma inmediata, por la reducción de precios y de utilidades. Esto se debe a que cuando no existe un acuerdo colusorio que designe al ganador, cualquier empresa puede ganar con el precio observado en licitaciones previas; en tanto que, cuando una empresa gana presentando un precio menor al que se había presentado en licitaciones previas, lo mejor que pueden hacer el resto de los agentes económicos es esperar con el fin de determinar cuál es la estrategia de la empresa que ofreció el menor precio.
- Es decir, al no contar con la información suficiente, los otros postores deben esperar a observar el comportamiento de todos los demás para definir la estrategia a seguir, porque puede darse el caso de que los precios retornen a su nivel original, inmediatamente después de que se presentó esa postura más baja. En cambio, cuando existe un acuerdo colusorio que designa al ganador, si una empresa que pertenece a dicho acuerdo presenta una postura ganadora cuando no tenía que haberlo hecho, rompe con el cártel y desata una guerra de precios.
- Cuando los importes licitados son pequeños -como es el caso debido al gran número de procesos de licitación- las cláusulas de nación más favorecida sólo tienen efectos muy pequeños (si es que alguno, ya que tiene que estar vigente el contrato para ejercer la cláusula), ya que al ser pequeñas las cantidades previamente contratadas, los ajustes de precios tienen efectos marginales en las utilidades de la empresa. Además, aun en el caso extremo de que algún postor tuviese una aversión al riesgo tan grande que prefiriese no bajar su postura; el emplazado no explica cómo es que todos los emplazados decidieron no bajar su postura y ofrecer la misma. Por el contrario, lo que se aprecia en el oficio de probable responsabilidad, es que el emplazado sí bajaba su postura, pero sólo para coincidir con el resto de los emplazados.
- El oficio de probable responsabilidad demuestra un comportamiento coordinado entre las empresas investigadas basándose en la evidencia de un comportamiento reiterado y constante entre los probables responsables que involucra alternarse las posiciones en las que se asigna un contrato mediante la alternancia de un precio o precios; tal y como se indica en el capítulo del oficio de probable responsabilidad que se denomina **"ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS"**, situación que no desvirtúa el probable responsable.
- Los argumentos en el sentido que todos los participantes de las licitaciones presentadas cuentan con la información de precios con los cuales previamente se adjudicaron asignaciones y contratos para las claves investigadas, y pueden ser un factor que consideren los participantes al momento de fijar su postura, son irrelevantes ya que las imputaciones del oficio de probable responsabilidad se basan en la consistencia y continuidad con las que las

emplazadas se alternan los mismos precios, sin que revele lo anterior una conducta competitiva para obtener la adjudicación.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Otro argumento que Pisa usa para sostener su argumento de paralelismo consciente e interdependencia es el modelo de Cournot, pero este modelo requiere que las empresas sean simétricas y que conozcan los costos de sus competidores, lo cual sólo es posible a través del intercambio de esta información confidencial. Dada la sensibilidad de esta información, las empresas sólo tienen incentivos a intercambiar información sobre sus costos bajo un escenario de colusión. Además, tanto el paralelismo consciente como el modelo de Cournot, para ser explicaciones alternativas a la colusión requieren que las empresas estén seguras de la reacción de sus competidores sin intercambiar información o que haya comunicación entre las mismas.

Se hace evidente la contradicción de Pisa al ofrecer distintos análisis estáticos para justificar el comportamiento que tuvo en las licitaciones investigadas pese a reconocer que es mejor un modelo dinámico debido a la frecuencia de las licitaciones, por lo que siguiendo su línea de argumentación todas sus explicaciones "no dinámicas" tampoco sirven como explicaciones alternativas.

Lo anterior fue analizado por la Comisión en fojas 169 a 172 de la resolución recurrida, señalando en síntesis lo siguiente:

- Son los probables responsables los que deben explicar y presentar pruebas que demuestren que el patrón identificado en el oficio de probable responsabilidad no existe o, en su caso, deben mostrar que el patrón identificado es producto de un comportamiento independiente; es decir, deben mostrar que todo el conjunto de evidencia económica responde a un comportamiento racional, lógico y sobretodo independiente.

- Pisa no demuestra que el patrón presentado no existe, ni tampoco presenta una explicación respaldada con pruebas de que su comportamiento y la evidencia económica se presentarían en un escenario de acciones unilaterales por parte de las empresas investigadas.
- Contrario a lo que argumenta Pisa, la teoría de juegos no cooperativos, en particular, en el análisis de juegos repetidos de horizonte infinito, es decir, los que parten de un juego que se repite un número infinito de veces o en forma equivalente, que asumen que los jugadores no saben cuándo terminará el juego,[211] muestra que cuando los juegos se repiten un número infinito de veces se pueden alcanzar equilibrios con mayores pagos a los que corresponderían al equilibrio del juego de una sola etapa (juegos estáticos), pero no sugiere que los pagos o utilidades que obtendrá cada uno de los jugadores será mayor cuando éstos actúen de forma independiente. Al respecto, Pisa no presenta evidencia que sustente su dicho.
- Los agentes económicos participantes en un mercado con las características mencionadas no obtienen mayores utilidades si cada uno, de forma independiente y sin colusión, observan el comportamiento de sus precios y evitan bajar sus precios mientras otro no lo haga. Esto se debe a que un acuerdo colusorio facilita la coordinación y la designación de ganadores, lo que permite aumentar las utilidades del conjunto de los miembros del acuerdo, esto es particularmente cierto cuando el número de productos y la cantidad requerida varían licitación tras licitación. Dicho de otra forma, un acuerdo colusorio permite alcanzar equilibrios con pagos mayores, para cada uno de los participantes, a los que obtendrían en caso de no existir dicho acuerdo; es decir, si los participantes actuaran de forma independiente, sólo observando el comportamiento de sus competidores y evitando bajar sus precios mientras los otros no lo hagan.
- Es incorrecta la afirmación de Pisa, en el sentido de que, en un mercado con las características señaladas, cualquier utilidad derivada de un aumento de participación de mercado por ganar una pequeña licitación se cancelaría, casi de forma inmediata, por la reducción de precios y de utilidades. Esto se debe a que cuando no existe un acuerdo colusorio que designe al ganador, cualquier empresa puede ganar con el precio observado en licitaciones previas; en tanto que, cuando una empresa gana presentando un precio menor al que se había presentado en licitaciones previas, lo mejor que pueden hacer el resto de los agentes económicos es esperar con el fin de determinar cuál es la estrategia de la empresa que ofreció el menor precio.
- Es decir, al no contar con la información suficiente, los otros postores deben esperar a observar el comportamiento de todos los demás para definir la estrategia a seguir, porque puede darse el caso de que los precios retornen a su nivel original, inmediatamente después de que se presentó esa postura más baja. En cambio, cuando existe un acuerdo colusorio que designa al ganador, si una empresa que pertenece a dicho acuerdo presenta una postura ganadora cuando no tenía que haberlo hecho, rompe con el cártel y desata una guerra de precios.
- Cuando los importes licitados son pequeños -como es el caso debido al gran número de procesos de licitación- las cláusulas de nación más favorecida sólo tienen efectos muy pequeños (si es que alguno, ya que tiene que estar vigente el contrato para ejercer la cláusula),

[211] *Cfr.*, Motta, Massimo. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.

ya que al ser pequeñas las cantidades previamente contratadas, los ajustes de precios tienen efectos marginales en las utilidades de la empresa. Además, aun en el caso extremo de que algún postor tuviese una aversión al riesgo tan grande que prefiriese no bajar su postura; el emplazado no explica cómo es que todos los emplazados decidieron no bajar su postura y ofrecer la misma. Por el contrario, lo que se aprecia en el oficio de probable responsabilidad, es que el emplazado sí bajaba su postura, pero sólo para coincidir con el resto de los emplazados.

Asimismo, al analizar la pericial en economía ofrecida, esta autoridad señaló lo siguiente en fojas 473 a 476:

- El oficio de probable responsabilidad sí hace un estudio considerando todas las licitaciones una por una, pero el resultado del análisis en conjunto, relacionadas unas con otras y no de forma aislada. Primero, en el oficio de probable responsabilidad se presentan los resultados de todas las licitaciones investigadas para cada clave de medicamento por año y durante todo el período de investigación. Segundo, se explican los incentivos que tienen los participantes para el tipo de licitaciones investigadas. Este análisis comienza explicando cómo dichos incentivos tienden a disminuir las posturas ofrecidas desde una perspectiva de comportamiento independiente conforme se van conociendo los resultados de las licitaciones anteriores.
- El análisis del oficio de probable responsabilidad muestra que los resultados observados no son compatibles con un comportamiento independiente y sí con un comportamiento coordinado, precisamente a partir del análisis conjunto de las licitaciones y no de forma aislada. Lo anterior es evidente en el análisis incluido en fojas 47 a 146 del oficio de probable responsabilidad, que muestran primero los datos agregados por año y después las posturas ganadoras y perdedoras licitación por licitación.
- Aún cuando estas empresas conocieron la postura ganadora anterior, no disminuyeron sus precios pese a saber que al no hacerlo también disminuyen la probabilidad de ganar en la siguiente licitación; pero incluso no sólo no bajan las posturas sino que las incrementan. Un postor no puede esperar ganar una licitación si sabe que está ofreciendo precios iguales o superiores que los que sus competidores han ofrecido, al menos que de antemano conozca lo que sus competidores harán en las subsecuentes licitaciones. Esto muestra que el dicho del perito de que el análisis del oficio de probable responsabilidad considera que el resultado de una licitación no influye a las subsecuentes no es cierto. De hecho, eso es precisamente lo que evidencia el comportamiento coordinado, pues estos participantes no ajustan sus posturas con base en la información anterior y sólo pueden esperar ganar si tienen la certeza de que sus competidores no bajarán sus precios.
- El perito hace un mal cálculo de los incentivos a bajar los precios y no basa sus argumentos en los datos de las licitaciones en investigación. El mantener un precio alto sólo incrementa la probabilidad de perder la licitación bajo un comportamiento independiente, por lo que un postor que no ajusta sus posturas a la baja, no sólo no incrementa su participación, sino que

al perder la disminuye automáticamente. Esta es la razón por la que existen incentivos a ofrecer un precio menor al que resultó ganador en la última licitación, ya que un agente que busca obtener ganancias preferirá una ganancia menor a no conseguir ganancia alguna.

- La estructura de las licitaciones del IMSS ocasiona que se pierdan los incentivos para que las empresas presenten mejores precios, ya que el probable resultado de una baja de precios es que cada empresa continúe con su misma participación de mercado, pero a precios menores.
- Las empresas tienen mayores ganancias si no bajan su precio mientras los otros no lo hagan, porque evitan el efecto señalado en el párrafo anterior. La alta fragmentación de las licitaciones hace que, si se baja un precio, en la siguiente licitación los otros participantes también bajarán su precio y diluirán la ganancia en participación de mercado de la licitación 1. Y ello sucederá sucesivamente. Es por eso que en la doctrina especializada se reconoce este tipo de comportamiento en los oligopolios, y se reconoce que no tienen incentivos para disminuir su precio, mucho menos cuando los precios son públicos y las licitaciones tan fragmentadas.
- El perito realiza un análisis sesgado y por tanto equivocado. Como se analiza en el oficio de probable responsabilidad, cada participante enfrenta la disyuntiva de bajar sus precios y aumentar la probabilidad de conseguir una ganancia económica o incrementar sus precios y obtener una muy baja probabilidad de obtener una alta ganancia económica. No obstante, si los participantes tienen información previa de las posturas de sus competidores, no ofrecer un precio más bajo que ellos, aumenta considerablemente la probabilidad de perder la licitación y, por tanto, de perder las ganancias de ese contrato. De esta forma, los participantes deben decidir entre obtener una ganancia económica competitiva o nada.
- Tal y como lo establece el oficio de probable responsabilidad, efectivamente las empresas tienen mayores ganancias sí ganan las licitaciones con precios altos, pero como ya se estableció, los precios altos disminuyen considerablemente la probabilidad de ganar la licitación. La única forma de pretender resultar ganador en una licitación sin disminuir los precios es porque se tiene la certeza de que los competidores harán lo mismo. Dados los incentivos a ganar las licitaciones, la única forma que estas empresas pueden estar seguras de que sus competidores no bajarán los precios es a través de un comportamiento coordinado por un acuerdo de mantener esos precios altos. Por lo que los incentivos que menciona el perito sólo se mantienen bajo el escenario de comportamiento coordinado.
- La estructura de las licitaciones del IMSS ocasiona que se pierdan los incentivos para que las empresas presenten mejores precios, ya que el probable resultado de una baja de precios es que cada empresa continúe con su misma participación de mercado pero a precios menores.

Además de lo anterior, las explicaciones alternativas de Pisa sólo explican que se inhibe la competencia en precios llevando una probable similitud de precios, pero de todos los agentes involucrados; lo que en realidad no acontece, por lo menos para el mismo Pisa, ya que esa similitud en las posturas sólo sucede para un número menor o igual del máximo número de ganadores en cada licitación, que además no siempre son los mismos postores.

Por ejemplo, en los datos siguientes[212] se observa que las posturas ganadoras difieren solo en cinco centavos, y que la postura perdedora difiere en más del 1.5% (uno punto cinco por ciento), por lo que es evidente que no se cumple el dicho de Pisa.

| Fallo | Licitación | Eli Lilly | Cryopharma | Pisa | Probiomed |
|---|---|---|---|---|---|
| 22-may-03 | 00641188-012-03 | **154.90** | **154.95** | **155.00** | |
| 9-jun-03 | 00641191-007-03 | **154.95** | 157.50 | **154.90** | **154.50** |
| 11-jun-03 | 00641034-012-03 | 158.00 | **154.95** | **154.90** | |
| 18-jun-03 | 00641123-025-03 | **154.95** | **154.90** | **155.00** | |
| 30-jun-03 | 00641218-010-03 | | **154.90** | | **155.00** |
| 4-jul-03 | 00641190-009-03 | **154.90** | | 157.35 | |
| 15-jul-03 | 00641121-006-03 | **154.90** | 157.50 | 157.00 | |

Por último, sobre la supuesta explicación de paralelismo consciente, requiere que todos y cada uno de los participantes sigan esa misma estrategia, situación que no se comprueba en los datos. El paralelismo consciente es un término utilizado en política de competencia para referirse a resultados donde los competidores se coordinación de manera consciente pero no explícita. El análisis de los argumentos de paralelismo consiente de las empresas sancionadas se enfoca en el tema de juegos repetidos con horizonte infinito.

Todas las empresas sancionadas intentan explicar la evidencia a partir de resultados asociados con un equilibrio de coordinación tácita derivado de los teoremas del *folk* y con ello descartar las conclusiones de la resolución. Sin embargo, este intento es fallido porque la evidencia no puede ser explicada razonablemente a partir de ese tipo de equilibrios (y por lo tanto del paralelismo consciente). El equilibrio referido consiste en que todos los competidores siguen la estrategia de ofrecer el mismo precio y en caso de que se observe un precio diferente, los demás lo interpretarán como una deviación del acuerdo tácito y ofrecerán precios drásticamente menores.

Sin embargo, la evidencia económica de las licitaciones investigadas descarta de manera contundente este equilibrio. Primero, como lo muestran los Anexos 1, 2 y 3, de la resolución los precios ofrecidos entre licitantes no son iguales, sino que se alternan entre ofertas ganadoras y perdedoras. Segundo, se observa de manera reiterada que los postores alternan niveles de posturas ganadoras y perdedoras que no se interpretan como desviaciones de un acuerdo tácito que disparen una guerra de precios como medio de castigo. Por otro lado, esta alternancia entre niveles de posturas es consistente con la presencia de un acuerdo colusorio para alternarse como ganadores y perdedores y dar cierta apariencia de competencia; es decir, las variaciones son parte del acuerdo y no desviaciones de él. Finalmente, el equilibrio de coordinación tácita referido implica precios fijos independientemente de cambios en los costos porque si alguien baja su precio por una reducción en su costo, el resto lo interpretará como

[212] Obtenidos del Anexo 1 de la resolución del expediente IO-003-2006.

una desviación y se disparará una guerra de precios. Esta situación es inconsistente con el argumento de algunos participantes en insulina de que sus precios bajaron por disminuciones en costos.

Por otro lado, los recurrentes están introduciendo elementos novedosos frente a la cuestión discutida en la resolución recurrida. Es decir, señalan que el paralelismo consciente es razonable y confirmado por diversos autores. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución recurrida.

Por tanto, resultan **inoperantes** los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que, al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido. De ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**n) La Comisión ya había identificado que la forma en que el IMSS conducía las licitaciones actuaba como limitante al incentivo de competir en precios, lo que explica la ausencia de competencia en los mismos sin que haya un acuerdo colusivo. Prueba de esto es que cuando el IMSS cambió su esquema de licitaciones en dos mil seis los incentivos se modificaron y los precios empezaron a cambiar las condiciones de competencia también lo hicieron. El hecho de que existieran otros competidores hace difícil creer la teoría de la cartelización, ya que actúan como elemento disciplinador y prueban que habían superado las barreras a la entrada.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la resolución, en la que se explicó que toda vez que bajo el análisis del historial de las licitaciones por clave, el resto de los participantes no influyeron sustancialmente en el patrón de comportamiento, en la medida que su participación en las adjudicaciones son considerablemente menores que las de los agentes sancionados y, como se mostró en las tablas contenidas tanto en el oficio de probable responsabilidad como en la resolución, los agentes económicos continuaron con el patrón durante el periodo investigado a pesar de la mínima intervención de otros participantes.

Lo anterior quedo expuesto en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" en fojas 173, 278 y 279 de la resolución impugnada, sin ofrecer

argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- Pisa reconoce la existencia de los elementos que facilitan la colusión al decir que existen, que han existido y que son constantes en el tiempo. El oficio de probable responsabilidad establece en el capítulo 3 intitulado "**MARCO CONCEPTUAL DE LICITACIONES Y ELEMENTOS QUE FACILITAN EL ESTABLECIMIENTO, CONCERTACIÓN O COORDINACIÓN DE POSTURAS**", las condiciones que, tanto la teoría económica como otras agencias de competencia, han identificado como facilitadoras de colusión en los procesos de licitación. En dicha sección se muestra qué elementos de análisis se presentan en las licitaciones realizadas por el IMSS que fueron investigadas.
- Aunque Pisa reconoce que dichos elementos facilitadores existen, esto último no es razón suficiente para justificar una coordinación de posturas. Lo que demuestra el oficio de probable responsabilidad en su capítulo 3, es que existían incentivos a la coordinación y en su capítulo 4 intitulado "**ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS**", que efectivamente así ocurrió. Respecto a cómo se utilizaron las condiciones que facilitan la colusión de licitaciones analizadas en el oficio de probable responsabilidad se mencionan las siguientes:
  - ✓ Licitaciones frecuentes. Las licitaciones frecuentes permitieron la rotación de ganadores que se observa en las tablas contenidas en el oficio de probable responsabilidad y en las que se presentan las posturas por licitación para cada una de las claves investigadas (Fojas 66 a 144 del oficio de probable responsabilidad).
  - ✓ Asignación de un contrato entre varios concursantes. En el caso del Grupo I de medicamentos investigados, la asignación múltiple permitió que las empresas se repartieran la asignación de cada licitación entre más de un miembro del probable cártel de insulina.
  - ✓ Reglas de licitación estables en el tiempo. Las reglas que permitieron un acuerdo entre los participantes, fueron aquellas que permitían que los mismos probables responsables siempre concurrieran en las licitaciones de las claves investigadas y no es hasta que dichas condiciones cambian (consolidación) que se ven afectados en sus incentivos a competir.
  - ✓ Barreras a la entrada. Las barreras a la entrada, mencionadas en el oficio de probable responsabilidad, impidieron que potenciales proveedores de medicamentos importados no pudieran participar en las licitaciones investigadas.

- Pisa también reconoce que una vez que se concluyó la evaluación técnica (primera parte), la evaluación económica (segunda parte) sólo contempla el precio o postura, por lo que la única competencia posible es a través de ofrecer el precio más bajo y el análisis de posturas se enfoca precisamente en los precios que ofrecieron los participantes.
- Al analizar el patrón de comportamiento de cada uno de los presuntos responsables y los resultados de las licitaciones realizadas entre dos mil tres y dos mil seis, se encontró que no

son consistentes con decisiones que buscaran maximizar el beneficio esperado de las empresas investigadas de forma independiente. Ya que su dicho no explica la coincidencia de sus posturas ganadoras con las posturas ganadoras del resto de los participantes, ni tampoco la coincidencia de sus posturas perdedoras con las posturas perdedoras de otros agentes económicos y la rotación de ganadores mencionada. No es consistente con un comportamiento independiente que tres o más postores decidan unilateralmente ofrecer el mismo precio para ganar y para perder cuando tienen márgenes de utilidad bastante amplios y sin conocer ni al comprador ni el volumen a licitar en el futuro como Pisa sostiene.

- No pasa desapercibido para esta autoridad la contradicción de Pisa al argumentar que las condiciones de estabilidad de las reglas en las licitaciones investigadas generaron los incentivos para no variar sus posturas ni competir en precios (reconocimiento de ausencia de competencia) y ahora afirmar que no sabía ni el comprador ni el volumen a licitar.
- Resulta erróneo que la Comisión haya presumido las participaciones de mercado de los agentes económicos emplazados, ya que dicha participación se tomó en cuenta a partir de las licitaciones del IMSS y por las claves correspondientes a los Grupos I y II. Lo anterior, se determinó a partir de la información que consta en el expediente.
- Pisa no ofrece elemento de convicción que permita determinar que la participación que tienen es distinta a la señalada por esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad.
- Los otros agentes económicos que son mencionados se encuentran contemplados por el oficio de probable responsabilidad dentro de las tablas que ilustran los porcentajes de participación asignada a cada agente económico. Sin embargo, no se encuentra que los otros agentes económicos a los cuales no se les imputó a nivel presuntivo la conducta anticompetitiva , toda vez que bajo el análisis del historial de las licitaciones por clave, no influyeron sustancialmente en el patrón de comportamiento, en la medida que su participación en las adjudicaciones son considerablemente menores que los probables responsables y, como se muestra en el oficio de probable responsabilidad mediante las tablas, los agentes económicos continúan con el patrón durante el periodo investigado a pesar de la mínima intervención de otros participantes.
- El 100% (cien por ciento) del mercado corresponde al importe total licitado por grupo de medicamentos de las licitaciones analizadas en el oficio de probable responsabilidad. Así entonces, en las tablas 7 y 30 del oficio de probable responsabilidad se muestra que las participaciones de mercado de dos mil tres a dos mil seis, calculadas con base en el importe total ganado por cada postor en las licitaciones investigadas estaban muy concentradas por grupo de medicamentos. Los cuatro principales ganadores obtuvieron el 95% (noventa y cinco por ciento) del importe total licitado de medicamentos del Grupo I y sólo tres participantes obtuvieron el 93% (noventa y tres por ciento) del importe total licitado de medicamentos del Grupo II. Así entonces, en el oficio de probable responsabilidad no se concluye que la participación de las probables responsables sea prácticamente equitativa por haber ganado similar número de licitaciones.
- El oficio de probable responsabilidad se concentró en el análisis de la información de las licitaciones de medicamentos realizadas por el IMSS durante el periodo investigado y no

pretende que sus conclusiones se extiendan a todo el sector salud o que denoten la conducta de los probables responsables en otros mercados en los que participan. En las licitaciones realizadas por el IMSS, no cualquiera puede participar. Las bases de licitaciones establecen los requisitos particulares para la participación.

- Aún cuando otras empresas concurran a las licitaciones de otras instituciones convocantes no necesariamente pueden participar en las licitaciones del IMSS, y en caso de hacerlo, el hecho de que no participaron muestran que no podían cambiar la dinámica existente, por lo que no participaron. Asimismo, las empresas que no resultaron probablemente responsables y que participaron en las licitaciones investigadas sólo lo hicieron de forma marginal, como se muestra en el oficio de probable responsabilidad.
- La participación constante de las probables responsables en las licitaciones del IMSS de los medicamentos investigados durante el periodo investigado indica que participar en las licitaciones del IMSS era de su interés, por lo cual no es necesario el análisis de otros clientes de las empresas señaladas como probables responsables.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, se aclara que Pisa confunde el impacto de las barreras a la entrada, ya que éstas se refieren a los impedimentos para nuevos participantes y no para los agentes económicos ya establecidos. Tómese el ejemplo de Savi, que el mismo Pisa cita en sus ejemplos, cuyas posturas fueron desechadas en distintas ocasiones por ofrecer producto de Dinamarca en licitaciones no internacionales, lo que demuestra que los elementos que la resolución identificó como barreras a la entrada efectivamente tuvieron efecto.

Por tanto, los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos

que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**o) La Comisión también ignora que no se prueba que exista un mecanismo de sanción dentro del cartel.**

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD" apartado 49 intitulado "SANCIÓN DEL CÁRTEL", contenido a fojas 368 y 369 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- El argumento anterior resulta infundado, ya que en el oficio de probable responsabilidad, en específico, en el apartado 3 respectivo al **"MARCO CONCEPTUAL DE LICITACIONES Y ELEMENTOS QUE FACILITAN EL ESTABLECIMIENTO, CONCERTACIÓN O COORDINACIÓN DE POSTURAS"** se menciona que las licitaciones frecuentes facilitan la colusión porque permiten la interacción continua entre agentes económicos que coinciden constantemente en productos o grupos de productos dentro los procedimientos de licitación.
- Lo anterior, genera estabilidad entre los agentes económicos involucrados en prácticas monopólicas absolutas porque les permite compensar e ir dividiendo la participación y los beneficios económicos de una manera sucesiva conforme se convoquen y celebren las licitaciones públicas. De igual forma, permite un monitoreo constante sobre los resultados y cumplimiento del acuerdo colusorio entre los involucrados.
- En concreto, el mecanismo de castigo entre miembros que conforman un cártel se refiere a la implementación de una o varias acciones tendientes a deteriorar los beneficios económicos de aquel o aquellos miembros que hayan desviado sus acciones e incumplido las condiciones pactadas acuerdo colusorio.
- Por otra parte, los mecanismos de castigo, no son un elemento que se encuentre dentro de los extremos del artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, tampoco son un elemento en que deba acreditarse su existencia o implementación dentro de la investigación; porque estos pueden o no implementarse por los agentes involucrados en un acuerdo.
- En el caso particular, la imputación a nivel presuntivo que hace el oficio de probable responsabilidad, se basa en un patrón implementado por los probables responsables, mientras

que el rompimiento del cártel no se basa en la implementación de un mecanismo de sanción entre los agentes involucrados, sino en la entrada de nuevos agentes económicos que participan en las licitaciones del IMSS y la aplicación de una política de consolidación en las licitaciones celebradas por el IMSS.

- Además, no es necesaria la existencia de un mecanismo de sanción, cuando en el cártel conformado resulta más atractivo, para los que lo conforman, actuar en colusión por los beneficios que obtienen de éste, que romper el acuerdo que pactaron, pues dejaría en su detrimento de recibir las ganancias extraordinarias que obtienen por producir menos a un mayor precio.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que los recurrentes se encuentran obligados a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**3.3 NO EXISTE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA FÍSICA**

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) La resolución es ilegal por contravenir el artículo 16 de la Constitución, por violación al principio de legalidad y debida fundamentación y motivación. Asimismo, el artículo 21, fracción V de la LFCE, por aplicación genérica, así como la jurisprudencia que obliga a las autoridades administrativas a fundar y motivar debidamente sus resoluciones, lo que no aconteció en la resolución que se impugna.**

**La Comisión sostiene que el señor Eduardo Osorio Traconis tenía dentro de sus responsabilidades como directivo de Eli Lilly el determinar el precio de los productos licitados, lo cual es falso, tal y como se manifestó en las contestaciones que se dieron al oficio de probable responsabilidad tanto por Eli Lilly como por el C. Eduardo Osorio Traconis.**

**En las contestaciones se manifestó y acreditó que el C. Eduardo Osorio Traconis no tenía facultad para determinar precio alguno, aunado a que no existe absolutamente evidencia o prueba alguna al respecto en todo el expediente, razón por la cual precisamente la Comisión únicamente se limita a hacer tal aseveración pero sin referir ningún medio de prueba que así lo acredite.**

**Eli Lilly entregó un documento en el que explicaba detalladamente las funciones de cada uno de sus empleados y de aquellos que tenían algún involucramiento con los procesos de licitación. Al referir las funciones del entonces Gerente de Ventas a Gobierno, Eduardo Osorio Traconis, Eli Lilly textualmente manifestó que sus funciones eran las siguientes:**

| Puesto | Descripción |
|---|---|
| **Director de Ventas a Gobierno** | **Es responsable de alcanzar resultados de ventas, a través del establecimiento y seguimiento de los planes y programas de trabajo orientados a cumplir con los volúmenes de ventas para el sector gobierno.** |
| **Gerente de Ventas a Gobierno** | **Es responsable de la elaboración del proceso de licitaciones ante sector gubernamental, así como de venta a distribuidores menores a través de la coordinación de las actividades del departamento y el resto de la compañía.** |

El argumento del recurrente es **fundado, pero insuficiente** para revocar la resolución impugnada, ya que si bien la Comisión no atendió en lo particular dicha manifestación de Eduardo Osorio Traconis, ello no modifica las conclusiones de la Comisión.

A mayor abundamiento, el presente agravio se abordó y analizó a detalle en el inciso **a)** del apartado **3.1** de la presente resolución intitulado **"LA COMISIÓN NO ATENDIÓ TODOS LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA O LOS DESESTIMÓ INDEBIDAMENTE"**, por lo que en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento.

**b) Es preciso aclarar que la función de Director de Ventas a Gobierno se creó con posterioridad a la salida de Eduardo Osorio Traconis. Eduardo Osorio Traconis no tiene injerencia directa o indirecta en la determinación de los precios a los cuales Eli Lilly vendía sus productos al IMSS, como incorrectamente lo señala la Comisión a foja 157 del oficio de probable responsabilidad con base en la supuesta contestación de Eli Lilly a fojas 39034 y 39035 del expediente, así como a foja 234, 423, 424, entre otras de la resolución que se recurre.**

**Por lo anterior, queda desacreditada la supuesta práctica que se le imputa a Eli Lilly y al C. Eduardo Osorio Traconis, ya que la premisa fundamental que la Comisión maneja para que supuestamente se haya dado un acuerdo de precios entre las distintas empresas**

**emplazadas es que sus empleados tuvieran alguna injerencia en la determinación del precio.**

El argumento anterior resulta **infundado**, en atención a las siguientes consideraciones:

Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis se contradicen, ya que por un lado señalan que toda vez que la Comisión no hizo objeción alguna respecto a lo manifestado por Eli Lilly se entiende que tiene por cierto lo ahí expresado y, por otro lado, señalan que incorrectamente esta autoridad señala que Eduardo Osorio Traconis tenía injerencia directa o indirecta en la determinación de precios de Eli Lilly como se señaló en la resolución a fojas 234, 423 y 424, según constancias del expediente que obran a folios 39034 y 39035.

Tal como se señaló en contestación al agravio del inciso anterior, Eli Lilly proporcionó información que señala que el C. Eduardo Osorio Traconis efectivamente tenía como funciones prioritarias la elaboración de procesos licitatorios ante el sector gubernamental y en el presente agravio, los recurrentes no exponen cómo es que la determinación de posturas no se encuentra relacionada con la elaboración de dichos procesos, ni tampoco mencionaron (ni ahora ni en su contestación al oficio de probable responsabilidad) qué área o puesto en su caso era el encargado de hacerlo, a diferencia de la Gerencia de Ventas a Gobierno.

Finalmente, es incorrecto que la Comisión maneje como premisa para a la acreditación de la práctica monopólica absoluta imputada la injerencia de los empleados en la determinación de precios, ya que como se señaló en el inciso **a)** del apartado **1.2** de la presente resolución intitulado "**LA COMISIÓN NO DEMOSTRÓ LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN EL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**", quedaron acreditados los supuestos normativos contemplados en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, y que consistieron en:

1. Que se trate de agentes económicos competidores entre sí;
2. Que dichos agentes económicos competidores establezcan acuerdos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre ellos; y
3. Que esos actos tengan como objeto y/o efecto establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Dichos supuestos fueron estudiados de manera breve en el apartado en comento y a mayor abundancia en la resolución impugnada, en específico en el apartado **5**, intitulado "**ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA**", por lo que se remite a dichos pronunciamiento en obvio de inútiles repeticiones. De lo anterior, se desprende una falsa apreciación de los recurrentes, ya que el procedimiento seguido por la Comisión en el expediente IO-003-2006 no versó sobre la determinación de precios por parte de las empresas y personas físicas ahora responsables, sino por la concertación de éstas para la fijación de posturas en las licitaciones que celebró el IMSS, en el caso concreto respecto a la compra de medicamentos del Grupo I: insulinas humanas de clave 1050 y 1051.

c) **Al no existir una sola prueba en el expediente que demuestre que Eduardo Osorio Traconis tenía alguna injerencia en ello, resulta totalmente irrelevante si asistió o no a alguna reunión de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA o si recibió alguna llamada de algún empleado de Pisa. La Comisión lo manifestó únicamente para acreditar supuestos canales de comunicación, cuando ello no es un requisito de la LFCE.**

El argumento del recurrente resulta **infundado**, ya que pretende desagregar la evidencia adminiculada por la Comisión, siendo que cada uno de los elementos probatorios de la práctica monopólica absoluta fueron acreditados por esta autoridad, por lo que se remite al pronunciamiento realizado por esta autoridad en el inciso **a)** del apartado 1.2 de la presente resolución intitulado "**LA COMISIÓN NO DEMOSTRÓ LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN EL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**", en obvio de repeticiones innecesarias.

Respecto a la responsabilidad del C. Eduardo Osorio Traconis, los elementos que se señalaron en la resolución y que en lo particular acreditan su responsabilidad en la participación directa por la comisión de la práctica monopólica absoluta, fueron los siguientes:

- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis laboró para Eli Lilly.
- ✓ Su puesto dentro de la empresa fue el de Gerente de Ventas de Gobierno del año dos mil dos al año dos mil tres.
- ✓ Dicho puesto tenía vinculación directa en la elaboración del proceso de licitaciones ante el sector gubernamental, en específico con el IMSS.
- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis tuvo una participación directa en los mercados investigados, en específico por lo que hace a la participación de Eli Lilly en los procesos de licitaciones celebrados por el IMSS en el Grupo I de medicamentos: insulina humana con claves 1050 y 1051.
- ✓ Existieron elementos que facilitaron la comunicación del C. Eduardo Osorio Traconis con empleados de empresas competidoras a Eli Lilly y que tenían las mismas funciones que él: facultad de determinar, directa o indirectamente, o de conocer las posturas con las que las empresas que los empleaban participarían en las licitaciones del sector público.[213] Esto se confirma con el hecho de que los CC. Alfonso Salvador Huerta Suárez y Carlos Villaseñor López, en sus comparecencias manifestaron conocer al señor Eduardo Osorio Traconis, e incluso el C. Carlos Arturo Villaseñor López señaló conocerlo desde hace quince años por las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.
- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis fue integrante durante los años dos mil dos a dos mil cuatro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, quien ocupó el puesto de vocal en representación de Eli Lilly.[214]

[213] Foja 155 del oficio de probable responsabilidad.
[214] Fojas 381 y 382 de la resolución del expediente IO-003-2006.

- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis acudió a diversas reuniones de la CANIFARMA en los años dos mil cuatro y dos mil cinco, según consta la lista de asistencia a dichas reuniones.
- ✓ El C. Eduardo Osorio Traconis tuvo comunicación en períodos cercanos a las licitaciones celebradas por el IMSS mediante llamadas telefónicas con el C. Carlos Arturo Villaseñor López, su par en funciones pero de la empresa farmacéutica competidora Pisa.[215]
- ✓ Las llamadas hechas durante el periodo investigado entre aquellos empleados que influyen sobre los precios son indicios de un acuerdo o concertación. Dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resulta muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.

Todos estos elementos, fueron adminiculados con la evidencia económica mostrada en anexos de la resolución impugnada, la cual refleja el patrón de comportamiento de las posturas presentadas por las empresas farmacéuticas responsables en las licitaciones celebradas por el IMSS respecto del Grupo I de medicamentos.

A mayor abundamiento, el presente agravio se abordó y analizó a detalle en el inciso **a)** del apartado **3.1** de la presente resolución intitulado **"LA COMISIÓN NO ATENDIÓ TODOS LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA O LOS DESESTIMÓ INDEBIDAMENTE"**, por lo que en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento.

**d) La Comisión citó a Raúl Margarit Valenzuela en carácter de coadyuvante de la misma, y como empleado de Eli Lilly, en el puesto de Director de Ventas a Gobierno el primero de diciembre de dos mil ocho. De dicha comparecencia quedó claro que: (1) Eli Lilly determina el precio de las posturas mediante el proceso de planeación de negocios que se realiza una vez al año; (2) que en este proceso intervinieron desde la Dirección de Ventas a Gobierno, el Área Financiera local, la Dirección General y por último Áreas Financieras junto con el Área Comercial de la Región Intercontinental y (3) los precios son presentados para su discusión y aprobación por el Área correspondiente, para ser analizados por el Área Financiera local. Una vez aprobados, pasan a la Dirección General para su visto bueno, y posteriormente para su aplicación, pasan por el Área financiera correspondiente hasta llegar al Área Comercial involucrada.**

**Para que existan acuerdos, convenios o concertaciones, es preciso que existan personas físicas a través de quienes puedan alcanzarlos o tenerlos, ya que las personas morales por sí mismas no se pueden poner de acuerdo. Por tanto, si no se demuestra el acuerdo entre personas físicas, no se puede imputar responsabilidad de una persona moral.**

[215] Fojas 398 y 399 de la resolución del expediente IO-003-2006.

El argumento del recurrente resulta **inoperante**, ya que los recurrentes introducen argumentos novedosos que no realizaron en su contestación al oficio de probable responsabilidad en el procedimiento IO-003-2006, pretendiendo que se valore fuera de tiempo, en un intento por corregir y mejorar dicha contestación.

En este sentido, las manifestaciones relativas a la estrategia de planeación y acción de Eli Lilly en las licitaciones con el sector público no fueron señaladas ni acreditadas en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, por lo que resulta una manifestación gratuita intentar invocar el dicho de uno de sus empleados fuera del plazo legal que tenían para hacerlo y sin haber ofrecido los elementos probatorios que acreditaran su dicho.

Aunado a lo anterior, respecto a la responsabilidad del C. Eduardo Osorio Traconis, dicho argumento se abordó y analizó a detalle en el inciso **a**) del apartado **3.1** de la presente resolución intitulado **"LA COMISIÓN NO ATENDIÓ TODOS LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA O LOS DESESTIMÓ INDEBIDAMENTE"**, por lo que en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento.

Por tanto, los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**JESÚS HÉCTOR HERNÁNDEZ HERRERA Y ERICKA HELGA FREYTTER MEZA**

**e) La resolución recurrida es ilegal, derivado de una indebida interpretación y aplicación de los artículos 9°, fracción IV y 35, fracción VII de la LFCE, así como por apreciar inexactamente los hechos, valorar indebidamente las pruebas y dejar de valorar correcta y congruentemente los argumentos hechos valer en contra del oficio de probable responsabilidad.**

**En la resolución impugnada se sanciona al suscrito en base a dos elementos:**

i. **La participación directa del suscrito consistió en haber sostenido conversaciones telefónicas con empresas competidoras de Baxter, esto es: Fresenius y Pisa, cuando menos entre dos mil cuatro y noviembre de dos mil seis.**
ii. **El suscrito tenía la facultad de determinar, directa o indirectamente, o de conocer las posturas con las que las empresas que los empleaban participarían en las licitaciones del sector público.**

**Dichos elementos no son útiles para imputar la participación del suscrito, ni siquiera como presunción o como prueba indirecta, en razón de que para que dichas pruebas tengan validez es necesario concatenarlas con otras pruebas, lo que en la realidad no ocurrió, ya que esa autoridad sólo cuenta con un registro de llamadas y no tiene elemento alguno con qué concatenarlo, más que con las facultades que supuestamente tenía el suscrito.**

**A foja 65 de la resolución recurrida se indicó que las facultades con las que contaba el suscrito en Baxter era información confidencial, misma que nunca fue hecha de mi conocimiento por esa autoridad, por lo que resulta material y jurídicamente imposible defenderme en contra de dichas imputaciones, ya que el registro de llamadas no puede concatenarse a otro documento que no fue hecho de mi conocimiento y por tanto, objetarlo de falso. La responsabilidad imputada no me es oponible, ya que desconozco la información proporcionada por Baxter y me resulta imposible defenderme.**

**En el escrito de de contestación al oficio de probable responsabilidad se indicó y probó que el suscrito no tuvo puestos directivos desde noviembre de dos mil cuatro a febrero de dos mil seis, ya que durante ese periodo era Gerente Nacional de Ventas y las funciones que desempeñaba consistían en coordinar e implementar las acciones definidas por mercadotecnia para la fuerza de ventas formada por especialistas de producto en anestesia, nutrición, terapia de fluidos y banco de sangre, sin que ello fuese valorado por esa autoridad en la forma en la que se planteó.**

El argumento anterior resulta **inoperante**, por una parte, e **infundado**, por la otra, en atención a las siguientes consideraciones:

Resulta **inoperante**, ya que los recurrentes no señalan ni ofrecen elementos que le permitan estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que los recurrentes afirmen que la Comisión omitió estudiar "diversos argumentos", dado que para ello es indispensable que mencione cuáles son los argumentos que dejó de atender esta autoridad en la resolución del expediente IO-003-2006. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.**"* la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales consideran que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que la Comisión violó determinados preceptos legales y principios de derecho, sino que a partir de alegaciones y argumentos que vierten indicar por qué consideran que la resolución en comento es ilegal, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: *"**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO**"; "**AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.**"; "**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA**" y "**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO**", las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, resulta **infundado** que se haya acreditado la responsabilidad de los recurrentes con un registro de llamadas y que no se tiene con qué concatenarlo, siendo que en el capítulo **5** de la resolución intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"** se acreditó la responsabilidad de las personas físicas a partir de su pertenencia con las empresas farmacéuticas durante el período investigado o parte de éste, adminiculado con el directorio telefónico de la

CANIFARMA, con el que se pudo hacer la relación de los números marcados con los receptores de dichas llamadas por tener esos números asignados.

En este sentido, los elementos probatorios que acreditan su responsabilidad fueron los siguientes:

- ✓ Los ahora recurrentes laboraron para Baxter.
- ✓ Baxter informó las funciones que tenían como empleados de dicha empresa.[216]
- ✓ Dichas funciones tenía vinculación directa en la determinación del precio con el que Baxter participaba en las licitaciones convocadas por el IMSS.[217]
- ✓ Los recurrentes tuvieron una participación directa en los mercados investigados, siendo Erika Helga Frettlohr Meza durante dos mil cuatro a dos mil cinco y Jesus Hector Hernández Herrera entre dos mil cuatro a dos mil siete, a decir de Baxter.
- ✓ Existieron elementos que facilitaron la comunicación de los recurrentes con empleados de empresas competidoras de Baxter, ya sea mediante llamadas telefónicas o su asistencia a la reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, además de que los empleados de empresas competidoras de Baxter con lo que podían sostener comunicación tenían las mismas funciones que ellos: facultad de determinar, directa o indirectamente, o de conocer las posturas con las que las empresas que los empleaban participarían en las licitaciones del sector público.
- ✓ Los recurrentes tuvieron comunicación en períodos cercanos a las licitaciones celebradas por el IMSS mediante llamadas telefónicas con diversos empleados de las empresas competidoras de Baxter.[218]
- ✓ Las llamadas hechas durante el periodo investigado entre aquellos empleados que influyen sobre los precios son hechos secundarios probados que en combinación con otros elementos se constituyen como indicios de un acuerdo o concertación. Dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resulta muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.

Respecto a la vulnerabilidad a su garantía de audiencia, sus argumentos resultan **inoperantes**, ya que introducen elementos de análisis novedosos en sus argumentos y que no hicieron valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad. En específico, por lo que hace a que desconocen la información proporcionada por Baxter y, en consecuencia, resulta imposible defenderse.

---

[216] Folio 38422 del expediente IO-003-2006. Información clasificada como confidencial en acuerdo de catorce de octubre de dos mil ocho.
[217] *Ídem.*
[218] Fojas 392 a 400 de la resolución del expediente IO-003-2006.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Aunado a lo anterior, si los recurrentes realizaban actividades diversas a las señaladas en el oficio de probable responsabilidad, tuvieron la posibilidad de haber destruido la presunción acreditada en el oficio de probable responsabilidad, aportando pruebas de descargo que acreditaran el cargo y funciones que realizaban en Baxter, y no realizando meras manifestaciones sin sustento relativas a que sus funciones en Baxter no se relacionaban directa o indirectamente con la fijación de los precios de las posturas en los procesos licitatorios realizados por el IMSS.

f) **El análisis de la responsabilidad del suscrito debió comprender un estudio más profundo de la LAASSP, tal y como se indicó en mi contestación al oficio de probable responsabilidad; sin embargo, la Comisión no desvirtuó ni analizó dicho argumento en la resolución combatida en contravención al principio de justicia completa establecido en el artículo 17 Constitucional. Si la CFC hubiera realizado el análisis mencionado hubiera derivado que las proposiciones presentadas en las licitaciones deberán ser firmadas por los licitantes o sus apoderados y en el particular, el recurrente no suscribió propuesta o postura alguna por lo que si quiera [sic] participó directamente en la supuesta práctica monopólica.**

El argumento resulta **infundado**, ya que esta autoridad sí atendió su argumento relativo a que esta autoridad debió comprender un estudio más profundo de la LAASSP, tal y como se observa a fojas 244 a 246 de la resolución impugnada, y que la Comisión señaló que su argumento resultaba *inoperante*, al no haber señalado de qué forma se modificaría la situación como probable responsable el hecho de que se haya analizado o no la LAASSP.

g) **Los recurrentes señalan que no firmaron postura o propuesta alguna en licitaciones, en los términos del artículo 27 de la LAASSP.**

**No puede comprobarse la participación directa de los recurrentes en la comisión de prácticas monopólicas absolutas con base en la responsabilidad -probada o no- de la persona moral en cuyo nombre supuestamente se dio esa participación directa, ya que ese tipo de participación no puede sustentarse válidamente en presunciones aplicables a la persona moral de que se trate, pues de otra forma se llegaría al extremo de establecer que una persona física, en este caso el suscrito, era la única persona a través de la cual la persona moral en nombre de la que supuestamente incurrí en actos contrarios a la Ley, podía en todo caso llevar a cabo tales actos.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante,** toda vez que no toma relevancia para la acreditación de su responsabilidad el hecho de que fuera la persona facultada para tomar la decisión última de la postura que debía ofrecer Baxter en las licitaciones del IMSS, ya que el conocimiento de dicha postura, relacionado con el puesto que acreditó Baxter –mismo que no fue desvirtuado ni por la C. Ericka Helga Frettlohr Meza ni por el C. Jesús Héctor Hernández Herrera al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad– resulta suficiente para acreditar que en función de sus cargos dentro de Baxter, conocían las posturas en los procesos de licitación celebrados por el IMSS para la compra de medicamentos comprendidos en el Grupo II.

En todo caso, los ahora recurrentes tuvieron la oportunidad –al dar contestación al oficio de probable responsabilidad– de desvirtuar los hechos que les fueron imputados en el oficio de probable responsabilidad y controvertir las conclusiones de dicho oficio, acreditando que no tenían participación directa o indirecta en la determinación de posturas en los procesos de licitación celebrados por el IMSS dentro del período investigado y por lo que hace al Grupo II de medicamentos.

En relación a lo anterior, esta autoridad reitera su pronunciamiento en contestación a los argumentos de sus contestaciones, los cuales se atienden en el inciso a) del numeral 18 intitulado **"CARÁCTER DE AGENTE ECONÓMICO"** contenido en fojas 244 a 246 de la resolución y que en síntesis señaló:

- El argumento es inoperante, relativo a que la emplazada no señala en qué modifica su situación como probable responsable el hecho de que se haya analizado o no la LAASSP.
- En cuanto a los demás argumentos, resultan infundados. Resulta errónea la interpretación de los emplazados, ya que la LFCE en su artículo 35, fracción VII,[219] no sólo establece la posibilidad de emplazar a juicio a quien actúe en representación de personas morales, respecto del cual efectivamente debe tratarse de una persona que tenga facultades de representación, sino también a quien actúe por cuenta y nombre de ésta. Esto quiere decir que **no es necesario que esa persona física cuente con facultades explícitas, sino que actúe como gestora de la empresa y en su beneficio, tal y como ocurrió en el caso particular**.
- La participación de los emplazados se encuentra corroborada en el oficio de probable responsabilidad, en el que se señaló que Baxter informó las funciones que tenían los emplazados como empleados de dicha empresa y se explicó a través de su asistencia a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA y a través de la realización de llamadas telefónicas a las empresas competidoras. Esto es, a partir de la acreditación de hechos secundarios se imputó la probable responsabilidad del hecho principal.
- **La suscripción de la postura no resulta necesaria para acreditar su participación en la práctica, pues al tener facultades para elaborar las propuestas y al haberse determinado el uso frecuente de canales de comunicación con anterioridad a la fecha de la celebración**

[219] En términos del artículo segundo transitorio de la LFCE, las infracciones cometidas antes de la entrada en vigor de la LFCE publicada en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis, las sanciones aplicables son aquellas que se encuentren previstas por la ley vigente al momento de su comisión; es decir, la LFCE publicada el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

**de las licitaciones, es suficiente para presumir que participó en la elaboración de la postura aunque no la haya firmado directamente**.

**h) Si bien pudiera resultar factible acudir al concepto de "pruebas indirectas" para buscar acreditar *"a través de indicios suficientes, adminiculados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas"*, también es cierto que dicho tipo de pruebas resulta aplicable, según se desprende de la propia tesis, para acreditar la realización de las prácticas monopólicas prohibidas por la Ley de la materia, más no para acreditar la participación directa de una persona física en actos que configuren dichas prácticas monopólicas.**

**Es posible concluir que en la especie no es factible la aplicación de las pruebas indirectas para acreditar mi participación directa en los actos que se imputan, pues en cualquier escenario no puede derivarse como conclusión única que las comunicaciones que se me imputan hubiesen tenido como fin y efecto el incurrir en los actos que se imputan.**

Respecto a lo argumentado por los recurrentes, debe advertirse que resulta **inoperante**, ya que no señalan las razones por las cuales la Comisión se encuentra impedida a utilizar presuncionales o pruebas indirectas para conocer la verdad de los hechos materia del procedimiento, incluyendo la responsabilidad de personas físicas en la comisión de la práctica, tal y como aconteció en el expediente IO-003-2006. En este sentido, se le indica que en términos del artículo 36 del RLFCE aplicable en el procedimiento IO-003-2006, la Comisión podrá allegarse en cualquier tiempo de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad sobre los hechos materia de la práctica monopólica, para lo cual no regirá mayor limitación ni prohibición en materia de pruebas. En este tenor, el CFPC en su artículo 79 señala que el juzgador podrá valerse de cualquier prueba que se encuentre reconocida por la ley, tal es el caso de la presuncional, la cual se encuentra reconocida por el artículo 93, fracción VII, del CFPC.

En conclusión, se puede advertir que los recurrentes sólo realizan consideraciones subjetivas que no necesariamente controvierten lo resuelto; esto es, no precisan qué parte de la resolución es la que le causa agravio y cuál es el precepto de la LFCE que fue violado, sino que únicamente pretenden extrapolar la doctrina jurídica con la LFCE, pero sin que exista un nexo entre lo argumentado y la resolución, situación que se escapa de lo manifestado y que no aporta elemento alguno para que pueda revocarse la resolución impugnada.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro "***AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y NO SE DA NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS MISMOS***", la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si

a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Aunado a lo anterior, como se ha señalado anteriormente, los elementos probatorios que acreditan su responsabilidad fueron los siguientes:

- ✓ Los ahora recurrentes laboraron para Baxter.
- ✓ Baxter informó las funciones que tenían como empleados de dicha empresa.[220]
- ✓ Dichas funciones tenía vinculación directa en la determinación del precio con el que Baxter participaba en las licitaciones convocadas por el IMSS.[221]
- ✓ Los recurrentes tuvieron una participación directa en los mercados investigados, siendo Erika Helga Frettlohr Meza durante dos mil cuatro a dos mil cinco y Jesus Hector Hernández Herrera entre dos mil cuatro a dos mil siete, a decir de Baxter.
- ✓ Existieron elementos que facilitaron la comunicación de los recurrentes con empleados de empresas competidoras de Baxter, ya sea mediante llamadas telefónicas o su asistencia a la reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, además de que los empleados de empresas competidoras de Baxter con lo que podían sostener comunicación tenían las mismas funciones que ellos: facultad de determinar, directa o indirectamente, o de conocer las posturas con las que las empresas que los empleaban participarían en las licitaciones del sector público.
- ✓ Los recurrentes tuvieron comunicación en períodos cercanos a las licitaciones celebradas por el IMSS mediante llamadas telefónicas con diversos empleados de las empresas competidoras de Baxter.[222]
- ✓ Las llamadas hechas durante el periodo investigado entre aquellos empleados que influyen sobre los precios son hechos secundarios probados que en combinación con otros elementos se constituyen como indicios de un acuerdo o concertación. Dado el alto porcentaje de coincidencias con los eventos de apertura de propuestas en licitaciones y las funciones que desempeñaban los empleados, resulta muy improbable que estas llamadas fueran hechas con un propósito distinto al de establecer, concertar o coordinar posturas en las licitaciones.

### 3.4 RESPONSABILIDAD DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA

#### ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS

**a) La Comisión se excede en su facultades previstas por el artículo 35 fracción I de la LFCE, en específico por lo que hace el resolutivo cuarto en donde *"con fundamento en el artículo***

[220] Folio 38422 del expediente IO-003-2006. Información clasificada como confidencial en acuerdo de catorce de octubre de dos mil ocho.
[221] *Ídem.*
[222] Fojas 392 a 400 de la resolución del expediente IO-003-2006.

***35, fracción I, de la LFCE[28] se ordena la supresión de la práctica monopólica absoluta por parte de Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C. V.;"* es por demás absurda su resolución por las siguientes cuestiones:**

1. **La Comisión manifiesta que, de conformidad con el acuerdo de inicio de investigación el periodo investigado corre del año dos mil dos al día en que se dicte el acuerdo de conclusión y, al efecto y para ser más exactos el acuerdo de inicio de investigación marca que este correrá del primero de enero de dos mil dos al día en que se dicte el acuerdo de conclusión y este se dictó el nueve de marzo de dos mil nueve, por lo que, si su *facultad* para sancionar como ella misma lo marcó fue hasta el nueve de marzo de dos mil nueve y la resolución que se recurre es de fecha veintiocho de enero de dos mil diez, es obvio que se excede en su facultad para solicitar la supresión de la práctica.**
2. **La propia CFC establece, al realizar su análisis respecto a la duración de la práctica, que ésta lo fue de "dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definir la duración de la práctica." Como es que solicita la supresión de una práctica cuando ella misma reconoce que esta concluyó en dos mil cinco, lo cual carece de congruencia.**
3. **Como lo establecimos en la contestación que se dio al oficio de probable responsabilidad Eli Lilly desde el año de dos mil seis dejó de venderle directamente al IMSS insulina humana amparada bajo las claves 1050 y 1051.**

**Como vemos, carece totalmente de congruencia y de la debida fundamentación y motivación lo resuelto por la Comisión en dichos resolutivos, lo cual es más que suficiente para que en vía de reconsideración la Comisión emita una nueva resolución en la que exima a Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis de toda responsabilidad y de las imputaciones que se les atribuyen en la resolución, caso contrario se estarían violando flagrantemente las garantías del debido proceso, así como las de la garantía de audiencia y de la debida fundamentación y motivación.**

El argumento de los recurrentes resulta en una parte **inoperante** y en otra **infundado** en atención a las siguientes consideraciones:

Es **inoperante**, por no señalar el agravio que les causa dicha determinación, siendo que esta autoridad no tiene conocimiento pleno de que las ahora recurrentes continúen realizando la práctica monopólica absoluta que se le imputó en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez; por tal motivo, si se impone en la resolución una obligación de no hacer que en nada les afecta, ya que a los recurrentes no les asiste un derecho contrario al que esta autoridad impone, por estar precisamente prohibido por la LFCE (es decir, los recurrentes simplemente no pueden hacer ese tipo de prácticas por ser violatorias de una ley).

En este sentido, si la interpretación subjetiva de los recurrentes es que la resolución es absurda al ordenar la supresión de la práctica monopólica absoluta que se le acreditó, dicha manifestación no

controvierte lo resuelto por la Comisión en el expediente IO-003-2006, esto es, no precisa cómo ejercer una facultad prevista en ley le causa agravio y qué precepto de la LFCE debió haberse aplicado, sino que únicamente pretende descalificar la resolución en comento sin aportar elemento alguno para que esta autoridad analice su agravio y pueda revocar o modificar las determinaciones de esta autoridad conforme a sus pretensiones.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro "***AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y NO SE DA NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS MISMOS***", la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, resulta **infundado** que la Comisión haya "*marcado*" que su facultad para sancionar haya sido el acuerdo de conclusión, siendo que dicho acuerdo da por terminada la etapa de investigación realizada por esta autoridad, más no ha sido emplazado persona o agente económico alguno, por lo que los recurrentes pretenden hacer valer criterios que la normatividad en materia de competencia económica no establece. En este sentido, el artículo 34 bis 3 de la LFCE establece la prescripción de facultades de la Comisión para sancionar conductas contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia, y no como lo pretenden los recurrentes, al señalar que es el acuerdo de conclusión de la investigación.

Finalmente, el hecho de que Eli Lilly le haya dejado de vender al IMSS en el año dos mil seis, en nada desvirtúa o cambia las imputaciones y conclusiones a las que llegó esta autoridad en la resolución emitida el veintiocho de enero de dos mil diez, toda vez que la práctica monopólica imputada comprendió del año dos mil tres a mediado del año dos mil seis, situación que es congruente con los hechos imputados y demostrados en la resolución del expediente IO-003-2006, de lo que resulta nuevamente una manifestación gratuita por parte de los recurrentes.

**b) La Comisión se excede en sus facultades previstas por el artículo 35 fracción I y VII en relación con el 36 de la LFCE. La CFC finca una responsabilidad e impone una multa al suscrito cuando ni siquiera acreditó que el suscrito hubiera participado directa o indirectamente en la fijación de las posturas, cuando quedó perfectamente claro que el suscrito no tenia dentro de sus facultades determinar el precio en las licitaciones en las que participaba Eli Lilly.**

**No obstante lo anterior y para rematar en las flagrantes violaciones que se cometieron con el suscrito, la Comisión es omisa igualmente al imponer una multa sin cumplir con los requisitos que la misma LFCE establece.**

**Como se puede apreciar 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; mismos que como se puede apreciar de la resolución que se recurre ni consideró, ni acreditó, ya que expresa cuestiones que le son inherentes a la persona moral Eli Lilly, en donde prestó sus servicios.**

**Es importante recalcar nuevamente que el suscrito jamás tuvo injerencia en la determinación de precios y es algo que se acreditó, a diferencia de la Comisión que únicamente imputó sin mayor prueba que el suscrito tuvo una participación directa cuando la realidad es que ello es falso.**

**La CFC habla igualmente de ganancias que obtuvo Eli Lilly como si éstas hubieran entrado en mi peculio, lo cual es falso.**

**Ahora bien, la Comisión también refiere que la práctica se cometió durante el periodo de dos mil tres a dos mil cinco, cuando valga establecer que el suscrito dejó de prestar sus servicios para Eli Lilly desde diciembre del año dos mil cuatro, por lo cual no me puede ser imputada una responsabilidad cuando ni siquiera prestaba mis servicios para Eli Lilly.**

En relación a que la Comisión excedió sus facultades al atribuirle una responsabilidad e imponer una multa a Eduardo Osorio Traconis cuando no se acreditó su participación directa o indirecta en la fijación de posturas, por economía procesal y en obvio de repeticiones innecesarias, se le señala estarse a lo resuelto por esta autoridad en el inciso **a)** del numeral **3.4** de la presente resolución intitulado **"NO EXISTE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA FÍSICA".**

Por lo que hace a la supuesta ausencia de análisis de los argumentos del C. Eduardo Osorio Traconis, se remite al pronunciamiento realizado por esta autoridad en el inciso **a)** del numeral **3.1** de la presente resolución intitulado **"LA COMISIÓN NO ATENDIÓ TODOS LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA O LOS DESESTIMÓ INDEBIDAMENTE".**

Los argumentos relativos a que esta autoridad es omisa al cumplir con los requisitos establecidos en la LFCE para la imposición de una multa, resulta **inoperante**, ya que no señalan ni ofrecen elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que afirmen que *"es omisa igualmente al imponer una multa sin cumplir con los requisitos que la LFCE establece, mismos que como se puede apreciar de la resolución que se recurre ni consideró, ni acreditó, ya que expresa cuestiones que le son inherentes a la persona moral Eli Lilly"*, sin explicar de manera concreta por qué no se cumplieron o qué elementos debieron haberse considerado en su lugar. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que se trata de paralelismo consciente y no de una colusión, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, el argumento relacionado con el daño causado es **infundado**, dado que esta autoridad debe valorar la práctica cometida, la cual se realizó por Eli Lilly con la participación de Eduardo Osorio Traconis, al haber actuado en su representación o por su cuenta y orden. Esa práctica es única aunque conformada con la participación de varios entes, por lo que no es necesario que las ganancias

ilícitas obtenidas de su realización hayan entrado a su peculio, pues lo que se pretende reflejar en esa sección fue precisamente el daño que se ocasionó al mercado al no existir competencia, cuando debía haberla.

Finalmente su manifestación relativa a la duración de la práctica es **infundado**, ya que la Comisión señaló en fojas 550 y 551 de la resolución que la participación directa de Eduardo Osorio Traconis consistió en haber fungido como vocal de la Comisión de Abasto al Sector Público de CANIFARMA en dos mil cuatro,[223] y existe evidencia en el expediente de que en dos mil cuatro y en febrero de dos mil cinco asistió a reuniones de dicha Comisión.[224] Asimismo, por participar en conversaciones telefónicas con anterioridad a la celebración de las licitaciones en dos mil tres, con empresas competidoras de su empleador. Aunado a lo anterior, su posición dentro de dicha empresa le permitía intervenir en la determinación de las posturas correspondientes y, desde luego, conocerlas antes de presentarlas en las licitaciones. Dichas funciones, que como empleado ejerció Eduardo Osorio Traconis, las tuvo hasta dos mil cinco, respecto de las licitaciones del IMSS.[225]

Así las cosas, respecto a la duración de la práctica, la Comisión señaló que de la información que obra en el expediente, se obtiene que el emplazado ejerció las funciones que le permitieron participar directamente en la comisión de la práctica durante dos mil tres y hasta dos mil cinco y que acorde a la duración de la práctica advertida respecto de Eli Lilly, se estimó que su participación directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° fue de dos mil tres **hasta al menos** todo dos mil cinco.

### 3.5 EXTEMPORANEIDAD DE LA RESOLUCIÓN

**BAXTER**

**a) Fue ilegal suspender el plazo para emitir la resolución del expediente IO-003-2006, ya que la suspensión otorgada a Jorge Alberto Silis Franck por el Juzgado Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal no es extensiva a Baxter, siendo evidente que tal suspensión sólo debía tener efectos por lo que hace al citado quejoso y no respecto de Baxter. Se violaron los artículos 33, fracción IV, LFCE, 60 RLFCE y 351 CFPC.**

**La CFC pudo pronunciarse respecto de la situación jurídica de Baxter, ya que los hechos imputados a Jorge no tienen conexión con Baxter (Tesis Procedimiento Judicial. Caso en que procede conceder la suspensión).**

[223] Folio 86714 del expediente.
[224] Folio 86716 del expediente.
[225] Folios 39034 y 39035 del expediente

**En consecuencia, caducaron las facultades de la Comisión para emitir la resolución recurrida.**

**ERICKA HELGA FRETTLOHR MEZA Y JESÚS HÉCTOR HERNÁNDEZ HERRERA**

**b) En primer término, la resolución que se impugna resulta violatoria de lo establecido en el artículo 33, fracción VI de la LFCE, violando en ese sentido el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 16 Constitucional.**

1. **Aun cuando el artículo 33 no establece consecuencia alguna expresa para el caso de que la resolución respectiva no se emita - y notifique- dentro del plazo de cuarenta días establecido para ello, lo cierto es que resulta evidente que la intención del legislador fue evitar que los procedimientos tuviesen una duración indefinida. Sin embargo, no debe perderse de vista que el propio CFPC, de aplicación supletoria a la materia de Competencia Económica, establece una consecuencia (la caducidad) para el caso de inactividad, por lo que resulta ilógico e improcedente que pretendiese simplemente pensar que no existe consecuencia alguna para el caso que la autoridad fuese omisa en dar cumplimiento a la obligación que le impone el artículo 33, fracción VI de la LFCE.**
2. **En el entendido de que la Comisión consideró integrado el expediente el seis de noviembre de dos mil nueve, es a partir de tal fecha que comenzó a correr el término de cuarenta días, por lo que habiendo sido notificada esta el nueve de febrero de dos mil diez, es evidente que transcurrieron exceso los cuarenta días que establece el citado artículo 33, por lo que la misma resulta ilegal, siendo procedente su revocación.**
3. **Debe señalarse primero que nada que el recurrente desconoce el contenido de los citados "autos del incidente de suspensión 746/2009-IV, pues no soy parte de dicho procedimiento, por lo que resulta inconcuso que las determinaciones dictadas en el mismo, no pueden generar afectación alguna, respecto de el suscrito, en cuanto al cómputo del plazo a que se refiere el artículo 33, fracción VI de la LFCE.**

   **En concordancia con lo anterior, no debe perderse de vista que los efectos de la protección que pretenda concederse al solicitante del amparo, solo afectaran a aquel que lo solicite y no podrán afectar derechos de terceros, según lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Amparo, interpretar lo anterior en cualquier otro sentido, resultaría contrario a la naturaleza misma del juicio de amparo.**

   **Por lo que es evidente que la resolución dictada en dicho expediente, y más aún la concesión de la suspensión que refiere esa Comisión, en momento alguno podía ser válidamente opuesta para justificar el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 33, fracción VI de la LFCE.**

Los agravios planteados por los recurrentes en los incisos **a)** y **b)** anteriores resultan **infundados**, ya que por acuerdo de once de noviembre de dos mil diez la Comisión señaló lo siguiente:

> *"Toda vez que en acuerdo de veintidós de octubre de dos mil nueve se citó a las partes para que formularan alegatos, otorgando a los agentes económicos emplazados al presente procedimiento diez días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de tal acuerdo,*[226] *conforme a lo establecido por las fracciones IV y V del artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), así como 39 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE); se tienen por presentados sus escritos y por formulados en tiempo los alegatos de los agentes económicos emplazados en comento.*
>
> ***Se tiene por integrado el expediente al rubro citado el seis de noviembre de dos mil nueve,*** *para los efectos a que se refiere el artículo 33, fracción VI, de la LFCE.* ***Sin embargo, se les señala a los emplazados que el plazo de cuarenta días previsto en el precepto legal enunciado se encuentra suspendido, toda vez que el H. Juzgado Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, en los autos del incidente de suspensión 746/2009-IV, concedió la suspensión definitiva al C. Jorge Alberto Silis Franck,*** *para el efecto de que:*
>
> > ***"(...) el Director General de Asuntos Jurídicos de la Comisión Federal de Competencia, continúe con el procedimiento administrativo relativo al expediente IO-03-2006, hasta ponerlo en estado de resolución; pero se abstenga de dictar el fallo, hasta que se dicte sentencia ejecutoria en el juicio principal (...)"***
>
> *En cumplimiento a lo ordenado, se les informa a los emplazados que* ***el plazo previsto en el artículo 33, fracción VI de la LFCE para resolver el presente procedimiento queda suspendido, hasta en tanto se dicte sentencia ejecutoria en el juicio principal promovido por la quejosa en el juicio de amparo 746/2009-IV****, tal y como lo ordenó el H. Juzgado Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal."*
>
> [Énfasis añadido]

Como se puede apreciar del texto citado, del texto del incidente de suspensión es tajante. No aclara que la suspensión únicamente debía considerarse respecto de la resolución aplicable al Sr. Jorge Alberto Silis Franck, ni daba lugar para que se abrieran cuerdas separadas para los demás agentes económicos. Sencillamente, ordenó a la Comisión a abstenerse de dictar el fallo en el "procedimiento administrativo relativo al expediente IO-03-2006", el cual abarcaba a todos los ahora recurrentes.

En este tenor, a pesar de que efectivamente el expediente se tuvo integrado el seis de noviembre de dos mil nueve, resulta inconcuso señalar que la resolución del expediente IO-003-2006 fue extemporánea al haber caducado las facultades de la Comisión para ello, ya que claramente existía una imposibilidad jurídica para resolver el procedimiento IO-003-2006, al haber ordenado el H. Juzgado Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal una medida cautelar

[226] Publicado el veintidós de octubre de dos mil nueve en la lista diaria de notificaciones, publicada en el sitio web de la Comisión Federal de Competencia.

consistente en que la Comisión se abstuviera de emitir resolución alguna, hasta en tanto se resolviera el juicio principal en el amparo 746/2009-IV.

Una vez superada la imposibilidad jurídica para resolver el procedimiento IO-003-2006, la Comisión mediante acuerdo de siete de diciembre de dos mil nueve, señaló lo siguiente:

> *"De conformidad con el artículo 36, segundo párrafo, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, la Comisión cuidará que los procedimientos que tramita no se suspendan ni se interrumpan, para lo cual proveerá lo necesario para que concluyan con la respectiva resolución.*
>
> *Por tal motivo, y con la finalidad de encausar legalmente el procedimiento seguido en forma de juicio del expediente al rubro citado hasta su resolución, se tuvo por integrado el expediente el seis de noviembre de los corrientes, tal y como se señaló en acuerdo emitido el once de noviembre del año en curso. Sin embargo, **el plazo a que se refiere el artículo 33, fracción VI, de la LFCE se computará a partir del tres de diciembre de dos mil nueve, fecha en que el Actuario Judicial del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito notificó a esta Comisión la ejecutoria mediante la cual resuelve el incidente en revisión 398/2009 y en la que determinó revocar la medida cautelar y negar la suspensión definitiva solicitada por la quejosa, considerando que dicha medida cautelar haría nugatorias las facultades de la Comisión relativas a la indagación y, en su caso, sanción de prácticas monopólicas**."*

Ahora bien, los recurrentes deben saber que las determinaciones realizadas por el Poder Judicial de la Federación a la Comisión son de observancia obligatoria, por lo que resulta absurdo manifestar que esta autoridad debió haber resuelto el asunto seguido en el expediente IO-003-2006, siendo que existía una suspensión ordenada por el H. Juzgado Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal. En consecuencia, una vez que le fue notificada a esta autoridad la ejecutoria mediante la cual negó la suspensión definitiva, esta autoridad encausó legalmente el procedimiento, señalándole a las emplazadas que el plazo para resolver se computaría el día en que se realizó dicha notificación; esto es, el tres de diciembre de dos mil nueve.

Por tanto, el plazo a que se refiere el artículo 33, fracción VI, de la LFCE llegó a su término el día once de febrero de dos mil diez, por lo que si la Comisión resolvió el expediente IO-003-2006 el veintiocho de enero de dos mil diez y notificó la resolución a los recurrentes el diez y once de febrero del año en curso, se concluye que la resolución recurrida fue notificada en tiempo y forma.

Por lo que hace a las manifestaciones relativas a las disposiciones aplicables de la Ley de Amparo resultan **inoperantes**, pues la Comisión no está facultada para interpretar o aplicar dichos preceptos jurídicos, ya que esa es una facultad reservada en forma exclusiva al Poder Judicial de la Federación, sino a observar el debido cumplimiento de las determinaciones emitidas por sus tribunales.

### 3.6 FALTA DE ANÁLISIS O ELEMENTOS POR CONSIDERAR EN LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA IMPUTADA

a) **Lo razonado por la Comisión es ilegal puesto que la ley de la materia y su reglamento no establecen que las condiciones que facilitan la coordinación de posturas en los procesos de licitación sean los bienes homogéneos, las licitaciones frecuentes, la asignación de un contrato entre varios concursantes, el intercambio de información entre participantes, las reglas de licitación estables en el tiempo o bien las barreras a la entrada.**

**Tal razonamiento de la Comisión es ilegal, ya que parte de premisas inexistentes en el derecho que regula esta materia. El marco normativo de las prácticas monopólicas absolutas es el artículo 9° de la ley de la materia que establece cuáles son las prácticas monopólicas absolutas, así como el artículo 5° del reglamento, aplicable al caso concreto, de la ley de la materia que determina cuáles son los indicios de una práctica monopólica absoluta.**

**Ninguno de esos artículos establece que la Comisión considera son las condiciones que facilitan la coordinación de posturas. Tales supuestos entonces, son un invento de la Comisión y, por tanto, resultan ser ilegales y violatorios del deber de fundamentación y motivación. Es de explorado derecho cuál es el deber de fundamentación y motivación al cual se encuentra sujeta toda autoridad. Dicho deber no es una excepción para la Comisión.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, en tanto que es un argumento novedoso que no alegaron en sus contestaciones al oficio de probable responsabilidad, por lo que no pueden en esta instancia ocurrir para mejorar la defensa que pudo y debió presentar en el momento procesal oportuno, por lo que precluyó su derecho a alegar en contra de las imputaciones que se le hicieron al momento de emplazarlo al procedimiento seguido en forma de juicio.

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO. INOPERANCIA DE LOS QUE INTRODUCEN CUESTIONAMIENTOS NOVEDOSOS QUE NO FUERON PLANTEADOS EN EL JUICIO NATURAL"*, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, es **infundado** porque las condiciones que facilitan la coordinación de posturas se obtienen de la teoría económica, la cual respalda y es el sustento del contenido de la LFCE, por lo que la interpretación de esta debe estar referida invariablemente a la teoría económica, lo cual es válido al constituir una máxima de experiencia para esta autoridad, tal y como ha sido avalado por el Poder Judicial de la Federación.

Sirve de apoyo a lo anterior los siguientes criterios de jurisprudencia y tesis en comento:

**PRUEBA INDIRECTA. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN.** Una prueba es indirecta cuando de la demostración de la existencia de un hecho secundario (hecho probado) sea posible extraer inferencias que fundamenten la hipótesis del hecho principal (hecho por probar o presunto). Así, la prueba indirecta ofrece elementos de confirmación de la hipótesis de existencia de un hecho principal, pero a través de un paso lógico, que parte de un hecho secundario. **En ese orden de ideas, el grado de apoyo de la hipótesis a probar dependerá de: a) el nivel de aceptación de la existencia del hecho secundario, es decir, si ésta está suficientemente probada y, b) el grado de aprobación de la inferencia, que se funda en la eficiencia y suficiencia del hecho secundario, cuya existencia ha sido probada, lo que, por lo general, implica acudir a máximas de experiencia solventes y a argumentos basados en la sana crítica.** En conclusión, para determinar el grado de aceptación de la inferencia, que parte del hecho secundario o probado hacia el principal o inferido presuntivamente (hecho por probar), es necesario conocer el criterio en el que dicha inferencia se apoya, que comúnmente son enunciados de carácter general que convencen de la pertinencia y suficiencia de los indicios para aseverar la hipótesis o conclusión, también conocidos como máximas de experiencia. Así, mientras más preciso y seguro sea el criterio, mayor será el grado de aceptación de la inferencia. No. Registro: 168,580. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVIII, Octubre de 2008. Tesis: I.4o.A. J/72. Página: 2287.

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

que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado.". De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el "mercado relevante" son: 1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas. No. Registro: 168,609. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVIII, Octubre de 2008. Tesis: I.4o.A. J/75. Página: 2225.

**COMPETENCIA ECONÓMICA. LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE NO TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y DIVISIÓN DE PODERES PORQUE CONTIENE LAS BASES NECESARIAS PARA DETERMINAR LOS ELEMENTOS TÉCNICOS REQUERIDOS PARA DECIDIR CUÁNDO SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UNA PRÁCTICA MONOPÓLICA.** **La ley mencionada establece las conductas que pueden considerarse como prácticas monopólicas utilizando diversos conceptos técnicos** como el de "poder sustancial" que tenga el presunto responsable, el de "mercado relevante" en el que se colocan los bienes o servicios de que se trate, **y otros términos que son propios de la materia especializada, y aun cuando la referida ley no contiene una definición formal de lo que debe entenderse por cada uno de estos conceptos**, sí establece en sus artículos 12 y 13, entre otros, **los criterios que permiten comprender su significado, lo que basta para concluir que no transgrede los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes establecidos, respectivamente, en los artículos 14, 16 y 49 de la Constitución Federal**, pues no se deja a la autoridad administrativa encargada de la aplicación de la ley, la definición de esos conceptos. No. Registro: 191,364. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Agosto de 2000. Tesis: P. CVII/2000. Página: 107.

[Énfasis añadidos en cada criterio]

**b) Violación del artículo 9° de la LFCE, debido a que no determinó con claridad cuál fue el supuesto de dicho artículo por el cual se consideró probada la conducta de las empresas y que fuera sancionado, ya que no existe una determinación sobre cómo la supuesta práctica monopólica afectó a la competencia y al mercado de licitaciones del IMSS.**

El argumento de los recurrentes resulta inoperante, ya que realizan una manifestación general relativa a que la Comisión no determinó con claridad cuál fue el supuesto del artículo 9° de la LFCE que se acreditó en la resolución, siendo que en los apartados 5 y 6 de la resolución intitulados respectivamente **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"** y **"VALORACIÓN Y ALCANCE DE LAS PRUEBAS EN EL EXPEDIENTE"** se realizó un análisis de los elementos que acreditaron la conducta anticompetitiva que se les imputó de manera presuntiva en el oficio de probable responsabilidad, por lo que ahora resulta absurdo que, sin ofrecer elementos que o argumentos que demuestren el agravio causado, los recurrentes se limiten a manifestar que no se determinó con claridad los supuestos de la norma acreditados.

Se les señala a los recurrentes que la evidencia para demostrar el acuerdo colusorio se trata de precisamente pruebas indirectas y cada uno de los elementos previstos en la fracción IV, del artículo 9° de la LFCE fueron acreditados por esta autoridad, por lo que por economía procesal se remite al pronunciamiento realizado en el inciso **a)** del apartado 1.2 de la presente resolución intitulado "**LA COMISIÓN NO DEMOSTRÓ LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA IMPUTADA EN EL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**", en obvio de repeticiones innecesarias.

**c) La Comisión ha sostenido la tesis de que las empresas podrían bajar sus precios a un nivel más competitivo para así obtener más mercado. Sin embargo, en ningún momento han aportado medios de prueba para demostrar cuál sería el precio de un mercado competitivo. El artículo 5°, actual 9°, del reglamento de la ley de la materia establece que un indicio de una práctica monopólica es la diferencia entre el precio ofrecido y el precio internacional de productos similares. De manera que la Comisión tiene dos opciones, o bien determinan cuál sería el precio competitivo en el mercado nacional o bien determinan cuáles son los precios internacionales. No tienen otra opción para tener un parámetro objetivo y calificar la existencia de la práctica monopólica.**

El argumento de los recurrentes resulta **infundado**, ya que la Comisión no acreditó la práctica monopólica que se imputó a Fresenius a partir de los precios internacionales, sino en atención a las siguientes consideraciones:

1. Los elementos recabados durante la investigación mostraron que las empresas operaban en un ambiente que era propicio para facilitar la comunicación entre ellas, situación que no fue desvirtuada por Fresenius.
2. Las pruebas indirectas en su conjunto acreditaron la práctica monopólica absoluta, las cuales fueron adminiculadas entre sí, ya que la investigación y sanción de las prácticas monopólicas absolutas previstas en el artículo 9° de la LFCE, generalmente son de un alto grado de mayor complejidad, toda vez que no puede esperarse que la participación de cada empresa del cartel quede nítidamente expresada a través de un contrato escrito y firmado por los participantes, sino que, por el contrario, las empresas coludidas prestan especial interés por ocultar cualquier evidencia que pueda acreditar su participación en el acuerdo.[227]
3. Tales pruebas consistieron en: **i)** la evidencia económica de la existencia del acuerdo, consistente en la concentración de las ganancias de las licitaciones en las empresas emplazadas, la similitud de las posturas para ganar y para perder entre agentes competidores durante el período investigado, la alternancia de las posturas para ganar o para perder, el

[227] Resulta ingenuo pensar que las empresas faciliten, dejando pistas, que se descubra o acredite fehacientemente la práctica de conductas anticompetitivas, simple y llanamente por las sanciones y responsabilidades que ello implica, lo que determina se desplieguen incentivos para opacar o encubrir tales prácticas si es que se han dado. Prueba de lo anterior, es que en todo el mundo es a partir de indicios, que implican grados de probabilidad, la forma y procedimiento conforme al cual se acreditan las prácticas colusorias. Vid., Recurso de Revisión interpuesto por The Coca-Cola Export Corporation radicado en el expediente 478/2006, resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, pp. 162 a 172.

máximo aprovechamiento de la regla de asignación múltiple, los altos márgenes de ganancia obtenidos, la existencia de barreras a la entrada, y que solo se reaccionó competitivamente ante posturas agresivas de otros agentes y la consolidación de las licitaciones realizadas por el IMSS; **ii)** la existencia de medios y canales de comunicación, consistentes en la asistencia de empleados involucrados en las licitaciones celebradas por el IMSS a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA y el registro de llamadas telefónicas entre distintos empleados de las emplazadas; y **iii)** la utilización de esos canales y medios de comunicación, lo que acredita que existió comunicación directa entre los directivos de las empresas emplazadas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta de las posturas de licitación y que se comunicaron en periodos cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.

Aunado a lo anterior, se reitera a los recurrentes, tal y como se hizo en el inciso **b)** del numeral **2.5** de la presente resolución intitulado **"ANÁLISIS DE PRECIOS INTERNACIONALES"**, que demostrar que el precio promedio de un medicamento en México se encuentra por debajo del promedio internacional no significa que sea un aspecto que siempre se dé en la conformación de una práctica monopólica absoluta o que deba demostrarse en todos los casos para que se configure en términos del artículo 9° de la LFCE, ya que pueden tomarse en cuenta otro tipo de indicios para tener por acreditada la comisión de dicha práctica anticompetitiva, situación que así aconteció en el caso que nos ocupa.

Finalmente, en fojas 198 a 202 de la resolución recurrida la Comisión reconoce que la información de precios internacionales no es la idónea para ese análisis en particular, pero también aclara que no es un elemento que la LFCE obligue a incluir para demostrar la práctica monopólica absoluta, la cual en el caso concreto sí se demuestra con el resto de la evidencia económica y de comunicación.

Lo anterior se expuso en los apartados 5 y 6 de la resolución intitulados respectivamente **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"** y **"VALORACIÓN Y ALCANCE DE LAS PRUEBAS EN EL EXPEDIENTE"**, en donde la Comisión realizó un análisis de los elementos que acreditaron la conducta anticompetitiva que se le imputó a Fresenius de manera presuntiva en el oficio de probable responsabilidad, por lo que se remite a dicho pronunciamiento en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guarda su agravio con lo ya resuelto por esta autoridad.

Así las cosas, resulta falso que se haya acreditado práctica anticompetitiva alguna a partir de los precios internacionales expuestos en el oficio de probable responsabilidad, e incluso, la resolución recurrida, en contestación a los argumentos contenidos en inciso b) del apartado **14** intitulado **"ANÁLISIS DE PRECIOS INTERNACIONALES"** señaló en síntesis lo siguiente:

- Tal y como Fresenius señala, el margen de diferencia con los precios internacionales **puede constituir un indicio más para presumir la existencia de un cártel, pero eso no significa que sea un aspecto que siempre se dé en la conformación de una práctica monopólica absoluta o que deba demostrarse en todos los casos para que se configure en términos del artículo 9° de la LFCE**, ya que se pueden tomar en cuenta otro tipo de indicios para tener por acreditada la comisión de dicha práctica anticompetitiva, situación que así aconteció en el caso concreto.
- En efecto, la ausencia de una tabla que exponga un comparativo de los precios que resultaron ganadores de las licitaciones con los precios internacionales, no modifica en nada el análisis económico de las posturas de las emplazadas plasmado en el oficio de probable responsabilidad y mediante el cual se observó que la igualdad de posturas ganadoras y perdedoras en las licitaciones presentadas por los emplazados, junto con un alto margen de ganancias, revelan que, pese a tener la capacidad de ofrecer precios más competitivos y ejercer una verdadera competencia en los procesos de licitación, no tuvieron la intención de competir y sí de coordinarse entre las empresas ahora emplazadas.

Así las cosas, la utilización de precios internacionales es un elemento que se puede o no analizar en la acreditación de una práctica monopólica absoluta, por lo que la Comisión no se encuentra obligada a tomar en cuenta dicho indicio para todos los casos, máxime cuando el artículo 5, fracción I, del RLFCE aplicable en el procedimiento IO-003-2006, señala que los precios internacionales se constituyen como un indicio en la realización de prácticas monopólicas absolutas contempladas en el artículo 9°, fracción I, de la LFCE; esto es, cuando se trata de fijación de precios del bien o servicio en el mercado investigado:

> *"Artículo 5°.- Son indicios de la existencia de una práctica monopólica absoluta, las instrucciones o recomendaciones que emitan las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados, con el objeto o efecto de realizar las conductas previstas en el artículo 9° de la Ley.*
>
> ***Son indicios de la realización de las conductas a que se refiere la fracción I del artículo 9° de la Ley, entre otros que:***
>
> *I. **El precio de venta ofrecido en territorio nacional por dos o más competidores de bienes o servicios susceptibles de intercambiarse internacionalmente, sean sensiblemente superiores o inferiores a su precio de referencia internacional**, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución, y*
>
> *II. Dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un bien o servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra de un bien o servicio que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor."*
>
> [Énfasis añadido]

Por tanto, no se trató de una práctica monopólica absoluta prevista en la fracción I del artículo 9° de la LFCE, sino de su fracción IV, por lo que dicho precepto reglamentario no es aplicable al caso concreto como lo pretenden hacer valer los recurrentes.

Ahora bien, lo que la Comisión le señaló a Fresenius en respuesta al inciso **c)** del apartado intitulado **"PRECIOS COMPETITIVOS"**, contenido a foja 329 de la resolución fue en síntesis lo siguiente:

- En el oficio de probable responsabilidad en fojas 144 a 145 estableció que las posturas competitivas tenderán a los costos incluyendo márgenes de ganancia competitivos, por lo que el análisis sí considera precios competitivos al incluir los márgenes en cada clave licitada con base en la propia información de las empresas investigadas.
- El análisis muestra cómo, pese a tener un margen de maniobra para disminuir sus posturas, aun cuando no llegasen a los costos con su margen de ganancia competitivo, estas empresas no tuvieron la intención de competir pese a que podrían incrementar considerablemente la probabilidad de ganar licitaciones que les repercutía en ganancias económicas.
- La única forma para saber *a priori* que su estrategia de no bajar precios les otorgaría ganancias económicas, era saber de antemano que sus competidores tampoco bajarían sus posturas; pese a tener un margen tan alto.
- Es infundado el argumento referente a que la Comisión señaló que un precio competitivo es aquel que está por debajo del promedio, ya que nunca se habló de esto en el oficio de probable responsabilidad. Sin embargo, a pesar de que hubiera un precio competitivo, la conducta sigue siendo sancionable, ya que el cártel se castiga porque se ponen de acuerdo para no competir y la Comisión defiende el proceso de competencia. Los cárteles se sancionan por el acuerdo colusivo, no por los precios.

Por otra parte, la resolución de foja 319 a 338 muestra que la imputación de que los precios son altos se basa tanto en el cálculo de los altos márgenes de ganancia como en el hecho de que ante la presencia de nuevos competidores los agentes sancionados pudieron disminuir considerablemente sus posturas.

**d) La Comisión no determinó como afecta la supuesta colusión a los otros competidores, ni qué papel juegan los otros competidores en el mercado, si son desplazados por las empresas coludidas, si tienen posibilidades de afectar a la colusión o se comportan como precio aceptantes, cuál es su capacidad de producción y su capacidad de bajar sus propios precios.**

**e) La Comisión omitió analizar los efectos procompetitivos, así como los efectos benéficos del comportamiento de las empresas en el mercado**

Los argumentos en incisos **d)** y **e)** anteriores resultan **inoperantes**, ya que pretenden introducir argumentos que no formaron parte de la cuestión debatida dentro del procedimiento seguido en forma de juicio, ya que no fueron formulados al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad y por consiguiente precluyó su derecho para alegarlos.

Los recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**f) No es posible considerar que existe colusión solo entre tres empresas, sin analizar qué es lo que sucede con el resto del grupo de empresas que conforman la totalidad del mercado. El argumento de refutación consistió en que en el mercado hay otros agentes económicos que también intervienen en el mismo; por lo tanto, también tendrían posibilidad de influir en el precio ofreciendo posturas más bajas y no obstante esto, en el oficio de probable responsabilidad se deja de analizar esta circunstancia sin ninguna justificación.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, ya que repiten argumentos vertidos en su respuesta al oficio de probable responsabilidad y que ya fueron estudiados por esta autoridad en el inciso f) del apartado 35 de la resolución impugnada intitulado **"NO SE EMPLAZARON OTROS AGENTES ECONÓMICOS"**, fojas 316 y 317, sin que ahora los recurrentes ofrezcan argumentos o elementos que controviertan el pronunciamiento por parte de la Comisión.

Al respecto, se le señaló a los recurrentes lo siguiente:

- En la tabla 2, al igual que en la tabla 3, del oficio de probable responsabilidad sólo se presentan los diez postores con mayor número de apariciones para cada clave por cuestiones de presentación y lo más importante debido a que su inclusión en esa tabla no modifica las conclusiones del oficio de probable responsabilidad.
- Esto se debe a que el resto de los participantes, así como los postores que aparecen en la tabla pero que no son señalados como probables responsables sólo participan de forma marginal en las licitaciones investigadas. Al no presentarse en el resto de los participantes los resultados observados en los emplazados, la Comisión decidió no emplazar a aquellos agentes que no presentaron un comportamiento consistente con el presentado por los emplazados.
- Ningún otro agente dentro de la licitación mostró la capacidad para poder influir en el comportamiento de los agentes económicos mencionados como probables responsables, por

lo que la Comisión no consideró necesario llamar a todos estos agentes al proceso de investigación, puesto que se observó que CF-Medical y Hi-Tec participaron únicamente 6 y 2 veces en las licitaciones plasmadas de dos mil tres a dos mil cinco, respectivamente, a diferencia de más de cien licitaciones en las que participaron los emplazados.

- En cuanto a QFM, participó en una sola ocasión y ganó con una diferencia de 0.1 menor al precio que ofertaron las empresas coludidas. Por último, las empresas Hi-Tec, SMS, QFM, CF Medical, Salveco, participaron en menos de diez licitaciones por clave de medicamento.
- Tal hecho se muestra dentro de las fojas 66 a 76 dentro del oficio de probable responsabilidad en el que aparecen las tablas respectivas de licitación por licitación para las claves 1050 y 1051.
- Al igual que las tablas en foja 49, que muestra quiénes son los ganadores más consistentes dentro de las licitaciones investigadas.
- En ese sentido, en el oficio de probable responsabilidad se demuestra que la participación en el monto total licitado para las claves de insulina investigadas se encontraba altamente concentrada. Los cuatro principales ganadores obtuvieron el 95% (noventa y cinco por ciento) del importe total licitado de medicamentos del Grupo I.

**g) No analiza la capacidad de producción del resto de los competidores no emplazados, ni los volúmenes licitados y ofertados. Asimismo, no considera la posibilidad de que la entrada natural de un nuevo competidor impacte directamente sobre el precio al generar mayor competencia a la que ya existía.**

El argumento de los recurrentes resulta **infundado**, ya que éste fue analizado por la Comisión en fojas 331 y 332 de la resolución recurrida, por lo que ahora los recurrentes no ofrecen argumentos o elementos que controviertan el pronunciamiento de esta autoridad al respecto.

En este sentido, en el inciso **c)** del apartado **39** de la resolución intitulado **"BIENES SUSTITUTOS"** se le señaló a Fresenius lo siguiente:

- Los argumentos de Fresenius son infundados ya que en las licitaciones investigadas la competencia es en precio por las mismas reglas de estos procesos. El modelo de Bertrand se plantea originalmente con empresas simétricas, pero sus conclusiones se extienden al caso asimétrico; la conclusión cambia en que el precio de equilibrio se igualará al costo marginal más alto.
- Por otro lado, las conclusiones de Bertrand son aplicables en tanto exista capacidad de producción, lo que es evidente en este caso, en tanto las empresas estén participando en las licitaciones, ya que de no contar con el producto tendrían que cubrir penalizaciones económicas.
- Por último, el marco conceptual es el de subastas, en donde la teoría económica muestra que al cumplirse las condiciones que se establecen en el oficio de probable responsabilidad respecto de las licitaciones del IMSS se tiene una competencia en precio en el contexto de las

subastas; por lo que el análisis del oficio de probable responsabilidad está correctamente aplicado.

- Para confirmar lo anterior, la Comisión explicó en el oficio de probable responsabilidad lo referente a cómo se daba la competencia en precios en el contexto de las subastas y señaló lo siguiente:

> *"Los procesos de licitación como mecanismo de compra permiten identificar las condiciones disponibles en el mercado y son particularmente efectivos cuando hay varios proveedores potenciales y los convocantes buscan comprar en las mejores condiciones disponibles en el mercado, pero desconocen tales condiciones. Adicionalmente, los procesos de licitación permiten transparentar los términos y condiciones de las compras, lo cual contribuye al combate a la corrupción.*
>
> *Cuando las características del producto o servicio están predeterminadas, los procesos de licitación maximizarían la competencia en precios. La coordinación de posturas entre los participantes de las licitaciones tiende a incrementar los precios por encima de niveles competitivos. En muchos países se le considera un crimen y en México, tanto la LFCE como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) prohíben explícitamente este tipo de coordinación y las sancionan severamente."*[228]

**h) La Comisión violó el artículo 9°, último párrafo, de la LFCE en virtud de que no determinó el alcance de los efectos jurídicos de los actos que fueron sancionados como prácticas monopólicas absolutas. Según el artículo en cita, los actos que fueron calificados como prácticas monopólicas absolutas no producen efectos. La ausencia de efectos jurídicos es una propiedad de la nulidad absoluta. En este sentido si el IMSS pagó y disfrutó de los bienes ofrecidos y proveídos por las compañías sancionadas, en términos de los artículos 2234 y 2235 del CCF, dichos actos fueron convalidados y por lo tanto resultan ser legales.**

**Si los actos entonces son legales, no podrían ser objeto de sanción. En todo caso, correspondería al IMSS demandar la nulidad de las licitaciones en las que hubo supuestamente colusión y después ya demostrada la ilegalidad de los mismos, tendría la Comisión la posibilidad de pronunciarse sobre la práctica monopólica absoluta y sobre la sanción a dicha conducta.**

El argumento anterior resulta en una parte **infundado** y en otra **inoperante**, en atención a las siguientes consideraciones:

Resulta **infundado**, ya que la legislación en materia de competencia económica no obliga a la Comisión a determinar el alcance de los efectos jurídicos de la práctica monopólica absoluta acreditada en el expediente IO-003-2006 ni a que las actuaciones y facultades de la Comisión se

[228] Fojas 42 y 43 del oficio de probable responsabilidad.

encuentren supeditadas a la ilegalidad de los actos en materia civil como lo pretenden alegar los recurrentes.

Lo establecido en el artículo 9° de la LFCE, en el sentido de que los actos cometidos en contravención a dicha disposición no producen efectos jurídicos, tiene como propósito que los contratos, convenios o acuerdos entre competidores que tengan como objeto o efecto alguno de los supuestos previstos en dicho artículo no generen las consecuencias legales que de ellos dimanan; es decir, que no generen los efectos que normalmente se producen en contratos que tienen un fin u objeto lícito. Por ejemplo, que el contrato no produzca un efecto de obligatoriedad entre los contratantes, o que el convenio sea intangible, en el sentido de que no puede ser modificado unilateralmente por una de las partes. Por el contrario, la intención de la disposición es que los acuerdos colusorios entre competidores no puedan válidamente producir efectos jurídicos en virtud de tener por objeto directo o indirecto un acto ilícito, y que de esta forma, sean nulos de pleno derecho (situación en la que la CFC reconoce no tener ninguna atribución o facultad, dado que para ello es necesaria la intervención del Poder Judicial), en congruencia con lo establecido por el legislador en la Exposición de Motivos de la LFCE.[229]

Por tanto, en relación al argumento de que en términos de los artículos 2234 y 2235 del CCF dichos actos fueron convalidados y resultan legales al haber pagado y disfrutado el IMSS dichos bienes, resulta **inoperante**, ya que la Comisión no tiene atribuciones legales para pronunciarse sobre la nulidad y la convalidación de los actos jurídicos.

### 3.7 ILEGALIDAD DE LOS ARGUMENTOS Y ELEMENTOS PROBATORIOS CONTENIDOS EN LA RESOLUCIÓN

**BAXTER**

**a) La Comisión omitió considerar claves y licitaciones en el estudio de patrón de posturas. La recurrente señala que la información faltante estaba orientada a destacar la falta de sustento del "patrón" supuestamente encontrado por la Comisión. Dicho patrón debería encontrarse en la totalidad de la información relevante para el caso; es decir, la totalidad de las licitaciones efectuadas para las claves de producto investigadas, ya que si existiera un acuerdo, lo lógico es que dicho acuerdo cubriera la totalidad de dichas licitaciones.**

**Si se entiende el patrón como una regla de alternancia de posturas, entonces al dejar fuera licitaciones dentro del estudio de cada clave, se imposibilita su identificación.**

**Si se concibe el patrón como una repartición equitativa de ingresos, al eliminar claves de la misma clase de productos y licitaciones dentro de cada clave, entonces se posibilita la**

[229] *"Los actos consistentes en prácticas monopólicas absolutas, se prevé sean nulos de pleno derecho y los agentes económicos que incurran en ellos se hagan acreedores a las sanciones establecidas en el propio ordenamiento."*

**elección de subconjuntos de información *ad hoc* (licitaciones y claves) que arrojen los resultados buscados por la autoridad.**

**Como ejemplo, si se calcula la supuesta repartición equitativa de ingresos para las claves y licitaciones consideradas por la Comisión en el año dos mil cinco, se obtiene lo siguiente:**

| Licitaciones 2005 CFC | | |
|---|---|---|
| EMPRESA | VALOR | |
| BAXTER, S. A. DE C. V. | 133,526,626 | 36.0% |
| FRESENIUS KABI MEXICO, S. A. DE C. V. | 122,109,826 | 32.9% |
| LABORATORIOS PISA, S. A. DE C. V. | 105,232,073 | 28.3% |
| OTROS | 10,436,128 | 2.8% |
| TOTAL | 371,306,654 | 100.0% |

**Como bien puede apreciarse, a partir de estos cálculos se descarta la conclusión de la Comisión respecto de que existe una repartición equitativa del mercado. No obstante, si se incorpora información sobre licitaciones omitidas, las participaciones son:**

| Licitaciones 2005 (no incluidas+CFC) | | |
|---|---|---|
| EMPRESA | VALOR | |
| BAXTER, S. A. DE C. V. | 163,249,860 | 37.9% |
| FRESENIUS KABI MEXICO, S. A. DE C. V. | 141,606,831 | 32.8% |
| LABORATORIOS PISA, S. A. DE C. V. | 115,048,454 | 26.7% |
| OTROS | 11,333,053 | 2.6% |
| TOTAL | 431,238,199 | 100.0% |

NOTA: se incorporó información sobre las licitaciones 00641271-007-05, 00641276-002-05, 00641243-045-05, 00641139-032-05, 00641275-009-05, 00641091-032-05, 00641187-020-05, 00641222-010-05, 00641234-014-05, 00641243-023-05, 00641243-027-05, 00641265-005-05, 00641270-016-05, 00641272-012-05, 00641272-016-05 y 00641282-010-05. Existen otras licitaciones omitidas, de las cuales no se pudo obtener información o ésta era contradictoria.

**Es decir, la disparidad entre las participaciones de los emplazados aumenta en este caso al utilizar una base de datos más completa.**

El agravio anterior resulta **inoperante** en atención a las siguientes consideraciones:

La recurrente reitera argumentos que ya fueron atendidos en la consideración relativa a "**CONTESTACIONES AL OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD**" apartado intitulado "**PATRÓN DE POSTURAS**", contenido en inciso **a)**, en fojas 154 y 155 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- Baxter no demuestra cómo es que la inclusión de otras licitaciones llevaría a una conclusión diferente a la del oficio de probable responsabilidad respecto a la coordinación de posturas en las licitaciones. Aún cuando no existiese coordinación en las licitaciones que cita Baxter, lo cual no demuestra, ello no desvirtúa el análisis contenido en el oficio de probable

responsabilidad respecto de las licitaciones y claves investigadas, ni cómo es que los precios ganadores coinciden entre las empresas investigadas al igual que sus posturas perdedoras o las participaciones equitativas entre ellas.

- Pretender argumentar que no se analizaron todas las licitaciones del IMSS es por demás una manifestación gratuita e irrelevante, la cual no desvirtúa en nada los hechos imputados al emplazado en el oficio de probable responsabilidad. En este mismo sentido, resulta por demás una manifestación gratuita mencionar cuáles son las que se omitieron, sin realizar el análisis de éstas y cómo ello implicaría conclusiones diversas a las que la Comisión arribó.
- El oficio de probable responsabilidad se basó en la información aportada por el IMSS y por los mismos emplazados, así como con los elementos de convicción necesarios para acreditar la probable responsabilidad de los agentes económicos emplazados al presente procedimiento. Por otro lado, el emplazado no proporciona a esta autoridad la información que considera completa y que llevaría a conclusiones diferentes del oficio de probable responsabilidad, así como tampoco objeta la información proporcionada por el IMSS. En este tenor de ideas, se observa que la Comisión analizó en el oficio de probable responsabilidad doscientos cuarenta y ocho licitaciones públicas correspondientes a los grupos de medicamentos definidos como "Grupo I" y "Grupo II"; por tal razón, las conclusiones de la Comisión versaron sobre dichas licitaciones.
- Consecuentemente, derivado del análisis económico de dichas licitaciones públicas, se estableció un patrón de comportamiento, el cual se verifica a partir del análisis de las tablas que contienen las licitaciones que la Comisión obtuvo durante el período de investigación y las conclusiones de esta autoridad son sólo sobre las licitaciones citadas en dicho oficio, es decir, no se trata de un muestreo que busque generalizar las conclusiones a todas las licitaciones realizadas por el IMSS para este grupo de medicamentos. Durante todo el análisis del Grupo II de medicamentos se utiliza la información de estas licitaciones

Como se aprecia, el argumento de Baxter, lejos de controvertir el pronunciamiento de esta autoridad, insiste en considerar que la "totalidad" de las licitaciones llevaría a conclusiones diferentes, sin señalar cuáles fueron las licitaciones que debió haber considerado la Comisión en su análisis y cómo sus conclusiones hubieran cambiado el sentido de la resolución ahora impugnada.

Respecto al argumento que ofrece Baxter relativo al cálculo de la supuesta repartición equitativa, resulta igualmente **inoperante**, al introducir elementos de análisis novedosos en sus argumentos y que no hizo valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad.

La recurrente tiene la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen

nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido. De ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**b) La Comisión omitió considerar que un comportamiento conservador o poco agresivo en precios puede ser consistente con una estrategia unilateral. La resolución señala que su conclusión no se basa sólo en la premisa de la maximización de la competencia en precios. Es claro que nuevamente esa Comisión confunde los argumentos de Baxter, pues no se trataba de señalar que la maximización de competencia en precios fuera el único elemento para llegar a la conclusión de la Comisión, sino que la autoridad omitiera considerar que la falta de competencia en precios puede ser compatible con un comportamiento determinado unilateralmente. Esto, con base en diversos elementos analíticos destacados por mi representada. Así, este argumento de mi representada no fue atendido por esa Comisión.**

**Al contrario de lo que la Comisión señala, sí olvidó considerar los incentivos de los postores, ya que parte de la falsa premisa de que con precios "altos" no se tendría probabilidades de ganar, lo cual en el caso concreto es falso (la Comisión no define qué considera como precio "alto", aunque por el contexto puede deducirse que se refiere a un precio que no es menor a las posturas ganadoras previas observadas en las licitaciones).**

Es **infundado** el argumento de Baxter, puesto que la Comisión sí tomo en cuenta el hecho de que ofrecer un precio alto sí es consistente con un comportamiento unilateral, pero a costa de disminuir considerablemente la probabilidad de ganar, tal y como se observa de la página 144 de la resolución.

Por otro lado, los diversos elementos analíticos destacados por el recurrente no son correctos, tal y como se analizan y responden de manera puntual a continuación en los incisos **c)** a la **h)**.

**c) También es falso que la estrategia de Baxter fuera siempre incrementar sus posturas por encima de aquéllas con las que había ganado.**

> ***"Esa H. Comisión observa que a pesar de conocer las posturas ganadoras anteriores, los postores incrementan sus posturas. Esta afirmación proviene de un análisis superficial, pues contrariamente, es posible comprobar que mi representada repetidamente ofrecía posturas al mismo nivel que había resultado ganador anteriormente. De allí que es claro que su estrategia comprendía el objetivo de ganar licitaciones~ aunque manteniendo un precio conservador para maximizar los ingresos en el largo plazo. Este comportamiento se presenta por ejemplo en la clave 3626 durante 2003, donde se***

***aprecia claramente que en la licitación 00641190-009-03, Baxter ofreció una postura igual a aquella con la que ganó Fresenius las dos licitaciones anteriores (6 .10). Más tarde, en la licitación 00641194-01-03 mi representada copió la postura con la cual Pisa había ganado la licitación previa (6 .00). Situaciones idénticas ocurrieron con las licitaciones 00641188-065-03, 00641218-048-03 y 00641224-038-03 del mismo año."***

**Para desestimar los argumentos de Baxter, la Comisión simplemente insiste en afirmar que, para maximizar su ingreso, Baxter debía ofrecer "un precio justo por debajo del precio que observó de sus competidores y no el mismo y mucho menos uno mayor" sin explicar el sustento de dicha afirmación y sin analizar los numerosos argumentos ofrecidos en la contestación al oficio de probable responsabilidad y que acreditan la lógica unilateral de la estrategia de Baxter.**

El argumento anterior resulta **infundado**, ya que Baxter pretende tergiversar el pronunciamiento de la Comisión, llevando sus razonamientos al absurdo con premisas categóricas y absolutas, mismas que no realizó esta autoridad. Lo anterior, tal y como a continuación se expone.

En el presente argumento Baxter señala que la Comisión se pronunció en el sentido de que *"la estrategia de Baxter fuera **siempre** incrementar sus posturas por encima de aquéllas con las que había ganado"*, lo cual resulta falso.

Lo que sí señaló la Comisión fue lo siguiente:

*"Este **acuerdo colusorio consistió en mantener la posturas ganadoras en un nivel acordado por empresas competidoras entre sí, por encima del que hubiera resultado de un proceso competido,** tomando **turnos** en los roles de ganador y perdedor para distribuirse entre ellos los importes licitados. En el caso de las licitaciones con asignación múltiple, los roles de ganador los tomaban varias de las emplazadas.*

*Finalmente, los márgenes obtenidos por estas empresas coludidas muestran que, a pesar de existir espacio para ofrecer precios más bajos e incrementar así la probabilidad de ganar más licitaciones, no lo hicieron y **mantuvieron sus posturas en los mismos niveles**. Además, estos márgenes muestran que la similitud de posturas no obedece a un mercado competitivo."*[230]

En el caso de Baxter, en foja 159 la Comisión señaló lo siguiente:

*"El argumento del emplazado resulta **infundado**, ya que sostiene que la información sobre posturas ganadoras previas constituye un referente importante para la determinación unilateral de las posturas; sin embargo, el oficio de probable responsabilidad muestra en fojas 77 a 146 que las posturas ganadoras previas, efectivamente se utilizaron como referente, pero para la coordinación de posturas, ya que pese a conocer el nivel de las posturas ganadoras, **Baxter sólo igualó dichas posturas (también igualó las posturas perdedoras) y no buscó ofrecer posturas más competitivas**.*

[230] Foja 419 de la resolución del expediente IO-003-2006.

*Con una estrategia de mantener las posturas iguales sin reducir su precio, como la descrita por Baxter, a lo más que aspira es al proceso de insaculación*[231] *donde no tiene garantizado resultar ganador. Contrario al dicho del agente económico, sí existe una razón económica de reducir el precio, pues con una reducción mayor al 1.5% (uno punto cinco por ciento) aspira a ser el único adjudicado en esa licitación.*

*La evidencia en el oficio de probable responsabilidad contradice lo expuesto por Baxter, pues* ***tampoco mantuvo sus posturas iguales, ya que incluso en algunos casos ofreció precios mayores, no manteniendo las posturas como manifiesta haber sido su estrategia. Al ofrecer precios mayores, incrementó las probabilidades de perder la licitación que tiene interés en ganar, ya que de no ser así no participaría****."*

Por tanto, la resolución no sostiene que la estrategia de Baxter fuera *siempre* incrementar sus posturas por encima de aquéllas con las que ganó, sino que incrementar sus posturas para igualarlas a las posturas perdedoras de las anteriores licitaciones no obedece a una estrategia unilateral que efectivamente busque ganar la licitación.

Se destaca que, a diferencia de otros argumentos donde hace citas textuales de la resolución, en este caso no lo realiza, porque no existe el dicho de la Comisión relativo a que Baxter *"siempre incrementar sus posturas por encima de aquéllas con las que ganó"*, como quedo expuesto.

**d) La resolución también hace caso omiso sobre la explicación de mi representada respecto de la lógica unilateral que puede encontrarse en el caso de que en alguna licitación hubiera ofrecido una postura superior a otra ganadora previamente. Al respecto se señaló en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad:**

***"Es interesante notar que en la licitación 00641207-039-03 mi mandante ofreció un precio de 6.40 a pesar de haber ganado la licitación inmediatamente anterior con una postura de 6.30, debido a que Fresenius y Pisa habían ofrecido 6.42 y 6.40 previamente. Es decir, mi representada corrigió su postura al darse cuenta que podía haber ganado la licitación previa con un precio más alto. Este es un comportamiento óptimo y consistente con el objetivo unilateral de maximizar su ingreso en el largo plazo."***

**Es claro que la resolución es incorrecta al afirmar que "Baxter sabe, a partir de los resultados de las licitaciones anteriores, que no ganará con posturas mayores a las que anteriormente resultaron ganadoras, inclusive las propias".**

La primera parte del argumento de la recurrente es **infundado**, ya que la Comisión sí atendió los argumentos vertidos en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, tal y como se observa en fojas 143 y 144 de la resolución recurrida, por lo que Baxter presenta una cita parcial del argumento que realizó la Comisión y que en síntesis consistió en:

- El oficio de probable responsabilidad no establece que cualquier licitación debe maximizar la competencia en precios, sino que, tal y como se aprecia a foja 43 del oficio de probable

[231] Artículo 36 bis, *in fine*, de la LAASSP.

responsabilidad, una vez que se han predeterminado las características del producto o bien – esto es los factores adicionales al precio- las licitaciones llevan a que los competidores enfoquen su estrategia de competencia en el precio, pues no existe otro concepto a considerar.

- Por otro lado, la conclusión del análisis económico presentado en el oficio de probable responsabilidad no se basa únicamente en la premisa de la maximización de la competencia en precios; sino en toda una serie de resultados económicos simultáneos[232] que no pueden obedecer a un comportamiento independiente al considerarlos conjuntamente. Lo anterior, se aprecia en el capítulo 7 del oficio de probable responsabilidad intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA"**.
- En este tenor, se le señala al emplazado que el análisis de la Comisión no olvidó considerar los incentivos de los postores y la disyuntiva entre ofrecer precios altos con poca probabilidad de ganar y precios bajos con mayor probabilidad de resultar adjudicado. De hecho, esto demuestra que el comportamiento de Baxter no es consistente con un comportamiento independiente, ya que pese a conocer el monto de las posturas ganadoras anteriores, incrementa su postura por arriba de aquéllas con las que el emplazado había ganado.
- **Este comportamiento tampoco es consistente con la estrategia extrema de ofrecer posturas muy altas con pocas probabilidades de ganar para obtener mayores ganancias, ya que Baxter sabe, a partir de los resultados de las licitaciones anteriores, que no ganará con posturas mayores a las que anteriormente resultaron ganadoras, inclusive las propias. Se observa en las tablas contenidas a fojas 77 a 146 del oficio de probable responsabilidad que tal estrategia ni siquiera es consistente para Baxter a lo largo del período investigado**.
- El emplazado sólo menciona que existen numerosas circunstancias donde se compite agresivamente en precios, argumento que resulta inoperante, ya que no ofrece mayores elementos que acrediten cuáles son esas circunstancias ni demuestra cómo es que estas circunstancias aplican al caso concreto y ofrecerían conclusiones diversas a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad, por lo que sus afirmaciones resultan gratuitas.

La segunda parte de su argumento es **infundada**, porque la Comisión no dijo que con precios altos no se tendrían probabilidades de ganar. Lo que la Comisión hizo fue mencionar que las posturas altas tienen pocas (no nulas) posibilidades de ganar. Al respecto, en foja 144 de la resolución se menciona la disyuntiva entre ofrecer un precio bajo con alta probabilidad de ganar y uno alto que genere mayores ganancias pero a costo de reducir la probabilidad de ganar.

Además, Baxter busca desviar el análisis, toda vez que en respuesta a su argumento se aprecia que fue analizada toda la información y no sólo una licitación en una clave, Baxter incrementa su postura

[232] Identificación de las mismas posturas ganadoras y perdedoras en la mayoría de las licitaciones, las empresas ganadoras concentraron el 95% de la participación en las licitaciones, altos márgenes de ganancia, etcétera.

por encima de las posturas ganadoras previas (incluidas las mismas de Baxter), lo que evidencia la intención de no ofrecer una verdadera competencia.

Asimismo, contradice su señalamiento de que considera las posturas anteriores para definir la suya, pues no es racional pretender ganar con una postura más alta bajo un comportamiento independiente.

A continuación se analiza el ejemplo de Baxter durante diciembre de dos mil tres con base en información del Anexo 3 de la resolución donde las posturas ganadoras fueron enfatizadas.

Clave 3626

| Fallo | Licitación | Baxter | Fresenius | Pisa | Múltiple |
|---|---|---|---|---|---|
| 1-dic-03 | 00641224-038-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 2-dic-03 | 00641226-027-03 | 6.40 | **6.10** | 6.41 | 3 |
| 4-dic-03 | 00641216-043-03 | **6.30** | 6.42 | 6.40 | 1 |
| 5-dic-03 | 00641207-039-03 | **6.40** | **6.42** | **6.40** | 3 |
| 5-dic-03 | 00641228-001-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 8-dic-03 | 00641255-018-03 | 6.40 | 6.42 | **6.30** | 1 |
| 26-dic-03 | 00641187-030-03 | | **6.31** | **6.31** | 3 |

[Posturas ganadoras con énfasis]

El argumento de Baxter parece razonable económicamente, siempre y cuando no se tome en cuenta que sus competidores también deben reaccionar ante la misma información, tal y como lo establece la Teoría de Juegos que es la base de la Teoría de Subastas.

En respuesta a sus argumentos realizados en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, se observa que la Comisión sí considera ambas teorías y evidencia que efectivamente no es consistente el argumento de Baxter. La Teoría de Juegos establece que cada jugador tomará la mejor respuesta ante la mejor respuesta del resto de los jugadores, y además cada jugador sabe que el resto hará lo mismo. Por lo anterior, es una acción razonable económicamente para Baxter incrementar su postura una vez que conoció públicamente que sus competidores ofrecen precios más altos.

Empero, con base en la Teoría de Juegos, los otros jugadores reaccionarán a favor de sus intereses de la mejor manera posible, por lo que al conocer que perdieron con sus posturas y que Baxter ganó con una menor tienen incentivos a disminuirla aunque sea en un monto mínimo. Como esto mismo lo sabe Baxter, pues es el argumento de Teoría de Juegos, debe esperar por lo menos un ligero decremento de sus competidores, por lo que pese a tener incentivos a incrementar su postura, no lo hará exactamente al mismo nivel del resto de los participantes, pues sabe que ellos se ajustarán a la baja. Esto no sucede en la especie, ya que no sólo Baxter incrementa su postura hasta igualarla exactamente con Pisa, sino que ni éste ni Fresenius corrigen su postura; por lo que resulta falso que su comportamiento esté justificado con base en sus argumentos, tal y como lo estableció la resolución.

Finalmente, llama la atención a esta autoridad que el argumento de Baxter es revelador en cuanto a la coordinación de las posturas, ya que, al considerar el supuesto ejemplo de su comportamiento se observa que el cuatro de diciembre de dos mil tres Baxter ganó con una postura de $6.30 (seis pesos 30/100 M.N.), en tanto que Fresenius y Pisa pierden con una postura de $6.42 (seis pesos 42/100 M.N.) y $6.40 (seis pesos 40/100 M.N.) respectivamente; de lo que surgen dos posibles escenarios para Baxter:

(1) El veinticinco de noviembre de dos mil tres (fecha de la apertura económica de la licitación 00641216-043-03), Baxter pudo conocer las posturas de Fresenius y Pisa y darse cuenta que podía incrementar su postura debido a que sus competidores habían ofertado precios más altos, o
(2) El cuatro de diciembre de dos mil tres al ver el fallo de la licitación, conoció las posturas de Fresenius y Pisa y también razonar en el incremento de su postura para la siguiente licitación.

No obstante lo anterior, en ninguno de los escenarios es posible que Baxter ajuste su postura hacia arriba con base en la información pública de las posturas de Fresenius y Pisa en la licitación 00641216-043-03, ya que Baxter entregó su postura de la licitación 00641207-039-03 el once de noviembre de dos mil tres, fecha anterior en 14 días al escenario más próximo (escenario 1). Por lo que no sólo resulta falso su argumento de corregir su postura, sino que se confirma el análisis realizado por esta autoridad en la resolución del expediente IO-003-2006, ya que Baxter evidencia de forma notable que la única forma de saber la postura que debía realizar es que contaba con información de sus competidores de manera previa a su revelación pública a través de Compranet.[233]

e) **La Comisión señala como inoperante el argumento de Baxter respecto de que existen *numerosas* circunstancias que explican cómo la mejor estrategia unilateral puede ser no competir en precios, puesto que supuestamente no ofreció mayores elementos al respecto. Al contrario de lo afirmado por la autoridad, Baxter ofreció *numerosos* argumentos dentro de su contestación al oficio de probable responsabilidad y en la pericial ofrecida, explicando cómo se aplican al caso concreto y llevan a conclusiones diametralmente opuestas a las del oficio de probable responsabilidad, entre los cuales se encuentran:**

> "[...] ***esa H. Comisión se equivoca al considerar que mi representada tenía incentivos para ofrecer el menor precio posible para ganar cada licitación, porque de haberlo hecho habría disminuido su ingreso. Al contrario, mi mandante debía ofrecer una postura lo más alta posible, pero que tuviera probabilidades de ganar y esto dependía de las expectativas sobre las posturas que ofrecerían sus competidores.***
>
> ***En la teoría de juegos y en la economía experimental se ha demostrado~ de hecho~ que los jugadores experimentados tienden a ganar menos juegos y al mismo tiempo obtener mayores beneficios. Esta***

[233] Folios 73890-73932, 74147-74196, 29389-29400, 17871-17887. 17856-17870, 29401-29420 y 29421-29434 del expediente IO-003-2006.

> ***observación aplicada a las licitaciones del IMSS, confirma que una empresa como lo es la de mi representada que conoce el mercado y ha participado en numerosos procedimientos similares, está en la posibilidad de determinar una estrategia unilateral que le lleve a maximizar sus ingresos sin ganar todas y cada una de las licitaciones en las que participa.***
>
> ***También es importante hacer notar que los postores tratan de maximizar sus ingresos en el largo plazo, es decir, considerando una secuencia indefinida de licitaciones~ y no maximizar la posibilidad de ganar cada licitación de manera individual . Esto es~ el marco analítico adecuado es el de los juegos repetidos (repeated games) y no el de juegos de una sola vez (one shot games). Dentro de este marco analítico, la mejor estrategia unilateral no es ofrecer el menor precio sino el máximo que permita ganar licitaciones y así obtener el mayor ingreso~ aunque esto implique perder algunas licitaciones.***
>
> [...]
>
> ***En realidad, lo que muestra la revisión de las posturas es que la información sobre posturas ganadoras previas constituye un referente importante para la determinación unilateral de las posturas. No había razón para modificar la estrategia unilateral de posturas o para reducir drásticamente los precios ofrecidos~ mientras las posturas ganadoras previas no hubieran disminuido acusadamente, lo cual no sucedió sino hasta el final del periodo analizado por esa autoridad~ aunque los precios ofrecidos sí muestran una reacción con respecto a las posturas ganadoras previas."***

**De hecho, mi representada explicó claramente en el presente procedimiento la lógica detrás de su estrategia:**

> *"[...] se observa que mi representada tiene una estrategia reactiva (agresiva cuando los rivales son agresivos, con intentos recurrentes de ganar con posturas conservadoras, evitando siempre una guerra de precios)."*

El argumento de Baxter resulta **inoperante**, al ser oscuros y no señalar cuáles son las *"numerosas circunstancias"* que explicaron cómo la mejor estrategia unilateral puede ser no competir en precios y que dejó de estudiar la Comisión o los haya desestimado para con ello controvertir las conclusiones de esta autoridad en la resolución del expediente IO-003-2006. En otras palabras, impide a esta autoridad determinar si efectivamente asiste a los recurrentes la razón o no, puesto que no hay argumento directo que controvierta un punto en particular y en ese sentido la respuesta a este argumento no puede ser más que otro de manera general, como se ha expuesto.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro *"**AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y NO SE DA NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS MISMOS**"*, la cual se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, se le señala a Baxter que la Comisión analizó la contestación de su escrito al oficio de probable responsabilidad de manera coherente a los argumentos que vertió en dicho escrito. Resultado de ello, esta autoridad consideró una contradicción por parte de la ahora recurrente, quien sostuvo que no compite en precios porque el diseño de las licitaciones no genera incentivos a hacerlo y posteriormente argumentó que competía agresivamente en precios cuando los demás lo hacían.

En este sentido, Baxter argumentó en foja 12 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad lo que a su letra se enuncia a continuación:

> *"[...] numerosos especialistas han demostrado que las subastas en sobre cerrado a primer precio generan mayores precios de adquisición (o equivalentemente, menores precios de venta) que otros tipos de subastas (como la inglesa o a segundo precio), no porque los participantes se coludan, sino por la estructura de incentivos que enfrentan."*
>
> [Énfasis añadido]

Al respecto, en foja 64 de su escrito de recurso de reconsideración señala:

> *"...no se trata de establecer la superioridad sistemática de una subasta sobre la otra, sino de confirmar que el diseño usado por el IMSS no incorporaba incentivos para que los participantes compitieran agresivamente en precios."*

Y en foja 31 de su escrito de recurso de reconsideración señala:

> *"...se observa que mi representada [Baxter] tiene una estrategia reactiva (agresiva cuando los rivales son agresivos, con intentos recurrentes de ganar con posturas conservadoras, evitando siempre una guerra de precios)."*

En conclusión, es evidente que Baxter sostiene que no tiene incentivos a competir agresivamente en precios y después que sí lo hace cuando otros agentes lo hacen y no porque haya cambiado el diseño de las licitaciones del IMSS. La contradicción es evidente y, por lo tanto, al menos uno de sus argumentos es falso.

Por lo que hace a la prueba pericial en Economía ofrecida en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, la Comisión la analizó y valoró en fojas 428 a 443 de la resolución; sin embargo, al no atacar un argumento en específico del pronunciamiento por parte de la Comisión, resulta igualmente **inoperante**.

f) **Esa Comisión pretende confundir los argumentos de mi representada al señalar que existe una contradicción en la manifestación de haber tenido una estrategia reactiva, cuando antes había afirmado no tener incentivos para adoptar una estrategia agresiva. En el párrafo citado, se lee claramente que la referencia a una estrategia agresiva es solamente cuando los rivales son agresivos; es decir, no se argumenta que la estrategia sea presentar**

**posturas agresivas permanentemente, como parece entender la Comisión. Al contrario, se explica que la estrategia comprende intentos recurrentes de ganar con posturas conservadoras, de manera que no existe la pretendida contradicción señalada en la resolución.**

**Más aún, esa Comisión altera las palabras de mi representada al referir su supuesto dicho: *"... lo cual contradice su dicho de que su estrategia es ofrecer el precio más alto que garantice resultar ganador"*. En realidad Baxter manifestó que su estrategia era ofrecer la postura más alta posible que tuviera probabilidades de ganar, lo cual es diferente a garantizar ser ganador. Al contrario, mi representada manifestó claramente que una estrategia unilateral óptima no podía consistir en asegurar ganar todas y cada una de las licitaciones.**

El argumento de Baxter resulta **fundado, pero insuficiente** para revocar la resolución impugnada, toda vez que aunque es cierto que Baxter no escribió "garantice", el argumento de fondo es que los datos de las licitaciones no confirman su dicho y sí lo contradicen, pues ofrecer un precio igual al de sus competidores no le garantiza ganar, pues entraría al proceso de insaculación donde la asignación se vuelve aleatoria y con el riesgo de no obtener asignación alguna inclusive.

Precisamente en la licitación que Baxter utiliza como ejemplo de su estrategia, se observa que cuando igualó su postura a la de sus competidores obtuvo una asignación compartida. Además de que, esta estrategia no corresponde a un comportamiento independiente como ya se mostró en el inciso **d)** inmediato anterior y tal y como se puede comprobar en la siguiente tabla:

Clave 3626

| Fallo | Licitación | Baxter | Fresenius | Pisa | Múltiple |
|---|---|---|---|---|---|
| 1-dic-03 | 00641224-038-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 2-dic-03 | 00641226-027-03 | 6.40 | **6.10** | 6.41 | 3 |
| 4-dic-03 | 00641216-043-03 | **6.30** | 6.42 | 6.40 | 1 |
| 5-dic-03 | 00641207-039-03 | **6.40** | **6.42** | **6.40** | 3 |
| 5-dic-03 | 00641228-001-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 8-dic-03 | 00641255-018-03 | 6.40 | 6.42 | **6.30** | 1 |
| 26-dic-03 | 00641187-030-03 | | **6.31** | **6.31** | 3 |

**g) Respecto de la relación entre las posturas de Baxter y la cantidad de producto asignado en cada licitación, esa Comisión admite que existe una relación negativa entre ambas variables, aunque débil. Esta evidencia apoya los argumentos de Baxter, puesto que no presenta este factor como el único que explicaría su determinación unilateral de postura, sino como uno entre varios.**

**Asimismo, debe destacarse que la Comisión se equivoca al afirmar que Baxter se basó en una gráfica presentada con una escala *ad hoc*, puesto que la gráfica a la que se refiere no**

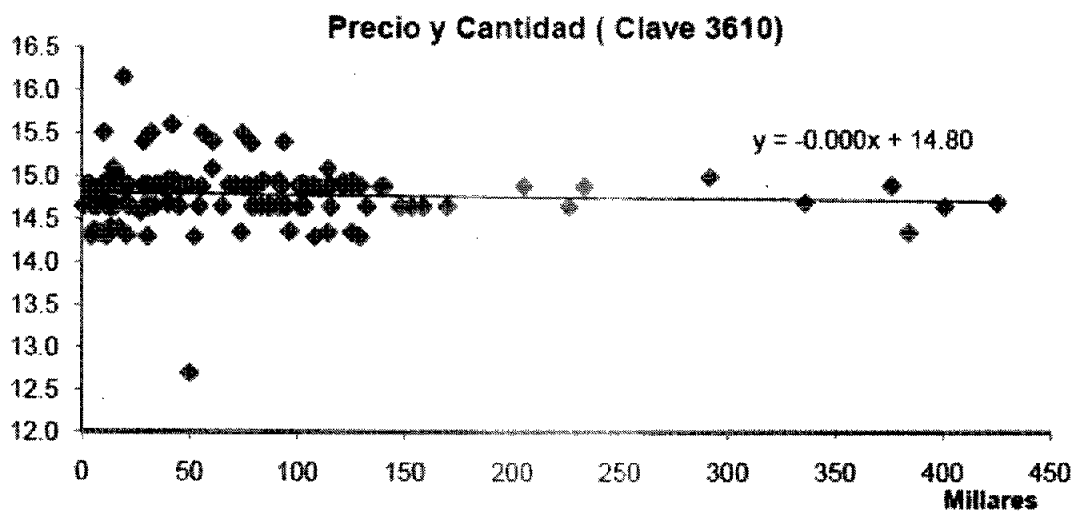
**tenía alterada de manera alguna la escala. El que el eje inicie en un punto diferente a cero es una práctica común para facilitar la apreciación de los datos cuando los mismos se sitúan alrededor de valores alejados del origen.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que presenta una vez más una referencia sesgada, toda vez que la resolución impugnada en foja 166 no reconoce que efectivamente se compruebe su estrategia de ofrecer posturas agresivas cuando las cantidades licitadas eran mayores, sino que lo que sí muestra la resolución recurrida es que Baxter no utiliza toda la información disponible, pues sólo ofrece una parte de los datos efectivamente disponibles, en esta ocasión posturas de los años dos mil cuatro y dos mil cinco.

Asimismo, la resolución en fojas 165 a 169 ofrece medidas objetivas sobre el total de datos disponibles para medir la relación entre precio y cantidad y que la conclusión no se base en la inspección de una gráfica a modo. Estas medidas descartan el dicho de Baxter respecto a que ofreció precios menores o competitivos cuando la cantidad licitada era mayor.

Las medidas objetivas que Baxter no controvierte son:

1. El coeficiente de correlación es menor al -5%, lo que significa que dicha relación está más cercana a una correlación de cero, es decir que no existe relación alguna entre cantidad y precio; a una correlación de -100%, que constataría la versión de Baxter; y
2. Una regresión univariada que muestra que la cantidad no explica los precios y lo que sí explica es una constante, es decir que los precios de Baxter son mejor descritos como una constante o que permanecen estadísticamente iguales y no que disminuyen con la cantidad licitada.



Además, su dicho resulta contradictorio con su argumento relativo a que el diseño de las licitaciones no generaba incentivos a competir agresivamente, ya que las cantidades son parte del diseño.

**h) La Comisión se refiere a la existencia de *"ganancias extraordinarias por precios mayores a los de competencia en perjuicio del Estado"*, cuando en el oficio de probable responsabilidad no se incluyeron consideraciones al respecto. Al contrario, mi representada acreditó que durante el periodo investigado los precios a los que se adjudicaron licitaciones a mi representada, se encontraron dentro de los rangos prevalecientes en los mercados internacionales, argumento que fue reproducido y después ignorado por la autoridad en contravención al principio de exhaustividad.**

El agravio de la recurrente resulta **infundado**, ya que resulta falso que la Comisión no haya incluido consideraciones relativas a ganancias extraordinarias por precios mayores a los de competencia, tal y como se aprecia en fojas 78 a 144 del oficio de probable responsabilidad, donde se presentan las posturas y los márgenes de utilidad obtenidos por las empresas sancionadas, los cuales muestran altos márgenes de ganancia que se mantienen pese a posteriores disminuciones de precios.

Así, en fojas 199 a 200 de la resolución impugnada se consideraron fundados, pero inoperantes los argumentos hechos por los agentes económicos emplazados, entre ellos Baxter, respecto del análisis de precios internacionales que realizó la Comisión.

Por otro, al análisis de la CFC sí incluye consideraciones de ganancias extraordinarias, ya que tanto en el Anexo 3 de la resolución, como en fojas 78 a 144 del oficio de probable responsabilidad se presentan las posturas y los márgenes de utilidad obtenidos por las empresas sancionadas, los cuales muestran altos márgenes de ganancia que se mantienen pese a posteriores disminuciones de precios. Tanto la existencia de altos márgenes de ganancia como que éstos se mantuvieran, pese a la disminución de precios a finales del año dos mil seis, comprueban las ganancias extraordinarias por precios mayores; lo anterior como un elemento más de la práctica monopólica absoluta acreditada, tal y como se señala en fojas 2 y 3 de la resolución recurrida.

**i) La Comisión confunde el argumento de Baxter, pues el mismo se refiere a que la autoridad no consideró que la regla de asignación múltiple disminuye los incentivos de los participantes para ofrecer precios agresivos, por lo que es otro elemento que explica que la estrategia unilateral de Baxter consistiera en mantener posturas conservadoras.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que Baxter se contradice al sostener, por un lado, que el diseño de las licitaciones, en específico que la regla de asignación múltiple disminuye los incentivos a ofrecer precios agresivos; y, por otro lado, sostener que ofrece posturas agresivas cuando los otros lo hacen, pese a que no haya cambiado el diseño de las licitaciones, ni desaparecido la regla de asignación múltiple.

A mayor abundamiento, el presente agravio se abordó y analizó a detalle en el inciso **e)** del apartado **3.7** de la presente resolución, por lo que en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento.

**j) La resolución omite considerar que una de las explicaciones al comportamiento observado en las licitaciones investigadas es la determinación de estrategias unilaterales conservadoras. Esa Comisión simplemente afirma que la única explicación posible a sus observaciones es la existencia de un acuerdo, sin dilucidar por qué descarta los argumentos de mi representada o en cuáles elementos se apoya para que, ante dos explicaciones posibles, considere que la correcta es la que escoge la autoridad, es decir, la existencia del acuerdo, situación que además resulta contraria a la debida valoración y análisis de la prueba indirecta que invoca.**

El argumento resulta **infundado**, ya que la Comisión no omitió los argumentos de Baxter, sino que fueron analizados tal y como se observan en fojas 144 y 145 de la resolución, donde se explica que las empresas investigadas ofrecen posturas con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento) para caer en la asignación múltiple y, por lo tanto, no compiten contra sí mismas.

En este sentido, la resolución señala en las fojas en comento lo siguiente:

- La Comisión no olvidó considerar los incentivos de los postores y la disyuntiva entre ofrecer precios altos con poca probabilidad de ganar y precios bajos con mayor probabilidad de resultar adjudicado. De hecho, esto demuestra que el comportamiento de Baxter no es consistente con un comportamiento independiente, ya que pese a conocer el monto de las posturas ganadoras anteriores, incrementa su postura por arriba de aquéllas con las que el emplazado había ganado.
- Este comportamiento tampoco es consistente con la estrategia extrema de ofrecer posturas muy altas con pocas probabilidades de ganar para obtener mayores ganancias, ya que Baxter sabe, a partir de los resultados de las licitaciones anteriores, que no ganará con posturas mayores a las que anteriormente resultaron ganadoras, inclusive las propias.
- Se observa en las tablas contenidas a fojas 77 a 146 del oficio de probable responsabilidad que tal estrategia ni siquiera es consistente para Baxter a lo largo del período investigado.
- Baxter sólo menciona que existen numerosas circunstancias donde se compite agresivamente en precios, argumento que resulta inoperante, ya que no ofrece mayores elementos que acrediten cuáles son esas circunstancias ni demuestra cómo es que estas circunstancias aplican al caso concreto y ofrecerían conclusiones diversas a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad, por lo que sus afirmaciones resultan gratuitas.
- El análisis del oficio de probable responsabilidad sí considera la asignación múltiple. En fojas 44 y 45 del oficio en comento, se establece que dicha regla facilita la coordinación de posturas, ya que permite dividirse el contrato y designar dos o tres miembros de un acuerdo para incrementar precios como ganadores.

- En foja 144 se establece que las empresas investigadas ofrecen posturas con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento) para caer en la asignación múltiple y, por lo tanto, no compiten contra sí mismas. Lo expuesto por Baxter coincide con los datos presentados en el oficio de probable responsabilidad, en relación a que las empresas utilizaron la regla de asignación múltiple para no competir y dividirse los contratos cuando existía dicha posibilidad.
- Por otro lado, el emplazado se contradice, ya que a foja 10 de su escrito menciona que es ocioso y superfluo que se intercambie información dado que el Estado difunde dicha información, en tanto que en las páginas 32 y 33 del mismo escrito reconoce que se provee el acceso a una base con los datos que recaba de los fallos licitatorios y se elabora y presenta información en materia de abasto al sector público, permitiendo informar en su debido momento los compromisos y resultados adquiridos ante las convocantes en los diversos procedimientos licitatorios de ventas de productos farmacéuticos.
- Además, lo que establece el oficio de probable responsabilidad es que las empresas investigadas abusan de la transparencia en los procesos de licitación con el uso indebido para coordinar posturas en los mismos.

De este modo, el argumento de Baxter coincide con los datos presentados en el Anexo 3 de la resolución impugnada, con relación a que las empresas utilizaron la regla de asignación múltiple para no competir y dividirse los contratos cuando existía la posibilidad de hacerlo.

**k) Así lo hace también al referirse a los argumentos de Baxter respecto de que la posibilidad de asignación múltiple no se agotaba sistemáticamente, señalando que "*en el caso de posturas con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento) no se tenía el objeto de una competencia efectiva, sino de garantizar la asignación múltiple. Si fuese el caso, como lo establece Baxter de que la estrategia unilateral sería ofrecer el máximo precio que garantice ganar la licitación, se observarían posturas diferentes pero con diferencias muy pequeñas*"**

**Esta es una explicación tautológica, pues se circunscribe a repetir que el objetivo de Baxter no era competir.**

El argumento anterior resulta **infundado**, ya que es Baxter quién también manifiesta y confirma que su intención era no competir, tal y como afirma a lo largo de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y en su recurso de reconsideración.

Aunado a lo anterior, ha llamado la atención a esta autoridad las manifestaciones de Baxter relativas a no tener incentivos a competir agresivamente en precios, así como el resto de la evidencia económica que muestra la coordinación de posturas y la comunicación entre las personas que deciden o intervienen en la presentación de posturas, entre otros elementos se comprueba un comportamiento colusorio. Lo anterior se presenta en páginas 2 y 3 de la resolución.

En este tenor, en fojas 143 y 144 de la resolución se analiza el argumento de Baxter relativo a los incentivos económicos y que se encuentra en el numeral a) del apartado 12, que a su letra señala:

> *"a) La Comisión se equivoca al considerar que cualquier proceso de licitación debe maximizar la competencia en precios, para después deducir que si se observa que los participantes no mantienen una intensa competencia en precios, entonces la única explicación posible es un acuerdo colusorio. **La teoría de subastas y la teoría de juegos demuestran que existen numerosas circunstancias que explican cómo la mejor estrategia unilateral puede ser no competir agresivamente en precios**. La Comisión señala que **los postores tienen incentivos a ofrecer un precio mayor para aumentar las ganancias, pero a costo de reducir las probabilidades de ganar; lo que puede explicar el comportamiento unilateral de Baxter**; sin embargo, la Comisión lo olvida."*

A dicho argumento, la Comisión se pronunció en el siguiente sentido:

- Se le señala al emplazado que el análisis de la Comisión no olvidó considerar los incentivos de los postores y la disyuntiva entre ofrecer precios altos con poca probabilidad de ganar y precios bajos con mayor probabilidad de resultar adjudicado. **De hecho, esto demuestra que el comportamiento de Baxter no es consistente con un comportamiento independiente, ya que pese a conocer el monto de las posturas ganadoras anteriores, incrementa su postura por arriba de aquéllas con las que el emplazado había ganado**.
- Este comportamiento tampoco es consistente con la estrategia extrema de ofrecer posturas muy altas con pocas probabilidades de ganar para obtener mayores ganancias, ya que Baxter sabe, a partir de los resultados de las licitaciones anteriores, que no ganará con posturas mayores a las que anteriormente resultaron ganadoras, inclusive las propias. Se observa en las tablas contenidas a fojas 77 a 146 del oficio de probable responsabilidad que tal estrategia ni siquiera es consistente para Baxter a lo largo del período investigado.
- El emplazado sólo menciona que existen numerosas circunstancias donde se compite agresivamente en precios, argumento que resulta inoperante, ya que no ofrece mayores elementos que acrediten cuáles son esas circunstancias ni demuestra cómo es que estas circunstancias aplican al caso concreto y ofrecerían conclusiones diversas a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad, por lo que sus afirmaciones resultan gratuitas.

l) **Pero más aún, esa Comisión supone que un comportamiento unilateral supondría que las posturas entre las emplazadas fueran diferentes pero más cercanas de lo observado. Esta lógica es totalmente contradictoria con la que sostiene en otras partes de la resolución, donde señala por ejemplo como un elemento para acreditar la supuesta colusión, que el coeficiente de variación entre las posturas ganadoras promedio de los emplazados era muy pequeño. Así, los argumentos de la Resolución se acomodan y contradicen con el único objetivo de invalidar los argumentos de mi mandante, sin analizarlos objetivamente.**

El argumento de la recurrente resulta **infundado**, al realizar una incorrecta lectura de lo determinado por la Comisión en la resolución del expediente IO-003-2006, en específico el pronunciamiento contenido en foja 165, mismo que a continuación se transcribe:

> *"El argumento del emplazado resulta **infundado**, ya que el oficio de probable responsabilidad ofrece la clave de cada una de las licitaciones investigadas, por lo que Baxter puede conocer el detalle de cada licitación en el mismo expediente, además de que es información pública, por lo que puede comprobar el número de ganadores en cada licitación para cada clave.*
>
> *Por otro lado, **Baxter malinterpreta el análisis del oficio de probable responsabilidad, ya que éste no indica que en cada caso las empresas emplazadas agotaron la asignación múltiple; sino que, en el caso de posturas con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinto por ciento), no se tenía el objeto de una competencia efectiva, sino de garantizar la asignación múltiple. Si fuese el caso, como lo establece Baxter de que la estrategia unilateral sería ofrecer el máximo precio que garantice ganar la licitación, se observarían posturas diferentes pero con diferencias muy pequeñas**.*
>
> *Sin embargo, el oficio de probable responsabilidad demuestra que tales diferencias entre las empresas emplazadas ocurrían en caso de asignación múltiple y no precisamente como una estrategia generalizada, como Baxter manifiesta."*
> [Énfasis añadido]

En dicho pronunciamiento se lee que si fuese el caso, como lo establece Baxter (y no la Comisión), de que la estrategia unilateral sería ofrecer el máximo precio que garantice ganar la licitación o procure la probabilidad de ganar la licitación se observarían posturas diferentes pero con diferencias pequeñas.

Sin embargo, no se comprueba lo dicho por Baxter, ya que si en realidad siguiera esa estrategia se observaría continuamente que las posturas ganadoras de Baxter serían ligeramente menores a las perdedoras de Fresenius y Pisa. Esta situación no puede contradecir el coeficiente de variación entre posturas ganadoras promedio, pues esta comparación es entre las posturas ganadoras de Baxter y las perdedoras de Fresenius y Pisa.

Por ejemplo, en la clave 3601, se observa que Baxter incrementa su postura de $9.25 (nueve pesos 25/100 M.N.) a $9.50 (nueve pesos 50/100 M.N.) de la licitación 00641248-022-04 a la licitación 00641193-013-04. Este incremento iguala su postura al nivel de la postura de Pisa que resultó perdedora. En la siguiente licitación iguala su postura a la ganadora anterior de Fresenius e incrementa después su postura nuevamente al nivel de la postura perdedora de Pisa una licitación después. Por lo que se evidencia que las posturas ganadoras no varían, como tampoco lo hacen las posturas perdedoras; además que se demuestra la alternancia entre posturas ganadoras y perdedoras para alternarse el papel de ganador y perdedor.

| Fallo | Licitación | Baxter | Fresenius | Pisa |
|---|---|---|---|---|
| 19-Abr-04 | 00641248-022-04 | 9.25 | | 9.50 |
| 30-Abr-04 | 00641193-013-04 | 9.50 | 9.35 | 9.50 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 07-May-04 | 00641106-016-04 | 9.35 | | 9.50 |
| 31-May-04 | 00641091-069-04 | 9.50 | | 9.35 |
| 02-Jun-04 | 00641187-027-04 | 9.50 | 9.35 | 9.55 |
| 07-Jun-04 | 00641192-018-04 | 9.50 | | 9.30 |
| 09-Jun-04 | 00641188-036-04 | 9.50 | 9.35 | 9.36 |

Por tanto no existe tal contradicción, ya que es Baxter quien se equivoca al adjudicar su dicho a la Comisión y comparar erróneamente el coeficiente de variación entre las posturas ganadoras promedio.

**m) La Comisión ignora y deja de analizar los argumentos de Baxter respecto de que la estrategia óptima para cada participante es ofrecer un precio atractivo para ganar la licitación, pero no innecesariamente bajo pues reduciría sus ingresos esperados y que la transparencia lleva a que las posturas ganadoras anteriores funcionen como precios de referencia mínimos. Baxter debía ofrecer una postura lo más alta posible, pero que tuviera probabilidades de ganar y esto dependía de las expectativas sobre las posturas que ofrecerían sus competidores.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que la resolución no ignora, ni deja de analizar estos argumentos, como se puede observar en fojas 145 y 146 de la resolución impugnada y que en síntesis señaló:

- El argumento del emplazado resulta infundado, ya que el análisis del oficio de probable responsabilidad sí considera la asignación múltiple. En fojas 44 y 45 del oficio en comento se establece que dicha regla facilita la coordinación de posturas, ya que permite dividirse el contrato y designar dos o tres miembros de un acuerdo para incrementar precios como ganadores.
- A foja 144 se establece que las empresas investigadas ofrecen posturas con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento) para caer en la asignación múltiple y, por lo tanto, no compiten contra sí mismas. Lo expuesto por Baxter coincide con los datos presentados en el oficio de probable responsabilidad, en relación a que las empresas utilizaron la regla de asignación múltiple para no competir y dividirse los contratos cuando existía dicha posibilidad.
- Por otro lado, el emplazado se contradice, ya que a foja 10 de su escrito menciona que es ocioso y superfluo que se intercambie información dado que el Estado difunde dicha información, en tanto que en las páginas 32 y 33 del mismo escrito reconoce que se provee el acceso a una base con los datos que recaba de los fallos licitatorios y se elabora y presenta información en materia de abasto al sector público, permitiendo informar en su debido momento los compromisos y resultados adquiridos ante las convocantes en los diversos procedimientos licitatorios de ventas de productos farmacéuticos.

- Además, lo que establece el oficio de probable responsabilidad es que las empresas investigadas abusan de la transparencia en los procesos de licitación con el uso indebido para coordinar posturas en los mismos.
- Baxter no ofrece explicación alguna de por qué todos los agentes emplazados siguen exactamente la misma estrategia e interpretan de la misma forma los resultados anteriores como "*precios de referencia mínimos*", al grado de ofrecer exactamente la misma postura.
- Tal interpretación de ninguna forma tendría sustento económico, ya que Baxter no puede asegurar *a priori* que el resto de los participantes también interpretan como "*precios de referencia mínimos*" los resultados anteriores (al menos que exista un acuerdo previo), por lo que ofrecer posturas mayores a dicho precio mínimo no le asegura tener probabilidades de ganar la siguiente licitación, evento que además no se aprecia en el comportamiento del emplazado.
- Por otro lado, los precios que resultaron ganadores anteriormente sirven, en todo caso, como precios de referencia máximos, ya que los postores que conocen tal resultado no pueden aspirar a ganar con posturas mayores, sabiendo que existe al menos un participante que puede ofrecer una postura menor. Lo anterior, se puede observar en las conclusiones del análisis de los resultados de licitación por licitación contenida a fojas 144 y 145 del oficio de probable responsabilidad, mismos que muestran que, pese a conocer los precios ganadores anteriores,
- Baxter no intentó ofrecer un precio por debajo, por mínimo que pudiese ser para incrementar la probabilidad de ganar, sino que ofrecía el mismo precio, uno menor sólo hasta en 1.5% (uno punto cinco por ciento) para obtener la asignación múltiple o incluso uno mayor garantizado que perdería la licitación.
- La cita de Baxter está fuera de contexto, ya que el estudio que refiere es un análisis de concentraciones; lo que además no implica que, si es viable la coordinación, esté permitida por la LFCE, ya que ésta la prohíbe explícitamente. No obstante, no pasa desapercibido para la Comisión que Baxter reconoce una coordinación de posturas en lugar de una colusión explícita, siendo que la LFCE prohíbe explícitamente ambos casos.
- El oficio de probable responsabilidad demuestra un comportamiento coordinado entre las empresas investigadas basándose en la evidencia de un comportamiento reiterado y constante entre los probables responsables que involucra alternarse las posiciones en las que se asigna un contrato mediante la alternancia de un precio o precios; tal y como se indica en el capítulo del oficio de probable responsabilidad que se denomina **"ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS"**, situación que no desvirtúa el probable responsable.
- Finalmente, los argumentos en el sentido que todos los participantes de las licitaciones presentadas cuentan con la información de precios con los cuales previamente se adjudicaron asignaciones y contratos para las claves investigadas, y pueden ser un factor que consideren los participantes al momento de fijar su postura, son irrelevantes ya que las imputaciones del oficio de probable responsabilidad se basan en la consistencia y continuidad con las que las emplazadas se alternan los mismos precios, sin que revele lo anterior una conducta competitiva para obtener la adjudicación.

De forma similar, estos argumentos ya fueron atendidos en los incisos **d)** y **e)** del presente numeral, por lo que se remite a dicho pronunciamiento en obvio de repeticiones innecesarias.

Finalmente, es claro que la referencia en la resolución relativa a que en todo caso las posturas ganadoras anteriores fungen como precios de referencia máximos, se constituye como un argumento en contraposición a aquél argumento de Baxter relativo a que son precios de referencia mínimos, pues no guarda lógica pensar en ganar la siguiente licitación con un precio mayor al que ha ganado anteriormente. Dichos argumentos ya fueron atendidos en los incisos **d)** y **e)** del presente numeral, por lo que se remite a dicho pronunciamiento en obvio de repeticiones innecesarias.

**n) La Comisión omite considerar que Baxter se manifestó respecto de los incentivos presentes para todos los participantes en las licitaciones y no sólo para Baxter, por lo que no es relevante que los postores pudieran ofrecer posturas menores, sino que no tenían los incentivos para hacerlo.**

El argumento de Baxter resulta **infundado** en atención a las siguientes consideraciones:

Al extender su argumento relativo a que los incentivos de las licitaciones a no ofrecer posturas menores no sólo aplican a Baxter, sino a todos los participantes; el primero cae nuevamente en una contradicción, toda vez que si para nadie existen incentivos a ofrecer posturas menores, no resulta razonable económicamente cómo es que Baxter demuestra una estrategia reactiva de ofrecer posturas agresivas cuando los demás lo hacen, si tampoco el resto de los competidores tienen incentivos a hacerlo como lo manifiesta el propio Baxter en foja 31 de su escrito de recurso de reconsideración.

Esta contradicción se atendió en el inciso **e)** del presente numeral, por economía procesal se remite a dicho pronunciamiento en obvio de repeticiones innecesarias.

Asimismo, su dicho es contradictorio al dictamen en la pericial que ofreció como prueba en el expediente IO-003-2006, pues en ella el perito señaló que:

> *"Considerando que durante el periodo analizado los participantes en las licitaciones del IMSS podían conocer todas las posturas económicas de procedimientos anteriores (tanto posturas ganadoras como perdedoras), una estrategia unilateral para maximizar ingresos mostraría ofertas ligeramente por debajo de las posturas ganadoras anteriores* [...]"[234]

**o) La afirmación de la Comisión de que las posturas anteriores funcionarían como precios máximos de referencia contradice su señalamiento de que la información de precios con los cuales previamente se adjudicaron contratos son irrelevantes.**

[234] Foja 8 del dictamen pericial de Baxter.

**Más aún, la Comisión se equivoca al considerar irrelevante esta información, pues es uno de los principales elementos que explican que el comportamiento de Baxter es unilateral.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que realiza una cita parcial de las determinaciones de esta autoridad, interpretándolo como una contradicción a su conveniencia. Lo anterior es así, ya que la resolución muestra que su argumento de precios mínimos de referencia es falso y, en todo caso, es irrelevante para contradecir el patrón de posturas expuesto en el oficio de probable responsabilidad y en la resolución, como a continuación se expone.

Al tomar el mismo ejemplo de Baxter:

Clave 3626

| Fallo | Licitación | Baxter | Fresenius | Pisa | Múltiple |
|---|---|---|---|---|---|
| 1-dic-03 | 00641224-038-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 2-dic-03 | 00641226-027-03 | 6.40 | **6.10** | 6.41 | 3 |
| 4-dic-03 | 00641216-043-03 | **6.30** | 6.42 | 6.40 | 1 |
| 5-dic-03 | 00641207-039-03 | **6.40** | **6.42** | **6.40** | 3 |
| 5-dic-03 | 00641228-001-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 8-dic-03 | 00641255-018-03 | 6.40 | 6.42 | **6.30** | 1 |
| 26-dic-03 | 00641187-030-03 | | **6.31** | **6.31** | 3 |

De la tabla anterior se observa que en la licitación 00641224-038-03 toma al precio ganador anterior de $6.30 (seis pesos 30/100 M.N.) como *"precio de referencia mínimo"* y efectivamente así lo hace al subir su postura a $6.40 (seis pesos 40/100 M.N.) en la licitación 00641226-027-03, pero no siguió su estrategia en la licitación 00641216-043-03 donde bajó su postura a $6.30 (seis pesos 30/100 M.N.); por lo que es evidente que su estrategia no es seguida por él mismo, ni por todos los participantes como lo sostiene indebidamente.

**p) La Comisión confunde el concepto de comportamiento unilateral al señalar que en un comportamiento unilateral cada postor desconoce las posturas de sus competidores, lo cual carece de toda lógica.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que nuevamente cita de manera parcial lo resuelto por esta autoridad, sin tomar en cuenta la totalidad de lo argumentado. En el caso concreto, Baxter señala en foja 20 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad lo siguiente:

*"En teoría de juegos y economía experimental se demuestra que los jugadores experimentados tienden a ganar menos juegos y obtener mayores beneficios, esto aplicado al caso de Baxter determina una estrategia unilateral que la lleve a maximizar sus ingresos, sin ganar todas y cada una de las licitaciones en las que participa. El marco analítico adecuado es el de juegos repetidos, no el de juegos de una sola vez, por tanto, la mejor estrategia unilateral no es ofrecer el menor precio, sino el máximo que permita ganar licitaciones y obtener el mayor ingreso, aunque implique perder algunas licitaciones. La estrategia de Baxter era ganar*

*licitaciones, manteniendo un precio conservador para maximizar los ingresos en el largo plazo (ejemplo: clave 3626 en dos mil tres).*"

En respuesta a dicho argumento, la Comisión señaló en fojas 160 y 161 de la resolución lo que a continuación se transcribe:

"*Por último, Baxter reconoce que sus estrategias no buscan maximizar la probabilidad de ganar cada licitación, ya que no es óptimo tratar de ganar cada licitación; no obstante, cuando un postor participa en una licitación ofreciendo un precio determinado, tiene la intención de ganarla y obtener una ganancia con el precio ofrecido. De no ser así, simplemente no participaría, ya que si este postor en realidad no tuviera el propósito de ganar y resultara adjudicado, obtendría una penalización por incumplimiento como lo establecen las bases de las licitaciones. Lo anterior, se debe a que en un comportamiento unilateral cada postor desconoce las posturas de sus competidores y, por lo tanto, no sabe a priori si resultará ganador. El dicho de Baxter sólo se cumpliría a partir de un comportamiento coordinado, donde los participantes saben de antemano cuáles serían las posturas de sus competidores. Por lo que, aún cuando es cierto que cada oferente busca vender la mayor cantidad en las condiciones más rentables, no puede asegurar unilateralmente precios altos de forma sostenida, al menos que se trate de un comportamiento coordinado.*"

En este sentido, el pronunciamiento de esta autoridad se refiere a que en cualquier licitación ningún participante puede garantizar que su postura no resultará ganadora, pues desconoce las posturas del resto de los participantes en esa licitación. Lo anterior, demuestra que es falso que Baxter participe en cualquier licitación sin la intención de ganar, lo que por cierto confirma ahora en fojas 16 y 17 de su escrito de recurso de reconsideración, y revalida lo señalado en la resolución. En contraste, los argumentos referentes a que se participó en licitaciones sin un interés por ganarlas, refuerza la existencia de un acuerdo colusorio. Lo anterior debido a que los postores sólo pueden asegurar entrar a una licitación y no ganarla si de antemano conocen que su postura resultará mayor que las de otros participantes.

**q) La Comisión omitió considerar el argumento de Baxter de que la estrategia unilateral óptima debía considerar una serie de licitaciones y no cada una en lo individual.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que nuevamente cita de manera parcial lo resuelto por esta autoridad, sin tomar en cuenta la totalidad de lo argumentado en la resolución que impugna. En el caso concreto, en fojas 158 y 159 de la resolución se puede leer el argumento de Baxter:

"*c) Respecto a las posturas por licitación, lo que muestra la información sobre posturas ganadoras previas constituye un referente para la determinación unilateral de posturas, no había razón para modificar la estrategia unilateral de posturas o reducir los precios ofrecidos, mientras las posturas ganadoras previas no hubieran disminuido, lo cual no sucedió, sino hasta final del segundo periodo analizado por la Comisión, aunque los precios ofrecidos sí muestran una reacción respecto a las posturas ganadoras previas.*"

En respuesta a dicho argumento, la Comisión señaló en fojas 159 de la resolución lo que a continuación se transcribe:

*"Con una estrategia de mantener las posturas iguales sin reducir su precio, como la descrita por Baxter, a lo más que aspira es al proceso de insaculación donde no tiene garantizado resultar ganador. Contrario al dicho del agente económico, sí existe una razón económica de reducir el precio, pues con una reducción mayor al 1.5% (uno punto cinco por ciento) aspira a ser el único adjudicado en esa licitación."*

De este modo la resolución presenta que efectivamente existe un incentivo a ofrecer una postura menor en por lo menos un poco más del 1.5% (uno punto cinco por ciento), ya que de esta forma evita tanto el proceso de insaculación que haría la asignación aleatoria, como la asignación múltiple.

Es evidente que para cualquier participante es mejor tener el 100% (cien por ciento) de un contrato que el 60% (sesenta por ciento) o inclusive menos por tan solo una reducción del 1.5% (uno punto cinco por ciento) de su precio.

Por otro lado, respecto a su argumento relativo a que la estrategia debía considerar una serie de licitaciones y no cada una, es claro que Baxter se contradice a lo largo de su respuesta al oficio de probable responsabilidad y ahora en su recurso de reconsideración, pues aporta distintas estrategias inconsistentes entre ellas o falsas. Las estrategias en comento son las siguientes:

- El diseño de las licitaciones no le genera a Baxter, ni a ningún otro participante, los incentivos a competir agresivamente en precios.
- Tiene una estrategia reactiva, cuando los otros participantes compiten agresivamente en precios, Baxter compite agresivamente en precios. Lo anterior, pese a que ya aclaró que no sólo Baxter no tiene incentivos a competir agresivamente, sino que ningún participante.
- Toma como precios mínimos de referencia las posturas anteriores, que incluso generan incentivos a incrementar su postura. Sin embargo, como se observa en el inciso **d)**, su justificación es falsa tanto conceptualmente como en los hechos, pues simplemente no pudo conocer públicamente las posturas que supuestamente tomó como referencia para incrementar sus precios, claro, a menos de un intercambio de información previa.
- Ofrece posturas menores cuando la cantidad licitada es mayor. Si se toma el periodo investigado completo, con ninguna de las dos medidas objetivas incluidas en la resolución se sostiene su dicho de ofrecer posturas más agresivas cuando la cantidad licitada era mayor. Además de que contradice su estrategia señalada en el inciso **a)**, pues la cantidad licitada es parte del diseño de la licitación.
- Su estrategia se basa en la Teoría de Juegos y en la Teoría de Subasta. En el inciso **d)** anterior se demostró que su estrategia reactiva y su estrategia de seguir las posturas anteriores no es consiste en el marco de la Teoría de Juegos. Por otro lado, incluso en su peritaje utiliza conceptos equivocados de estas teorías, al grado de basarse en una subasta a segundo precio que no es el tipo de licitación del IMSS y conceptos que no son aplicables como la maldición del ganador.

Por último, la convergencia de las posturas de Baxter con las de los otros agentes económicos sancionados en el Grupo II, tanto para ganar como para perder, se observa desde la primera licitación

durante el periodo investigado, por lo que las estrategias basadas en información anterior simplemente son inviables.

**r) Baxter en ningún momento señaló que no tuviera intención de ganar las licitaciones en las que participaba, sino que determinó su estrategia de posturas considerando la maximización de su ingreso a lo largo de una serie indefinida de licitaciones.**

Este argumento resulta **infundado**, ya que como se demostró en el inciso **q)** inmediato anterior, Baxter sostiene una estrategia de posturas para una serie indefinida de licitaciones, posturas que no son consistentes entre sí, más sí contradictorias. Además, de que constatarían el intercambio de información con sus competidores para definir sus posturas, por lo que su manifestación resulta falsa.

**s) La resolución alude a una supuesta contradicción entre el argumento de maximización de ingresos y maximización de ganancias que se aclara con el Diccionario de la Real Academia.**

El argumento resulta **infundado** al no existir la contradicción que alegan, tal y como a continuación se expone.

Previo al estudio de su agravio, se aclara a Baxter que las empresas no maximizan ingresos, sino ganancias, tal y como lo establece la Teoría Económica. Basándonos en la misma fuente bibliográfica de su perito en materia económica, VARIAN define los beneficios, ganancias o utilidades como los ingresos menos los costos, y establece que las empresas maximizan beneficios y no ingresos.[235]

Por otro lado, VARIAN define los ingresos como el precio de un bien multiplicado por la cantidad vendida de dicho bien.[236] En este contexto, no es lo mismo decir maximizar beneficios que maximizar ingresos. No obstante la aclaración de su dicho, es evidente que Baxter se refiere a ingresos y no ganancias como se puede leer en fojas 19 y 20 de su respuesta al oficio de probable responsabilidad, al establecer en su fórmula el ingreso y no el beneficio o utilidad y, así, basar su argumento en el ingreso, argumento analizado por la Comisión en fojas 160 y 161 de la resolución, que en síntesis se señaló:

- Baxter limita la definición de un patrón a la secuencia de licitaciones ganadas y perdidas. No obstante, el capítulo 4 del oficio de probable responsabilidad muestra que el patrón es sobre el nivel de las posturas ganadoras y las posturas perdedoras, las cuales coinciden con las posturas que sus competidores presentan.
- Baxter sostiene que su objetivo es maximizar su ingreso, mas no sus beneficios o utilidades, pero si efectivamente éste fuera su objetivo ofrecería un precio justo por debajo del precio que observó de sus competidores y no el mismo y mucho menos uno mayor, con lo que se

[235] *Cfr.*, Hal R. Varian, *Microeconomía Intermedia*, 5ª ed., 1999, p. 337.
[236] *Ibidem*, p. 276.

evidencia que sus actos no coinciden con su dicho (el mismo Baxter reconoce esta situación en foja 20 de su escrito).

- Baxter reconoce que sus estrategias no buscan maximizar la probabilidad de ganar cada licitación, ya que no es óptimo tratar de ganar cada licitación; no obstante, cuando un postor participa en una licitación ofreciendo un precio determinado, tiene la intención de ganarla y obtener una ganancia con el precio ofrecido. De no ser así, simplemente no participaría, ya que si este postor en realidad no tuviera el propósito de ganar y resultara adjudicado, obtendría una penalización por incumplimiento como lo establecen las bases de las licitaciones.[237]
- Lo anterior, se debe a que en un comportamiento unilateral cada postor desconoce las posturas de sus competidores y, por lo tanto, no sabe *a priori* si resultará ganador. El dicho de Baxter sólo se cumpliría a partir de un comportamiento coordinado, donde los participantes saben de antemano cuáles serían las posturas de sus competidores. Por lo que, aún cuando es cierto que cada oferente busca vender la mayor cantidad en las condiciones más rentables, no puede asegurar unilateralmente precios altos de forma sostenida, al menos que se trate de un comportamiento coordinado.
- En tablas 11 a 28 del oficio de probable responsabilidad se muestra que los promedios anuales de las posturas ganadoras y perdedoras presentan una baja dispersión entre dos mil tres y dos mil seis, para las claves de medicamentos que pertenecen al Grupo II, en particular, cuando se analizan las posturas por licitación de cada una de las empresas probables responsables se observa que las posturas ganadoras son prácticamente iguales; así entonces, para la clave 3601 se encuentra que de las ciento treinta y seis licitaciones cuyo fallo se realizó entre mayo de dos mil tres y mayo de dos mil seis, en ciento tres de éstas las empresas probables responsables ganaron con la postura $9.35 (nueve pesos 35/100 M.N.). Asimismo, las restantes posturas ganadoras se ubican en niveles muy cercanos a esta postura.
- En ochenta y una de las ciento treinta y seis licitaciones, los agentes económicos presentaron posturas que se ubicaron en un rango de $9.50 (nueve pesos 50/100 N.N.) y $9.53 (nueve pesos 53/100 M.N.), que sólo resultaron ganadoras en tres licitaciones. Este comportamiento también se observa en el resto de las claves, por lo que se cree adecuado señalar que las posturas ganadoras y perdedoras son prácticamente iguales.
- Es cierto que alternar posturas puede ser una estrategia unilateral razonable, siempre y cuando con esta estrategia se busque ser impredecible para los competidores. En el caso concreto, el comportamiento de Baxter observado en las licitaciones analizadas de las claves del Grupo II en el oficio de probable responsabilidad es inconsistente con una estrategia unilateral razonable.
- En ese sentido, se observa que en sus posturas, de entre un gran conjunto de posibilidades, sólo toma pocos valores, en particular, la postura con la que suele ganar es la misma con la que con anterioridad él u otros jugadores han ganado, además después de ganar cierto número de licitaciones aumenta su postura a niveles con los que con probabilidad baja puede ganar, dado el resultado de las licitaciones previas.

[237] Artículo 53 de la LAASSP

- Baxter presentó posturas cuyo diferencial respecto a la postura que en licitaciones previas había resultado ganadora es ligeramente superior al 1.5% (uno punto cinco por ciento), lo que impide que gane si las otras empresas siguen el acuerdo. Por tanto, su estrategia era predecible y permitía la alternancia de ganadores.

Finalmente, la mera manifestación de Baxter no acredita la estrategia que alega, sino por el contrario, al analizar sus posturas y ofrecer un precio más alto que disminuye las probabilidades de ganar, demuestra que no se incrementan ni sus ingresos ni sus ganancias. El hecho de incrementar las posturas a un nivel superior a los precios ganadores anteriores solo puede ser consistente con un acuerdo colusorio de alternancia para ganar y perder licitaciones basado en un interés de los miembros del acuerdo en su conjunto y no con un interés individual.

**s) Las licitaciones del IMSS son de valor común no porque se conozca la cantidad licitada, sino porque los productos son homogéneos, con proceso de producción e insumos conocidos por todos los postores, por lo que el costo de producción presenta elementos comunes.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que nuevamente cita de manera parcial las determinaciones de la Comisión, sin tomar en cuenta la totalidad de lo argumentado. En el caso concreto, Baxter señala en foja 3 y 4 del dictamen del perito que desahogó la prueba en materia de Economía ofrecida en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, lo siguiente:

> *"Por tratarse los productos licitados de bienes homogéneos, las subastas pueden caracterizarse como de valor común; esto es, donde la valuación del objeto (en este caso, el costo) tiene elementos comunes para todos los postores, aunque cada uno posee información privada acerca de ese valor de estimación del postor. Esta configuración de la valoración conduce con frecuencia a la denominada maldición del ganador. Este fenómeno ocurre porque el postor que tenga una estimación del valor menor a la de los demás será el ganador, pero también será cierto que, de haber podido conocer la siguiente menor estimación, habría ofrecido un precio ligeramente por debajo de ésta, de manera que la diferencia entre su propia estimación y aquella con la que pudo ganar la subasta genera un pérdida que constituye la maldición del ganador. Al respecto, cita a PEPALL y RICHARDS: "...cuanto más débil es el efecto de la maldición del ganador, más enérgica será la oferta y mayor el ingreso del vendedor."259 A contrario sensu, cuanto más fuerte es la maldición del ganador, menos agresivas serán las ofertas de los postores."*

En respuesta a dicho argumento, la Comisión señaló en fojas 432 y 433 de la resolución lo que a continuación se transcribe:

> *"Al respecto, se hace necesario que esta autoridad señale y tenga presente la doctrina económica expuesta por KIRSHNA (2002)[260], quien señala que en ocasiones el valor del objeto a subastar es desconocido por los postores al momento de la subasta. Los postores pueden tener estimaciones sobre ese valor basados en información privada o señales privadas que están correlacionadas con el verdadero valor del objeto subastado. La información que poseen otros postores afecta la valuación que un postor en particular otorga a ese objeto. Este tipo de especificación se llama valores interdependientes y es particularmente idóneo en situaciones en que el objeto subastado puede ser revendido. Un caso especial de esta situación de*

*interdependencia es cuando esta valuación es igual para todos los postores, situación conocida como valores comunes.*

*Dicho de otra forma: los postores tienen diferente información sobre el valor que realmente tiene el objeto, por lo que cada postor podría cambiar su creencia sobre el valor del objeto si conoce la información de los demás postores. No obstante, de forma equivocada, el perito caracteriza a las subastas en el IMSS como de valor común, simplemente porque se trata de un bien homogéneo. A pesar de que los bienes objeto de las licitaciones investigadas son homogéneos, el concepto de valores comunes y por ende de la maldición del ganador no aplican, ya que desde las bases de las licitaciones, el valor de cada contrato licitado es público; por lo que aun cuando existan diferencias en la información privada de los participantes el valor del contrato licitado no cambia por revelarse esa información. Además, el concepto de interdependencia y en el caso particular de valores comunes, no es aplicable porque los contratos licitados no pueden ser revendidos por los ganadores. Al no existir la interdependencia entre la información de los participantes, de tal forma que la información privada de cada postor no afecta la valuación de los demás postores, las licitaciones investigadas no se consideran de valores comunes. La maldición del ganador tiene como requisito la existencia de valores comunes, por lo que ante la ausencia de esta característica los argumentos basados en la maldición del ganador carecen de sustento."*

Expuesto lo anterior, se observa que la Comisión nunca reconoce que las licitaciones sean de valor interdependiente y, por el contrario, aclara que no lo son. Por otro lado, la confusión de Baxter surge al malinterpretar el objeto licitado. El objeto licitado es aquél que el convocante ofrece y por el que compiten los postores, en este caso un contrato de compra del IMSS por un producto, y no lo que los postores o participantes ofrecen. En este sentido, para considerar de valor común las licitaciones del IMSS, el valor del contrato licitado debe ser desconocido para los participantes al momento de la licitación, lo que en la especie no sucede, pues desde la publicación de las bases o en las Juntas de Aclaración (actos previos a la presentación de posturas) se conoce la cantidad licitada que es lo que determina el valor de dicho contrato.

Por último, es claro que la definición del término se refiera a que el valor del objeto licitado es desconocido por los participantes al momento de la subasta, y no porque todos conozcan los procesos de producción y los insumos de los productos que ofrecen los postores para competir por el objeto licitado: el contrato de compra del IMSS.

El argumento de Baxter llevaría al absurdo de calificar como de valor común las licitaciones de dos productos muy diferentes, pero elaborados con un mismo insumo como la energía eléctrica.

**t) La Comisión admite que es razonable para Baxter incrementar su postura al ver que sus competidores tienen precios mayores, con lo que acepta el fenómeno de la maldición del ganador.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que nuevamente cita de manera parcial lo resuelto por esta autoridad, sin tomar en cuenta la totalidad de lo argumentado. En el caso concreto, el argumento de Baxter señalado en foja 21 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y que la Resolución presenta en página 163:

*"Es erróneo lo señalado en el oficio de probable responsabilidad referente a que existía un solo nivel de postura ganadora y otro nivel de postura perdedora. Como muestra de ello, tenemos que en la clave 3616 en dos mil tres, Baxter ganó licitaciones con una postura de $14.35 (catorce pesos 35/100 M.N.), frente a Fresenius y Pisa que ofrecieron $14.65 (catorce pesos 65/100 M.N.) y $14.60 (catorce pesos 60/100 M.N.). Sin embargo, más adelante Baxter ganó con una postura de $14.65 (catorce pesos 65/100 M.N.), es decir, la postura inicialmente perdedora se convirtió en ganadora."*

En respuesta a dicho argumento, la Comisión señaló en fojas 163 y 164 de la resolución lo que a continuación se transcribe:

*"El argumento anterior resulta infundado, ya que Baxter ofrece claramente un ejemplo de cómo ofreció posturas exactamente iguales a las de sus competidores, incrementando el precio. Aunque es razonable para Baxter incrementar su postura al ver que sus competidores tienen precios mayores, no lo es aumentar el precio hasta exactamente el mismo nivel, ya que entonces entraría al proceso de insaculación y no podría asegurar que gane la licitación (la cual obviamente tiene intención de ganar al participar en ella); más aún, si precisamente como lo establece la teoría de juegos, sabe que ellos observaron un precio menor y bajo un escenario independiente ofrecerían un precio más cercano al anterior ganador. El ejemplo que presenta Baxter precisamente muestra que existe un comportamiento coordinado con sus competidores emplazados, para incrementar los precios y dividirse los contratos licitados, pues ninguno siguió una estrategia que incrementara la probabilidad de ganar."*

En la cita completa se puede apreciar que aunque es cierto que la Comisión reconoce que tiene sentido económico que Baxter incrementará sus posturas para aumentar sus ganancias al notar que el resto de los postores tienen precios mayores, lo que no tiene sentido económico es igualar la postura exactamente al mismo nivel de otros participantes, ya que entrarían al proceso de insaculación con una asignación aleatoria donde corre el riesgo de obtener una porción menor del contrato pese a poder aspirar al 100% (cien por ciento) del contrato.

Finalmente, la Comisión también reconoce esta situación en el ejemplo de Baxter de la clave 3626 para incrementar sus precios, el cual se expuso en el inciso **d)** del presente numeral, por lo que se remite a dicho pronunciamiento por economía procesal. Pero en ninguno de los casos se debe al concepto de "maldición del ganador", ya que desde las bases de las licitaciones, el valor de cada contrato licitado es público; por lo que aún cuando existan diferencias en la información privada de los participantes el valor del contrato licitado no cambia por revelarse esa información.

Además, el concepto de interdependencia y en el caso particular de valores comunes, no es aplicable porque los contratos licitados no pueden ser revendidos por los ganadores.[238] Al no existir la interdependencia entre la información de los participantes, de tal forma que la información privada de cada postor no afecta la valuación de los demás postores, las licitaciones investigadas no se consideran de valores comunes. La "maldición del ganador" tiene como

[238] Artículo 46 de la LAASSP.

requisito la existencia de valores comunes, por lo que ante la ausencia de esta característica los argumentos basados en la "maldición del ganador" carecen de sustento.

Lo anterior, se analiza en fojas 432 y 433 de la resolución, así como en el inciso inmediato anterior.

**u) La resolución reclamada refiere lo siguiente:**

> *"No obstante, no pasa desapercibido para esta Comisión que Baxter reconoce una coordinación de posturas en lugar de una colusión explícita, siendo que la LFCE prohíbe explícitamente ambos casos."*

**Esa Comisión insiste en usar confusamente el término *"coordinación"* dentro de la resolución impugnada, otorgándole una interpretación sesgada cuando ya mi representada se había manifestado respecto de dicha situación.**

> *"Cuando esa H. Comisión identifica las condiciones que facilitan la coordinación de posturas, equivocadamente confunde este concepto con el de la colusión explícita de los participantes y omite señalar que esas mismas condiciones generan incentivos para que los postores no ofrezcan precios agresivos, esto es, mantengan precios altos aun en caso de que no exista comunicación entre los mismos, no distinguiendo entre uno y otro caso~ situación de la cual se derivan sus erróneas conclusiones [...]*
>
> *En este contexto el término "coordinación" debe entenderse con referencia al marco de la teoría de juegos. El problema de la coordinación surge en situaciones donde hay múltiples equilibrios y los jugadores deben llegar al mejor. Esta coordinación puede darse de muchas maneras y no necesariamente a través de la colusión explícita o intercambio de información."*

**Baste para evidenciar el uso tendencioso del término "coordinación" que se usa en la resolución, que en los mercados con competencia perfecta es el mismo proceso competitivo el que produce la "coordinación" entre oferta y demanda para llegar a un precio de equilibrio. Esta coordinación no está relacionada de manera alguna con un comportamiento colusorio. Así, es absolutamente falso que la LFCE prohíba la coordinación de posturas cuando ésta se deriva de la toma de decisiones unilaterales de negocios por parte de los agentes económicos.**

**La coordinación de posturas se considera práctica monopólica absoluta solamente cuando está presente alguno de los elementos del proemio del artículo 9° de la LFCE. Es decir, se prohíbe la coordinación de posturas cuando ésta resulta o es el objeto de un acuerdo entre competidores.**

**Esa Comisión parece pasar por alto este requisito, pues descarta sin mayor análisis los numerosos argumentos de mi representada que explican su comportamiento como fruto de**

**una determinación estratégica unilateral. Entre ellos se encuentra el del temor a una guerra de precios, que esa Comisión interpreta de una sola manera posible y es como *"el temor... a un castigo ante desviaciones del acuerdo colusorio"*.**

**Nuevamente esa Comisión ignora los argumentos de mi mandante y con ello la vasta teoría económica desarrollada sobre las circunstancias que pueden llevar a un agente económico como mi representada, a tener una estrategia de mercado conservadora actuando unilateralmente. De hecho, a lo largo de la resolución, esa Comisión desestima los argumentos de mi representada que explican su actuación desde un punto de vista estrictamente unilateral, alegando que existe una sola explicación posible para su comportamiento y que ésta es la colusión. Esta posición está equivocada, lo cual se aprecia en el mismo dicho de la Comisión al referir que:**

> ***"...es prácticamente imposible que los patrones analizados en el presente oficio se deban al comportamiento individual de dichas empresas..."***

**Es decir, la Comisión admite que sí existe otro razonamiento posible mas se niega a analizarlo a lo largo de la resolución.**

El argumento anterior resulta **infundado** en una parte e **inoperante** en la otra, en atención a las siguientes consideraciones.

Resulta **infundado**, ya que es falso que la Comisión no haya atendido sus argumentos relativos al supuesto comportamiento unilateral de Baxter. En el cuadro siguiente, se exponen los argumentos relativos al supuesto comportamiento unilateral de Baxter y que la Comisión atendió en la resolución impugnada:

| FOJAS | INCISO | ARGUMENTO BAXTER | ANÁLISIS CFC |
|---|---|---|---|
| 143 | **a)**[239] | La Comisión se equivoca al considerar que cualquier proceso de licitación debe maximizar la competencia en precios, para después deducir que si se observa que los participantes no mantienen una intensa competencia en precios, entonces la única explicación posible es un acuerdo colusorio. **La teoría de subastas y la teoría de juegos demuestran que existen numerosas circunstancias que explican cómo la mejor estrategia unilateral puede ser no competir** | ▪ Resulta **infundado**, ya que el oficio de probable responsabilidad no establece que cualquier licitación debe maximizar la competencia en precios, sino que, tal y como se aprecia a foja 43 del oficio de probable responsabilidad, una vez que se han predeterminado las características del producto o bien –esto es los factores adicionales al precio- las licitaciones llevan a que los competidores enfoquen su estrategia de competencia en el precio, pues no existe otro concepto a considerar.<br>▪ La conclusión del análisis económico presentado en el oficio de probable responsabilidad no se basa únicamente en la premisa de la maximización de la competencia en precios; sino en toda una serie de resultados económicos simultáneos[240] que no pueden obedecer a un comportamiento independiente al considerarlos |

[239] Apartado 12 intitulado **"INCENTIVOS ECONÓMICOS"** de la resolución impugnada.

[240] Identificación de las mismas posturas ganadoras y perdedoras en la mayoría de las licitaciones, las empresas ganadoras concentraron el 95% de la participación en las licitaciones, altos márgenes de ganancia, etcétera.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | **agresivamente en precios**. La Comisión señala que los postores tienen incentivos a ofrecer un precio mayor para aumentar las ganancias, pero a costo de reducir las probabilidades de ganar; lo que puede explicar el comportamiento unilateral de Baxter; sin embargo, la Comisión lo olvida. | conjuntamente. Lo anterior, se aprecia en el capítulo 7 del oficio de probable responsabilidad intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA"**.[241]<br>▪ El análisis de la Comisión no olvidó considerar los incentivos de los postores y la disyuntiva entre ofrecer precios altos con poca probabilidad de ganar y precios bajos con mayor probabilidad de resultar adjudicado. De hecho, esto demuestra que el comportamiento de Baxter no es consistente con un comportamiento independiente, ya que pese a conocer el monto de las posturas ganadoras anteriores, incrementa su postura por arriba de aquéllas con las que el emplazado había ganado.<br>▪ Este comportamiento tampoco es consistente con la estrategia extrema de ofrecer posturas muy altas con pocas probabilidades de ganar para obtener mayores ganancias, ya que Baxter sabe, a partir de los resultados de las licitaciones anteriores, que no ganará con posturas mayores a las que anteriormente resultaron ganadoras, inclusive las propias. Se observa en las tablas contenidas a fojas 77 a 146 del oficio de probable responsabilidad que tal estrategia ni siquiera es consistente para Baxter a lo largo del período investigado.<br>▪ Asimismo, el emplazado sólo menciona que existen numerosas circunstancias donde se compite agresivamente en precios, argumento que resulta **inoperante**, ya que no ofrece mayores elementos que acrediten cuáles son esas circunstancias ni demuestra cómo es que estas circunstancias aplican al caso concreto y ofrecerían conclusiones diversas a las que arribó esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad, por lo que sus afirmaciones resultan gratuitas. |
| 147, 148 | d)[242] | En el inciso VI del oficio de probable responsabilidad la Comisión dice que los precios de referencia sirven de *"referencia para acordar posturas"*, **pero omite decir que los postores las toman en cuenta para la determinación unilateral de sus posturas**, y la Comisión no señala si existieron precios de referencia en el periodo investigado | ▪ Baxter pretende tergiversar lo dicho en el oficio de probable responsabilidad, por lo que el argumento anterior resulta **infundado**, ya que éste establece en su parte conceptual que precisamente cuando los precios de referencia están por arriba de los precios de mercado, los postores los utilizan para coordinar sus posturas. Sin embargo, el oficio de probable responsabilidad no sustenta sus conclusiones en la existencia de dichos precios, ni si tales precios son altos o bajos.<br>▪ No obstante lo anterior, el emplazado no muestra que efectivamente existan precios de referencia que justifiquen sus posturas y la coincidencia de éstas con las de sus competidores. Baxter es quien tiene que probar la existencia de dichos precios de referencia y que tales precios justifican su comportamiento en las licitaciones investigadas, pues es el emplazado quien afirma que esos precios son tomados en cuenta por los postores para la determinación unilateral de sus posturas. |
| 158, 159 | c)[243] | **Respecto a las posturas por licitación, lo que muestra la información sobre posturas ganadoras previas constituye un referente para la determinación unilateral de posturas**, no había | ▪ El argumento del emplazado resulta **infundado**, ya que sostiene que la información sobre posturas ganadoras previas constituye un referente importante para la determinación unilateral de las posturas; sin embargo, el oficio de probable responsabilidad muestra en fojas 77 a 146 que las posturas ganadoras previas, efectivamente se utilizaron como referente, pero para la |

[241] Fojas 180 a 188 del oficio de probable responsabilidad.
[242] *Idem.*
[243] Apartado 13 intitulado **"PATRÓN DE POSTURAS"** de la resolución impugnada.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | razón para modificar la estrategia unilateral de posturas o reducir los precios ofrecidos, mientras las posturas ganadoras previas no hubieran disminuido, lo cual no sucedió, sino hasta final del segundo periodo analizado por la Comisión, aunque los precios ofrecidos sí muestran una reacción respecto a las posturas ganadoras previas. | coordinación de posturas, ya que pese a conocer el nivel de las posturas ganadoras, Baxter sólo igualó dichas posturas (también igualó las posturas perdedoras) y no buscó ofrecer posturas más competitivas.<br>▪ Con una estrategia de mantener las posturas iguales sin reducir su precio, como la descrita por Baxter, a lo más que aspira es al proceso de insaculación[244] donde no tiene garantizado resultar ganador. Contrario al dicho del agente económico, sí existe una razón económica de reducir el precio, pues con una reducción mayor al 1.5% (uno punto cinco por ciento) aspira a ser el único adjudicado en esa licitación.<br>▪ La evidencia en el oficio de probable responsabilidad contradice lo expuesto por Baxter, pues tampoco mantuvo sus posturas iguales, ya que incluso en algunos casos ofreció precios mayores, no manteniendo las posturas como manifiesta haber sido su estrategia. Al ofrecer precios mayores, incrementó las probabilidades de perder la licitación que tiene interés en ganar, ya que de no ser así no participaría.<br>▪ El oficio de probable responsabilidad demuestra un comportamiento coordinado entre las empresas investigadas basándose en la evidencia de un comportamiento reiterado y constante entre los probables responsables que involucra alternarse las posiciones en las que se asigna un contrato mediante la alternancia de un precio o precios; tal y como se indica en el capítulo del oficio de probable responsabilidad que se denomina **"ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS"**, situación que no desvirtúa el probable responsable.<br>▪ Asimismo, los argumentos en el sentido que todos los participantes de las licitaciones presentadas cuentan con la información de precios con los cuales previamente se adjudicaron asignaciones y contratos para las claves investigadas, y pueden ser un factor que consideren los participantes al momento de fijar su postura, son irrelevantes ya que las imputaciones del oficio de probable responsabilidad se basan en la consistencia y continuidad con las que las emplazadas se alternan los mismos precios, sin que revele lo anterior una conducta competitiva para obtener la adjudicación |
| 160 a 162 | **d)**[245] | El oficio de probable responsabilidad afirma que existe un patrón de posturas. La Comisión se equivoca al generalizar que las posturas ganadoras y perdedoras son prácticamente las mismas porque el comportamiento esperado de un postor es alternar sus posturas como estrategia unilateral razonable, se gana en ocasiones y se pierde en otras, lo que no indica la existencia de un acuerdo.<br><br>Del análisis del oficio probable responsabilidad se verifica que Baxter no exhibe un patrón reconocible, | ▪ El argumento anterior resulta **infundado**, toda vez que Baxter limita la definición de un patrón a la secuencia de licitaciones ganadas y perdidas. No obstante, el capítulo 4 del oficio de probable responsabilidad muestra que el patrón es sobre el nivel de las posturas ganadoras y las posturas perdedoras, las cuales coinciden con las posturas que sus competidores presentan.<br>▪ Por otro lado, Baxter sostiene que su objetivo es maximizar su ingreso, mas no sus beneficios o utilidades, pero si efectivamente éste fuera su objetivo ofrecería un precio justo por debajo del precio que observó de sus competidores y no el mismo y mucho menos uno mayor, con lo que se evidencia que sus actos no coinciden con su dicho (el mismo Baxter reconoce esta situación en la página 20 de su escrito).<br>▪ Por último, Baxter reconoce que sus estrategias no buscan maximizar la probabilidad de ganar cada licitación, ya que no es |

[244] Artículo 36 bis, *in fine*, de la LAASSP.
[245] *Idem.*

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | ejemplo: la postura de Baxter en la clave 3603 es PP-GG-NN-PP-GGG-PP-G-PPPPPP-N. **Desde un punto de vista unilateral no es óptimo ganar cada licitación. El objetivo de Baxter en las licitaciones del IMSS (dos mil tres a dos mil seis) era maximizar su ingreso, no el número de licitaciones ganadas.** Baxter debía ofrecer una postura lo más alta posible, con posibilidades de ganar y esto dependía de las expectativas sobre la posturas que ofrecían sus competidores.<br><br>En teoría de juegos y economía experimental se demuestra que los jugadores experimentados tienden a ganar menos juegos y obtener mayores beneficios, esto aplicado al caso de Baxter determina una estrategia unilateral que la lleve a maximizar sus ingresos, sin ganar todas y cada una de las licitaciones en las que participa. El marco analítico adecuado es el de juegos repetidos, no el de juegos de una sola vez, por tanto, la mejor estrategia unilateral no es ofrecer el menor precio, sino el máximo que permita ganar licitaciones y obtener el mayor ingreso, aunque implique perder algunas licitaciones. **La estrategia de Baxter era ganar licitaciones, manteniendo un precio conservador para maximizar los ingresos en el largo plazo** (ejemplo: clave 3626 en dos mil tres). | óptimo tratar de ganar cada licitación; no obstante, cuando un postor participa en una licitación ofreciendo un precio determinado, tiene la intención de ganarla y obtener una ganancia con el precio ofrecido. De no ser así, simplemente no participaría, ya que si este postor en realidad no tuviera el propósito de ganar y resultara adjudicado, obtendría una penalización por incumplimiento como lo establecen las bases de las licitaciones.[246] Lo anterior, se debe a que en un comportamiento unilateral cada postor desconoce las posturas de sus competidores y, por lo tanto, no sabe *a priori* si resultará ganador. El dicho de Baxter sólo se cumpliría a partir de un comportamiento coordinado, donde los participantes saben de antemano cuáles serían las posturas de sus competidores. Por lo que, aún cuando es cierto que cada oferente busca vender la mayor cantidad en las condiciones más rentables, no puede asegurar unilateralmente precios altos de forma sostenida, al menos que se trate de un comportamiento coordinado.<br>▪ Asimismo, se muestra en las tablas 11 a 28 del oficio de probable responsabilidad, que los promedios anuales de las posturas ganadoras y perdedoras presentan una baja dispersión entre dos mil tres y dos mil seis, para las claves de medicamentos que pertenecen al Grupo II, en particular, cuando se analizan las posturas por licitación de cada una de las empresas probables responsables se observa que las posturas ganadoras son prácticamente iguales; así entonces, para la clave 3601 se encuentra que en de las ciento treinta y seis licitaciones cuyo fallo se realizó entre mayo de dos mil tres y mayo de dos mil seis, en ciento tres de éstas las empresas probables responsables ganaron con la postura $9.35 (nueve pesos 35/100 M.N.). Asimismo, las restantes posturas ganadoras se ubican en niveles muy cercanos a esta postura.<br>▪ Por otro lado, en ochenta y una de las ciento treinta y seis licitaciones, los probables responsables presentaron posturas que se ubicaron en un rango de $9.50 (nueve pesos 50/100 N.N.) y $9.53 (nueve pesos 53/100 M.N.), que sólo resultaron ganadoras en tres licitaciones. Este comportamiento también se observa en el resto de las claves, por lo que se cree adecuado señalar que las posturas ganadoras y perdedoras son prácticamente iguales.<br>▪ Por otra parte, si bien es cierto que alternar posturas puede ser una estrategia unilateral razonable, siempre y cuando con esta estrategia se busque ser impredecible para los competidores. En el caso concreto, el comportamiento de Baxter observado en las licitaciones analizadas de las claves del Grupo II en el oficio de probable responsabilidad es inconsistente con una estrategia unilateral razonable. En ese sentido, se observa que en sus posturas, de entre un gran conjunto de posibilidades, sólo toma pocos valores, en particular, la postura con la que suele ganar es la misma con la que con anterioridad él u otros jugadores han ganado, además después de ganar cierto número de licitaciones aumenta su postura a niveles con los que con probabilidad baja, dado el resultado de las licitaciones previas, puede ganar.<br>▪ En ese sentido, presenta posturas cuyo diferencial respecto a la postura que en licitaciones previas había resultado ganadora es ligeramente superior al 1.5% (uno punto cinco por ciento), lo que |

[246] Artículo 53 de la LAASSP

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | | impide que gane si las otras empresas siguen el acuerdo. Por tanto, su estrategia era predecible y permitía la alternancia de ganadores.<br>▪ El oficio de probable responsabilidad demuestra un comportamiento coordinado entre las empresas investigadas basándose en la evidencia de un comportamiento reiterado y constante entre los probables responsables que involucra alternarse las posiciones en las que se asigna un contrato mediante la alternancia de un precio o precios; tal y como se indica en el capítulo del oficio de probable responsabilidad que se denomina **"ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS"**, situación que no desvirtúa el probable responsable.<br>▪ Asimismo, los argumentos en el sentido que todos los participantes de las licitaciones presentadas cuentan con la información de precios con los cuales previamente se adjudicaron asignaciones y contratos para las claves investigadas, y pueden ser un factor que consideren los participantes al momento de fijar su postura, son irrelevantes ya que las imputaciones del oficio de probable responsabilidad se basan en la consistencia y continuidad con las que las emplazadas se alternan los mismos precios, sin que revele lo anterior una conducta competitiva para obtener la adjudicación. |
| 162, 163 | e)[247] | El comportamiento de las licitaciones analizadas en el oficio de probable responsabilidad evidencia que se generó el fenómeno de *"maldición de ganador"* consistente en el riesgo de ganar una licitación con una postura innecesariamente baja. De esta manera, se entiende por qué Baxter, desde una perspectiva unilateral, incrementaba su postura ocasionalmente cuando había posibilidades razonables de ganar con una postura superior | ▪ Resulta **infundado**, ya que el fenómeno de *"maldición de ganador"* sólo aplica cuando las licitaciones se pueden caracterizar como de valor común, es decir, cuando los postores cuentan con información privada que, de revelarse llevaría a que sus competidores otorgaran el mismo valor al contrato licitado. Sin embargo, las licitaciones realizadas por el IMSS no pueden ser caracterizadas así, ya que desde las bases de las licitaciones la cantidad a licitar es pública y la existencia de información privada entre los agentes no llevaría a cambiar dicha cantidad y, en consecuencia, tampoco el valor del contrato licitado.<br>▪ Por otro lado, se observa que cuando Baxter incrementa su postura, después de haber ganado cierto número de licitaciones, lo hace a niveles con los que con una probabilidad muy baja puede esperar volver a ganar, en particular, estos niveles superan el diferencial del 1.5% (uno punto cinco por ciento) de la postura con la que anteriormente él y los otros probables responsables han ganado, lo que implicaba que el ingreso esperado fuera menor. Consecuentemente, Baxter desconoce y hace un mal manejo del concepto de *"maldición de ganador"*, ya que las características de las licitaciones investigadas no propician tal efecto.<br>▪ Finalmente, resulta **inoperante** su argumento, ya que no ofrece análisis ni evidencia alguna de que este efecto aplique a las licitaciones investigadas, por lo que en nada desvirtúan los hechos imputados al emplazado en el oficio de probable responsabilidad. Así las cosas, no basta con realizar meras manifestaciones vagas, imprecisas y generales, sino que es necesaria su argumentación y comprobación para desvirtuar las imputaciones que esta autoridad le hizo al emplazado. |
| 164 | g)[248] | Respecto a la alternancia en los contratos licitados, éste es el comportamiento esperado de la | ▪ Resulta **infundado** el argumento vertido por el emplazado, ya que cuando la alternancia de los contratos licitados pueda ser el comportamiento esperado de la interacción de postores actuando |

[247] *Idem.*
[248] *Idem.*

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | interacción entre postores actuando unilateralmente, ya que cada uno intentará ganar licitaciones, sin arriesgarse a disminuir demasiado el precio de adquisición del IMSS. | unilateralmente, el patrón de posturas que genera la alternancia de contratos no es consistente con un comportamiento independiente; en cambio, sólo es consistente con la búsqueda de incrementar el beneficio económico mediante un comportamiento coordinado tal que, pese a perder algunas licitaciones (de forma sistemática), los beneficios son mayores en los procesos ganados a los que potencialmente se obtendrían de actuar de forma independiente.<br>▪ Finalmente, en el caso de que los postores actuaran de forma unilateral, dado que las empresas observan las posturas ganadoras previas, cabría esperar que en gran número de las licitaciones, la asignación fuera múltiple, lo cual no se observa en las licitaciones del Grupo II de medicamentos, sino que, generalmente, sólo existe un ganador. En este caso, Baxter y Fresenius no pueden conocer *a priori* las acciones de Abbott y mucho menos su postura. Sin embargo, lo que sí evidencia el acuerdo es la exactitud de las posturas de los dos primeros agentes. Nuevamente Baxter ofrece ejemplos en los que se evidencia la coincidencia exacta de las posturas de las empresas investigadas, sin ofrecer argumento que demuestre que dicha coincidencia obedece a un comportamiento independiente. |
| 165 a 167 | i)[249] | **La Comisión omitió analizar factores que explican la estrategia unilateral de Baxter:**<br><br>▪ no disminuir continuamente las posturas, a fin de evitar una guerra de precios;<br>▪ había más incentivos para actuar agresivamente en aquéllas licitaciones donde el monto a asignar era mayor;<br>▪ había menos incentivos para ofrecer precios bajos en aquellos casos donde era probable que se asignara un monto menor al licitado;<br>▪ las limitaciones en capacidad de Baxter provocaba el interés por elegir aquellas licitaciones que resultaban más atractivas por el monto a asignar;<br>▪ asegurar el cumpliendo de compromisos de exportación y la atención a otros clientes;<br>▪ los movimientos en precios de los productos en otros países hacía que esos precios funcionaran como referentes para determinar las posturas de Baxter;<br><br>Si la Comisión hubiera analizado lo anteriormente señalado, habría concluido que el comportamiento de | ▪ El argumento anterior resulta **infundado**, ya que el argumento de Baxter relativa a que ofrecer posturas bajas provocaría una guerra de precios, revela el temor de esta empresa a un castigo ante desviaciones del acuerdo colusorio. Baxter sólo puede afirmar que eso sucedería si de antemano sabe que esa sería la reacción del resto de las empresas participantes, lo que constataría un acuerdo colusorio.<br>▪ Por otro lado, Baxter tampoco explica por qué si disminuye sus posturas apenas lo suficiente, para ser el único adjudicado en determinada licitación, esto llevaría a una guerra de precios. Lo anterior, constata la existencia de un comportamiento coordinado entre los participantes en las licitaciones de los medicamentos que forman el Grupo II.<br>▪ Respecto a la relación de las posturas y el importe, el argumento de Baxter es por inspección de una gráfica que se presenta con una escala *ah hoc* (por ejemplo el origen no es 0, sino 14.5), y con un número menor de observaciones al que presenta el oficio de probable responsabilidad. Al incluir todas las posturas de dos mil tres y hasta la primera mitad del dos mil seis, como argumenta Baxter, se obtiene la siguiente gráfica. [Gráfica foja 166 de la resolución recurrida]<br>▪ El uso de una medida objetiva como el coeficiente de correlación muestra que la correlación aunque efectivamente es negativa es de sólo -5% (menos cinco por ciento). Además, en una regresión univariada o de una sola variable (sólo cantidad explicando la postura), el coeficiente es cercano a cero y no es estadísticamente diferente de cero, a diferencia de la constante que sí es estadísticamente significativa.<br>▪ Por último, la tendencia lineal de estas posturas muestra que su comportamiento es más cercano a mantenerse constante que variar en una relación negativa con la cantidad. Lo anterior, evidencia que estadísticamente no se comprueba la estrategia que menciona |

[249] *Idem.*

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | Baxter es consistente con una estrategia unilateral que pretende maximizar su ingreso a lo largo de una serie indefinida de licitaciones | Baxter, y en todo caso establecería que las posturas se mantienen relativamente constantes. Esta situación sólo sería efectiva para ganar licitaciones si de antemano conoce las posturas de sus competidores.<br>▪ Decir lo anterior significa que, pese a que existía gran variabilidad en las cantidades por asignar en las licitaciones investigadas, Baxter no ofrecía posturas agresivas en licitaciones con cantidades mayores y conservadoras en licitaciones pequeñas, por el contrario, su postura prácticamente no sufrió cambios pese a diferencias en las cantidades.<br>▪ El resto de los argumentos sobre capacidad limitada, compromisos de exportación y movimientos de precios de los productos en otros países son afirmaciones gratuitas, ya que no ofrece información que demuestre su dicho, por lo que resultan **inoperantes** |
| 438 a 440 | | **b) Una estrategia unilateral para maximizar ingresos mostraría ofertas ligeramente por debajo de las posturas ganadoras anteriores, más no continuamente, ya que una estrategia unilateral para ser exitosa debe ser impredecible para los competidores**.<br><br>La observación de las posturas de Baxter analizadas en el expediente revela que las posturas ganadoras previas fueron un referente importante. Por ejemplo, en la clave 3624 en dos mil tres, el once de junio Baxter ganó con una postura de 6.10 frente a la de Pisa de 6.22, así que en la siguiente licitación ofrece 6.20, es decir justo lo necesario para ganar de acuerdo a las posturas precedente. No obstante pierde y no participa en las siguientes licitaciones. En el procedimiento de siete de noviembre ofrece 6.30, ya que la oferta ganadora anterior era 6.50, pero Pisa baja a 6.30 también, así que en la siguiente licitación Baxter baja a 6.10. Esta lógica se repite en las licitaciones posteriores de esta clave y, en general, en otras claves.<br><br>Es cierto que se observan algunas desviaciones respecto de la regla de ofrecer posturas iguales cercanas a la ganadora precedente. Esto se debe en parte a la necesidad de no tener una | ▪ Se hace necesario resaltar que, como el mismo perito lo reconoce, en un comportamiento unilateral la estrategia buscaría ser impredecible para los competidores,[250] pero siempre tomando en cuenta el comportamiento anterior. Un postor busca que su postura no sea predecible para sus competidores con el objeto de que no presenten posturas más bajas que él, pero este mismo postor busca predecir cuáles serían las posturas de sus competidores para ofrecer una mejor.<br>▪ Claro está que un precio más alto que aquél con el que han ganado sus competidores no es una estrategia consistente con la intención de ganar bajo un comportamiento unilateral. Las posturas por arriba de los precios ganadores anteriores ciertamente son poco predecibles, pero también inútiles para el objetivo de ganar esa licitación y contradicen el objetivo de maximizar el ingreso esperado para el conjunto de licitaciones investigadas, por lo que su racionalidad sólo puede obedecer a un comportamiento coordinado.<br>▪ Por otro lado, el perito se contradice, ya que en su argumentación inicial critica el uso de promedio de posturas, pese a que reconoce que son indicativos de la postura más representativa, pero ahora basa su argumento en dos licitaciones de más de 120 licitaciones para dicho medicamento en particular. Además, el perito muestra únicamente la parte en que Baxter le toca alternar de ser ganador a perdedor durante el inicio del periodo de investigación y no ofrece ninguna explicación para el resto de las posturas y licitaciones.<br>▪ Llama la atención a esta autoridad la incongruencia del argumento del perito, ya que en las licitaciones siguientes del mismo año, la postura del Baxter es de 6.30 en seis de once ocasiones, lo que lo hace bastante predecible.[251] Tan es así, que Fresenius entra a las licitaciones de este medicamento con el mismo precio.<br>▪ Por otro lado, no presenta argumento alguno o análisis económico sobre el resto de los medicamentos o licitaciones del mismo medicamento. |

[250] Lo anterior no es una regla porque bajo un escenario de asimétrico como en el caso de costos diferentes, la estrategia puede ser la misma para el competidor con esa ventaja.
[251] Véanse fojas 128 a 132 del oficio de probable responsabilidad.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | estrategia predecible, pues eso la haría ineficaz. En este caso, **una estrategia unilateral óptima puede ser de las llamadas "estrategias mixtas", donde el postor tiene varias opciones, a las cuales asigna una probabilidad**.<br><br>El perito trascribe una cita de ROY GARDENER, que a su letra enuncia:<br><br>*"Las estrategias mixtas conducen a un ciclo de precios, en el que las empresas fluctúan constantemente entre precios normales y precios de rebajas al utilizar estrategias mixtas. Con una estrategia mixta, una empresa cobra un precio normal algunas veces y un precio de rebajas el resto de las veces. Hagan lo que hagan las empresas, hay un elemento de sorpresa."* | En relación a su argumento de estrategias mixtas, se basa en una cita de GARNER (1996),[252] pero nuevamente la utiliza fuera de contexto. El autor establece lo citado por el perito para un juego de productos diferenciados, lo cual no es el caso de esta investigación que, como se estableció a fojas 44 y 48 del oficio de probable responsabilidad, se trata de productos homogéneos. En este tenor, el mismo perito se contradice, al establecer que se trata de productos homogéneos y después aplicar un modelo para productos diferenciados.<br><br>No obstante, de acuerdo con HARSANY (1973) y AUMANN [*et al*] (1983), las estrategias mixtas son más una representación de la incertidumbre existente sobre las posibles estrategias puras (en este caso los precios) que los jugadores tienen entre sí, debido a la existencia de información privada (su propia información).[253] El hecho de que los competidores presenten posturas con precios iguales y puedan afirmar que mantener precios altos sea una estrategia rentable muestra la inexistencia de esa incertidumbre y sobretodo de un comportamiento unilateral.[254] |

Expuesto lo anterior, la recurrente no precisa cuál de los "numerosos argumentos" relativos a su comportamiento unilateral realizados en su contestación al oficio de probable responsabilidad desestimó o dejó de estudiar esta autoridad, por lo que su argumento resulta oscuro. En otras palabras, impide a esta autoridad determinar si efectivamente asiste a los recurrentes la razón o no, puesto que no hay argumento directo que controvierta un punto en particular y en ese sentido la respuesta a este argumento no puede ser más que otro de manera general, como se ha expuesto. En consecuencia, su argumento resulta **inoperante**.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro "***AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y NO SE DA NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS MISMOS***", la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Baxter no señala ni ofrece elementos que le permitan estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que la recurrente afirme que la Comisión desestimó "numerosos argumentos" relativos a su supuesta determinación estratégica unilateral en las posturas con las que participó en las licitaciones celebradas por el IMSS en el Grupo II de medicamentes, dado que para ello es

[252] Gardner, Roy, y Calvo Paloma. 1996, *Juegos para empresarios y economistas*, Barcelona: Antoni Bosch.

[253] Harsanyi, John C. 1973. "Games with randomly disturbed payoffs: a new rationale for mixed strategy equilibrium points." *International Journal of Game Theory*, 2(1): 1-23.; y Aumann, R. J., Y. Katznelson, R. Radner, R. W. Rosenthal, y B. Weiss. 1983. "Purification of Mixed Strategies." *Mathematics of Operations Research*, 8(3): 327-341

[254] Nótese que en este caso cualquier estrategia mixta se mapea a una estrategia pura, pues cualquier distribución de probabilidad sobre el conjunto de estrategias puras (precios) resulta en otro precio.

indispensable que mencionen cuáles son los argumentos que dejó de atender esta autoridad o desestimó incorrectamente en la resolución del expediente IO-003-2006. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.**"* la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Finalmente, respecto a su argumento relativo a que es falso que la LFCE prohíba la coordinación de posturas cuando ésta deriva de la toma de decisiones unilaterales de negocios por parte de agentes económicos, resulta **fundado pero insuficiente** para controvertir las determinaciones de la Comisión relativas a la supuesta estrategia unilateral de Baxter, las cuales fueron transcritas en el cuadro anterior, de las cuales se observa que Baxter no logró acreditar el comportamiento unilateral que alude, toda vez que se puede concluir de todo lo anterior que junto con la alternancia de las posturas ganadoras y perdedoras similares entre los sancionados, demuestra que no se trata de un comportamiento independiente y sí coordinado entre sus competidores; ya que si en realidad Baxter siguiera una estrategia unilateral, no se explicaría un incremento de las posturas por arriba de las ganadoras anteriores sin la presencia de un acuerdo colusorio.

**v) La Comisión admite que no identifica un patrón en el comportamiento de Baxter, entendido como una alternancia de posturas, y añade que el supuesto patrón se limita a la identificación de un nivel de posturas ganadoras y perdedoras coincidente con el de sus competidores.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que resulta falso que la Comisión admita que no identifica un patrón, ya que en foja 160 de la resolución, señala que Baxter limita la definición de un patrón a la secuencia de un patrón en particular (licitaciones ganadas y perdidas) y dado que ese patrón particular no existe entonces ningún otro.

El patrón que según Baxter debe encontrarse es uno sobre la secuencia de licitaciones ganadas y pérdidas, aún cuando el oficio de probable responsabilidad ya señaló que el patrón encontrado es que las posturas ganadoras de las empresas sancionadas son iguales o diferentes en menos del 1.5% (uno punto cinco por ciento) y que las posturas perdedoras también son iguales entre ellas.

**w) La Comisión retoma la idea de un patrón consistente en la alternancia de posturas ignorando los argumentos de Baxter que acreditan que éste patrón no existe.**

El argumento anterior resulta **infundado** en atención a las siguientes consideraciones.

Pese a que Baxter ofrece citas de los señalamientos de la resolución a sus argumentos, sostiene que no fueron atendidos; en específico menciona el uso de los promedios simples de posturas ganadoras y perdedoras, contra el uso del promedio ponderado. Dicho argumento sí fue analizado en foja 157 de la resolución, tan es así que en foja 47 de su escrito de recurso de reconsideración argumenta un agravio a la respuesta que se dio a dicho argumento, por lo que no hace más que evidenciar que la Comisión sí atendió los argumentos de la recurrente.

Al respecto, la Comisión señaló en la foja en comento de la resolución, lo siguiente:

> *"[...] Contrario a lo que se menciona el emplazado, al **ser el promedio un indicador del nivel más representativo de posturas, como menciona el propio perito de Baxter, el coeficiente de variación muestra de forma objetiva que la dispersión de las posturas ganadoras y perdedoras es mínimo.** Además, **en el análisis de posturas por licitación se verifican los patrones encontrados al analizar las posturas promedio**. En este sentido, el emplazado no presenta evidencia que demuestre que la utilización de posturas puntuales presentadas en cada proceso o el promedio ponderado por la cantidad cambie las conclusiones del oficio de probable responsabilidad* [...]."
> [Énfasis añadido]

**x) Se observa que las posturas promedio de los participantes que no forman parte de la pretendida colusión, rondan los mismos niveles promedio que los de Baxter y el resto de los emplazados. También se observa que la postura ganadora más usada por los participantes no emplazados fue la misma usada por Baxter. Lo que demuestra que el diseño de las licitaciones incentivaba a presentar posturas conservadoras.**

El argumento resulta **infundado**, ya que en fojas 112, 278, 279, 314 a 317 de la resolución se señaló que no obstante que durante dos mil tres a dos mil cinco otras empresas participaron y ganaron en las licitaciones convocadas por IMSS, se consideró que: i) su participación fue marginal; ii) no mostraron la capacidad para poder influir en el comportamiento de las emplazadas; y iii) su comportamiento fue distinto al de las emplazadas. Muestra de este último elemento es que su participación fue intermitente, no obtuvieron una participación significativa de los montos licitados, y llegan a presentar posturas marcadamente diferentes de forma aislada, como se puede observar en fojas 42 a 50 de la resolución recurrida.

Por otro lado, Baxter sostiene que su argumento demuestra que el diseño de las licitaciones generó incentivos a ofrecer posturas conservadoras, lo cual resulta contradictorio al señalar en foja 31 de su escrito de recurso de reconsideración que tenía una estrategia reactiva ofreciendo posturas agresivas en precios cuando los otros participantes lo hacían.

**y) Resulta extraño que la Comisión requiera la demostración de una realidad estadística consistente en que el promedio ponderado es una medida más representativa de una distribución que el promedio simple cuando las observaciones tienen diferente frecuencia. Siendo que existía una gran variabilidad en las cantidades asignadas en cada licitación, no se requiere demostración de que el promedio ponderado será diferente al promedio simple. Fácilmente puede demostrarse el error de la Comisión calculando la postura ganadora promedio ganadora por año y por clave.**

El argumento anterior resulta **inoperante** en tanto que Baxter introduce un elemento novedoso con el cual, el recurrente trata de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Lo anterior es así, ya que en foja 157 de la resolución se señala que Baxter no presentó evidencia que demuestre que el uso del promedio ponderado cambié la conclusión del oficio de probable responsabilidad, aunque en esta ocasión sí presenta cálculos con precios promedio ponderados por cantidad, dicho análisis es inatendible al no presentar el método y datos de los cálculos realizados al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad.

La recurrente tiene la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, se aclara que una frecuencia diferente no lleva a que un promedio de una variable (el precio por ejemplo) ponderada por otra variable (cantidad para este caso) sea más representativo que el promedio simple, pues el promedio simple de una variable es en sí mismo un promedio ponderado por una variable cuya distribución es uniforme. De esta manera, si una de las variables no tiene una varianza significativa o es cercana a una constante (como lo es el precio estudiado) y se pondera por otra variable con una varianza significativa (suponiendo que sea la cantidad), el promedio ponderado no cambiara en mayor proporción.

Un ejemplo de lo anterior es el siguiente:

| | **Precio** | **Cantidad** |
|---|---|---|
| Licitación 1 | 9.5 | 10 |
| Licitación 2 | 9.6 | 100 |

El promedio simple de estos precios se calcula:

$$\frac{9.5 + 9.6}{2} = 9.6$$

En tanto que el promedio ponderado se calcula:

$$\frac{9.5 \times 10 + 9.6 \times 100}{10 + 100} = \frac{95 + 960}{110} = 9.6$$

Por lo que no representa mayor diferencia uno u otro pese a que la cantidad asociada al segundo precio es diez veces mayor a la cantidad asociada al primer precio.

De esta manera, darle el calificativo de "realidad estadística" no es suficiente para demostrar que el promedio ponderado de las posturas llevará a una conclusión distinta a la presentada en la resolución.

Así, en foja 157 de la resolución recurrida se establece que Baxter no presentó evidencia que demostrara que el uso del promedio ponderado cambiara las conclusiones a las que llegó la Comisión en el oficio de probable responsabilidad.[255] Aunque de manera novedosa Baxter ahora sí presenta cálculos con precios promedio ponderados por cantidad, dicho análisis es inatendible al no presentar el método y datos de los cálculos realizados, ya que no se puede comprobar las cantidades asignadas.

No obstante, analizando sus propios cálculos presentados en fojas 56 a 57 de su escrito de recurso de reconsideración se observa lo siguiente:

[255] "[…]*Contrario a lo que se menciona el emplazado, al ser el promedio un indicador del nivel más representativo de posturas, como menciona el propio perito de Baxter, el coeficiente de variación muestra de forma objetiva que la dispersión de las posturas ganadoras y perdedoras es mínimo. Además, en el análisis de posturas por licitación se verifican los patrones encontrados al analizar las posturas promedio. En este sentido, el emplazado no presenta evidencia que demuestre que la utilización de posturas puntuales presentadas en cada proceso o el promedio ponderado por la cantidad cambie las conclusiones del oficio de probable responsabilidad.*[…]"

3604

| Año | Empresa | Unidades | Valor | Postura |
|---|---|---|---|---|
| 2004 | Baxter | 86,710 | 1,064,051 | 12.27 |
| | Fresenius | 82,262 | 1,028,871 | 12.51 |
| | Pisa | 48,516 | 563,246 | 11.61 |
| 2005 | Baxter | 62,651 | 693,052 | 11.06 |
| | Fresenius | 163,957 | 1,832,238 | 11.18 |
| | Pisa | 64,906 | 780,275 | 12.02 |
| Ambos | Baxter | 149,361 | 1,757,103 | 11.76 |
| | Fresenius | 246,219 | 2,861,109 | 11.62 |
| | Pisa | 113,422 | 1,343,521 | 11.85 |

| Desviación | Media | Coeficiente |
|---|---|---|
| 0.11 | 11.74 | 1% |

3609

| Año | Empresa | Unidades | Valor | Postura |
|---|---|---|---|---|
| 2004 | Baxter | 363,021 | 4,482,034 | 12.35 |
| | Fresenius | 202,733 | 2,534,158 | 12.50 |
| | Pisa | 82,744 | 1,034,300 | 12.50 |
| 2005 | Baxter | 374,885 | 4,752,070 | 12.68 |
| | Fresenius | 342,624 | 4,314,227 | 12.59 |
| | Pisa | 379,186 | 4,715,665 | 12.44 |
| Ambos | Baxter | 737,906 | 9,234,104 | 12.51 |
| | Fresenius | 545,357 | 6,848,385 | 12.56 |
| | Pisa | 461,930 | 5,749,965 | 12.45 |

| Desviación | Media | Coeficiente |
|---|---|---|
| 0.06 | 12.51 | 0% |

3614

| Año | Empresa | Unidades | Valor | Postura |
|---|---|---|---|---|
| 2005 | Baxter | 40,173 | 376,540 | 9.37 |
| | Fresenius | 16,559 | 155,046 | 9.36 |
| | Pisa | 65,316 | 618,987 | 9.48 |

| Desviación | Media | Coeficiente |
|---|---|---|
| 0.06 | 9.40 | 1% |

En las claves que Baxter aportó información de dos años se calcularon los promedios ponderados para dicho período. Se calculó la desviación estándar (DESVIACIÓN) de las posturas ponderadas y sus medias (MEDIA), para obtener el coeficiente de variación (COEFICIENTE) como la razón de ambos estadísticos (DESVIACIÓN ENTRE LA MEDIA). A pesar de no incluir todas las claves, ni todos los años como lo hace el oficio de probable responsabilidad, en todos sus ejemplos el coeficiente de variación es igual o menor al 1% (uno por ciento), por lo que aun con los propios cálculos de Baxter se comprueba que el promedio ponderado de las posturas es prácticamente igual como lo evidencia el coeficiente de variación, lo que confirma la conclusión de posturas similares entre las empresas sancionadas en el Grupo II de medicamentos presentada en la resolución.

**z) Una revisión de las frecuencias de las posturas de algunas claves en algunos años muestra que carece de sustento la afirmación de la Comisión respecto a que las posturas individuales de los participantes son iguales cuando ganan y cuando pierden.**

**aa) Debe destacarse que la probabilidad de que los promedios de las posturas ganadoras y perdedoras entre competidores sean muy cercanos es muy alta porque los productos licitados son homogéneos, comerciables internacionalmente y porque el conocimiento de las posturas previas incide en la determinación de las posturas de los competidores. Lo que sería totalmente improbable es que los promedios de las posturas ganadoras y perdedoras fueran diametralmente diferentes.**

**bb) Las participaciones de Baxter son muy variables según los periodos, claves y productos investigados. Las participaciones de las empresas sancionadas son diferentes y otras empresas obtuvieron participaciones similares o superiores.**

**cc) Si se suman las asignaciones de todas las claves investigadas en forma anual, se comprueba que no existe una participación prácticamente equitativa.**

Los argumentos contenidos en incisos **z)** a **cc)** resultan **inoperantes** en tanto que Baxter introduce un elemento novedoso frente a la cuestión discutida en la resolución recurrida, el cual no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

La recurrente tiene la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, el patrón identificado es sobre el nivel y similitud de las posturas ganadoras y perdedoras de las empresas sancionadas y no sobre la frecuencia en que las usaron. Con el objeto de conocer su similitud se presentó el coeficiente de variación de las posturas promedio ganadora y de las posturas promedio perdedoras,[256] el cual resultó ser significativamente bajo. Lo anterior se comprobó con el cálculo de los promedios ponderados que el mismo Baxter presentó.

Por otro lado, el argumento de Baxter es solo una conjetura, pues de resultar cierto esto ninguna licitación de bienes homogéneos, comerciables internacionalmente y donde se tuviera conocimiento público de las posturas previas, presentaría promedios de las posturas ganadoras y perdedoras diferentes.

Como contra ejemplo véanse las Tablas 4 y Tablas 5 contenidas en fojas 38 y 39 de la resolución recurrida, donde las posturas promedio ganadoras de Dimesa y Savi son sustancialmente diferentes a los de las empresas sancionadas en esas claves. Asimismo, la resolución en foja 51 es muy específica en cómo se calculó la concentración de los importes asignados y su distribución durante el periodo investigado, donde al agregar el importe ganado en todas las claves investigadas en el Grupo II de medicamentos, la distribución de las ganancias resultó prácticamente equitativa. Por supuesto, si se quitan claves o años arbitrariamente[257] este cálculo se verá sesgado, pero dicho cálculo debe considerar todas las claves investigadas donde participaron estos agentes económicos y no pequeños grupos de éstas. No obstante, lo cierto es que estas tres empresas que conformaron el Grupo II de medicamentos obtuvieron casi el 100% (cien por ciento) de los importes asignados con una gran similitud en sus posturas.

**dd) El enfoque de la CFC resulta anodina, pues se trata de una cuestión semántica que se aclara que Baxter se refería al número de licitaciones y cantidad asignada en cada licitación.**

**La Comisión omitió considerar el argumento de entrada y salida de otros competidores.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que su argumento fue contestado en fojas 112, 278, 279, 314 a 317 de la resolución. Se observa que la Comisión señaló que no se emplazó a otros participantes, no obstante que durante dos mil tres a dos mil cinco otras empresas participaron y

[256] Fojas 42 a 50 de la resolución impugnada.
[257] Sin que hayan sido desvirtuadas por las emplazadas en el expediente IO-003-2006.

ganaron en las licitaciones convocadas por IMSS, debido a que: i) su participación fue marginal; ii) no mostraron la capacidad para poder influir en el comportamiento de las emplazadas y iii) su comportamiento fue distinto al de las emplazadas.

**ee) Baxter no trata de establecer la superioridad sistemática de una subasta sobre otra, sino de confirmar que el diseño usado por el IMSS no incorporaba incentivos para competir agresivamente en precios.**

El argumento de Baxter resulta **infundado**, ya que nuevamente cita de manera parcial lo resuelto por esta autoridad, sin tomar en cuenta la totalidad de lo argumentado. En el caso concreto, Baxter cita en foja 13 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad a MIGUEL A. PÉREZ ARATA para indicar que este tipo de licitaciones generan ingresos esperados y después cita a VERNON L. SMITH para argumentar que el tipo de licitación investigado genera precios por encima del precio óptimo.

En respuesta a dicho argumento, la Comisión señaló en foja 150 de la resolución que Baxter confunde y utiliza indistintamente medidas de eficiencia con los de maximización del ingreso al utilizar ambas citas para el mismo efecto y que si en todo caso Baxter busca un ordenamiento de los tipos de subastas se puede valer del Teorema de la Equivalencia del Ingreso, pero la comparación entre tipos de subastas no fue materia de la investigación realizada.

**ff) La misma Comisión ha manifestado en otros procedimientos que algunos diseños de licitación son más propicios para generar una mayor competencia en precios.**

**gg) La Comisión pretende confundir que los diferentes tipos de subastas producen siempre los mismos resultados, cuando no es cierto.**

Los argumentos contenidos en incisos **ff)** a **gg)** resultan **inoperantes** en tanto que Baxter introduce un elemento novedoso frente a la cuestión discutida en la resolución recurrida, el cual no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

La recurrente tiene la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, se aclara nuevamente que la comparación entre tipos de subastas no fue materia de la investigación realizada en el expediente IO-003-2006. Por el contrario, el análisis del tipo de subasta que implica las licitaciones investigadas sí lleva a una competencia en precio una vez superada la etapa de evaluación técnica realizada por el IMSS, pues es la única variable a considerar para definir al ganador, tal y como lo establecen las bases de las licitaciones y la LAASSP.

Así las cosas, es Baxter quien trata de confundir los tipos de subastas, pues la Comisión nunca sostiene que los diferentes tipos de subastas arrojen los mismos resultados. Lo anterior se observa en foja 150 de la resolución impugnada, donde se aclara que si Baxter buscará un ordenamiento de los tipos de subastas, se podría valer del Teorema de la Equivalencia del Ingreso, pero la comparación entre tipos de subastas no es materia de la investigación realizada.

A continuación se transcribe el pronunciamiento por parte de esta autoridad:

> *"Por otro lado, Baxter confunde la medida de eficiencia con la medida de maximización del ingreso del subastador. Si Baxter simplemente busca comparar los ingresos que proporcionarían los cuatro tipos de subasta estándar, entonces el Teorema de la Equivalencia del Ingreso, que sus propias referencias citan, establece que bajo ciertas condiciones los cuatro tipos de subastas estándar (e incluso otros tipos de subastas), entre ellas la de sobre cerrado a primer precio, generan el mismo ingreso esperado para el subastador. Por eso no se puede concluir directamente que alguna subasta estándar sea peor que otra en términos de ingreso. MILGROM[258] establece que al comparar los ingresos y los pagos de las subastas, no existe una ventaja sistemática de alguno de los tipos de subasta. El mismo autor señala que el Teorema de la Equivalencia del Ingreso es una afirmación formal de esta conclusión. Asimismo, este Teorema establece que para un conjunto importante de subastas, el ingreso y el pago promedio es igual para toda subasta estándar. VICKREY llegó a esta conclusión para una amplia gama de subastas.[259]*
>
> *No obstante, aún cuando alguna subasta en particular no proporcione el máximo de ingresos (o de ahorro en caso de compra), no se justificaría la coordinación de posturas. Por último, aún cuando pudiesen existir diferencias entre los resultados de diferentes diseños de licitaciones, el análisis económico realizado en el oficio de probable responsabilidad concluye la existencia de un comportamiento coordinado a partir de la estructura, el comportamiento de los agentes económicos y los resultados de las licitaciones investigadas, pero no con la comparación entre los diseños de subastas que cita Baxter, por lo que su argumento no es aplicable al caso en concreto."*

FRESENIUS Y MANUEL VÁZQUEZ BLANCO

[258] *Cfr.*, Milgrom, Paul. 2004. *Putting Auction Theory to Work.* New York: Cambridge University Press.
[259] *Cfr.*, Vickrey, William. 1961, "Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders," *Journal of Finance*, 16: 8-37.

**Los recurrentes en comento señalan que la resolución impugnada viola lo ordenado por el artículo 222 del CFPC, 8 y 9° de la LFCE en atención a las siguientes consideraciones:**

**hh) La conducta de las partes investigadas no puede valorarse como la intervención en una sola licitación, sino en un conjunto de licitaciones. El punto no radica en el oficio de probable responsabilidad presente los resultados de todas las licitaciones investigadas. El problema radica en las presunciones de las que parte el análisis de la Comisión para determinar la conducta de las partes. La Comisión piensa que el hecho de que las empresas conozcan las posturas anteriores de sus competidoras genera un incentivo para bajar el precio. Esto es equivocado y es justamente lo que Fresenius demostró al presentar un modelo de juegos repetidos.**

**A pesar de lo anterior, la Comisión consideró que las empresas actúan contra la lógica y contra la teoría económica, en virtud de que en lugar de bajar sus precios los aumentan y que la única forma de explicar dicha conducta es que exista una colusión y un conocimiento de la postura de su competidor.**

El argumento de los recurrentes resulta **infundado**, ya que en foja 31 de la resolución impugnada se establece que el incentivo a ofrecer un precio menor se debe a incrementar la probabilidad de ganar la licitación, ya que el precio menor define al ganador y ganar es la licitación es el objetivo de participar. Esto es lo que genera el incentivo a ofrecer un precio menor que los competidores.

Al respecto, se transcribe lo manifestado por esta autoridad en la foja en comento:

> *"En las licitaciones a sobre cerrado a precio más bajo cada postor hace una oferta de precio sin conocer el resto de las ofertas; el postor con la oferta de precio más bajo gana y suministra el contrato a ese precio. En estas condiciones, **los postores tienen incentivos a ofrecer una postura baja a fin de incrementar la probabilidad de ganar el contrato o bien ofrecer un precio más alto para aumentar ganancias en caso de que gane, pero a costo de reducir las probabilidad de ganar**."*

Por otro lado, una vez que se tiene información sobre el nivel de precios que ofrecieron el resto de los participantes, sigue existiendo el mismo incentivo inicial de ofrecer un precio menor que los competidores para ganar la siguiente licitación en que se participa. Este precio tiene que ser menor para incrementar la probabilidad de ganar. Lo anterior es diferente a que el solo el hecho de conocer las posturas anteriores lleva a bajar las posturas.

**ii) Cuando el juego se agota en una sola licitación, las empresas tratan de maximizar sus beneficios en un solo evento. En este sentido, el incentivo para las empresas es reducir su precio al límite máximo que es su costo marginal, es decir hasta que su utilidad es cero. Las empresas no conocen los costos de su contraparte, de tal manera que no es posible anticipar**

**la conducta de su oponente y saber qué precio ofrecerá. Lo que genera el juego de Bertrand simple en el que ambas empresas ofrecen su costo marginal.**

El argumento de los recurrentes resulta **infundado**, toda vez que, además de las que cita Fresenius, en páginas 39, 40 y 57 de la Resolución se presenta una muestra adicional (coincidente con los argumentos de Fresenius) de que la Resolución sí considera un juego de múltiples etapas, lo que no señala es que desde la primera licitación las empresas oferten precios iguales a sus costos marginales, ni que tengan utilidades igual a cero, pues aclara que las posturas incluirían márgenes de ganancia competitivos.

**jj) Cuando el número de licitaciones se multiplica en el tiempo hacia un número ilimitado, el horizonte de las empresas cambia. La diferencia radica en que desde la primera licitación, las empresas están conscientes de que sus competidores no podrían ofrecer su costo marginal en todas las licitaciones y por tanto ganar todas y cada una de ellas.**

El argumento anterior resulta **infundado**, ya que Fresenius hace una incorrecta lectura de la teoría que presenta como respaldo de su argumento. En este tenor, la Teoría de Juegos, sostiene que en juegos repetidos con horizonte infinito existen equilibrios distintos a los de competencia -sin excluir éste- donde el precio puede estar entre el costo marginal y el precio de monopolio, pero no porque el resto de los competidores no pueda ofrecer su costo marginal, sino porque consideran que es mejor tener ganancias supra competitivas en el largo plazo que competitivas en el corto plazo.

**kk) Suponiendo que si alguna de las empresas decidiera ofrecer su precio igual al costo marginal, ganara la licitación, tendría que agotar su producción, no podría participar en la siguiente licitación y dejaría el camino libre para que su competidora ofreciera un precio más alto en la segunda licitación.**

**Lo anterior genera un incentivo para que las empresas decidan no bajar sus precios al nivel de costo marginal desde un inicio. No hay incentivos para bajar los precios puesto que saben que aunque no ganen la primera licitación, existe una probabilidad de ganar la siguiente ya que su competidor no puede ganarlas todas.**

El argumento resulta **infundado**, ya que Fresenius hace un mal uso de la teoría que cita, pues las empresas no ofrecen su costo marginal y necesariamente agotan su producción en una licitación para el caso que nos ocupa, pues la cantidad está definida con anterioridad por las bases de las licitaciones investigas.[260]

[260] Por ejemplo, consideremos los tres escenarios siguientes, donde el requerimiento de la licitación es de 100 unidades:

a. La empresa tiene una capacidad de producción mayor a 100 unidades: aunque la empresa ofrezca como precio su costo marginal (o inclusive uno menor) la cantidad solicitada en esa licitación no se incrementara hasta agotar su capacidad, pues solo se requieren 100 unidades;

Por tanto, es falso que ofrecer una postura igual al costo marginal lleve a las empresas al límite de su capacidad instalada. Fresenius no acreditó en su contestación al oficio de probable responsabilidad las teorías que soportan su argumento.

ll) **Por lo anterior, las empresas ofrecen un precio intermedio entre el costo marginal y el de monopolio. Dicho precio les permite obtener utilidades. Desde la primera licitación, las empresas revelan un precio intermedio distinto al costo marginal, precio que es observado por sus competidores. El supuesto de información imperfecta del modelo de Bertrand simple se relaja y se desecha. Ahora, las empresas competidoras tienen una idea de cuál es el precio al que ofrecen sus contrapartes.**

**En la siguiente licitación, la empresa toma la decisión sobre el precio al que ofrecerá no sólo con base en su costo marginal. Ahora la empresa decidirá con base en un rango de posibilidades desde el costo marginal hasta el precio de monopolio y además con base en un rango de las probabilidades en el mismo sentido de sus competidoras.**

**El precio puede ubicarse en niveles muy diversos entre el costo, y lo que la teoría considera el precio de monopolio.**

mm) **En un juego repetido sin límite, el conocimiento de las posturas anteriores no es un elemento necesario ni suficiente para poder asumir que las empresas necesariamente deberán bajar sus precios siempre.**

**El cálculo de los incentivos se hace hacia el futuro, la ganancia esperada de las empresas no se da en un periodo de tiempo de 1 a *n* periodos, sino más bien de 1 a un número indeterminado o bien de 1 a infinito periodos.**

**El esquema consistente en una multiplicidad de licitaciones a lo largo del tiempo modifica los incentivos y, por tanto, la manera como las empresas plantean e intentan la maximización de beneficios**

Los argumentos en incisos **ll)** y **mm)** son **infundados**, toda vez que continua argumentando una incorrecta aplicación de la teoría, pues en este tipo de juegos las empresas ofrecen un precio entre el costo marginal y el precio de monopolio, ya que consideran que los beneficios supra competitivos de largo plazo son mayores a los competitivos de corto plazo y no porque ofrecer su costo marginal lleva a agotar su capacidad instalada.

---

b. La empresa tiene una capacidad de producción menor a 100 unidades: en este caso la empresa ni siquiera presentaría postura alguna, pues no podría cumplir con lo solicitado y solo se haría acreedor a una sanción económica; y

c. La empresa tiene una capacidad de producción exactamente de 100 unidades: solo en este caso se agotaría su capacidad instalada de resultar ganadora, pero independientemente del precio que ofrezca.

Este uso incorrecto de la teoría también se refleja en que revelar un precio intermedio distinto al costo marginal desecha el supuesto de información imperfecta, el cual se refiere a conocer precisamente la estructura de costos de los competidores.

Por otro lado, aunque las empresas hubieran ofrecido precios entre el costo marginal y el precio de monopolio, las posibilidades son muy amplias, por lo que la probabilidad de que las posturas ganadoras sean iguales o coincidan dentro de un margen de 1.5% (uno punto cinco por ciento), desde las primeras licitaciones es muy baja.

Una vez que existe suficiente información pública sobre las posturas anteriores, entonces las empresas ajustarían la probabilidad que otorgan a las posturas que ofrecerían sus competidores y entonces reaccionan con una postura más baja para incrementar las probabilidades de ganar, pero no de subirla para buscar perder.

Según Fresenius, las empresas ahora conocen cuál es el precio que ofrecen sus contrapartes, por lo que se esperaría que ofrecieran un precio que incremente sus probabilidades de ganar y no de perder, pero lo anterior no sucede.[261]

**nn) Fresenius no contaba con la capacidad instalada para abastecer el 100% (cien por ciento) de la demanda del IMSS. No era interés de Fresenius dedicar el 100% (cien por ciento) de la capacidad de producción al IMSS por razones estratégicas.**

---

[261] Por ejemplo:
Clave 3601

| Economico | Fallo | Licitación | Baxter | Fresenius | Pisa |
|---|---|---|---|---|---|
| 16-may-03 | 22-may-03 | 00641188-012-03 | **9.15** | 9.35 | 9.30 |
| 5-jun-03 | 11-jun-03 | 00641034-012-03 | 9.30 | **9.10** | 9.30 |
| 27-jun-03 | 4-jul-03 | 00641190-009-03 | **9.15** | 9.35 | 9.30 |
| 9-jul-03 | 15-jul-03 | 00641121-006-03 | **9.15** | 9.35 | 9.38 |
| 15-jul-03 | 21-jul-03 | 00641226-001-03 | | | **9.10** |
| 4-ago-03 | 11-ago-03 | 00641069-040-03 | | **9.10** | 9.30 |

En la primera licitación gana Baxter con una postura de $9.15 y Fresenius pierde con una postura de $9.35. En la siguiente licitación los participantes sometieron sus posturas el 5 de junio, por lo que conocían las posturas de la licitación anterior. Fresenius reacciona y ofrece un precio de $9.10 menor que aquél con el que ganó Baxter, pero contrario al dicho de Fresenius, Pisa mantiene su precio y Baxter inexplicablemente lo incrementa. No obstante, ni el mismo Fresenius es consistente con su argumento, pues en la tercera licitación sometió su postura el 27 de junio, después de conocer el fallo de la licitación inmediata anterior, e incrementa su postura por arriba de las que ofrecieron sus competidores en las licitaciones anteriores. Este comportamiento no es coincide con su modelo, ni puede tender a incrementar la probabilidad de ganar esa licitación como en los hechos no sucedió. Este mismo comportamiento se puede observar en el resto de las claves mostradas en el Anexo 3 de la Resolución.

El agravio anterior resulta **inoperante**, en tanto que reiteran argumentos que ya fueron atendidos en fojas 182, 183, 196, 271, 295, 296 y 332 de la resolución impugnada, sin ofrecer argumentos tendientes a combatir los razonamientos ahí expresados, y que en síntesis señalan lo siguiente:

- Si en realidad Fresenius no estuviera en condiciones de incrementar su participación de mercado en las licitaciones del IMSS, entonces no habría participado. Por el contrario, su participación demuestra que efectivamente en esas licitaciones que ofreció posturas, contaba con la capacidad de producción o al menos con el producto en sus inventarios, ya que de resultar ganador y no cumplir con el contrato le generaría sanciones económicas y administrativas como lo establecen las bases de las licitaciones. Esto demuestra la contradicción en su dicho.
- El concepto de costo marginal considera el nivel de producción en el que se encuentra, así como su capacidad para enfrentar su producción adicional. El costo marginal se refiere al costo de producir la unidad adicional al nivel producido en un punto determinado, por lo que la consideración del costo marginal ya implica los factores a los que alude el emplazado.
- Fresenius no señala cuáles son los elementos que en la toma de decisiones, los agentes económicos deben considerar, por qué la Comisión debió considerarlos y cómo ello cambiaría el sentido del oficio de probable responsabilidad, es decir, se trata de meras manifestaciones sin sustento alguno.
- Aunque es cierto que todas las empresas tienen capacidad limitada, lo cierto es que si una empresa ha llegado al límite de su capacidad no participaría en las licitaciones, pues simplemente no podría cumplir con el contrato licitado. Las bases de las licitaciones consideran penas por incumplimiento, como se observa en foja 48 del oficio de probable responsabilidad, por lo que una empresa que participa en la licitación está efectivamente en condiciones de cumplir el contrato, ya que si no tendría que cubrir las pena por incumplimiento. Por lo anterior, su argumento es inconsistente con su participación en las licitaciones investigadas.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que Fresenius nunca acreditó haber tenido limitaciones en su capacidad de producción, por lo que sus argumentos resultan ser meras manifestaciones sin fundamento alguno.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**oo) Con el fin de optimizar los costos de distribución, se buscaron economías de escala hacia diferentes zonas del país, consolidando los requerimientos del IMSS con los del resto de los clientes. La idea de la compañía es tener asignaciones en el mayor número posible de unidades, sin comprometer la capacidad de planta.**

El argumento anterior resulta **inoperante,** en tanto que los recurrentes introducen un elemento novedoso con el cual tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Dicho argumento novedoso consiste en manifestar que la idea de Fresenius era tener asignaciones con el mayor número posible de unidades, sin comprometer la capacidad de la planta.

Aunado a lo anterior, la recurrente no está impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por lo que hace a los argumentos de Fresenius respecto a su capacidad de producción, junto con los de otros agentes económicos, ya fueron respondidos en fojas 182, 183, 196, 271, 295, 296 y 332 de la resolución, en las cuales se dedicó incluso toda una sección al tema de capacidad instalada. No obstante lo anterior, se aclara a Fresenius que la práctica monopólica absoluta imputada no se acreditó a partir del interés que tenía o no Fresenius en ganar el cien por ciento de la demanda del IMSS, sino en la coordinación de sus posturas y los elementos de evidencia económica y de comunicación citados en la resolución y que se analizó en el capítulo **5** de la resolución impugnada intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"**.

**pp) Se buscó crear pequeñas economías de escala sobre la producción de las diferentes claves que forman parte de la línea de productos. Fresenius buscó tener asignaciones en el mayor número de claves posible.**

**qq) Los márgenes de operación que se obtuvieron entre los años 2004 y 2006 no dan espacio para la reducción de precios. El Pleno no calculó correctamente los costos y los márgenes de utilidad de mi mandante, en virtud de que no consideró el costo administrativo ni el costo de ventas.**

Los argumentos anteriores son **inoperantes**, ya que introduce elementos de análisis novedosos en sus argumentos y que no hizo valer al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad. Dicho argumento debió haberlo hecho valer en su contestación al oficio de probable responsabilidad y acreditar su dicho a partir de pruebas o elementos de convicción ofrecidos y desahogados por la Comisión.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Así las cosas, los cálculos de márgenes se realizaron con base en la información aportada por Fresenius, en la cual incluso reconoció que no podía identificar costos de administración. No obstante lo anterior, los márgenes que presenta en ocasiones son mayores al 40%, 50% y 60%, como se puede leer en páginas 46 a 54 de su recurso de reconsideración, por lo que aun con su nueva información sigue presentado altos márgenes de ganancia que le daban espacio para disminuir sus posturas.

**rr) En la definición de precios para cada una de las licitaciones se consideraba:**

- **No buscar la adjudicación completa o mayoritaria del volumen licitado por el IMSS.**
- **Tener participación en el mayor número de unidades y delegaciones.**
- **Tener asignaciones en el mayor número de claves posible.**
- **Reducir lo menos posible los precios de venta.**
- **La tendencia de los precios observados en licitaciones anteriores.**

El argumento anterior resulta **inoperante,** en tanto que los recurrentes introducen un elemento novedoso con el cual tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de ello, su argumento de no buscar la adjudicación completa no es creíble, pues una reducción de 2% de su precio por obtener el 100% (cien por ciento) de la cantidad licitada claramente es preferible a un 60% ó 51% de la cantidad con un precio mayor en 2% (dos por ciento). Por ejemplo, en una licitación que adjudicaría 100 unidades, Fresenius, ofreció un precio de $100.00 (cien pesos 00/100 M.N.), en tanto que sus competidores presentaron una postura de $101.00 (ciento un pesos 00/100 M.N.); por lo que si existe asignación múltiple, Fresenius sería adjudicado a lo más con 60 unidades, obteniendo ingresos por $6,000.00 (seis mil pesos 00/100 M.N.).

No obstante, si ofreciera un precio de $99.00 la diferencia respecto a sus competidores sería de poco más de 2% (dos por ciento), por lo que sería adjudicado con las 100 (cien) unidades y obtendría

ingresos por $9,900.00 (nueve mil novecientos pesos 00/100 M.N.) que sin duda son preferibles a los $6,000.00 (seis mil pesos 00/100 M.N.).

Por otro lado, Fresenius no puede asegurar que su postura lo llevara a no tener la adjudicación completa o mayoritaria, pues si efectivamente está bajo un comportamiento independiente no puede saber con exactitud las posturas de sus competidores y por lo tanto asegurar esa estrategia.

La única forma en que Fresenius puede asegurar no obtener la adjudicación completa o mayoritaria es conociendo de antemano las posturas de sus contrincantes e igualaras dentro de un rango menor al 1.5%. Lo que realmente sucede, revelando que no se trata de un comportamiento independiente.

**ss) El proceso de maximización consiste:**

- **En el periodo *t* observa su capacidad y considera el precio ofrecido por sus competidoras en los periodos anteriores.**
- **Observados los precios ofrecidos por los competidores y el número de licitaciones ganadas y pérdidas, la empresa es capaz de predecir cuál será el precio al que la competidora ofreceré en la siguiente licitación *t*.**
- **Calcula un precio cercano a sus propios precios y a los precios de las competidoras con la esperanza de que los competidores que hubieran ganado licitaciones anteriores tengan su capacidad comprometida y decidan licitar a un precio más alto.**
- **La función de utilidad depende de los elementos mencionados y la empresa competidora tiene una función similar.**

El argumento anterior resulta **inoperante,** en tanto que los recurrentes introducen un elemento novedoso con el cual tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN",*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Aunque las empresas ofrecieran precios entre el costo marginal y el precio de monopolio, las posibilidades son muy amplias, por lo que la probabilidad de que las posturas ganadoras sean iguales o coincidan dentro de un margen de 1.5% (uno punto cinco por ciento), desde las primeras licitaciones, es **prácticamente** cero.

Una vez que existe suficiente información pública sobre las posturas anteriores, entonces las empresas ajustarían la probabilidad que otorgan a las posturas que ofrecerían sus competidores y entonces reaccionan con una postura más baja para incrementar las probabilidades de ganar, pero no de intentar subirla para buscar perder.

Cuando las empresas ahora conocen cuál es el precio que ofrecen sus contrapartes, se esperaría que ofrecieran un precio que incremente sus probabilidades de ganar y no de perder, pero lo anterior no sucede, veamos un ejemplo:

Clave 3601

| Economico | Fallo | Licitación | Baxter | Fresenius | Pisa |
|---|---|---|---|---|---|
| 16-may-03 | 22-may-03 | 00641188-012-03 | **9.15** | 9.35 | 9.30 |
| 5-jun-03 | 11-jun-03 | 00641034-012-03 | 9.30 | **9.10** | 9.30 |
| 27-jun-03 | 4-jul-03 | 00641190-009-03 | **9.15** | 9.35 | 9.30 |
| 9-jul-03 | 15-jul-03 | 00641121-006-03 | **9.15** | 9.35 | 9.38 |
| 15-jul-03 | 21-jul-03 | 00641226-001-03 | | | **9.10** |
| 4-ago-03 | 11-ago-03 | 00641069-040-03 | | **9.10** | 9.30 |

En la primera licitación gana Baxter con una postura de $9.15 (nueve pesos 15/100 M.N.) y Fresenius pierde con una postura de $9.35 (nueve pesos 35/100 M.N.). En la siguiente licitación los participantes sometieron sus posturas el cinco de junio, por lo que conocían las posturas de la licitación anterior. Fresenius reacciona y ofrece un precio de $9.10 (nueve pesos 10/100 M.N.) menor que aquél con el ganó Baxter, pero contrario al dicho de Fresenius, Pisa mantiene su precio y Baxter inexplicablemente lo incrementa.

No obstante, ni el mismo Fresenius es consistente con su argumento, pues en la tercera licitación sometió su postura el veintisiete de junio, después de conocer el fallo de la licitación inmediata anterior, e incrementa su postura por arriba de las que ofrecieron sus competidores en las licitaciones anteriores. Este comportamiento no coincide con su modelo, ni puede tender a incrementar la probabilidad de ganar esa licitación como en los hechos no sucedió. Además que Fresenius no puede garantizar predecir con exactitud la postura de los competidores, lo anterior solo es factible bajo un acuerdo colusorio. Este mismo comportamiento se puede observar en el resto de las claves mostradas en el Anexo 3 de la resolución.

**tt) No hay análisis de elasticidades. El supuesto del que parte el Pleno supone la existencia de una elasticidad positiva entre la reducción del precio y el aumento de los beneficios. Tal elasticidad nunca fue determinada por la CFC. No es posible asumir que necesariamente bajar el precio sería la única forma de obtener más utilidades.**

El argumento anterior resulta **inoperante,** en tanto que los recurrentes introducen un elemento novedoso con el cual tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable

responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

A pesar de lo anterior, como el mismo Fresenius reconoce, tal suposición no se hizo en la Resolución, por lo que no le puede causar agravio. La suposición de la existencia de tal elasticidad es un hecho propio de Fresenius, por lo que en todo caso es quien tiene que probar su existencia y justificación. Por otro lado, la resolución sostiene que disminuir la postura incrementa las probabilidades de ganar la licitación, y no lo que supone Fresenius.

**uu) Existen equilibrios de precios sostenibles a nivel intermedio entre el costo marginal y el precio de monopolio, sin necesidad de colusión.**[262]

1. **El Pleno ni siquiera revisó los modelos referidos, ni mucho menos rebatió las demostraciones científicas puestas a su consideración. Simplemente se limitó a decir que tales estudios económicos son irrelevantes, dadas las pruebas de colusión.**
2. **Si bien es cierto que el precio más bajo pudiera resultar el precio ganador, esto no implica necesariamente que el precio más ofrecido en una licitación sea un precio competitivo.**

El agravio de los recurrentes resulta **infundado**, ya que dichos argumentos sí fueron analizados en fojas 4, 170, 171 y 473 a 476 de la resolución.

En obvio de inútiles repeticiones, se tiene por reproducido el análisis de los agravios expuestos en incisos **hh)** a **tt)** del presente numeral, dada su íntima relación con el presente agravio.

**vv) La incorrección del oficio de probable responsabilidad consiste en suponer que una empresa es capaz de ganar más mercado únicamente ofreciendo a un precio más bajo. Esto asume que las empresas tienen una capacidad de producción ilimitada.**

1. **El ofrecimiento de un precio más bajo no garantiza la demanda de más unidades del bien producido. Tampoco es capaz de garantizar que la empresa pudiera producir las cantidades adicionales derivadas de la baja en precio.**
2. **Si la empresa no puede vender más, no es posible que la CFC haya asumido una capacidad ilimitada. Sin embargo, los argumentos de Fresenius ni siquiera fueron**

[262] Fojas 57 a 60 del recurso de reconsideración de Fresenius.

**estudiados por el Pleno. La afirmación del Pleno de que el argumento resulta inoperante, ya que no ofrece información que sustente su dicho, es un error grave pues Fresenius sí ofreció dichas pruebas.**

3. **Sería imposible que Fresenius asumiera la producción del 100%, ni siquiera del 50% de la demanda del IMSS.**
4. **El tema de la limitación de la capacidad de producción no depende de la posibilidad de cumplir con los contratos o no. Los argumentos de Fresenius se refieren a datos concretos sobre su capacidad real de producción. Fresenius ganó un número de licitaciones que representaron el 100% de su capacidad de producción.**

El argumento del recurrente resulta **infundado**, ya que el recurrente pretende descontextualizar el pronunciamiento de la Comisión. En este tenor, como el mismo Fresenius reconoce, tal suposición no se hizo en la resolución, por lo que no le puede causar agravio. Suponer una capacidad ilimitada es un hecho propio de Fresenius, tal y como se respondió en fojas 182, 183, 196, 271, 295, 296 y 332 de la resolución, en las cuales se dedicó incluso toda una sección al tema de capacidad instalada y en el que se señaló lo siguiente.

Los argumentos de Fresenius fueron los siguientes:

> *"ff) El análisis de comportamiento de posturas que hace esta Comisión es equivocado, ya que partió del supuesto de que los participantes en las licitaciones únicamente compiten por precio. La afirmación anterior podría ser cierta si también se cumplieran con otros supuestos que fueron completamente pasados por alto deliberadamente o bien por ignorancia y que consisten en lo siguiente:*
>
> *a. La capacidad limitada de la producción de las empresas.*
> *b. La existencia de otros mercados en los que la empresa también participa.*
> *c. El hecho de que el establecimiento de posturas no se da en una sola licitación, sino que la empresa, participa en muchas licitaciones a lo largo del tiempo.*
>
> *Estos factores establecen restricciones a las conductas que las empresas pueden observar."*[263]

A dicho argumento, la Comisión señaló lo siguiente:

- El argumento resulta **infundado**, ya que las reglas fijas en las licitaciones públicas que se realizan conforme a la LAASSP se refieren a aquellas que permiten garantizar la igualdad de condiciones entre los participantes. Dentro de este primer tipo de reglas, se contemplan aquellas características y requisitos que deben reunir los agentes económicos y que constituyen una condición necesaria para poder participar en el procedimiento de licitación; en caso de que no se cumpla con estos requisitos, las propuestas serán desechadas en la evaluación técnica y el participante no podrá continuar dentro del procedimiento, por lo que no podrá competir con los demás por la adjudicación de la asignación respectiva. Es decir, en

[263] Foja 195 de la resolución impugnada.

términos prácticos sólo las empresas que presentan posturas técnicamente solventes compiten por la adjudicación de las claves licitadas.

- Las reglas fijas de las licitaciones se presumen legales, salvo que exista una impugnación al respecto y sea anulado el procedimiento. Por lo tanto, los efectos sobre la competencia de dichas reglas tienden a cubrir los fines para los cuales fueron creadas; es decir, garantizar las condiciones efectivas de igualdad entre los participantes en donde se pueda identificar las mejores condiciones de precio en las cuales puede adquirir la convocante. Es hasta este momento que se genera la competencia entre los participantes por la asignación de determinada licitación, ya que el mejor precio ofrecido (más bajo), es a quien se le asigna el contrato.
- **Los factores como la capacidad instalada, la existencia de otros mercados y la participación en múltiples licitaciones a lo largo del tiempo, afectan la decisión de participar o no y el precio que ofrecen las empresas; sin embargo, las empresas saben que la única forma de resultar ganadoras es presentar el precio más bajo, o en su defecto, uno de los precios más bajos solventes, cuando en la licitación se contempla la asignación múltiple. Así entonces, las empresas que participan compiten en precios**.
- Finalmente, **Fresenius no presenta el análisis de los factores que menciona, ni argumenta de qué forma se modificarían las conclusiones del oficio de probable responsabilidad.**

Finalmente, Fresenius señaló lo siguiente:[264]

> *"a) No obstante que Fresenius entregó la información solicitada en los requerimientos sobre capacidad, producción y ventas, la Comisión pasó por alto dicha información. Con base en esa misma información, presentó como prueba un análisis de capacidad y costos que señala que mi mandante se encuentra al límite de su capacidad de producción y a pesar de que quisiera tener más mercado, en realidad no podría hacerlo, también se demuestra que los márgenes calculados por la Comisión no son correctos."*

A lo que la Comisión determinó:

- El argumento anterior resulta inoperante, ya que si en realidad Fresenius no estuviera en condiciones de incrementar su participación de mercado en las licitaciones del IMSS, entonces no habría participado.
- Por el contrario, su participación demuestra que efectivamente en esas licitaciones que ofreció posturas, contaba con la capacidad de producción o al menos con el producto en sus inventarios, ya que de resultar ganador y no cumplir con el contrato le generaría sanciones económicas y administrativas como lo establecen las bases de las licitaciones. Esto demuestra la contradicción en su dicho.

En consecuencia, el hecho de que Fresenius entregue información sobre su capacidad resulta **inoperante**, ya que en las licitaciones en la que Fresenius participó tenía la intención de ganarla, y,

[264] Foja 295 de la resolución impugnada.

en consecuencia, debía tener la capacidad suficiente para cubrir la demanda del IMSS. De no ser así, simplemente no participaría, ya que si Fresenius participaba y resultaba adjudicado sin poder afrontar la demanda de medicamentos licitados, obtendría una penalización por incumplimiento como lo establecen las bases de las licitaciones y la misma LAASSP.[265]

En todo caso, era Fresenius quien debía entregar a la Comisión el análisis económico de la información entregada; esto es, de los factores que supuestamente establecían restricciones a las conductas de las empresas (relativos a la capacidad limitada de la producción de las empresas, la existencia de otros mercados en los que Fresenius participa y el hecho de que Fresenius participa en muchas licitaciones a lo largo del tiempo), y no limitarse a entregar información sin ser analizada por la misma emplazada, señalando además las razones de cómo a partir de la información analizada se modificaban las conclusiones a las que arribó la Comisión en el oficio de probable responsabilidad.

Finalmente, se reitera a Fresenius, que la práctica monopólica absoluta imputada no se basa en que Fresenius no tenía interés en ganar el 100% (cien por ciento) de la demanda del IMSS, sino en la coordinación de sus posturas y los elementos de evidencia económica y de comunicación citados en la resolución.

Por otro lado, la resolución sostiene que disminuir la postura incrementa las probabilidades de ganar la licitación, y no lo que supone Fresenius.

ww) **Según la Comisión las empresas investigadas tienen incentivos para bajar su precio y vender más producto. Sin embargo este análisis no indica con precisión en qué parte de las curvas de costo marginal e ingreso marginal se encuentra produciendo la empresa.**[266]

1. **Suponiendo que la demanda por insulina y sueros tengan pendiente negativa, la CFC no determinó con precisión en qué parte de la demanda se encuentra produciendo cada empresa. Además, ya se demostró que las demandas por insulina y sueros son perfectamente inelásticas.**
2. **Según la CFC las empresas no se encuentran en un punto óptimo ya que podrían bajar su precio y obtener mayores utilidades, pero al mismo tiempo, argumenta que sus utilidades son demasiado altas. Como prueba, Fresenius demostró que los márgenes de utilidad rondaron alrededor del 10%, pero la CFC omitió valorar esta información.**
3. **Las afirmaciones de la CFC por cuanto a que las empresas podrían ofrecer un menor precio y resultar ganadoras de más mercado resultan desapegadas a la teoría económica. Para sostener lo afirmado por la CFC, sería necesaria una prueba sobre la demanda de cada empresa y su correspondiente elasticidad.**

[265] Artículo 53 de la LAASSP
[266] Fojas 69 a 78 del recurso de reconsideración de Fresenius.

4. **No hay un sustituto para la insulina, por lo que su demanda es perfectamente inelástica. Lo que quiere decir que la cantidad de insulina demandada no depende del precio al que se ofrece. En el caso de los sueros sucede lo mismo. No importa a qué precio ofrezcan sus productos, la cantidad demandada no cambiará. Por lo tanto, disminuir precios o una guerra de precios no tiene sentido para las empresas, en virtud de que la cantidad demandada se encuentra previamente determinada por el IMSS.**

El argumento anterior resulta **inoperante** en tanto que los recurrentes introducen un elemento novedoso con el cual tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Debe señalarse que los márgenes obtenidos por Fresenius, incluso los ahora presentados con información novedosa y contradictoria con la que se presentó anteriormente, muestran que es rentable ganar las licitaciones en las que participó con un precio por lo menos ligeramente menor.

Por un lado, es claro que si Fresenius participó en una licitación es porque tiene la capacidad de cumplir con el requerimiento, de lo contrario obtendría sanciones económicas, y por el otro ante márgenes mayores al 30% (treinta por ciento) una disminución de su postura de 10% (diez por ciento) sigue siendo rentable.

xx) **No existe un estudio de elasticidades que permita acreditar exactamente en qué medida una disminución del precio traería como consecuencia un aumento en las cantidades demandadas.** [267]

1. **La elasticidad es la única manera para determinar la manera en que reacciona la demanda de un bien ante un cambio en precio. La CFC no realizó un estudio de este tema, sólo afirmó que una reducción del precio implicaría un aumento en la cantidad demandada.**
2. **Según la CFC, la disminución de precios implica una mayor cantidad demandada. Conforme a la Tabla 29, según la CFC se demuestra la variación en los precios, sin embargo no existe prueba que indique cómo variaron las**

[267] Fojas 78 a 82 del recurso de reconsideración de Fresenius.

**cantidades demandadas ante la baja de precios. Resumiendo dicha tabla, se desprende que la demanda del IMSS es inelástica, no reacciona a las variaciones de precio, pero sí reacciona a las variaciones de afiliados.**

El argumento anterior resulta **inoperante,** en tanto que los recurrentes introducen un elemento novedoso con el cual tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

La resolución sostiene que los participantes tienen incentivos a ofrecer sus mejores precios con el objeto de incrementar la probabilidad de ganar las licitaciones y que una vez que ha observado los precios ganadores anteriores, ofrecer un precio menor incrementa la probabilidad de resultar adjudicado. Lo anterior es reconocido por el mismo Fresenius. Bajo esta dinámica, lo anterior está dado por las reglas de las licitaciones, en este caso las Bases y la LAASSP, que adjudican el contrato al postor con el menor precio y no por la elasticidad precio de la demanda.

yy) **A partir de dos mil siete se redujo considerablemente el número de licitaciones. Esto implica un cambio en el esquema de maximización de utilidades, porque mientras anteriormente el horizonte de maximización dependía de una probabilidad de ganar las más posibles en un universo de 100 licitaciones anuales, a partir de dos mil siete se redujo a la quinta parte.**[268]

1. **Las probabilidades de suavizar utilidades en el tiempo se agudiza en virtud de que hay menos licitaciones posibles de ganar. Esto genera un incentivo para las empresas de tratar de asegurar las licitaciones a través del precio. A un menor número de licitaciones las empresas reaccionan con un menor precio.**
2. **Hacia finales de dos mil seis y en adelante se cambió el esquema a pocas licitaciones de gran volumen. Esto hace que las empresas tengan menos oportunidades de maximizar con precios más altos y en cambio tienen que bajar sus precios para aumentar la probabilidad de que su precio sea más bajo ya que habrá menos licitaciones a lo largo del año con las cuales comparar el precio de sus competidores. Esto también prueba que las suposiciones de la CFC son equivocadas.**

[268] Fojas 82 a 85 del recurso de reconsideración de Fresenius.

El argumento anterior resulta **infundado**, ya que el dicho de Fresenius es consistente con la evidencia económica presentada en la resolución, la cual muestra que hasta sucedidos estos cambios dejaron de ofrecer precios altos y decidió competir.

**zz) En realidad no son bienes sustitutos, sino que se trata del mismo bien.**

1. **Si la CFC considera que la subasta se decide únicamente por el precio y al ganador lo decide un margen mínimo de este elemento, entonces por definición los bienes son sustitutos. Sin embargo, no es posible considerarlos como tales en virtud de que en el resultado de las subastas el factor determinante es el precio.**
2. **En realidad no se trata de bienes que son perfectos sustitutos, ya que los sueros vienen en diferentes envases y presentaciones que hacen distinta su aplicabilidad.**
3. **Si se mira licitación por licitación aisladamente, la elasticidad cruzada pareciera ser muy grande, tiende a infinito. Sin embargo, si se mira la totalidad de las licitaciones a lo largo del tiempo, entonces el panorama cambia y la elasticidad pareciera tender a cero. En la Tabla 30 en la que se estableció que las empresas Jayor, Phicsa e incluso Artimédica tienen una participación de mercado cercana al 0%. Esto demuestra que la elasticidad cruzada de los bienes no es como lo consideró la CFC.**
4. **Si las hipótesis de la Comisión fueran ciertas, las empresas que también participaron y no estaban coludidas hubieran desplazado a las tres empresas más grandes y le hubieran quitado todo el mercado a través de una guerra de precios.**

El argumento anterior resulta **inoperante,** en tanto que los recurrentes introducen un elemento novedoso con el cual tratan de mejorar la defensa presentada en contra del oficio de probable responsabilidad, mismo que no hizo valer al momento de dar contestación a su escrito de probable responsabilidad. Además, no están impugnando ninguna motivación o fundamentación vertida en la resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Los recurrentes primero sostienen equivocadamente que como los bienes son sustitutos, entonces tienen elasticidad perfectamente inelástica y basa sus argumentos en tal situación, y ahora menciona que dichos bienes no son sustitutos porque son el mismo bien.

Es evidente que si es el mismo bien, entonces son sustitutos; pero más aún, los bienes son sustitutos por su propia característica de ser genérico y, por lo tanto, homogéneo, tal y como se explicó en fojas 22 a 30 de la resolución recurrida.

## 4. PRUEBAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA

### 4.1 INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**Los recurrentes manifiestan que ofrecieron como pruebas diversas licitaciones, actas de entrega de propuesta técnicas y económicas, así como fallos y concretamente, éstas corren de la prueba marcada como "*cuarta*" a la "*décima quinta*", las cuales demuestran precisamente que el supuesto análisis que realizó la Comisión en la foja doscientos dieciséis de la resolución, de las supuestas llamadas telefónicas con las licitaciones, es falso, ya que en algunas licitaciones no participó Eli Lilly, en otras no se licitó insulina o bien las supuestas llamadas telefónicas se realizaron posterior a la entrega de propuestas económicas.**

**Al atender los argumentos, la Comisión establece que resultan fundados pero insuficientes y nos remite al análisis y valoración de las pruebas que realiza más adelante, lo cual no valoró apegándose a derecho, ya que al mencionarlas y falsear la verdad que ellas demuestran, no significa en lo más mínimo que las haya valorado correctamente.**

a) **La prueba que marcamos como séptima y la Comisión marca como 6 (licitación número 00641188-065-03) pretendía acreditar dos supuestos: (1) Que resulta imposible un acuerdo entre competidores, dado que la llamada aconteció cinco horas cuarenta minutos después de haberse presentado las propuestas económicas y (2) Aunado al hecho de que mi representada ni siquiera participó en la mencionada licitación; sin embargo, la Comisión únicamente hace mención al primer punto sin siquiera tomar en consideración que Eli Lilly no participó en dicha licitación, por lo que, si la prueba acredita que Eli Lilly no participó resulta por demás irrelevante que en el Acta de Fallo no se acredite el otro hecho a probar que valga decir esto es cierto.**

El argumento anterior resulta **inoperante**, en atención a las siguientes consideraciones:

La resolución impugnada con relación a la licitación número 00641188-065-03, señaló en las fojas 446 y 447, lo siguiente:

> *"Documental consistente en el "Acta de Fallo de la Licitación Pública Nacional número 00641188-065-03", llevada a cabo a las diez horas del veinticuatro de noviembre de dos mil tres, misma que se encuentra en el expediente al rubro citado. Con dicha prueba, las emplazadas pretenden demostrar que en dicha licitación resulta imposible un acuerdo entre competidores, dado que la llamada aconteció cinco horas con cuarenta y siete minutos después de haberse presentado las propuestas económicas, aunado al hecho de que Eli Lilly ni siquiera participó en la mencionada licitación.*

*A dicha documental se le concede el valor que establecen los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituye prueba de la existencia de dicha acta y respecto de los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS en la siguiente dirección de internet: http://transparencia.imss.gob.mx/cns_apdl/evnto.aspx?cve_adquisicion=20031229132046000099&cve_tipo_docto=1.*

*Sin embargo, **no resulta idónea** para acreditar lo que pretenden las emplazadas, toda vez que en ella no aparece la fecha y hora en la que se presentaron las propuestas económicas, lo único que señala es que se emitió el fallo de adjudicación hasta el día veinticuatro de noviembre de dos mil tres, es decir, veintitrés días después de efectuada la llamada registrada a foja 169 del oficio de probable responsabilidad con fecha once de noviembre de dos mil tres.*

*Por otro lado, aun cuando de la copia simple del acta presentada como prueba se advierta que Eli Lilly no participó en esa licitación, eso no es suficiente para demostrar que la llamada no estaba relacionada con esa licitación"*

De lo anterior, puede concluirse lo siguiente:

- En el *"Acta de Fallo de la Licitación Pública Nacional número 00641188-065-03"*, no se observa la fecha y hora en que se presentaron las propuestas económicas.
- El hecho de que Eli Lilly no haya participado en la licitación, no es suficiente para demostrar que la llamada no estaba relacionada con esa licitación.

Ahora bien, en la foja 451 de la resolución impugnada se señaló:

*"Ahora bien, no obstante que la emplazada logró demostrar que en siete de las licitaciones relacionadas en el registro de llamadas realizado por Pisa a Eli Lilly el once de noviembre de dos mil tres, ello no es suficiente para desacreditar las afirmaciones plasmadas en el oficio de probable responsabilidad, ya que no proporcionaron información relativa a las restantes ocho licitaciones que se mencionan. Además, lo que en el oficio de probable responsabilidad se sostuvo es que tenían* (sic) *existen elementos facilitadores y, de hecho, se da una comunicación constante y fluida en periodo de licitaciones, argumento que no contravienen de forma alguna."*

De lo anterior, podemos concluir que, si bien es cierto Eli Lilly no participó en la licitación 00641188-065-03, también lo es que ello fue insuficiente para revertir la existencia de elementos facilitadores y de comunicación constante en los periodos de licitaciones entre las empresas hoy recurrentes.

El hecho de que el acta del fallo de la licitación número 00641188-065-03 no contenga la fecha y hora en que se presentaron las propuestas económicas, no es una situación imputable a la Comisión ni una condición suficiente para revocar la resolución impugnada, ya que bajo ese supuesto, la resolución impugnada nunca estuvo en la posibilidad de valorar sí tenían o no la razón los recurrentes.

Por otro lado, contrario a lo argumentado, la resolución impugnada sí se pronunció sobre el hecho de que Eli Lilly no participó en la licitación 00641188-065-03, al señalar que era insuficiente para demostrar que la llamada no estaba relacionada con esa licitación, ya que, como se mencionó de la transcripción de la foja 451, las comunicaciones entre las empresas recurrentes fueron consideradas como elementos facilitadores a partir de su constancia y fluidez en los periodos de licitaciones. De allí que no resulte irrelevante que, pese a que no se participó en esa licitación, el hecho acreditado es que sí existieron comunicaciones entre competidores en los periodos de licitaciones.

Ahora bien, en cuanto a la valoración del *"Acta de Fallo de la Licitación Pública Nacional número 00641188-065-03"*, la Comisión aplicó lo dispuesto en los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, esto es, fue idónea para acreditar la existencia de dicha acta y los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS, pero insuficiente para acreditar lo alegado, esto es, la fecha y hora de entrega de la propuesta técnica, por lo que no era posible analizar la verdad de su dicho.

Por tanto, al haber carecido el acta de fallo en comento de la fecha y hora en que se entregaron las propuestas técnicas y que no se advierte que con la valoración de la prueba en comento pueda desvirtuarse el patrón reiterado de comunicación entre competidores, en periodos de licitaciones, pese a que Eli Lilly no participó en dicha licitación, debe concluirse que Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis, por un lado, no especifican ni señalan por qué no se valoró conforme a derecho la prueba presentada y por qué se falseo la verdad de lo que demuestran y, por otro lado, cuál es la afectación que les causa lo resuelto; esto es, por qué existe una indebida valoración de la prueba cuando lo que querían acreditar es que la llamada se realizó después de haber presentado las propuestas técnicas, cuando el acta de fallo no lo menciona; es decir, se tratan de meras manifestaciones sin sustento alguno que no controvierte lo resuelto y valorado por esta autoridad.

b) **La prueba que marcamos como 9 y la Comisión marca como 8 (licitación número 00641224-038-03), se pretendía acreditar que si la supuesta llamada aconteció 2 y 3 semanas, según el oficio de probable responsabilidad, previo a la licitación, ello no fue así, ya que la Comisión argumenta que se realizó la llamada el día diecinueve de noviembre de dos mil tres y según el acta del evento de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641224-038-03, se llevó a cabo a las trece horas del doce de noviembre de dos mil tres, resulta que la Comisión falseó la información o valoró inadecuadamente la prueba y, por lo que hace a la supuesta llamada del once de noviembre de dos mil tres, es falso que acredite el supuesto que aduce la Comisión en el oficio de probable responsabilidad, ya que no existió esa llamada ni con dos ni tres semanas previo a la apertura de presentación de las proposiciones por lo que, la Comisión no valoró adecuadamente la prueba, ya que si acredita (1) que la supuesta llamada del diecinueve de noviembre de dos mil tres se realizó siete días posteriores a la presentación de propuestas y (2) las supuestas llamadas no tienen ni dos ni**

**tres semanas previas como la Comisión lo aduce en el oficio de probable responsabilidad, por lo que la prueba ofrecida sí acredita nuestro dicho.**

Con base en lo argumentado, la resolución impugnada señaló, en las fojas 447 y 448, lo siguiente:

> *8. Documental consistente en el copia simple de la primera hoja del "Acta de Presentación del evento de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641224-038-03", llevada a cabo a las trece horas del doce de noviembre de dos mil tres, misma que se encuentra en el expediente al rubro citado. Con dicha prueba, las emplazadas pretenden demostrar que en dicha licitación la presentación de las propuestas económicas fueron siete días antes de la llamada telefónica.*
>
> *A dicha documental se le concede el valor que establecen los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituye prueba de la existencia de dicha acta y respecto de los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS en la siguiente dirección de internet: **http://transparencia.imss.gob.mx/cns_apdl/evnto.aspx?cve_adquisicion=20031014080811000047&cve_tipo_docto=1***
>
> *Sin embargo, **no resulta idónea** para acreditar lo que pretenden las emplazadas, toda vez que comprueba que la presentación de posturas se realizó **un día después de la realización de la llamada registrada a foja 169 del oficio de probable responsabilidad con fecha once de noviembre de dos mil tres.***

De lo anterior, podemos señalar que los recurrentes pretendieron acreditar con el *Acta de Presentación del evento de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641224-038-03*, que la comunicación entre empresas competidoras se realizó siete días posteriores a la presentación de propuestas y que las supuestas llamadas no tienen ni dos ni tres semanas previas.

Al respecto, debe señalarse que en las fojas 398 y 399 de la resolución impugnada se pueden observar dos patrones de comunicación entre Pisa y Eli Lilly con relación a la licitación número 00641224-038-03.

La primera, realizada por Pisa, a través de Carlos Villaseñor López, el once de noviembre de dos mil tres, a las quince horas con cuarenta y siete minutos, recibida por Eli Lilly, a través del C. Eduardo Osorio Traconis.

La segunda llamada, fue realizada por Pisa, a través del C. Carlos Arturo Villaseñor López, el diecinueve de noviembre de dos mil tres, a las diecisiete con treinta y ocho horas, recibida por Eli Lilly, a través del C. Eduardo Osorio Traconis.

De los patrones de comunicación anteriores y de lo argumentado por los recurrentes, se puede observar que efectivamente existe una comunicación entre Pisa y Eli Lilly siete días posteriores a la elaboración del acta de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641224-038-03, esto es, dicha acta se realizó el doce de noviembre de dos mil tres y la segunda llamada entre Pisa y Eli Lilly, identificada por la Comisión, fue realizada el diecinueve de ese mes y año.

Por tanto, su argumento es **fundado** para evidenciar que efectivamente, la segunda llamada no se realizó con anterioridad a la elaboración del acta respectiva, **pero insuficiente** para revocar la resolución impugnada.

Lo anterior, ya que si bien es cierto, la segunda llamada realizada el diecinueve de noviembre de dos mil tres, identificada por la Comisión fue siete días posteriores al levantamiento del acta de presentación de proposiciones técnicas y económicas, relativas a la licitación 00641224-038-03, también lo es que ello demuestra en su perjuicio que la primera llamada identificada por esta autoridad; esto es, la llamada realizada por Pisa a Eli Lilly el once de noviembre de dos mil tres, fue realizada un día antes de la presentación de las propuestas en dicha licitación.

Ahora bien, en cuanto a la valoración del *"Acta de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641224-038-03"*, la Comisión aplicó lo dispuesto en los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC; esto es, fue idónea para acreditar la existencia de dicha acta y los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS.

Independientemente de lo anterior, los recurrentes omiten señalar por qué la valoración realizada en la resolución impugnada no se realizó conforme a derecho y por qué se falseó la verdad de lo que demuestran.

Asimismo, no señalan cuál es la afectación que les causa lo resuelto; esto es, por qué existe una indebida valoración de la prueba cuando lo que querían acreditar es que la llamada se realizó siete días después de haber presentado las propuestas técnicas, pero no justifica la llamada realizada un día anterior a la elaboración del acta de presentación de propuestas, de la licitación 00641224-038-03.

Por tanto, su argumento resulta **inoperante.**

c) **La prueba que marcamos como Décima Segunda y la Comisión marca como 11, (licitación número 00641226-027-03) se pretendía acreditar que si la supuesta llamada aconteció 2 y 3 semanas según el oficio de probable responsabilidad previo a la Licitación, ello no fue así, ya que la CFC argumenta que se realizó la llamada el día diecinueve de noviembre de dos mil tres y, según el acta del evento de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641226-027-03, se llevó a cabo a las nueve horas del diecisiete de noviembre del dos mil tres, resulta que la Comisión falseó la información o valoró inadecuadamente la prueba y, por lo que hace a la supuesta llamada del once de noviembre de dos mil tres, es falso que acredite el supuesto que aduce la Comisión en el oficio de probable responsabilidad, ya que no existió esa llamada ni con 2 ni 3 semanas previo a la apertura o presentación de las proposiciones por lo que, la Comisión no valoró adecuadamente la prueba ya que si acredita (1) que la supuesta**

**llamada del diecinueve de noviembre de dos mil tres se realizó dos días posteriores a la presentación de propuestas y, (2) las supuestas llamadas no tiene ni 2 ni 3 semanas previas como la Comisión lo aduce en el oficio de probable responsabilidad, por lo que, la prueba ofrecida si acredita nuestro dicho.**

Al respecto, la resolución impugnada en la foja 449, señaló:

> ***11.*** *Documental consistente en la copia simple de la primera hoja del "Acta de Recepción de Proposiciones Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Internacional Electrónica número 00641226-027-03", llevada a cabo a las nueve horas del diecisiete de noviembre de dos mil tres, misma que se encuentra en el expediente al rubro citado. Con dicha prueba, las emplazadas pretenden demostrar que resulta imposible pretender acreditar un acuerdo entre licitantes en dicha licitación, dado que la presentación de las propuestas económicas fueron dos días antes de la llamada telefónica.*
>
> *A dicha documental, se le concede el valor que establecen los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituye prueba de la existencia de dicha acta y respecto de los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS en la siguiente dirección de internet:* ***http://transparencia.imss.gob.mx/cns_apdl/evnto.aspx?cve_adquisicion=200310231727030 00065&cve_tipo_docto=1***
>
> *Sin embargo,* ***no resulta idónea*** *para acreditar lo que pretenden las emplazadas, toda vez que comprueba que la presentación de posturas se realizó seis días después de la realización de la llamada registrada a foja 169 del oficio de probable responsabilidad con fecha once de noviembre de dos mil tres.*

De lo anterior, se puede observar que los recurrentes pretendían demostrar que resulta imposible pretender acreditar un acuerdo entre licitantes en dicha licitación, dado que la presentación de las propuestas económicas fueron dos días antes de la llamada telefónica.

Al respecto, la resolución impugnada, en la foja 398, resume en un cuadro las llamadas realizadas por los recurrentes, dentro de las cuales, como ya se mencionó, Pisa a través de Carlos Villaseñor López, también realizó una llamada el once de noviembre de dos mil tres, a las quince horas con cuarenta y siete minutos, recibida por Eli Lilly, a través del C. Eduardo Osorio Traconis.

La prueba consistente en el acta del evento de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641226-027-03, se llevó a cabo a las nueve horas del diecisiete de noviembre del dos mil tres, la cual obra a fojas ochenta y siete mil seiscientos cinco del expediente recurrido.

De lo anterior, se observa que entre la llamada identificada por la Comisión y el acta de mérito, transcurrieron seis días, esto es, en un periodo entre dos o tres semanas antes de la presentación de las propuestas, motivo por el cual dicha prueba no fue idónea para acreditar que las propuestas de los recurrentes fueron presentadas dos días antes de la llamada identificada de la Comisión.

En ese sentido, debe advertirse que los recurrentes no señalan cómo es que dicha acta acredita que se presentaron sus propuestas dos días antes de la llamada identificada por la Comisión.

Esta Comisión, teniendo a la vista el folio 87705 del expediente recurrido, observa que no se menciona en dicha acta la fecha ni hora de presentación de las propuestas de los licitantes.

Por tanto, pese a que los recurrentes pretenden acreditar que las propuestas se presentaron dos días antes de la llamada telefónica, lo único que se observa del expediente es la fecha y hora en que se llevó a cabo la llamada telefónica y la hora y la fecha en que se dio cuenta de las presentaciones de las propuestas técnicas y económica, pero no así cuando se presentaron.

Ahora bien, en cuanto a la valoración del *"Acta de Recepción de Proposiciones Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Internacional Electrónica número 00641226-027-03"*, la Comisión aplicó lo dispuesto en los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, esto es, fue idónea para acreditar la existencia de dicha acta y los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS, pero insuficiente para acreditar que la llamada se realizó dos días posteriores a la presentación de las propuestas.

Por tanto, al haber carecido el acta de la presentación de propuestas de la fecha y hora en que se entregaron las propuestas técnicas y que no se advierte que de la valoración de la prueba en comento pueda desvirtuarse el patrón reiterado de comunicación entre competidores, en periodos de licitaciones, debe concluirse que Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis, por un lado, no especifican ni señalan por qué no se valoró conforme a derecho la prueba presentada y por qué se falseó la verdad de lo que demuestran, y por otro, cuál es la afectación que les causa lo resuelto; esto es, por qué existe una indebida valoración de la prueba cuando lo que querían acreditar es que la llamada se realizó dos días después de haber presentado las propuestas técnicas, cuando el acta de fallo no lo menciona, es decir, se tratan de meras manifestaciones sin sustento alguno que no controvierte lo resuelto y valorado por esta autoridad.

Por tanto, su argumento resulta **inoperante.**

**d) La prueba que marcamos como Décima Cuarta y la Comisión marca como 13, (licitación número 00641216-043-03) se pretendía acreditar que si la supuesta llamada aconteció 2 y 3 semanas según el oficio de probable responsabilidad previo a la Licitación, ello no fue así, ya que la Comisión argumenta que se realizó la llamada el día diecinueve de noviembre de**

**dos mil tres y, según el acta del evento de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641216-043-03, se llevó a cabo a las diez horas del diecisiete de noviembre del dos mil tres, resulta que la Comisión falseó la información o valoró inadecuadamente la prueba y, por lo que hace a la supuesta llamada del once de noviembre de dos mil tres, es falso que acredite el supuesto que aduce la Comisión en el oficio de probable responsabilidad ya que no existió esa llamada ni con 2 ni 3 semanas previo a la apertura o presentación de las proposiciones por lo que, la Comisión no valoró adecuadamente la prueba ya que si acredita (1) que la supuesta llamada del diecinueve de noviembre de dos mil tres se realizó dos días posteriores a la presentación de propuestas y, (2) las supuestas llamadas no tiene ni 2 ni 3 semanas previas como la Comisión lo aduce e el oficio de probable responsabilidad, por lo que, la prueba ofrecida si acredita nuestro dicho.**

Al respecto, la resolución impugnada en foja 450, señaló:

> *13. Documental consistente en la copia simple de la primera hoja del "Acta de Recepción de Proposiciones Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Internacional Electrónica número 00641216-043-03", llevada a cabo a las diez horas del diecisiete de noviembre de dos mil tres, misma que se encuentra en el expediente al rubro citado. Con dicha prueba, las emplazadas pretenden demostrar que en dicha licitación la Comisión indica que la llamada se llevó a cabo el diecinueve de noviembre de dos mil tres a las diecisiete horas con treinta y ocho minutos; sin embargo, las propuestas económicas se presentaron dos días antes, por lo que resulta imposible que se hayan coludido Pisa y Eli Lilly con el precio con dicha llamada.*
>
> *A dicha documental, se le concede el valor que establecen los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituye prueba de la existencia de dicha acta y respecto de los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS en la siguiente dirección de internet:* ***http://transparencia.imss.gob.mx/cns_apdl/evnto.aspx?cve_adquisicion=20031030142132000060&cve_tipo_docto=1***
>
> *Sin embargo,* ***no resulta idónea*** *para acreditar lo que pretenden las emplazadas, toda vez que comprueba que la presentación de posturas se realizó seis días después de la realización de la llamada registrada a foja 169 del oficio de probable responsabilidad con fecha once de noviembre de dos mil tres.*

De lo anterior se puede observar que los recurrentes pretendían demostrar que en dicha licitación la Comisión indica que la llamada se llevó a cabo el diecinueve de noviembre de dos mil tres a las diecisiete horas con treinta y ocho minutos; sin embargo, las propuestas económicas se presentaron dos días antes, por lo que resulta imposible que se hayan coludido Pisa y Eli Lilly con el precio con dicha llamada.

Al respecto, la resolución impugnada, en la foja 398, resume en un cuadro las llamadas realizadas por los recurrentes, dentro de las cuales, Pisa a través de Carlos Arturo Villaseñor López, realizó una llamada el once de noviembre de dos mil tres, a las quince horas con cuarenta y siete minutos, recibida por Eli Lilly, a través del C. Eduardo Osorio Traconis.

La prueba consistente en el acta del evento de Presentación de Proposiciones Técnicas y Económicas y apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional número 00641216-043-03, se llevó a cabo a las diez horas del diecisiete de noviembre del dos mil tres, la cual obra a fojas 87610, del expediente recurrido.

De lo anterior, se observa que entre la llamada identificada por la Comisión y el acta de mérito, transcurrieron seis días, esto es, en un periodo entre dos o tres semanas antes de la presentación de las propuestas, motivo por el cual la dicha prueba no fue idónea para acreditar que las propuestas de los recurrentes fueron presentadas dos días antes de la llamada identificada de la Comisión.

En ese sentido, debe advertirse que los recurrentes no señalan cómo es que dicha acta acredita que se presentaron sus propuestas dos días antes de la llamada identificada por la Comisión.

Esta Comisión, teniendo a la vista la foja 87610 del expediente recurrido, observa que, no se menciona en dicha acta la fecha ni hora de presentación de las propuestas de los licitantes.

Por tanto, pese a que los recurrentes pretenden acreditar que las propuestas se presentaron dos días antes de la llamada telefónica, lo único que se observa del expediente es la fecha y hora en que se llevó a cabo la llamada telefónica y la hora y la fecha en que se dio cuenta de las presentaciones de las propuestas técnicas y económica, pero no así cuándo se presentaron.

Ahora bien, en cuanto a la valoración del *"Acta de Recepción de Proposiciones Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Internacional Electrónica número 00641216-043-03"*, la Comisión aplicó lo dispuesto en los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC; esto es, fue idónea para acreditar la existencia de dicha acta y los hechos contenidos en ella, dado que se cotejó con los archivos electrónicos del IMSS, pero insuficiente para acreditar que la llamada se realizó dos días posteriores a la presentación de las propuestas.

Por tanto, al haber carecido el acta de la presentación de propuestas de la fecha y hora en que se entregaron las propuestas técnicas y que no se advierte que de la valoración de la prueba en comento pueda desvirtuarse el patrón reiterado de comunicación entre competidores, en periodos de licitaciones, debe concluirse que Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis, por un lado, no especifican ni señalan por qué no se valoró conforme a derecho la prueba presentada y por qué se falseó la verdad de lo que demuestran, y por otro, cuál es la afectación que les causa lo resuelto, esto es, por qué existe una indebida valoración de la prueba cuando lo que querían acreditar es que la llamada se realizó dos días después de haber presentado las propuestas técnicas, cuando el acta de fallo no lo menciona, es decir, se tratan de meras manifestaciones sin sustento alguno que no controvierte lo resuelto y valorado por esta autoridad.

Por tanto, su argumento resulta **inoperante.**

**e) La prueba que marcamos como Décima Quinta y la Comisión marca como 14, (licitación número 00641203-018-03) se pretendía acreditar que en dicha licitación en la que se dice hubo llamadas entre Eli Lilly y Pisa coludiéndose en el precio, es de mencionarse que no sólo no se licitó insulina humana amparada bajo las claves 1050 y 1051, sino que Eli Lilly ni siquiera participó; sin embargo la misma Comisión nos da la razón al establecer que no obra elemento alguno en el expediente que le permita a la Comisión corroborar la existencia de la licitación número 00641203-018-03 y que por ello no resulta idónea para acreditar lo que se pretende, lo cual resulta por demás inverosímil, ya que primero a foja 169 del oficio de probable responsabilidad en el Listado de 3 semanas previas la Comisión imputa que el señor Eduardo Osorio Traconis recibió una llamada el día diecinueve de noviembre del dos mil tres por parte del señor Carlos Villaseñor López faltando tres semanas para que se llevará a cabo la apertura de posiciones de la Licitación pública número 00641203-018-03. Sin embargo, ahora resulta que no existen en todo el expediente elementos que le ayuden a corroborar la existencia de dicha licitación, lo cual hace prueba de que la Comisión imputó al C. Eduardo Osorio Traconis y a Eli Lilly un hecho sustentándolo en información inexistente. De cualquier forma, como se acreditó con la copia de la Acta que se acompañó de la licitación 00641203-018-03, en dicha licitación no sólo no se licitó insulina humana amparada bajo las claves 1050 y 1051, si no que Eli Lilly ni siquiera participó.**

Al respecto, la resolución impugnada en la foja 450 y 451, señaló:

> ***14.*** *Documental consistente en el "Acta del Evento de Presentación de Propuestas Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional Electrónica número 00641203-018-03", llevada a cabo a las trece horas del veintisiete de noviembre de dos mil tres, misma que se encuentra en el expediente al rubro citado. Con dicha prueba, las emplazadas pretenden demostrar que en esa licitación, en la que se dice hubo llamadas entre Eli Lilly y Pisa coludiéndose el precio, no sólo no se licitó insulina humana amparada bajo las claves 1050 y 1051, sino que Eli Lilly ni siquiera participó.*
>
> *A dicha documental se le concede el valor que establecen los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituye prueba de la posible existencia de esa acta, mas no de su contenido, ya que no se encontró registro de dicha licitación en los archivos electrónicos del IMSS en la siguiente página de internet:* ***http://transparencia.imss.gob.mx/cns_apdl/acta.aspx****, así como tampoco obra elemento alguno en el expediente y que le permita corroborar a esta autoridad la existencia de la licitación número 00641203-018-03 y, por tanto,* ***no resulta idónea*** *para acreditar lo que pretenden las emplazadas.*

De lo anterior, se puede observar que los recurrentes pretendían demostrar que en esa licitación, en la que se dice hubo llamadas entre Eli Lilly y Pisa coludiéndose el precio, no sólo no se licitó insulina humana amparada bajo las claves 1050 y 1051, sino que Eli Lilly ni siquiera participó.

Al respecto, la resolución impugnada, en la foja trescientos noventa y nueve, resume en un cuadro las llamadas realizadas por los recurrentes, dentro de las cuales, Pisa a través del C. Carlos Arturo Villaseñor López, realizó una llamada el diecinueve de noviembre de dos mil tres, a las diecisiete horas con treinta y ocho minutos, recibida por Eli Lilly, a través del C. Eduardo Osorio Traconis.

La prueba consistente en el acta del Evento de Presentación de Propuestas Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas de la Licitación Pública Nacional Electrónica número 00641203-018-03, se llevó presumiblemente a las trece horas del veintisiete de noviembre del dos mil tres, la cual obra a fojas ochenta y siete mil seiscientos once y siguientes, del expediente recurrido.

La presunción anterior, se derivó del hecho de que la Comisión no pudo corroborar la existencia de esa acta dentro de los archivos electrónicos del IMSS, por lo que sólo se presumió su existencia, pero no los hechos contenidos en esa acta, de lo que se sigue que la resolución impugnada no pudo corroborar la existencia tanto de la licitación como de los hechos que se pretendían acreditar.

Por su parte, los recurrentes en la presente instancia señalan que existe una incongruencia en la resolución al imputarle un registro de llamada respecto de la licitación 00641203-018-03 y no valorarla en la resolución que se combate, al momento de analizar las pruebas ofrecidas.

Su argumento resulta **infundado**, puesto que la resolución sí se pronunció respecto a dicha defensa, al señalar a fojas 216 y 217, lo siguiente:

> *"Los argumentos anteriores de Eli Lilly resultan **fundados pero insuficientes**, debido a que efectivamente las licitaciones 00641214-016-03, 00641194-023-03, 00641187-021-03 y 00641203-018-03 no configuran dentro de las licitaciones que fueron analizadas en el oficio de probable responsabilidad para el caso de la insulina humana.*
>
> *Sin embargo, no son suficientes sus argumentos para destruir los argumentos plasmados en el oficio de probable responsabilidad, pues aún cuando dejen de considerarse estas llamadas con relación a esas licitaciones, estos argumentos no destruyen todo el análisis económico y el estudio de las demás llamadas plasmadas en el oficio de probable responsabilidad. Tal y como se verá al momento de valorar estas probanzas el capítulo 6 de la presente resolución intitulado "Valoración y alcance de las pruebas en el expediente", por lo que se analizará a detalle su argumento y en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento."*

Por tanto es falso que existía en el expediente y que se podía corroborar.

Además, como se señaló en la foja 451 de la resolución combatida, dichas pruebas tuvieron como único objeto demostrar la existencia de canales de comunicación en tiempo de licitaciones, tal y como se observa del siguiente texto:

> *Ahora bien, no obstante que la emplazada logró demostrar que en siete de las licitaciones relacionadas en el registro de llamadas realizado por Pisa a Eli Lilly el once de noviembre de dos mil tres, ello no es suficiente para desacreditar las afirmaciones plasmadas en el oficio de probable responsabilidad, ya que no proporcionaron información relativa a las restantes ocho licitaciones que se mencionan. Además, lo que en **el oficio de probable responsabilidad se sostuvo es que tenían existen elementos facilitadores y, de hecho, se da una comunicación constante y fluida en periodo de licitaciones, argumento que no contravienen de forma alguna**.*

En ese sentido, el patrón de comunicación entre competidores no se ve destruido por el argumento de los recurrentes ni tampoco justifica los precios de las propuestas que fueron presentadas a ese Instituto como elemento de la práctica monopólica absoluta sancionada.

f) **La CFC no sólo no valoró las pruebas ofrecidas por mi representada y el C. Eduardo Osorio Traconis, sino que confesó haber imputado hechos sin tener elementos de prueba que acreditaran su dicho y las que supuestamente sí valoró, las valoró inadecuadamente, por lo que debe de emitirse una nueva resolución en la que la CFC absuelva de cualquier responsabilidad a Eli Lilly y al C. Eduardo Osorio Traconis respecto a la presunta práctica monopólica absoluta imputada.**

Respecto de lo argumentado, bajo un ejercicio de congruencia, los recurrentes manifiestan que no se valoraron las pruebas ofrecidas por Eli Lilly ni aquellas que fueron ofrecidas por el C. Eduardo Osorio Traconis, pero omiten señalar a qué pruebas se refieren. Suponiendo y sin conceder que las pruebas a que se refieren fueron las analizadas en el presente apartado, debe reiterarse lo señalado en el mismo en obvio de repeticiones innecesarias, en caso de que las pruebas a que se refieren los recurrentes, no sean las señaladas por esta autoridad, debe concluirse que la Comisión se encuentra impedida para determinar cuál o cuáles son las pruebas que se dejaron de valorar o se valoran inadecuadamente.

Por tanto, ante la omisión de los recurrentes, no es posible determinar la legalidad o ilegalidad de lo manifestado, así como que tampoco la Comisión puede presumir la causa de pedir, por lo que ante la falta de claridad de lo manifestado y con el objeto de no variar la *litis*, la Comisión ante la ausencia de argumento que tienda a controvertir lo resuelto por esta autoridad, declara **inoperante** su argumento.

> **CONCEPTOS DE IMPUGNACIÓN INOPERANTES EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LO SON AQUELLOS EN LOS QUE EL ACTOR ADUCE LA INDEBIDA VALORACIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN, SIN ESPECIFICAR A CUÁLES EN CONCRETO SE REFIERE, NI EL VALOR PROBATORIO QUE DEBIÓ HABÉRSELES OTORGADO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005).** El artículo 237, párrafos primero y tercero, del Código Fiscal de la Federación, vigente hasta el 31 de diciembre de 2005, dispone que las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda, en relación con una resolución impugnada; asimismo, podrá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos que se consideren violados y examinar en su conjunto los agravios y causales de ilegalidad, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda y en la contestación. De esta manera, a efecto de que las Salas de dicho órgano puedan analizar la legalidad del acto impugnado, relativo a la valoración de las pruebas hechas por la autoridad demandada, ello debe hacerse a la luz de los conceptos de impugnación que haya hecho valer el actor en su demanda de nulidad, ya sea en un capítulo expreso, o bien, realizando un análisis integral del ocurso inicial, máxime, si el referido código no les otorga la facultad de suplir la queja deficiente en beneficio del actor. Por tanto, si la demandante se limita a señalar que su contraparte valoró indebidamente las pruebas recabadas en el procedimiento administrativo de origen, sin especificar cuáles fueron en concreto, ni el valor jurídico que, a su criterio debió habérseles otorgado, tal argumento es

inoperante. Registro: 174772 Tesis: I.7o.A.466 A Tesis Aislada Novena Época Materia(s): Administrativa. Instancia: SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo : XXIV, Julio de 2006. Página: 1170

Por otro lado, en cuanto a que se les imputó la comisión de una conducta sin pruebas, debe señalárseles a los recurrentes que, la emisión de oficio de probable responsabilidad se basa en elementos que permitan determinar la probable comisión de una conducta violatoria a la LFCE, de acuerdo a su artículo 33; de lo que se sigue que estos elementos son *ius tantum* y corresponde a las probables responsables referirse a cada uno de esos hechos y aportar las pruebas que consideren pertinentes para desvirtuar la conducta imputada.

En ese sentido, las probables responsables deberán aceptar los hechos imputados o negarlos teniendo la posibilidad de explicar cómo fueron y aportar las pruebas que se consideren pertinentes las cuales serán valoradas al momento de emitir resolución definitiva.

En ese sentido, lo que los recurrentes debieron haber controvertido era precisamente cuáles de estos elementos valorados en la resolución definitiva les causa agravio en la medida en que fueron valorados y no simplemente hacer consideraciones generales.

Por tanto, su argumento resulta **infundado.**

**PISA, CARLOS ARTURO VILLASEÑOR LÓPEZ Y EDUARDO AQUINO MALDONADO**

**g) La Comisión hizo una valoración indebida de las pruebas indirectas, ya que no distingue la prueba presuncional del indicio. Pretende acreditar el hecho secundario sin pruebas, argumentando que este es típico en casos de cárteles pues se caracterizan por no dejar pruebas directas y valora indebidamente las que acreditan las razones del contacto entre funcionarios. La Comisión pierde de vista que hay "miles" de razones por las que una persona puede llamar a otra y ante la falta de pruebas debe asumir que no se trata de un acuerdo colusivo en atención a la presunción de inocencia.**

Respecto de lo argumentado, debe señalarse que los recurrentes, no señalan cuáles son las pruebas indirectas que se distinguen de la presuncional y cuál es la violación que ello representa.

De igual manera, tampoco indica cuál es la diferencia entre la prueba indirecta y el indicio, y cómo ello no se encuentra en la resolución impugnada y cuál es el fundamento que se violó con lo resuelto.

Asimismo, la Comisión no pierde de vista lo que se manifiesta en el presente argumento, concretamente, el hecho de que existen infinidad de motivos por los cuales se puede llamar a una persona. Sin embargo, en términos de la resolución impugnada, los hechos que determinaron que esas

llamadas fueron precisamente la consistencia o frecuencia de llamadas previas en épocas de licitaciones, que las personas que se comunicaron eran representantes de los recurrentes y que concurrieron en la CANIFARMA, así como que las posturas presentadas con base en la información presentada por el IMSS, se acreditó un patrón colusorio en cuanto a la rotación de empresas adjudicadas las cuales en todo caso correspondieron a los recurrentes.

Por ello, debe considerarse que aun y cuando la Comisión pueda reconocer las múltiples razones para realizar una llamada, también debe reconocerse que los elementos anteriores son la base para presumir y sancionar la colusión y que en todo caso, tampoco las promoventes aportan elementos que permitan a la Comisión observar el motivo de las llamadas registradas en la resolución impugnada entre los representantes de sus competidores.

En conclusión, se puede advertir que los recurrentes sólo manifiestan consideraciones subjetivas que no necesariamente controvierten lo resuelto, esto es, no precisan qué partes de la resolución son las que les causa agravio y cuál es el precepto de la LFCE que fue violado, sino que únicamente pretenden extrapolar la doctrina jurídica con la LFCE, pero sin que exista un nexo entre lo argumentado y la resolución, situación que se escapa de lo manifestado y que no aporta elemento alguno para que pueda revocarse la resolución impugnada.

En tales consideraciones, su argumento resulta **inoperante.**

Ahora bien, en cuanto al hecho secundario que se pretende acreditar con las pruebas, según se menciona, con el objeto de no ser reiterativo y en obvio de inútiles repeticiones, se remite su contestación al inciso **c)**, del apartado **4.7** denominado "**ILEGALIDAD DE LAS PRESUNCIONES DE LA COMISIÓN**" de la presente resolución.

**h) Las documentales tampoco son valoradas apropiadamente, ya que las actas de la CANIFARMA demuestran que en sus reuniones no se discutían aspectos colusivos; y sin embargo, sin pruebas en contrario, la Comisión ignora las documentales.**

En la foja 382 y 383 de la resolución impugnada, respecto del mismo argumento, se señaló lo siguiente:

> *Expuesto lo anterior... relativa a que se valoraran las listas de la CANIFARMA, toda vez que según la emplazada, de dicha información y con respecto la Comisión de Abasto, se desprende que las reuniones que se llevaban a cabo en la Comisión en comento, versaban sobre cuestiones que tienen que ver con la problemática de la industria en general, con cuestiones de normatividad, o con cuestiones relacionadas con los precios de referencia, por lo que se trata de cuestiones propias de una asociación gremial.*
>
> *Sin embargo, es necesario señalar que esta autoridad no imputó que las sesiones celebradas en la Comisión de Abasto de la CANIFARMA se trataran asuntos sobre el establecimiento, concertación o coordinación de posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS, sino señaló que de las listas que presentó la*

*CANIFARMA a esta Comisión en la etapa de investigación, queda evidenciada la asistencia de los probables responsables a las sesiones de la Comisión de Abasto.*

De lo transcrito se puede concluir que las listas y actas de la CANIFARMA fueron utilizadas como elementos que facilitaron la comunicación entre los recurrentes y no se imputó que en dichas reuniones se llevara a cabo el intercambio de información para la comisión de la práctica monopólica absoluta imputada.

Por tanto, la Comisión hace suyo lo señalado en la resolución impugnada con relación al argumento realizado en la presente instancia por los recurrentes, dada la coincidencia de los argumentos presentados.

Aclarado lo anterior, resta señalar a los recurrentes que sus manifestaciones con relación a que en las reuniones en la CANIFARMA no se discutían acuerdos colusivos, es **irrelevante** en la medida en que tal y como se señaló en la resolución impugnada, dichas actas y listas de la CANIFARMA sirvieron únicamente como elementos que facilitaron la comunicación entre los agentes económicos y sus representantes para la coordinación de la posturas en las licitaciones del IMSS.

Asimismo, los recurrentes omiten señalar cómo las actas de la CANIFARMA se valoraron indebidamente; es decir, por qué considerarlas como medios facilitadores para la comunicación entre los sancionados es ilegal o por qué fueron valoradas indebidamente, situación que no acontece, aunado al hecho de que tampoco señalan por qué la valoración realizada por la CFC les causa agravio, de lo que se sigue que sus manifestaciones resultan ser consideraciones sin sustento alguno.

Por tanto, su argumento también resulta **inoperante.**

Sirve de apoyo la tesis bajo el rubro ***"CONCEPTOS DE IMPUGNACIÓN INOPERANTES EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LO SON AQUELLOS EN LOS QUE EL ACTOR ADUCE LA INDEBIDA VALORACIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN, SIN ESPECIFICAR A CUÁLES EN CONCRETO SE REFIERE, NI EL VALOR PROBATORIO QUE DEBIÓ HABÉRSELES OTORGADO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005."***, la cual por economía procesal y en obvio de inútiles repeticiones y se tiene por insertada para todos los efectos legales a que haya lugar.

**4.2 INDEBIDO DESAHOGO DE LAS PRUEBAS**

**FRESENIUS Y MANUEL VÁZQUEZ BLANCO**

**a) La resolución es ilegal ya que se violaron los artículos 21, 143 a 160 y 222 del CFPC, toda vez que, la Comisión no dio intervención a todas las partes cuando fueron ofrecidas las pruebas periciales de las otras empresas; dejó en estado de indefensión a mi mandante, en**

**virtud de no poder ofrecer perito de su parte y adicionar preguntas a los cuestionarios de los oferentes.**

Previo a la contestación de este argumento, es necesario señalar algunas consideraciones que ayudaran a precisar, tanto el objeto, como el alcance de las pruebas en un procedimiento en materia de prácticas monopólicas.

Bajo ese esquema, debe advertirse que el procedimiento seguido ante la CFC no es un procedimiento civil; es decir, no comparte dirimir controversias entre particulares, ni obedece *per se* a las reglas del Código Adjetivo, salvo en lo NO dispuesto por la LFCE y su Reglamento, por lo que existe un principio de reserva de Ley o de especialidad.

Sirve de apoyo a la naturaleza del procedimiento lo anterior, la siguiente tesis:

> **COMPETENCIA ECONÓMICA. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, LO IDENTIFICAN COMO ADMINISTRATIVO Y NO COMO CIVIL.** El procedimiento establecido en los artículos 33 y 39 de la ley mencionada tiene características que no corresponden a las del proceso civil, donde, predominan los intereses particulares, las defensas y recursos son más pormenorizados y los juicios más prolongados, lo que no sucede en los procedimientos administrativos, fundamentalmente, porque en estos predomina el interés general, que exige eficiencia, seguridad y expeditez, en virtud de que tiende al aseguramiento de los fines del Estado, estableciendo vías rápidas y eficaces, eliminando todos los actos que dilaten o entorpezcan la acción de la administración pública, sin perjuicio de que ante la presencia de intereses particulares, se respeten, esencialmente, las garantías individuales de los gobernados. Estas peculiaridades corresponden al procedimiento establecido en las disposiciones citadas y, por consiguiente, no cabe exigir de su normatividad, recursos y defensas que son propios de un proceso civil. No. Registro: 191,431. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII, Agosto de 2000 Tesis: P. CXII/2000 Página: 108.

En ese sentido, basta señalar que tan no sigue las reglas propias del procedimiento civil, que el último párrafo del artículo 33 del RLFCE señala que es obligación de la Comisión y derecho de los denunciantes, que se les de vista del cuestionario del perito, pero dicha disposición no establece que sea un derecho de las demás emplazadas para que se les de vista del cuestionario que el perito ofrecido tenga que desahogar.

Por tanto, su argumento resulta **infundado.**

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que la fracción IV del artículo 9º de la LFCE establece como una conducta que le es contraria, el acuerdo entre competidores que tenga por objeto o efecto la coordinación de posturas en licitaciones.

La conducta implica necesariamente que, tratándose de una práctica monopólica absoluta, siempre tenga como mínimo dos probables responsables. Esta pluralidad de probables responsables frente a una misma conducta implica que exista una pluralidad de responsables acreditados frente a una misma conducta.

En ese orden de ideas, la imputación que la CFC realiza a través del oficio de probable responsabilidad, tiene como premisa agotar los requisitos a que se refiere el artículo 9° de la LFCE; esto es, que exista un acuerdo, que éste sea entre competidores, que el objeto o efecto de esos acuerdos tenga como finalidad coordinar posturas en las licitaciones.

Ahora bien, en el presente caso, la CFC imputó en el oficio de probable responsabilidad que las empresas y personas sancionadas llevaron a cabo una conducta consistente en la coordinación de posturas frente a las licitaciones del IMSS, por lo que se les emplazó con ese documento en lo personal con la finalidad de que dieran contestación a los hechos y en su caso, aportaran las pruebas que consideraran pertinentes.

En las contestaciones realizadas, sólo Pisa y Baxter ofrecieron la prueba pericial en materia de economía, de las cuales las hoy recurrentes se quejan de que no se les dio oportunidad de formular preguntas a los peritos presentados, ni de designar a sus propios peritos.

Al respecto, debe indicarse que el artículo 33 de la LFCE otorga un plazo de treinta días hábiles para que los emplazados puedan desvirtuar los hechos imputados en el oficio de probable responsabilidad a través de las pruebas que mejor consideren pertinentes y acreditar sobre todo que no forma parte del cartel y que, por ello, no son responsables del hecho imputado. En ese sentido, Baxter y Pisa realizaron su defensa a través de una prueba pericial, pretendiendo desvirtuar diferentes aspectos del oficio de probable responsabilidad en su favor.

Por tanto, corresponde a cada agente económico emplazado ofrecer las pruebas que estime convenientes de manera independiente, puesto que la resolución que se emita puede absolver de la conducta imputada a quienes lo hayan acreditado y condenar a quienes no lo hayan hecho, ya que las sanciones son personalísimas.

En ese entendido, dar cuenta de las pruebas periciales presentadas por los propios probables responsables, lejos de llegar a una verdad objetiva, estaría viciando la posibilidad de verificar si efectivamente existió un cartel o no, ya que la conducta es imputada a todos los probables responsables, dar cuenta de las pruebas ofrecidas por un mismo emplazado, a quien se le imputa la misma conducta, sería como solicitar a otro probable responsable que corrobore que no cometieron la conducta.

Sin perjuicio de lo anterior, los requisitos para que se actualice la supletoriedad de una norma a otras se encuentran sintetizados en la siguiente tesis:

> **SUPLETORIEDAD DE UNA LEY A OTRA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.** Los requisitos necesarios para que exista supletoriedad de una ley respecto de otra, son a saber: **1.- Que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente y señale la ley aplicable; 2.- Que la ley a suplirse contenga la institución jurídica de que se trata; 3.- Que no obstante la existencia de ésta, las normas reguladoras en dicho ordenamiento sean insuficientes para su aplicación al caso concreto que se presente, por falta total o parcial de la reglamentación necesaria, y 4.- Que las disposiciones con las que se vaya a colmar la deficiencia no contraríen las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida.** Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una ley en otra. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 44/96. Elsa Blomeier Eppen. 27 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Daniel Cabello González.Véase: Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo II-Agosto, Segunda Sala, tesis LXXI/95, página 272.

En ese sentido, es necesario analizar si los requisitos necesarios para que se pueda dar la supletoriedad alegada se presentan en el caso concreto del desahogo de la prueba pericial: a este respecto se tiene que

1 La LFCE admite expresamente en su artículo 34 bis último párrafo que el CFPC es supletorio de la LFCE y su Reglamento;
2 La LFCE en su artículo 33, fracción II no limita el tipo de pruebas que pueden ofrecerse al contestar el oficio de probable responsabilidad, además, el artículo 32 del RLFCE es coherente con lo anterior ya que sostiene que se podrán ofrecer los medios de prueba que se consideren pertinentes y en concreto, el artículo 33 del RLFCE en su fracción IV reconoce que puede ofrecerse la prueba pericial;
3 El artículo 33, fracción IV y su último párrafo del RLFCE mencionan que al ofrecerse la pericial deberá de establecerse la materia de la misma, presentar el cuestionario de preguntas y hacer la designación del perito y que de ellas, en su caso, se dará vista al denunciante, por lo que las normas reguladoras son suficientes para su aplicación al caso concreto, ya que no existe falta total o parcial de la reglamentación necesaria, sino que se determina expresamente que en el desahogo de la pericial sólo puede hacer preguntas el oferente y adicionar otras el denunciante sin que este último supuesto se haya actualizado en el caso concreto toda vez que el expediente IO-003-2006 inició oficiosamente y no por denuncia;
**4.-** Ante lo anterior es innecesario estudiar el requisito aplicable a la supletoriedad de normas, porque tienen una relación secuencial, pero aún haciéndolo, nos encontraríamos con que las normas del CFPC que las recurrentes pretenden que se apliquen contrarían las bases esenciales del procedimiento tramitado ante la CFC que como se ha sostenido tiene una naturaleza administrativa, de interés público, y no civil o contenciosa de intereses privados.

Por tanto, su argumento resulta **infundado.**

**4.3 ILEGAL DESECHAMIENTO DE LA PRUEBA OFRECIDA**

**a) Los recurrentes manifiestan que ofrecieron pruebas para acreditar que realmente la sugerencia de la CFC, en el sentido de que el único incentivo para los licitantes era ganar las licitaciones, razón por la cual les obligaba a concursar con un precio bajo que les permitiera obtener el contrato, se encuentra muy alejada de la realidad.**

**Sin embargo, esta prueba fue desechada ilegalmente por la CFC y de la cual se expresó una inconformidad, la cual tampoco fue atendida por la CFC.**

**Primeramente es importante establecer que el proemio del artículo 33 del RLFCE que señala la CFC para su desechamiento, si bien es cierto establece que corresponde al emplazado al momento de contestar el oficio de probable responsabilidad *realizar los actos tendientes al oportuno desahogo de las pruebas,* también lo es que dicho numeral no establece un término para la preparación de dichas pruebas, por lo que, considerando que mi representada solicitó por escrito al Lic. José de Jesús Márquez Padilla Carrasco, Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas, la información solicitada lo cual le fue demostrado a esa CFC, acompañando el acuse de recibido de la solicitud de información, es que le es inaplicable el razonamiento hecho por esa CFC, máxime cuando dicho fundamento se encuentra superado por el artículo 46 del nuevo Reglamento de la LFCE vigente a partir del doce de octubre de dos mil siete, el cual es totalmente aplicable al caso que nos ocupa, toda vez que el emplazamiento del oficio de probable responsabilidad conlleva una instancia totalmente diferente a la investigación, la cual concluyó el nueve de marzo de dos mil nueve, por lo que, si mi representada fue emplazada del oficio de probable responsabilidad el día doce de marzo de dos mil nueve, el derecho procedimental que debe de prevalecer en primer término, es el establecido en el Reglamento publicado el doce de octubre de dos mil siete; aunado a que de acuerdo a diversos criterios judiciales tratándose de la aplicación de leyes retroactivamente contra una vigente, debe de aplicarse la que genere un mayor beneficio al particular.**

Al respecto, la resolución impugnada en las fojas 453 a 455 señaló a manera de resumen lo siguiente:

- Eli Lilly presentó, el veintinueve de mayo de dos mil nueve, un escrito mediante el cual objetó el desechamiento de la prueba que ofreció en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, consistente en el oficio con fecha de seis de mayo de dos mil nueve, mediante el cual solicitó a la Administración General de Aduanas de la Administración Central de Operación Aduanera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, un informe sobre el volumen de unidades y valor de las exportaciones que ha realizado Eli Lilly sobre la insulina

humana (fracción arancelaria número 30043101) por el período comprendido de dos mil dos a dos mil ocho.

- El once de mayo de dos mil nueve, la Comisión desechó la prueba en comento toda vez que la emplazada no preparó con debida anticipación la probanza ofrecida, al haber solicitado la información a esa autoridad un día antes del vencimiento del plazo para dar contestación al oficio de probable responsabilidad. En este tenor, la Comisión en términos del artículo 33 del RLFCE desechó su prueba al no haber realizado la emplazada los actos necesarios tendientes al oportuno desahogo de la prueba ofrecida, siendo la excepción a esta regla que hayan sido solicitados y negados.
- La prueba se ofreció con la finalidad de acreditar que el volumen de insulina humana, claves 1050 y 1051, exportado por Eli Lilly corresponde al 86% (ochenta y seis por ciento) de la producción total de insulina, lo cual significaría, según la emplazada, que no existía incentivo alguno para ofrecer un precio a costo de producción, puesto que resultan más altos los costos de transportación y más complicadas las condiciones de entrega.
- La simple presentación de un documento de solicitud de información no es suficiente para que Eli Lilly acredite que la ofreció conforme a derecho y que realizó los actos necesarios tendientes al oportuno desahogo de su prueba.
- No existe constancia de la respuesta de la autoridad ante la que se presentó la solicitud de acceso a la información, y esto es así, dado que cuenta con un término máximo de veinte días hábiles, conforme el artículo 44 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ahora bien, los recurrentes manifiestan que el artículo 33 del RLFCE no establece un plazo para realizar los actos tendientes al oportuno desahogo de las pruebas y que el criterio anterior se encuentra superado con el actual artículo 46 del RLFCE, cuya normatividad es aplicable debido a que fueron emplazados el doce de marzo de dos mil nueve y el nuevo reglamento fue publicado el doce de octubre de dos mil siete, por lo que debe prevalecer el derecho procedimental del actual reglamento.

En ese sentido, es fundamental determinar cuál es el reglamento que resulta aplicable al procedimiento de origen para determinar en su caso, si el desechamiento de la solicitud de información al Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas realizado por el Director General de Asuntos Jurídicos, se encuentra apegado a derecho.

De acuerdo al artículo cuatro transitorio del actual RLFCE, a los procedimientos que se encuentren en trámite les serán aplicables hasta su conclusión las disposiciones que se abrogan.

En el presente caso, el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitió el tres de agosto de dos mil seis, un acuerdo de inicio de investigación de oficio en el mercado de medicamentos licitados por el sector salud en territorio nacional, con objeto de determinar si se han actualizado conductas prohibidas en el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE.

El quince de agosto de dos mil seis, en cumplimiento a lo establecido por el artículo 30 de la LFCE se publicó un extracto del acuerdo de inicio de investigación en el DOF.

Por tanto, el procedimiento de investigación de origen inició el quince de agosto de dos mil seis, en tanto que, el actual reglamento de la LFCE fue publicado el doce de octubre de dos mil siete, por lo que siguiendo lo ordenado por su artículo cuarto transitorio, al procedimiento de origen le son aplicables las disposiciones a que se refiere el RLFCE publicado el cuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

En ese sentido, no basta que se manifieste que el procedimiento seguido en forma de juicio debe observar las reglas a que se refiere el RLFCE publicado el doce de octubre de dos mil siete, al ser un momento procesal distinto al de la etapa de investigación, ya que de ser así, se estaría violando lo dispuesto en el artículo cuarto transitorio del actual Reglamento de la LFCE, esto es, a los procedimientos en trámite les será aplicado hasta su conclusión el reglamento que se abroga, de lo que se concluye que no puede concederse a los recurrentes la aplicación del actual RLFCE cuando existe un reserva en el actual Reglamento que remite la aplicación de las normas adjetivas al reglamento que abroga sólo cuando los procedimientos se encuentren en trámite. Situación que acontece en el presente asunto.

> **COMPETENCIA ECONÓMICA. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS SEGUIDO POR LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2006).** De la lectura de los artículos 23, 24, fracción I, 30, 31, primer párrafo, 33 y 39 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigentes hasta el 28 de junio de 2006, así como de los diversos 23, fracción I, 25, fracción I, 27, párrafo primero, 30, 31 y 52 de su reglamento, se concluye que el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal de Competencia se compone de tres etapas: la primera, de carácter inquisitorio, que tiende a recabar los medios de prueba que permiten presumir la existencia de actos o prácticas prohibidas por la ley y concluye con el oficio de presunta responsabilidad; la segunda en la que se especifican las conductas monopólicas o prohibidas observadas en la etapa anterior, concretando y precisando los hechos, las circunstancias de realización y las normas violentadas; se señala al presunto infractor y las razones que se tuvieron para considerarlo con ese carácter; se ordena su emplazamiento para que en un plazo de treinta días naturales, comparezca a manifestar lo que a su interés convenga y exhiba las pruebas que estime pertinentes; se fija un plazo no mayor de treinta días naturales para formular alegatos y culmina con una resolución que debe dictarse dentro de los sesenta días naturales siguientes; además se desarrolla como un procedimiento seguido en forma de juicio donde se despliegan los actos necesarios para dictar una resolución definitiva, respetando las formalidades esenciales del procedimiento y el derecho de defensa, brindando al presunto infractor la oportunidad de alegar y probar en su favor; y la tercera tiene como objeto impugnar la resolución que ponga fin al procedimiento anterior, o bien, la que tenga por no presentada la denuncia o por no notificada una concentración, con la posibilidad alternativa de revocarla, modificarla o confirmarla. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Mayo de 2007, Página: 1690, Tesis: I.4o.A. J/50, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa.

De lo anterior se puede observar que la aplicación o reserva del actual Reglamento al Reglamento abrogado, obedece al principio de seguridad jurídica y de igualdad procesal para con el resto de los

sancionados, en caso contrario existiría una responsabilidad por parte de la Comisión en violentar el citado artículo cuarto transitorio, el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad procesal, lo cual no puede acontecer, cuando no es potestativa de la Comisión la aplicación de uno u otro Reglamento sino que en todo caso es una disposición reglamentada en la que no deja al arbitrio de la autoridad su aplicación y mucho menos en las manos de los particulares, ya que debe recordarse que el procedimiento es orden público e interés social.

Aclarado lo anterior, es **infundado** el hecho de que las reglas para la admisión de pruebas, tengan que regirse por el actual artículo 46 del RLFCE.

En ese sentido, el artículo 33 del RLFCE aplicable al presente asunto señala que las pruebas deben ofrecerse con la contestación al oficio de probable responsabilidad y que correrá a cargo del oferente realizar los actos tendientes para su oportuno desahogo.

En el segundo párrafo del artículo en comento, se enumeran cuáles son las pruebas que, en su caso, requiere que el emplazado lleve a cabo los actos necesarios tendientes para su oportuno desahogo, concretamente: (i) el pliego de posiciones para la confesional, (ii) los interrogatorios para la testimonial, (iii) el lugar, los periodos, objetos y documentos que deban ser examinados en el reconocimiento o inspección y (iv) la materia y el cuestionario, tratándose de la pericial.

De lo anterior, podemos concluir que, por exclusión, todas las demás pruebas reconocidas por la Ley deben ofrecerse al momento de contestar el oficio de probable responsabilidad. Al respecto y en aplicación del artículo 1° del RLFCE, el artículo 93 del CFPC, aplicado supletoriamente, señala que además de las pruebas anteriores, se reconocen los documentos públicos, privados, los elementos aportados por el descubrimiento de la ciencia y las presunciones; es decir, de acuerdo al RLFCE, estas pruebas deben ofrecerse al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad.

En ese sentido, es correcta la apreciación de la resolución impugnada de que las pruebas deben ofrecerse al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad, pero no así el argumento de que no se preparó con antelación para su desahogo.

Lo anterior, ya que contrario a lo señalado en la resolución impugnada, en la contestación de Eli Lilly, en la foja ciento cuatro, en la prueba marcada con el numeral "*Tercera*", lo que se ofreció como prueba fue:

> *"TERCERA. Documental Pública consistente en el informe sobre las exportaciones de Insulina Huma, referente a las claves 1050 y 1051, realizadas por mi representada bajo la fracción arancelaria número 300431014, durante el periodo investigado, mismo que se solicitó al Lic. José Márquez Padilla Carrasco, Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas lo cual se acredita con el original de la promoción solicitando dicho informe, mismo que se adjunta como* (sic) *al presente escrito..."*

Es decir, lo que Eli Lilly ofreció como documental pública fue el informe del Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas, pero exhibió el acuse de recibo presentado ante esa autoridad. En ese sentido, es correcta la apreciación de la resolución impugnada en la foja 455 al señalar *"... Es decir, la simple presentación de un documento de solicitud de información no es suficiente para que Eli Lilly acredite que la ofreció conforme a derecho..."*

Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis:

> **DOCUMENTO PÚBLICO. NO LO CONSTITUYE EL ACUSE DE RECIBO DE UNA PROMOCIÓN SELLADO POR UNA AUTORIDAD EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.** Los artículos 1237 del Código de Comercio y 327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria al citado en primer término, señalan las hipótesis en que los documentos deben ser considerados como públicos; en este sentido, el acuse de recibo de una promoción presentada ante una autoridad en la que obra el sello de recepción, no puede ser considerada como una documental pública, por no adecuarse a alguna de las hipótesis previstas en los citados artículos, sino como un documento privado en términos de lo dispuesto en el artículo 1238 del Código de Comercio. No. Registro: 183,071, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Octubre de 2003, Tesis: I.2o.C.26 C, Página: 1000.

De lo anterior se concluye que, entre la prueba ofrecida (el informe) y la prueba presentada (el acuse de recibo), no existe una relación que justifique que el acuse de recibo debe ser considerado como una documental pública, ya que en todo caso, no es un documento expedido por una autoridad en ejercicio de sus funciones.

Asimismo, suponiendo sin conceder que la prueba que los recurrentes ofrecieron fue un expediente que obra en los archivos del Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas, el acuse de recibo no es la manera en la cual debe lograrse su ofrecimiento y perfeccionamiento, ya que en todo caso, debieron señalar la dirección de dicha oficina, el archivo en el que se encuentra y el documento que se pretende reproducir en copia certificada, cotejo o compulsa situación que tampoco acontece en el presente asunto.

De igual manera, siguiendo la lógica de los recurrentes, tampoco se observa que del acuse de recibo presentado haya solicitado copia certificada de un documento o pieza que obra en el archivo del Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas, en términos del artículo 134 del CFPC.

Por otro lado, tampoco se observa que se haya solicitado una inspección o reconocimiento de los documentos que amparan las importaciones realizadas por los recurrentes, dentro del archivo del Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas.

Independientemente de lo anterior, no debe olvidarse que las exportaciones se formulan mediante un pedimento de acuerdo al artículo 36, fracción II de la Ley Aduanera, el cual debe ser conservado por

el exportador para justificar el cumplimiento de compromisos fiscales ante las autoridades aduanales previa salida del producto a exportar.

Dicho artículo establece:

> *"**ARTICULO 36.** Quienes importen o exporten mercancías están obligados a presentar ante la aduana, por conducto de agente o apoderado aduanal, un pedimento en la forma oficial aprobada por la Secretaría. En los casos de las mercancías sujetas a regulaciones y restricciones no arancelarias cuyo cumplimiento se demuestre a través de medios electrónicos, el pedimento deberá incluir la firma electrónica que demuestre el descargo total o parcial de esas regulaciones o restricciones. Dicho pedimento se deberá acompañar de:*
>
> ***I.** En importación: [...]*
> ***II.**En exportación:*
>
> ***a)**La factura o, en su caso, cualquier documento que exprese el valor comercial de las mercancías.*
>
> ***b)**Los documentos que comprueben el cumplimiento de regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación, que se hubieran expedido de acuerdo con la Ley de Comercio Exterior, siempre que las mismas se publiquen en el **Diario Oficial de la Federación** y se identifiquen en términos de la fracción arancelaria y de la nomenclatura que les corresponda conforme a la tarifa de la Ley del Impuesto General de Exportación.*
>
> *Para los efectos de las fracciones I y II de este artículo, el Servicio de Administración Tributaria podrá requerir que al pedimento o factura, tratándose de pedimentos consolidados, se acompañe la documentación aduanera que se requiera de conformidad con los acuerdos internacionales suscritos por México.*
> *[...]*
> *El agente o apoderado aduanal deberá imprimir en el pedimento su código de barras o usar otros medios de control, con las características que establezca la Secretaría mediante reglas.*
>
> *Para los efectos de este artículo, los documentos que deben presentarse junto con las mercancías para su despacho, para acreditar el cumplimiento de regulaciones y restricciones no arancelarias, Normas Oficiales Mexicanas y de las demás obligaciones establecidas en esta Ley para cada régimen aduanero, el Servicio de Administración Tributaria, mediante reglas de carácter general, podrá señalar las obligaciones que pueden ser cumplidas en forma electrónica o mediante su envío en forma digital.*
> *Tratándose del cumplimiento de regulaciones y restricciones no arancelarias en materia de sanidad animal y vegetal, la misma deberá verificarse en el recinto fiscal o fiscalizado de las aduanas que señale el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas."*

Por tanto, la petición que formuló Eli Lilly a la CFC para que se solicitara a la Administración General de Aduanas un informe sobre el volumen de unidades y valor de las exportaciones que ha realizado Eli Lilly, era innecesaria, ya que siempre estuvo en la posibilidad de haber exhibido dicha información a través de la presentación de los pedimentos de exportación respectivos ante esta autoridad, y que deben obrar en su poder por tratarse de documentos de comprobación fiscal[269], sin que haya manifestado en todo caso la imposibilidad para poderlo exhibir.

[269] **Ley Aduanera, ARTICULO 83.** Las contribuciones se pagarán por los importadores y exportadores al presentar el pedimento para su trámite en las oficinas autorizadas, antes de que se active el mecanismo de selección automatizado. Dichos pagos se deberán efectuar en cualquiera de los medios que mediante reglas establezca la Secretaría. El pago en ningún caso exime del cumplimiento de las obligaciones en materia de regulaciones y restricciones no arancelarias.

Por tanto, es **fundado** su argumento en el sentido de que fue indebidamente desechada la prueba al considerar que no se realizaron los actos tendientes al oportuno desahogo de las pruebas, **pero insuficiente** para revocar la resolución impugnada ya que, como se ha detallado en el presente apartado, la causa por la cual debió desecharse la prueba ofrecida es que: (i) no se exhibió al momento de contestar el oficio de probable responsabilidad (ii) era innecesaria la solicitud de un informe ante la Administración General de Aduanas ante la posibilidad de presentar los pedimentos que avalaran sus afirmaciones y (iii) aún y cuando pudiera considerarse el acuse de recibo, dicho documento no fue ofrecido conforme a derecho, ya que no se observa que se trate de una documental pública, es decir, que se trate de una documental expedida por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, así como que tampoco se observa que se haya solicitado copia certificada, cotejo, compulsa o una inspección o reconocimiento de los documentos que obran en los archivos del Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas.

De ello se concluye que su argumento no es invalidante de la resolución, ya que, en todo caso, la prueba ofrecida tendría que haber sido desechada, tal y como se ha señalado en la resolución impugnada, aunque no necesariamente por los mismos motivos.

Sirve de apoyo por analogía, la siguiente tesis:

> **ACTO ADMINISTRATIVO. SU VALIDEZ Y EFICACIA NO SE AFECTAN CON MOTIVO DE "ILEGALIDADES NO INVALIDANTES" QUE NO TRASCIENDEN NI CAUSAN INDEFENSIÓN O AGRAVIO AL PARTICULAR (CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005).** Si la ilegalidad del acto de autoridad no se traduce en un perjuicio que afecte al particular, resulta irrelevante tal vicio, en tanto que se obtuvo el fin deseado, es decir, otorgarle la oportunidad para que ofreciera pruebas y alegara lo que a su derecho conviniere. En consecuencia, es evidente que no se dan los supuestos de ilegalidad a que se refiere el artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, vigente hasta el 31 de diciembre de 2005, si no se afectaron las defensas del particular, por lo que al no satisfacerse las condiciones legales para la eficacia de la ilegalidad en comento, resulta indebido declarar la nulidad, cuando la ratio legis es muy clara en el sentido de preservar y conservar actuaciones de la autoridad administrativa que, aunque ilegales, no generan afectación al particular, pues también debe atenderse y perseguir el beneficio de intereses colectivos, conducentes a asegurar efectos tales como una adecuada y eficiente recaudación fiscal, lo que justifica la prevención, clara e incondicional del legislador, en el sentido de salvaguardar la validez y eficacia de ciertas actuaciones; y es así que el artículo 237 del mismo código y vigencia, desarrolla el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos administrativos, que incluye lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como "ilegalidades no invalidantes", respecto de las cuales no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto administrativo. Luego, es necesario que tales omisiones o vicios afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada y que ocasionen un perjuicio efectivo, porque de lo contrario el concepto de anulación esgrimido sería insuficiente y ocioso para declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada. No. Registro: 171,872, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Agosto de 2007, Tesis: I.4o.A. J/49, Página: 1138.

**AGRAVIO FUNDADO PERO INOPERANTE. ES AQUEL QUE ALEGA ILEGALIDAD**

**DE DESECHAMIENTO DE PRUEBAS, CUANDO ESTAS NO SON IDONEAS PARA DESVIRTUAR LA NEGATIVA DE ACTOS DE LAS AUTORIDADES.** Si el a quo no precisó en la audiencia constitucional las razones, motivos o fundamentos adecuados para desechar las pruebas ofrecidas por los recurrentes, es fundado pero inoperante tal agravio, debido a que busca acreditar la posesión de un predio que, dice, pretenden desposeerle, con la prueba de inspección ocular, que no es bastante para ello, y con la testimonial que también le es desechada, y con la prueba pericial, que tampoco es apta, máxime que el cuestionario que formula para su desahogo no se encamina a conocimientos técnicos, sino a hechos que cualquier persona puede apreciar con los sentidos naturales; en consecuencia, es claro que si tales pruebas no son conducentes para desvirtuar la negativa de actos de las autoridades, a pesar de haberse desahogado fuera de derecho, el agravio es fundado pero inoperante, por no ser idóneas las probanzas desechadas. Registro: 210172. Tesis: I. 4o. A. 77 K. Octava Época. Tesis Aislada. Materia(s): Común. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo : XIV, Octubre de 1994 Página: 275

Aunado a lo anterior, debe señalarse que si bien es cierto que la recurrente pretendía con el informe del Administrador Central de Operación Aduanera de la Administración General de Aduanas exhibir a la CFC el volumen de unidades y valor de las exportaciones realizadas, lo cierto es que aún y cuando se hubiera presentado ese documento la recurrente omite señalar cuál o cuáles son los alcances que se derivan del volumen de exportación, esto es, cuál es el efecto que tiene el volumen de exportación respecto de la conducta imputada, de lo que se sigue que, no se aprecia el alcance que se persigue con dicha probanza, es decir, no se observa cómo la conducta imputada puede haber sido desvirtuada con el volumen de las exportaciones, pues en todo caso, es irrelevante en la medida en que no se señala cómo esa documental desvirtúa la práctica monopólica absoluta imputada frente a las licitaciones convocadas por el IMSS.

### 4.4 La Comisión debe imputar con pruebas

**Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis**

a) **Los recurrentes manifiestan que, el *onus probandi* le corresponde a aquél que realiza una afirmación, en el presente caso, el imputar una probable responsabilidad trae aparejada una afirmación condenatoria, lo que concatenado con el artículo 82 del CFPC, se confirma que es única y exclusivamente obligación de esa CFC el acreditar plenamente todas y cada una de las afirmaciones antes mencionadas.**

**En efecto, la CFC tiene la carga de demostrar todas las aseveraciones e imputaciones que se hagan aún para simplemente afirmar que presuntamente se realizó la conducta.**

**La CFC considera que la única obligación que tiene como Autoridad es demostrar una**

**presunción, con lo cual considera incorrectamente que en materia de competencia económica se debe relajar el criterio de la carga de la prueba, ya que parece que bastara con arrojar algunas manifestaciones para que sea el "presunto responsable" quien demuestre todo lo contrario, e incluso en algunas ocasiones hechos negativos, como acontece en la especie.**

**La responsabilidad en cualquier materia debe acreditarse cabalmente lo que se sostiene, porque existe un derecho fundamental que es el de ser escuchado y vencido, antes de poder ser considerado responsable legalmente y sancionado por la realización de una conducta.**

**Efectivamente, esta laxitud en el imperio de probar se advierte en diversas partes del oficio de probable responsabilidad y la Resolución que se recurre, como lo son, entre otras, por la selección forzada de las licitaciones que se han tomado como ejemplo y ofrecido como prueba por la Comisión; la utilización de dos llamadas telefónicas que no tienen ningún valor probatorio; por hacer caso omiso de las comparecencias realizadas a lo largo del procedimiento de investigación; por realizar una investigación mediante la cual pretende estructurar pruebas basadas en actos de fe a los que se concede un valor inusitado; por realizar imputaciones totalmente arbitrarias y sin sustento legal; sino que además existen muchas pruebas en contrario; por no haber considerado y ni siquiera mencionado la bastedad de información que fue proporcionada por mi Representada y los demás emplazados al desahogar los requerimientos de información durante la etapa de investigación, sin dejar a un lado las comparecencias de los diferentes directivos de las emplazadas.**

**De la lectura del párrafo aquí trascrito, se observa que la Comisión pretende fundamentar la colusión entre licitantes, tomando como ejemplo los mismos procedimientos de licitación, del mismo producto, ordenado por la misma delegación, en la misma entidad, con las mismas condiciones de entrega, y por supuesto, con los mismos costos en el procedimiento para los licitantes y sin tomar en cuenta precios de referencia previos a la supuesta iniciación del Cartel, con lo cual queda de manifiesto que la CFC dejó de allegarse de la mejor información disponible.**

Respecto de lo argumentado por los recurrentes, debe señalarse lo siguiente:

La presunción parte de un hecho probado. En este caso el hecho conocido y probado fueron las actas de fallo pronunciadas en las licitaciones analizadas, a esos documentos se les dio el valor de prueba documental pública en la resolución. Las llamadas fueron acreditadas con documentales privadas, registros aportados por las emplazadas. La participación en la CANIFARMA con documentales privadas: listas de asistencia y una contestación al requerimiento de información en las que la propia Cámara informa sobre los miembros de la Comisión de Abasto y el objeto de dicha comisión. Estas y otras pruebas fueron expuestas y valoradas en el apartado 5 de la resolución denominada

"**ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA**" para demostrar los elementos por los que se acreditaron todos y cada uno de los supuestos y premisas de los que se valió la comisión para arribar a la conclusión de que hubo colusión.

Lo anterior fue producto de una serie de elementos recabados a lo largo de la etapa de investigación, basado en pruebas públicas o privadas, comparecencias y declaraciones de los agentes a través de las respuestas a los requerimientos de información, que permitieron a esta autoridad inferir otros hechos como la comunicación constante a través de llamadas telefónicas y la coincidencia de su participación en la CANIFARMA y, en último término, la existencia del acuerdo colusorio, al no existir ninguna otra explicación razonable al comportamiento de dichos agentes en la presentación de posturas ante las licitaciones del IMSS.

Asimismo, debe advertirse que las conductas imputadas son inexplicables con base en la alternancia de ganadores frente a las licitaciones convocadas por el IMSS, es decir, no guardan una relación proporcional frente a las posturas de los precios ofrecidos ante ese Instituto por lo que en todo caso, las conductas son el resultado de un acuerdo colusorio entre las empresas sancionadas.

De lo que se concluye que, contrario a lo señalado por los recurrentes, sí existen elementos suficientes que determinaron la presunción de una práctica monopólica absoluta.

En ese sentido, las pruebas únicamente adquieren relevancia en el procedimiento seguido en forma de juicio, ya que aquí se podrá desvirtuar aquellos indicios que permitieron determinar una probable responsabilidad ya sea con otra prueba o alegando los alcances y valor jurídico de las mismas, su idoneidad, su naturaleza, etc., lo cual en su caso, quedará sujeto a la tasación del CFPC de aplicación supletoria a la LFCE o a la libre apreciación de la autoridad, según sea el caso.

En el presente caso, la resolución consideró en las fojas 374 a 424 respecto de las pruebas ofrecidas y recabadas señaló los siguientes elementos: i) que las empresas sancionadas son competidoras entre sí, derivado de la información recabada a lo largo de la investigación, ii) que las empresas sancionadas participaron en dos grupos de medicamentes en las licitaciones del IMSS; iii) el objeto social de las empresas sancionadas posibilitan su incursión a los mismos mercados, a través de las mismas actividades, iv) las declaraciones realizadas por las empresas sancionadas derivadas del los requerimientos de información, v) la participación activa de las empresas sancionadas en los mercados, vi) los acuerdos de las empresas sancionadas derivado de los canales de comunicaciones a través de la CANIFARMA y el reporte de llamadas entre los representantes de las empresas sancionadas en las épocas de las licitaciones del IMSS, vii) las responsabilidad de los miembros de las empresas sancionadas en las Comisiones de Abasto de la CANIFARMA, y viii) la evidencia económica resultado de una rotación de ganadores, precios, posturas, etc.

Dichas pruebas son las que soportan la base de la acreditación de la práctica imputada, las cuales conforme a su valoración, no fueron controvertidas por la recurrente.

En tales consideraciones, su argumento es **inoperante** en la medida en que dicho argumento debió haber sido materia de contestación en el oficio de probable responsabilidad, así como que, en todo caso, no señala por qué considera que a las comparecencias, llamadas telefónicas y demás elementos fueron considerados en el oficio de probable responsabilidad como pruebas y cuál es el perjuicio o el agravio que ello le causa, cuando estuvo en posibilidad de desvirtuarlas. Asimismo, omite señalar cuál es el fundamento que fue violado, si sólo en la resolución impugnada se valoraron los elementos presentados y no en el oficio de probable responsabilidad, es decir, se tratan de meras manifestaciones sin fundamento alguno.

### 4.5 COMPARECENCIAS

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) Las comparecencias de los directivos de las emplazadas y que la CFC omitió estudiar en su totalidad, no obstante de haber sido ella la que los citó a comparecer, es pues que al tratarse de una comparecencia rendida ante una autoridad administrativa en la cual se les apeló para que se condujeran con verdad y contestaran bajo protesta de decir verdad, éstas tienen pleno valor probatorio; sin embargo, éstas no fueron tomadas en consideración por la CFC ya que al parecer, no busca la verdad sino sólo la manera en que pueda sancionar a los agentes económicos.**

**Efectivamente en las comparecencias de diversos directivos de las empresas que, a decir de la Comisión, son con las que mi representada se coludió para fijar posturas en las licitaciones del IMSS y a las que la Comisión citó y realizó diversos cuestionamientos, como son de las siguientes personas:**

- ✓ **Alfonso Salvador Huerta Suárez, Director de Ventas a Gobierno de Probiomed.**
- ✓ **Jorge Alberto Silis Franck, Director de Ventas de Cryopharma.**
- ✓ **Alfonso Castillo Plascencia, Director Comercial de Pisa.**
- ✓ **Carlos Villaseñor López, ex empleado de Laboratorios Pisa.**
- ✓ **Raúl Margarit Valenzuela, Director de Ventas a Gobierno de Eli Lilly.**

**De las comparecencias realizadas, todas coincidieron en decir que no han sostenido reuniones con empleados de otros laboratorios para discutir temas sobre el diseño de las propuestas para las licitaciones, que nunca han recibido instrucciones para llegar a acuerdos con sus competidores para fijar posturas o abstenerse a participar en licitaciones, así como tampoco han tenido conocimiento de que empleados y/o colaboradores de la empresa para la que trabaja hayan tenido acuerdos con empresas**

**competidoras para fijar posturas o abstenerse a participar en licitaciones, situación que es conteste con la declaración que dio el señor Raúl Margarit Valenzuela, Director de Ventas a Gobierno de mi representada, lo cual corrobora y robustece que no existió un cártel como lo manifestó la CFC en el que mi representada y Eduardo Osorio Traconis se coludieran con sus competidores para fijar posturas en las licitaciones del IMSS.**

**Asimismo se le preguntó al señor Alfonso Salvador Huerta Suárez, Director de Ventas a Gobierno de Probiomed, S.A. de C.V. ¿si conocía al señor Eduardo Osorio, ex-empleado de mi representada?, a lo que respondió que sí, que fue miembro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, que fue vocal, y que ¿si llegó tener algún trato con Eduardo Osario fuera de la Cámara?, a lo que respondió que no, y que de hecho el trato en la Cámara era muy poco, casi nulo, con lo cual se vuelve a desvirtuar la supuesta colusión que esa CFC le imputa a mi representada y al C. Eduardo Osorio Traconis, para fijar posturas en las licitaciones del IMSS. Esta misma pregunta le fue realizada al señor Carlos Villaseñor López Ex - empleado de Laboratorios Pisa, S.A. de *C.V. a lo que respondió, que conoció al señor Eduardo Osorio Traconis porque* estuvieron en la Comisión de Abasto de la Cámara, que lo conoce desde hace como 15 años y que nunca compartió información de precios con él.**

**Finalmente otro de los cuestionamientos fue qué temas se trataban en la Comisión de Abasto de la CANIFARMA y las respuestas fueron que "más que nada los problemas que surgen con el IMSS y el ISSSTE, sobre los problemas que surgen en las bases de licitaciones. Por ejemplo, muchas veces las prebases nos las da el Seguro Social y nosotros hacemos recomendaciones a las prebases. También para coadyuvar con los compañeros de la Cámara en problemas de cobranza."Asimismo se respondió que "sobre aspectos de la Reincorporación de la Unidad de Control de Calidad del IMSS, los proyectos de las ofertas electrónicas sucesivas de descuentos, se analizan los proyectos que envían las Instituciones a la Cámara, principalmente el IMSS; con lo cual igualmente se corrobora que en ninguno de dichos temas se expresa el ponerse de acuerdo para concertar o fijar posturas en las licitaciones del IMSS.**

**Como se puede apreciar, esta es prueba más que suficiente, la cual desvirtúa en su totalidad las aseveraciones y supuestos indicios de la CFC en el sentido de que Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis se coludieron con los otros agentes económicos para fijar posturas en las licitaciones públicas del IMSS, por lo que lo procedente es que en vía de reconsideración la CFC emita una nueva resolución en la que los absuelva de la comisión de la práctica monopólica imputada.**

Respecto de lo argumentado, de la foja 310 a 312 de la resolución impugnada se señaló, con relación al mismo argumento de los recurrentes, a manera de resumen lo siguiente:

- Eli Lilly señaló que todas las respuestas de los comparecientes coincidieron al decir que no han sostenido reuniones para discutir temas sobre el diseño de las propuestas para las licitaciones, que nunca han recibido instrucciones para llegar a acuerdos, ni han tenido conocimiento de que empleados y/o colaboradores de la empresa hayan tenido acuerdos con empresas competidoras.

- El argumento de Eli Lilly es **infundado**, ya que las reuniones de la CANIFARMA y las listas eran elementos que facilitaban la comunicación entre competidores. Todos los responsables tuvieron representantes en la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, lo que facilitaba el acuerdo colusorio.

- El oficio de probable responsabilidad en foja 155, señaló que a partir de las reuniones en la CANIFARMA tuvieron contacto continuo, lo que permitió incluso intercambiar teléfonos y correos electrónicos. La Comisión de Abasto sirvió para tener un directorio público de los miembros de dicha Comisión.

- La Comisión señaló en el oficio de probable responsabilidad que: "*Eli Lilly aportó al procedimiento información sobre las funciones que como empleado tuvo Eduardo Osorio Traconis hasta dos mil cinco, respecto de las licitaciones del IMSS. Su posición dentro de dicha empresa le permitía intervenir en la determinación de las posturas correspondientes y, desde luego, conocerlas antes de presentarlas en las licitaciones.*"[270]

- Los representantes de las empresas ocupaban cargos de confianza que les permitía tomar decisiones sobre políticas comerciales[271] para las licitaciones del IMSS o al menos proporcionar dicha información a quien detentaba esas facultades.

- El oficio de probable responsabilidad[272] señaló que los probables responsables no sólo tenían comunicación dentro de la CANIFARMA sino que también la tenían por medio de llamadas telefónicas, y que esto se confirmaba con los registros de llamadas telefónicas de sus empleados. Con ello, la Comisión concluyó en el oficio de probable responsabilidad que estos datos corroboraban que las personas físicas tenían comunicación constante, particularmente en periodos de tiempo cercanos a las fechas en las que estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.

- La Comisión tomó en cuenta todos los elementos señalados para considerar que los representantes de los probables responsables se conocen entre ellos y tuvieron comunicación constante durante el periodo investigado, independientemente de que los mismos estuviesen

[270] Foja 157 del oficio de probable responsabilidad.
[271] Foja 155 del oficio de probable responsabilidad.
[272] Foja 158 del oficio de probable responsabilidad.

ocupando o no cargos dentro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA como lo demuestran los reportes de llamadas de los probables responsables.

De lo anterior, podemos observar que la Comisión valoró todos los elementos aportados en el periodo de investigación, incluyendo las comparecencias de los representantes de los recurrentes, de donde se obtuvo que el patrón de facilitadores de comunicación fue precisamente la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, en dónde los representantes de las empresas concurrieron durante el periodo investigado, situación que se vio enriquecida con las llamadas telefónicas que la CFC identificó previo a las licitaciones que fueron analizadas.

En ese sentido, la resolución impugnada señaló en la foja 451 lo siguiente:

> *"Ahora bien, no obstante que la emplazada logró demostrar que en siete de las licitaciones relacionadas en el registro de llamadas realizado por Pisa a Eli Lilly el once de noviembre de dos mil tres, ello no es suficiente para desacreditar las afirmaciones plasmadas en el oficio de probable responsabilidad, ya que no proporcionaron información relativa a las restantes ocho licitaciones que se mencionan. Además, lo que en* ***el oficio de probable responsabilidad se sostuvo es que tenían existen elementos facilitadores y, de hecho, se da una comunicación constante y fluida en periodo de licitaciones, argumento que no contravienen de forma alguna****."*

En ese sentido, es indudable que la imputación realizada en el oficio de probable responsabilidad no fue con motivo de las reuniones sostenidas en la CANIFARMA sino con motivo de los precios presentados en las licitaciones del IMSS y en que, en todo caso, las reuniones sostenidas en dicha asociación únicamente sirvieron como un elemento facilitador para determinar el patrón de comunicación constante durante los periodos de licitación de ese Instituto.

Los recurrentes omiten señalar cuál es el agravio que les causa lo señalado en las fojas 310 a 312, de la resolución impugnada, con relación a la contestación al agravio que reitera en la presente instancia, es decir, cuál es la afectación de haber valorado que las reuniones de la CANIFARMA sólo sirvieron como elemento facilitador y no como el momento en el que intercambiaron información para coordinar las posturas en las licitaciones del IMSS.

Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse hincapié de que pese a la negativa de las llamadas entre los representantes de las empresas sancionadas, lo cierto es que la rotación de ganadores en las licitaciones convocadas por el IMSS, son inexplicables y que contrario a lo señalado por la recurrente, existe evidencia de los patrones de comunicación en fecha próximas a la presentación de posturas.

Al ser una repetición de los argumentos analizados en la resolución impugnada y que no controvierten lo resuelto por esta autoridad, su argumento resulta ser **inoperante.**

Sirve de apoyo a lo anterior, por analogía, la siguiente jurisprudencia:

> **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. RESULTAN INOPERANTES SI SON UNA REPETICIÓN DE LOS AGRAVIOS EN LA APELACIÓN.** Si los conceptos de violación son una reiteración, casi literal de los agravios invocados por el hoy quejoso en el recurso de apelación ante la Sala responsable, ya que sólo difieren en el señalamiento del órgano que emitió la sentencia, pues en los agravios se habla del Juez de primer grado o Juez a quo y en los conceptos de violación de los Magistrados o de la Sala o autoridad ad quem; entonces, debe concluirse que los denominados conceptos de violación son inoperantes por no combatir las consideraciones de la responsable al resolver tal recurso, que es el objetivo de los conceptos de violación en el amparo directo civil. No. Registro: 192,315, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XI, Marzo de 2000, Tesis: II.2o.C. J/11, Página: 845.

**CRYOPHARMA**

**b) Con afirmaciones como *"la existencia y utilización de estos medios de comunicación entre agentes que son competidores entre sí, adminiculada con la evidencia económica que se presentará a continuación, muestra un comportamiento de mercado solamente justificable mediante la existencia de un acuerdo colusorio"* (énfasis añadido) se prueba que esa CFC se había ya formado una convicción, sin sustento jurídico, incluso al momento de requerir la información. Lo anterior causa un evidente agravio a mi representada, pues de haber hecho una investigación legal, real y profunda, y de haber tomado en consideración todas las manifestaciones y probanzas por parte de los emplazados, habría llegado a conclusiones diversas.**

Respecto de lo argumentado por los recurrentes, debe señalarse que la expresión señalada, fue utilizada dentro de un contexto a que se refieren en las fojas 379 y 380, del apartado "**ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA**", al referirse la resolución impugnada en el siguiente contexto:

> *" b) Contratos, convenios, arreglos o combinaciones cuyo objeto o efecto haya sido establecer, concertar o coordinar posturas en licitaciones públicas*
>
> *De lo expuesto hasta este momento, existe evidencia que demuestra que las emplazadas cuentan con los instrumentos y medios de comunicación suficientes para lograr un acuerdo colusorio respecto de las licitaciones del IMSS.*
>
> *En este sentido, existen pruebas que acreditan la existencia de comunicación entre los directivos de las distintas empresas en periodos cercanos al evento de apertura de propuestas de las diferentes licitaciones.*
>
> *En el capítulo 6 del oficio de probable responsabilidad se realizó una descripción de la información y documentación presentada por las emplazadas, así como por la CANIFARMA, que permiten acreditar la existencia y utilización de estos medios de comunicación útiles para llevar a cabo el establecimiento, concertación o coordinación entre los distintos agentes.*

*La existencia y utilización de estos medios de comunicación entre agentes que son competidores entre sí, adminiculada con la evidencia económica que se presentará a continuación, muestra un comportamiento de mercado solamente justificable mediante la existencia de un acuerdo colusorio entre las emplazadas con el objeto o efecto de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones del IMSS.*

*Como se señaló en el inciso a) anterior, durante la etapa de investigación esta Comisión se allegó de elementos probatorios suficientes para demostrar a nivel presuntivo que empleados de las emplazadas estuvieron en constante comunicación durante el periodo comprendido del año dos mil tres a dos mil seis. A efecto de acreditar lo anterior, a continuación se presenta una relación de los medios de comunicación a los cuales tuvieron acceso o a los que recurrieron las emplazadas para poder comunicarse entre ellos."*

De lo anterior, podemos observar que la expresión que ahora se recurre fue inserta en un contexto superior, relativo a los instrumentos y medios de comunicación suficientes para lograr un acuerdo colusorio, que fue desarrollado en el capítulo 6 del oficio de probable responsabilidad, de dónde se pudo obtener un patrón de comunicación constante.

En ese sentido, la resolución impugnada debe entenderse como un todo y no en una forma aislada, puesto que las resoluciones que emite la Comisión son un acto administrativo que se integra por un conjunto de elementos, consideraciones y razones especiales que se encuentran plasmadas en la propia resolución, por lo que su análisis y estudio debe abordarse en su conjunto, sin que pueda analizarse o comprenderse en forma aislada como lo pretende los recurrentes, ya que las consideraciones de la propia resolución se encuentran en un contexto cuyo análisis tiene elementos indisolublemente relacionados y concatenados entre sí, que no pueden entenderse en forma aislada, de lo que se sigue que, al ser un todo la resolución impugnada deben considerarse todos y cada uno de los elementos que la integran para desprender los elementos en que se sustenta la autoridad y los motivos en los que apoya su resolución.

Por tanto, no basta señalar que la Comisión se había formado una convicción al momento de emitir los requerimientos de información, cuando el contexto de la expresión impugnada resume parte de los elementos que fueron analizados del oficio de probable responsabilidad y que no fueron desvirtuados por las hoy recurrentes.

Sirve de apoyo por analogía las siguientes tesis y jurisprudencia:

**SENTENCIAS, RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS.** Una sentencia no es sino una relación lógica de antecedentes dados, para llegar a una conclusión que resuelve la controversia sometida al juzgador; por lo mismo, la sentencia la constituyen tanto la conclusión lógica de sus antecedentes, como las proposiciones que fijan el sentido de tal relación, y no puede sostenerse que cuando se aclara la congruencia de los elementos del razonamiento que el Juez hace, para llegar a una conclusión, se viole la sustancia del fallo, sólo porque en razón de dicha congruencia, sea necesario aclarar el sentido de la proposición, pues no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como es la resolutiva, sin la relación de los hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la resolución. No. Registro: 353,345, Tesis aislada, Materia(s): Común Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario

Judicial de la Federación, LXX Tesis: Página: 3764, Genealogía: Apéndice 1917-1985, Octava Parte, Común, última tesis relacionada con la jurisprudencia 269, página 466.

**SENTENCIAS. RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS.** Los puntos resolutivos de una sentencia son el resultado de las consideraciones jurídicas que los determinan y sirven para interpretarlos, de acuerdo con el principio de congruencia interna de las sentencias, de modo que no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como lo es la resolutiva, sin la relación de hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la determinación. No. Registro: 240,090, Tesis aislada, Materia(s): Común, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 199-204 Cuarta Parte, Tesis: Página: 44, Genealogía: Informe 1985, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 64, página 47.

**SENTENCIA DE AMPARO. INCONGRUENCIA ENTRE LOS RESOLUTIVOS Y LA PARTE CONSIDERATIVA, EL TRIBUNAL REVISOR DEBE CORREGIRLA DE OFICIO.** **Siendo el dictado de las sentencias de amparo y su correcta formulación una cuestión de orden público, al constituir la base del cumplimiento correcto que eventualmente pudiera darse a la ejecutoria de amparo, evitando ejecutorias forzadas e incongruentes que lleven a un imposible cumplimiento**, además de que en las incongruencias puedan verse involucradas causales de improcedencia que son también de orden público y de estudio oficioso, y en atención a que el artículo 79 de la Ley de Amparo otorga al juzgador la facultad de corregir los errores en la cita de garantías violadas, para amparar por las realmente transgredidas dicha facultad debe ser aplicada, por igualdad de razón, al tribunal revisor para corregir de oficio las incongruencias que advierta en las sentencias, ajustando los puntos resolutivos a **las consideraciones de la misma**, pues **son éstas las que rigen el fallo y no los resolutivos**, contemplándose la posibilidad de que, en el supuesto de que una incongruencia fuese de tal modo grave que su corrección dejara a alguna de las partes en estado de indefensión, el órgano revisor revocará la sentencia y ordenará la reposición del procedimiento para que el Juez de Distrito emita otra resolución, toda vez que es un error no imputable a ninguna de las partes y que puede depararles un perjuicio no previsto en su defensa. Lo anterior no debe confundirse con la suplencia de la queja, en virtud de que la coherencia en las sentencias de amparo al igual que la improcedencia del juicio es de orden público y por ello de estudio oficioso, y la suplencia de la queja presupone la interposición del medio de defensa por la parte perjudicada y sólo se lleva a cabo en los supuestos previstos por el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, para beneficio o por interés del sujeto a quien se le suple la queja, y no del bien común de la sociedad que deposita su orden jurídico, entre otros, en los órganos judiciales. Por las razones expuestas se abandona el criterio sostenido en la tesis visible en las páginas mil doscientos cuarenta y siete y mil doscientos cuarenta y ocho de la Primera Parte, Sección Segunda del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de mil novecientos diecisiete a mil novecientos ochenta y ocho, cuyo rubro dice: "SENTENCIA DE AMPARO CONTRA LEYES. INCONGRUENCIA ENTRE LOS RESOLUTIVOS Y LA PARTE CONSIDERATIVA. CUÁNDO NO PUEDE CORREGIRSE DE OFICIO.", en virtud de que éste se supera con lo mencionado, toda vez que, como se explicó el dictado de la sentencia y su congruencia son de orden público, y por ende, de estudio oficioso, existiendo la posibilidad de revocar la sentencia y ordenar la reposición del procedimiento para el efecto de que se dicte otra, cuando la corrección de la incongruencia sea de tal manera grave que se deje en estado de indefensión a alguna de las partes, pero de no ser así, el órgano revisor de oficio debe corregir la incongruencia que advierta en la sentencia recurrida, máxime que se encuentra sub júdice y constituirá la base del cumplimiento que eventualmente pudiera dársele. No. Registro: 192,836, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Noviembre de 1999, Tesis: P./J. 133/99, Página: 36.

Asimismo, resulta aplicable la siguiente tesis:

> **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO.** Si en los conceptos de violación no se combaten o desvirtúan todos y cada uno de los razonamientos de la sentencia reclamada, aquellos se consideran inoperantes, ya que aun cuando alguno fuera fundado, no sería suficiente para conceder el amparo solicitado, puesto que existen otras consideraciones de la sentencia que no se impugnaron y que este Tribunal Colegiado no puede estudiar, por ser el amparo en materia administrativa de estricto derecho; conclusión que hace innecesario el estudio de las infracciones que se aducen en los conceptos de violación, en virtud de que lo expresado en ellos carece de trascendencia jurídica, al subsistir la sentencia reclamada con base en los intocados razonamientos en que se apoya. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Mayo de 1999, Tesis: II.A.62 A, Página: 1001.

Por tanto, al no controvertir las consideraciones que sirvieron de base para la emisión de la resolución, sus argumentos sólo son meras manifestaciones que no controvierten lo resuelto por esta autoridad y que no señalan cuál es el agravio que la causa, es decir, cual es la afectación a su esfera jurídica, por lo que su argumento es **inoperante**.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que, lo que no se explica es el comportamiento de las empresas sancionadas y que ninguna prueba analizada desvirtúa el patrón de alternancia de otra forma que no se puede dar sino mediante el acuerdo colusivo.

**c) Es que pretende manipular las declaraciones de diversos funcionarios al tratarlas como confesión expresa de haber cometido acuerdos colusorios y darles así valor probatorio pleno, con lo que se causa un evidente agravio a mi mandante, pues de ninguna manera confesaron dichos funcionarios tal cosa, con lo cual no puede dárseles ese carácter de prueba plena.**

Respecto de su argumento, debe señalarse que los recurrentes no precisan cuáles fueron las declaraciones que se pretendieron manipular, por qué considera que se les otorgó un carácter de confesión expresa y por ello un valor probatorio pleno, cómo lo alegado le causa agravio y qué fue lo que declararon los funcionarios; es decir, no existe una precisión que permita a la Comisión observar cuáles son en su caso las posibles violaciones a que se refiere los recurrentes, puesto que no identifica cuáles fueron las declaraciones que dentro de la resolución impugnada fueron valoradas como una confesión expresa, qué artículo fue violado por la Comisión y cómo ello es suficiente para revocar la resolución impugnada.

Por tanto, lo argumentado por los recurrentes resultan ser meras manifestaciones generales de consideraciones subjetivas que no precisan qué parte de la resolución les causa agravio y por qué lo resuelto es contrario a la LFCE, por lo que al ser únicamente expresiones que no guardan relación con la litis de la presente instancia, sus argumentos son **inoperantes.**

**AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.** **Si no se está en el caso de suplir la deficiencia de los agravios en términos del artículo 76 bis, fracción VI, de la Ley de Amparo, no basta que el recurrente exprese sus agravios en forma genérica y abstracta**, es decir, que se concrete a hacer simples aseveraciones para que el Tribunal Colegiado emprenda el examen de la legalidad de la resolución recurrida del Juez de Distrito a la luz de tales manifestaciones, **sino que se requiere que el inconforme en tales argumentos exponga de manera razonada los motivos concretos en los cuales sustenta sus propias alegaciones, esto es, en los que explique el porqué de sus aseveraciones, pues de lo contrario los agravios resultarán inoperantes**. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Agosto de 2003, Tesis: I.11o.C.15 K, Página: 1671.
[Énfasis]

## 4.6 ACTAS DE LA CANIFARMA

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) Con el dicho de las comparecencias y las actas de la CANIFARMA quedó probado que jamás se dio el cártel.**

**Como lo establecimos, la Comisión debió acreditar que existió un acuerdo entre los competidores para establecer posturas en las licitaciones, sin embargo, la misma Comisión reconoce que dicho acuerdo o colusión no se dio en las reuniones que se llevaban a cabo en la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, al así reconocerlo en la resolución que se recurre en foja doscientos treinta y cuatro, y en la que estableció: *"que en dichas reuniones de la Comisión de Abasto asistían directivos de las empresas que podían determinar el precio de los productos licitados y que ello sólo se planteó para establecer que existían canales de comunicación facilitando la colusión más no que ahí se coludieron".***

**No obstante lo anterior, como ya quedó claro y perfectamente probado y por lo que respecta a Eduardo Osorio Traconis, éste no tenía ninguna facultad de determinar precio alguno, por lo que su comentario y/o afirmación a ese respecto es falso. Ahora bien, por lo que hace a que su investigación que duró 4 años, estos le sirvieron para acreditar que existían canales de comunicación facilitando la colusión, es lo que la ley le exige acreditar para demostrar que se cometió la práctica monopólica imputada tal y como quedó demostrado y establecido en agravios anteriores. Lo anterior, por cierto, dista mucho de ser la mejor información disponible para acreditar la práctica.**

**Tan absurdo es el que la Comisión pretenda establecer que se cometió la práctica aduciendo que existían canales de comunicación y que ello demuestra un indicio de colusión, ya que para demostrar tal circunstancia bastaba con tomar un**

**Directorio Telefónico, comunicarse al conmutador de la empresa que uno deseara y solicitar por la persona sin necesidad de reunirse o tomar el teléfono de una lista de asistencia de una reunión de la CANIFARMA.**

**Efectivamente dicho listado de llamadas telefónicas carece de valor probatorio por las siguientes cuestiones:**

1. **Es un documento en copia simple.**
2. **Es un documento proveniente de un tercero, que solo prueba en contra de él.**
3. **Es un documento que si a caso presume que se realizó una llamada, más no que se haya recibido.**
4. **Es un documento que quizás presuma que se hizo la llamada más no lo que aconteció en dicha llamada, en caso de que se hubiese recibido.**
5. **Dicho documento se encuentra alterado por la CFC al no establecer los números telefónicos de la supuesta llamada saliente y entrante.**
6. **Se nos negó el acceso a poder ver dicho documento.**
7. **Se negó igualmente haberse recibido llamada alguna, lo cual trae consigo el revertir la carga de la prueba.**
8. **Al negársenos el acceso a dicho documento se violentó la garantía de audiencia y acceso a la justicia.**

**Finalmente el mencionado documento se objetó y se vuelve a objetar en todos y cada uno de sus términos por no reunir los requisitos legales para que el mismo pueda ser opuesto contra Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis.**

**Tenemos que el supuesto listado de llamadas se encuentra totalmente lleno de vicios y carece de totalmente de valor probatorio, son aplicables los artículos del CFPC que a continuación se transcriben.**

> ***"Artículo 81.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones."***

**En este caso la Comisión es el actor y su deber es probar los hechos constitutivos de sus acciones, es decir, debe de acreditar que Elí Lilly y el C. Eduardo Osario Traconis cometieron la práctica monopólica imputada, véase que el artículo dice probar no inferir.**

> ***"Artículo 82.- El que niega sólo está obligado a probar.***
> ***1.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;"***

**Como se puede apreciar el que niega como es el caso Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis negaron haber cometido la práctica y por otro lado el haber recibido**

**la llamada telefónica, lo cual, no trae consigo ninguna afirmación expresa, por lo que la carga de probar es nuevamente de la CFC, y no la satisfizo.**

**Como vemos el documento proveniente de un tercero sólo prueba en favor de la parte que quiere beneficiarse con él y contra su colitigante, cuando éste no lo objeta, pero es el caso de que dicho documento fue objetado en todos y cada uno de sus términos por Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis por encontrarse viciado, alterado y tratarse de una copia simple.**

**Como vemos dicha documental fue objetada, sin embargo la Comisión jamás ordenó su cotejo con el original, por lo tanto lo único que acreditó la Comisión, si a caso, es de la existencia de un original, mas no su contenido o alcance.**

De lo argumentado por los recurrentes se pueden advertir tres líneas de acción sobre las cuales basa su argumento: i) las actas de la CANIFARMA, ii) las listas de llamadas telefónicas y iii) la obligación de probar por la Comisión.

Bajo ese esquema, la Comisión procede a dar contestación a las manifestaciones realizadas por los recurrentes en los siguientes términos:

Se ha señalado en la presente resolución que, la resolución impugnada, en las fojas 382 y 383, respecto de los argumentos hechos valer por los recurrentes, que:

> *"Expuesto lo anterior... relativa a que se valoraran las listas de la CANIFARMA, toda vez que según la emplazada, de dicha información y con respecto la Comisión de Abasto, se desprende que las reuniones que se llevaban a cabo en la Comisión en comento, versaban sobre cuestiones que tienen que ver con la problemática de la industria en general, con cuestiones de normatividad, o con cuestiones relacionadas con los precios de referencia, por lo que se trata de cuestiones propias de una asociación gremial.*
>
> *Sin embargo, es necesario señalar que esta autoridad no imputó que las sesiones celebradas en la Comisión de Abasto de la CANIFARMA se trataran asuntos sobre el establecimiento, concertación o coordinación de posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS, sino señaló que de las listas que presentó la CANIFARMA a esta Comisión en la etapa de investigación, queda evidenciada la asistencia de los probables responsables a las sesiones de la Comisión de Abasto."*

Asimismo, se ha señalado que las actas de la CANIFARMA fueron utilizadas como elementos que facilitaron la comunicación entre los recurrentes y que no se imputó que en esas reuniones se llevó a cabo el intercambio de información para la comisión de la práctica imputada.

Al respecto, la resolución impugnada en la foja 235, señaló con relación al argumento realizado por Eli Lilly (foja 228 de la resolución impugnada):

*"Por otro lado, el oficio de probable responsabilidad tampoco condena la existencia de una base de datos de los miembros de la CANIFARMA o directorio telefónico. Simplemente se trata de un elemento más que permitió y facilitó que las emplazadas pudieran ponerse de acuerdo y coordinar sus posturas.*

*Aún cuando a la Comisión de Abasto asistían no sólo las emplazadas, sino también otras empresas farmacéuticas, y que en la orden del día se plasmaron temas lícitos a abordar durante las sesiones, lo cierto es que en nada destruye la presunción señalada en el oficio de probable responsabilidad, puesto que, debido a la naturaleza de las prácticas monopólicas absolutas, los acuerdos, convenios, arreglos, contratos o combinaciones entre agentes económicos no suelen ser patentes y manifiestos, sino que, por el contrario, son secretos y buscan medios para poder comunicarse entre sí, sin levantar sospechas, aprovechando el tipo de foros que propician las Cámaras de la industria para reunirse. Por ello, la asistencia frecuente a las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA de todos los agentes económicos que participaron en diversas licitaciones celebradas por el IMSS, las llamadas en periodos cercanos a los procesos licitatorios del IMSS y que fueron realizadas por empleados cuyas funciones estaban relacionadas con la determinación de precios con la que sus empresas participaron en las licitaciones de medicamentos convocadas por el IMSS y el análisis económico del patrón de las posturas es suficiente para acreditar de manera presuntiva un comportamiento que responde razonablemente a una coordinación, establecimiento o concertación entre las empresas emplazadas.*

*En este orden de ideas, en el oficio de probable responsabilidad nunca se dijo que la CANIFARMA y su Comisión de Abasto se dedicaran a fijar precios para las licitaciones ni que en las reuniones de ese organismo se dieran con ese efecto. Lo que se señaló fue que a partir de las reuniones que se celebraban en la CANIFARMA, es que pudieron tener acceso a los datos personales y laborales de los principales representantes de las emplazadas, así como facilitar la comunicación posterior entre competidores."*

De lo anterior, se puede observar que lo aseverado por la Comisión en la resolución impugnada fue evidenciar cuáles fueron los canales de comunicación, en dónde dichas reuniones permitieron el intercambio de datos de contacto entre las personas sancionadas, elemento que pudo corroborarse con las llamadas telefónicas entre esas mismas personas.

Por otro lado, aun y cuando es irrelevante las facultades con que contaba Eduardo Osorio Traconis, debe advertirse que la resolución impugnada, concretamente en la foja sesenta y cuatro, señaló con relación a este punto lo siguiente:

*"Eli Lilly aportó al procedimiento información sobre las funciones que como empleado tuvo Eduardo Osorio Traconis hasta dos mil cinco, respecto de las licitaciones del IMSS.[273] Su posición dentro de dicha empresa le permitía intervenir en la determinación de las posturas correspondientes y, desde luego, conocerlas antes de presentarlas en las licitaciones."*

Por tanto, debe concluirse que la respuesta a los planteamientos de los recurrentes en la resolución impugnada no son controvertidos en la presente instancia, es decir, no se observa cuál es el agravio que les causa lo resuelto por la Comisión, sino que por el contrario, pretenden argüir nuevos

[273] Folios 39034 y 39035 del expediente. Dicha información fue clasificada como confidencial mediante acuerdo de veintiséis de noviembre de dos mil ocho, por lo que únicamente el agente económico que la proporcionó puede acceder a la misma.

elementos que no fueron objeto de la contestación al oficio de probable responsabilidad, de lo que se sigue que sus argumentos resultan ser **inoperantes**.

Sirve de apoyo, por analogía, la siguiente tesis:

> **AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LOS ARGUMENTOS NO PROPUESTOS AL JUEZ DE DISTRITO EN LA DEMANDA DE AMPARO.** Si los argumentos que se aducen en los agravios no se hicieron valer ante el Juez de Distrito que emitió la sentencia recurrida, no pueden ser tomados en consideración, pues resultaría injustificado examinar la legalidad de las consideraciones vertidas por el juzgador a la luz del razonamiento o hechos que éste no conoció, al no habérsele propuesto. No. Registro: 183,955, Tesis aislada, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Julio de 2003, Tesis: I.6o.A.7 K, Página: 1003.
>
> **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO. INOPERANCIA DE LOS QUE INTRODUCEN CUESTIONAMIENTOS NOVEDOSOS QUE NO FUERON PLANTEADOS EN EL JUICIO NATURAL.** Si en los conceptos de violación se formulan argumentos que no se plantearon ante la Sala Fiscal que dictó la sentencia que constituye el acto reclamado, los mismos son inoperantes, toda vez que resultaría injustificado examinar la constitucionalidad de la sentencia combatida a la luz de razonamientos que no conoció la autoridad responsable, pues como tales manifestaciones no formaron parte de la litis natural, la Sala no tuvo la oportunidad legal de analizarlas ni de pronunciarse sobre ellas. No. Registro: 178,788, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Abril de 2005, Tesis: VI.2o.A. J/7, Página: 1137.

Ahora bien, en cuanto al listado de las llamadas telefónicas, los recurrentes manifiestan que basta haber tomado el directorio telefónico para comunicarse al conmutador, así como que el listado no debió considerarse al tratarse de un documento en copia simple, proveniente de un tercero, que no acreditan lo que en él se consigna, que es alterado, etc.

Al respecto, debe recordársele que el listado de llamadas fue un elemento que formó parte del oficio de probable responsabilidad, esto es, de las fojas 159 y siguientes, reiterado en la resolución impugnada de las fojas 392 y siguientes. Por tanto, la posibilidad que tuvieron los recurrentes de realizar las manifestaciones formuladas en la presente instancia, en la cual la lista está conformada por la resolución impugnada y los agravios que ésta le causa, pero no así con los elementos que sirvieron como base para emitir el oficio de probable responsabilidad, ya que la presente instancia no es una litis abierta y, en todo caso, los argumentos alegados en el presente procedimiento son totalmente extemporáneos, ya que se insiste, los argumentos tendientes a desvirtuar los elementos del oficio de probable responsabilidad, deben hacerse en la contestación al mismo y no en el presente recurso de reconsideración.

Por tanto, sus argumentos resultan **inoperantes**.

Finalmente, los recurrentes manifiestan que la Comisión debió probar y no inferir los hechos constitutivos que se les imputó y que la negativa de no haber cometido la práctica monopólica ni haber recibido la llamada, no debe considerarse que se trate de una afirmación expresa sino que en todo caso correspondía a la Comisión acreditar los hechos de su imputación.

Al respecto, la Comisión ha indicado que los elementos de convicción en su conjunto pueden determinar la comisión de una práctica monopólica, de lo que se sigue que la valoración de dichas pruebas de manera conjunta con las aportadas por los probables responsables es lo que determina si existió o no la comisión de una conducta.

Por tanto, las presunciones que se señalan en el oficio de probable responsabilidad al ser *iuris tantum*, son susceptibles de ser desvirtuadas por los agentes económicos emplazados, de lo que se sigue que corresponde a éstos acreditar que lo imputado no es cierto, como se señala, negándolo o aclarando como sucedieron los hechos imputados y aportando las pruebas que se consideren convenientes. Por tanto, la carga de la prueba corresponde al agente económico emplazado, respecto a lo que ellos afirmaron o cuyas negativas llevaban implícita una afirmación. Lo anterior, incluso puede observarse de lo dispuesto por el artículo 33 de la LFCE.

Aunado al hecho de que también se ha señalado que el procedimiento en materia de competencia económica no es igual a un procedimiento civil, por lo que su supletoriedad debe obedecer el principio de reserva de ley previsto en el artículo 1° del RLFCE. En ese sentido, las presunciones del oficio de probable responsabilidad no derivan del CFPC sino de la LFCE, de lo que se concluye que, su argumento resulta **infundado.**

**FRESENIUS Y MANUEL VÁZQUEZ BLANCO**

**b) El Pleno determinó que las listas de asistencia de las empresas investigadas a la CANIFARMA fueron tomadas en cuenta para la determinación de imputarles responsabilidad, pero posteriormente, concluye que para lo único que sirvieron tales listas de asistencia fue para probar que, efectivamente, las emplazadas habían asistido a las reuniones de CANIFARMA, determinación que adolece de una indebida motivación material.**

Respecto de lo argumentado, vale señalar que se trata de un argumento que fue analizado y contestado en la resolución que se impugna. Al respecto, la resolución señaló en las fojas 213 y siguientes que:

> *"El argumento del emplazado resulta **infundado** por las siguientes consideraciones:*
>
> *Como se mencionó en el oficio de probable responsabilidad, las llamadas telefónicas son medios adicionales de comunicación que tuvieron las empresas emplazadas y que se acreditó a partir de la información que proporcionaron los ahora emplazados durante el procedimiento de investigación. De*

*dichas llamadas se desprende que existió comunicación entre los empleados de las empresas emplazadas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta de las posturas en las licitaciones con el IMSS. Así pues, de dicha comunicación se desprende que los empleados de las empresas competidoras realizaban llamadas en períodos cercanos a las fechas de las licitaciones públicas convocadas por el IMSS.*

*La Comisión no imputó la probable responsabilidad por la comisión de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE a partir de las llamadas telefónicas, sino mediante la existencia de pruebas indirectas, las cuales fueron adminiculadas al guardar relación con el hecho principal o supuesto normativo contemplado en dicho precepto. Es decir, el acuerdo entre agentes económicos competidores entre sí con la finalidad de establecer, concertar y coordinar posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS. La existencia de las llamadas constituye la acreditación de hechos secundarios, los cuales se relacionan con la conducta anticompetitiva en comento.*

*Las supuestas razones personales, sociales o profesionales no fueron acreditadas por la emplazada, por lo que tal y como señaló el oficio de probable responsabilidad, a partir del registro de las llamadas proporcionado por los propios emplazados, se presentan una serie de coincidencias para los números telefónicos que tenían sus empleados, quienes tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de sus empresas en las licitaciones del IMSS (además de los miembros de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, otros empleados como Jesús Héctor Hernández Herrera[274]).*

*Finalmente, es falso que se haya dejado en estado de indefensión al emplazado, al negársele el acceso a los documentos clasificados como confidenciales de otros agentes económicos, pues la información que resultaba útil para su defensa se encontraba plasmada en el oficio de probable responsabilidad. La única información clasificada como confidencial fue aquella relativa a los números de teléfono que aparecían en el recibo, siendo que en éstos además existe información ajena al presente procedimiento, como los es el importe del recibo telefónico y los demás teléfonos marcados por los agentes económicos que presentaron la información. Es necesario resaltar, que fueron los emplazados quienes entregaron su propia información, por lo que tenían pleno conocimiento de los números de las llamadas que realizaron, resultando absurdo que pretendan ahora alegar una supuesta violación a su esfera jurídica.* [275]

*Lo anterior, corrobora que dichas personas físicas tenían comunicación constante, particularmente en periodos cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS, por lo que resulta* ***inoperante*** *su argumento.*

*...*

*Por lo que hace al primer argumento, se le señala al emplazado que los documentos aportados por la CANIFARMA serán valorados en el capítulo 5 de la presente resolución intitulado* ***"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"****, por lo que se abordará y analizará a detalle el presente argumento y en obvio de inútiles repeticiones, por economía procesal y dada la íntima relación que guardan dichos argumentos se remite a ese pronunciamiento."*

Con relación a la valoración de las listas y actas de la CANIFARMA, la resolución impugnada señaló en las fojas 423 y 424 lo siguiente:

---

[274] Baxter estableció expresamente las funciones de Jesús Héctor Hernández Herrera como su empleado (folio 38422 del expediente – información clasificada como confidencial que sólo puede ser consultada por el agente económico que la proporcionó).
[275] Información clasificada como confidencial, contenida en folios 56127 a 57265 del expediente.

***c.2) Existencia de medios y canales de comunicación***

*En constancias del expediente existen elementos que prueban la forma en que las emplazadas contaron con medios y canales de comunicación que facilitaban lograr un acuerdo colusorio, en específico los siguientes:*

- *La asistencia a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, y*
- *El registro de llamadas telefónicas entre distintos directivos comerciales de las emplazadas.*

*En efecto, tal y como se analizó en el capítulo 6 del oficio de probable responsabilidad intitulado "**MEDIOS DE COMUNICACIÓN**", la CANIFARMA cuenta con una Comisión de Abasto, la cual tiene reuniones periódicas (al menos dos veces por mes) a las que, durante el periodo investigado, asistieron los principales directivos de las áreas comerciales de las emplazadas. Los directivos que asistieron a dichas reuniones estuvieron a cargo o influyeron en la determinación de los precios con los que sus empresas participaron en las licitaciones de medicamentos del IMSS.*

*La propia CANIFARMA manifestó que entre las responsabilidades de la Comisión de Abasto, se identifica la tarea de proveer a sus afiliados el acceso a una base con los datos que recaba de los fallos licitatorios que les garantizara a éstos consultas "expeditas y rápidas en materia". Este elemento representa la existencia de un mecanismo de monitoreo asequible a las emplazadas.*[276]

*Lo anterior, sin menoscabo de los elementos que, de por sí, ya están a disposición de las empresas para realizar un monitoreo sistemático de los resultados de las licitaciones, dada la transparencia de los procesos de licitación, como son:*

- *El mismo proceso de licitaciones, porque da a conocer cada una de las propuestas hechas por cada empresa en los eventos de apertura de propuestas de manera pública.*
- *La página de Transparencia del IMSS, en la que se tiene acceso a las actas de apertura de propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada proceso de licitación, así como a las actas de fallos de las mismas.*
- *El sistema Compranet, que siendo el Sistema Electrónico de Contrataciones Gubernamentales pone a disposición de cualquier persona la información de los procesos de licitaciones en su página de Internet y a través de las consultas que se pueden realizar al sistema por distintos medios.*

*Adicionalmente, tanto la frecuencia como el volumen de las llamadas telefónicas disminuyeron drásticamente a partir del año dos mil siete, lo cual coincide con la disminución de la asistencia de estos directivos a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA. Lo anterior apunta a que el uso de los distintos medios de comunicación cesa en paralelo a los cambios en el comportamiento de las emplazadas en las licitaciones del IMSS.*

***c.3) Utilización de esos canales y medios de comunicación***

*Por otro lado, también hay evidencia que acredita que existió comunicación directa entre los directivos de las emplazadas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta de las posturas de licitación y que se comunicaron en periodos cercanos (entre dos y tres semanas antes), a las fechas en las*

[276] Foja 186 del oficio de probable responsabilidad.

*cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.*

*Tal es el caso de los CC. Ericka Helga Frettlohr Meza y Jesús Héctor Hernández Herrera, de Baxter; Eduardo Osorio Traconis, de Eli Lilly; Manuel Vázquez Blanco, de Fresenius Jorge Alberto Silis Franck, de Cryopharma; Carlos Arturo Villaseñor López y Eduardo Aquino Maldonado, de Pisa, y Alfonso Salvador Huerta Suárez, de Probiomed.*

*La frecuencia y el volumen de las llamadas realizadas entre los años dos mil tres y dos mil seis evidencia que los directivos de las empresas involucradas estuvieron en comunicación directa entre sí.*

*La información vertida en el oficio de probable responsabilidad destaca que tanto la presencia general de los ejecutivos dentro del directorio de la Comisión de Abasto, así como su registro en las listas de asistencia de las reuniones de dicha Comisión de Abasto deja de notarse o aparecer a partir del año dos mil seis, lo que corresponde al cambio en las estrategias con las que se participaba en las licitaciones estudiadas. Lo anterior, sugiere que, al cesar el probable intercambio de información entre las emplazadas, fue menos necesario para ellas asistir a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.*

*Adicionalmente, tanto la frecuencia como el volumen de las llamadas telefónicas disminuyeron drásticamente a partir del año dos mil siete, lo cual coincide con la disminución de la asistencia de estos directivos a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA. Lo anterior apunta a que el uso de los distintos medios de comunicación cesa en paralelo a los cambios en el comportamiento de las emplazadas en las licitaciones del IMSS."*

De lo anterior, se observa que:

- Las llamadas telefónicas son medios adicionales de comunicación que tuvieron las empresas emplazadas.
- De dichas llamadas se desprende que existió comunicación entre los empleados de las empresas emplazadas.
- La existencia de las llamadas constituye la acreditación de hechos secundarios, los cuales se relacionan con la conducta anticompetitiva en comento.
- Las supuestas razones personales, sociales o profesionales no fueron acreditadas por la emplazada.
- Durante el periodo investigado, asistieron los principales directivos de las áreas comerciales de las emplazadas a la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.

Ahora bien, los recurrentes manifiestan que existe una indebida motivación material ya que las listas de la CANIFARMA fueron tomadas para imputarles responsabilidad y después, se utilizaron para probar que se había asistido a dichas reuniones.

Sin embargo, de las transcripciones anteriores se puede observar que la Comisión, en la resolución impugnada le señaló a las hoy recurrentes que las listas y actas de la CANIFARMA fueron utilizadas como medios de comunicación que facilitaron la comunicación entre las empresas y personas sancionadas. Tan es así que la propia resolución, en el capítulo 6 del oficio de probable responsabilidad denominado "MEDIOS DE COMUNICACIONES", señaló que se consideró a estas

reuniones como un canal de comunicación que permitió el intercambio de información entre los directivos de las empresas, como un elemento de la práctica investigada.

En ese sentido, la única valoración de las listas y actas de la CANIFARMA fue ser un canal de comunicación que permitió el intercambio de información entre los sancionados, pero la práctica imputada no fue las reuniones sostenidas sino que fue la coordinación de posturas del IMSS.

De lo anterior, puede señalarse que contrario a lo sostenido por los recurrentes, no existe una indebida motivación material, sino que existe un error en la percepción entre las partes que integran los elementos de la práctica imputada y la práctica en sí.

Por tanto, los recurrentes lejos de combatir los medios de comunicación identificados por la CFC y que fueron reiterados en la resolución impugnada, omitieron precisar por qué lo resuelto se encontraba indebidamente motivado y cuál es el agravio que les causa lo resuelto; es decir, cómo haber valorado las actas y listas de la CANIFARMA como medios de comunicación les causa un agravio, por lo que se tratan de meras manifestaciones sin sustento alguno que no controvierten lo resuelto por esta autoridad, de lo que se sigue que su argumento es **inoperante.**

c) **¿Cómo pudo esa Comisión imputar responsabilidad a mi representada por una práctica supuestamente cometida en dos mil tres, a través de un análisis que no considera dicho año? Según se desprende de las tablas presentadas por el Pleno de la Comisión de la página 392 a 405 de la resolución recurrida no se advierte información alguna por lo que se refiere al año dos mil tres.**

Respecto de lo argumentado por los recurrentes, debe señalarse que la Comisión ha sostenido el hecho de que las resoluciones que emite la Comisión son un acto administrativo que se integra por un conjunto de elementos, consideraciones y razones especiales que se encuentran plasmadas en la propia resolución, por lo que su análisis y estudio debe abordarse en su conjunto sin que pueda analizarse o comprenderse en forma aislada, ya que las consideraciones de la propia resolución se encuentran en un contexto cuyo análisis tiene elementos indisolublemente relacionados y concatenados entre sí, que no pueden entenderse en forma aislada.

En ese sentido, las fojas 392 a 405 sólo representan un cuadro de información que la Comisión obtuvo en sus investigaciones y representan la frecuencia de llamadas entre competidores, por lo que, como también se ha señalado, únicamente acreditan que es un canal de comunicación que facilitó en intercambio de información, pero no es el único elemento que se consideró. A manera de ejemplo, se puede leer en las fojas 40 y siguientes, las posturas ofrecidas por los recurrentes para el *"Grupo II: soluciones electrolíticas y sueros"*, dónde se observa información de dos mil tres, así como que la frecuencia de las llamadas, que obra en las fojas 392 a 405, corresponde precisamente al periodo en que Fresenius ingresa a la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, tal y como se observa de la foja 61 e, incluso, se observa dentro de los patrones de comunicación de Probiomed, que se realizaron

llamadas de ésta a Fresenius en noviembre de dos mil cuatro, cuando ni siquiera pertenecía a la Comisión de Abasto, lo que lejos de apoyar su dicho, corrobora aún más que los patrones de comportamiento se habían realizado previamente a lo que la Comisión pudo conformar en su investigación.

De esta manera, los recurrentes no pueden controvertir sólo una parte de los elementos que integran la resolución impugnada, sino que en su caso deben combatirse en su totalidad, sin que pueda sólo combatirse determinadas partes de la resolución sin considerar el contexto en el que se inserta.

Por tanto, al no controvertir lo resuelto por la Comisión en la resolución impugnada, su argumento resulta **inoperante**.

**d) La Comisión tiene por acreditado que existió comunicación entre las tres empresas desde dos mil tres si las pruebas de la asistencia de Manuel Vázquez Blanco a la CANIFARMA refieren que fue hasta dos mil cinco.**

Con relación a lo argumentado, basta señalar que en el inciso **b)** anterior, la Comisión precisamente se refirió a los canales de comunicación y entre estos, a que precisamente existen aquéllos que presumen la existencia de comunicaciones anteriores a dos mil cinco, por lo que en obvio de inútiles repeticiones se tiene por insertado lo señalado en ese inciso para todos los efectos legales a que haya lugar.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el objeto de precisar a la recurrente, lo esgrimido en la resolución impugnada, concretamente, en la foja 394, se observa una llamada de Jesús Héctor Hernández de Baxter a las trece cincuenta y un horas del catorce de noviembre de dos mil cuatro, a la asistente de Manuel Vázquez Blanco.

Por tanto, aún y cuando las actas de la CANIFARMA establezcan la aparición de Manuel Vázquez Blanco hasta dos mil cinco, lo cierto es que la hipótesis con que la CFC siguió en el desarrollo del procedimiento de origen es la coordinación de las empresas sancionadas en las licitaciones convocadas por IMSS desde dos mil tres, situación que se confirma con el patrón de llamadas entre competidores y que, el hecho de que Manuel Vázquez Blanco aparezca en las actas de la CANIFARMA hasta dos mil cinco, sólo representa o refuerza el hecho de que los patrones colusorios fueron anteriores incluso a las reuniones de la CANIFARMA y que ésta sólo sirvió como un canal de comunicación que facilitó la comunicación entre las empresas sancionadas.

Por tanto, su argumento es **infundado** ya que de la propia resolución se puede observar que contrario a lo señalado por la recurrente, si existen registro de llamadas previas a la CANIFARMA y que, en todo caso, ésta sólo sirvió como un facilitador de las comunicaciones entre las empresas sancionadas.

e) **Se desprende que mi mandante tendría que haberse puesto de acuerdo para un total de 303 licitaciones de dos mil tres a dos mil seis únicamente con 18 llamadas. Asimismo, sólo 18 llamadas para un total de 2450 claves licitadas.**

Respecto de lo argumentado, debe señalarse que lo argumentado es un razonamiento que fue omitido al momento de dar contestación al oficio de probable responsabilidad. Por tanto, este elemento no fue analizado en la resolución impugnada al no haber formado parte de la litis, de lo que se sigue que es un argumento novedoso que no puede formar parte de la presente instancia, al pretender los recurrentes mejorar la defensa que pudo y debió presentar en el momento procesal oportuno, por lo que precluyó su derecho a alegar en contra de las imputaciones que se le hicieron al momento de emplazarlo al procedimiento seguido en forma de juicio, por lo que su argumento resulta **inoperante**

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis que señala:

> **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO. INOPERANCIA DE LOS QUE INTRODUCEN CUESTIONAMIENTOS NOVEDOSOS QUE NO FUERON PLANTEADOS EN EL JUICIO NATURAL.** Si en los conceptos de violación se formulan argumentos que no se plantearon ante la Sala Fiscal que dictó la sentencia que constituye el acto reclamado, los mismos son inoperantes, toda vez que resultaría injustificado examinar la constitucionalidad de la sentencia combatida a la luz de razonamientos que no conoció la autoridad responsable, pues como tales manifestaciones no formaron parte de la litis natural, la Sala no tuvo la oportunidad legal de analizarlas ni de pronunciarse sobre ellas. No. Registro: 178,788. Novena Época. Tesis: VI.2o.A. J/7. Jurisprudencia. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO. Materia(s): Administrativa. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Abril de 2005. Página: 1137

Asimismo, debe advertirse que los recurrentes sólo manifiestan su inconformidad mediante una analogía de lo que a su consideración es improbable que la conducta sancionada haya sucedido; sin embargo, omiten señalar por qué les causa agravio la resolución impugnada y cuál es el artículo que fue violentado; es decir, se trata de meras apreciaciones subjetivas y abstractas que no controvierten lo resuelto por la Comisión, aunado a que tampoco señalan por qué se realizaron las llamadas entre competidores de manera coincidente con las fechas próximas a las licitaciones del IMSS, por lo que lejos de controvertir la resolución impugnada, robustecen el hecho de que el canal de comunicación facilitó la comisión de la práctica sancionada.

Por tanto, su argumento resulta **inoperante**.

Pese a lo anterior, debe recordársele a las recurrentes que, no fueron 2450 las claves analizadas por parte de la CFC, sino dos grupos de productos licitados por el IMSS, esto es, el primer grupo (insulina humana) y el segundo grupo, soluciones electrolíticas y sueros, entre los cuales se encuentran agua inyectable, cloruro de sodio, cloruro de sodio y glucosa, glucosa y solución Hartmann). Por tanto, lejos de lo argumentado por las recurrentes, lo cierto es que es irrelevante el número de llamadas sino

que lo que la CFC logró acreditar fue la existencia de un canal de comunicación efectivo para el intercambio de información y el resultado de ello, es decir, la coordinación de posturas en las licitaciones del IMSS.

### 4.7 ILEGALIDAD DE LAS PRESUNCIONES DE LA COMISIÓN

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) En varias ocasiones ha ocurrido, y en el presente caso no es la excepción, que la Comisión considera que la única obligación que tiene es demostrar una presunción, con lo cual considera que se relaja la carga de probar, ya que parece que bastara con arrojar algunas manifestaciones para que sea el "presunto responsable" ahora supuestos responsables quienes ahora demuestren todo lo contrario, e incluso dejar de adminicular y concatenar los medios de prueba utilizados, como es el presente caso.**

**Un indicio es un fenómeno, que mediante la concatenación y articulación de otros medios de prueba, permita llegar a otro más convincente, teniendo estos segundos la característica y valoración establecida en el artículo 93 del CFPC.**

**Un indicio, signo o presunción debe atañer al mundo de lo fáctico e informar sobre la realidad de un hecho por acreditar, que sirve como "principio de prueba"; sin embargo, de acuerdo con la doctrina, el indicio no adquiere dicha característica hasta el momento en el que se respalda con un medio de prueba idóneo, el cual no necesariamente servirá para justificar por sí mismo un aserto, o la verdad formal que se pretende establecer, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido, a base de razonar logísticamente partiendo de datos aislados que se enlazan entre sí por el oferente, para llegar a una conclusión.**

> **PRUEBA PRESUNCIONAL. CARECE DE EFICACIA PROBATORIA SI NO CUMPLE CON LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD, SINGULARIDAD Y RACIONALIDAD. El artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que los tribunales "apreciarán en conciencia el valor de los indicios" hasta poder considerarlos como prueba plena. Sin embargo, tal afirmación no permite que la estimación que debe hacer la autoridad judicial sea subjetiva, caprichosa o indiscriminada, pues dado el sistema mixto de apreciación probatoria en el proceso penal federal, la libre valoración está limitada a los institutos probatorios nominalmente determinados. Es decir, la prueba presuncional debe reunir las características esenciales de objetividad, singularidad y racionalidad, esto es, la presunción debe ser objetiva porque deriva forzosamente de los hechos objetivos probados, no es una creación del Juez o producto de su imaginación o subjetividad; no puede confundirse con la suposición, pues ésta es totalmente subjetiva y plurívoca en cuanto a resultados posibles, en tanto que la presunción parte de un hecho objetivo y será siempre unívoca o singular; la presunción está condicionada a la aplicación de las leyes de la lógica, en atención a que el desarrollo de los sucesos en el mundo fáctico se rige por una razón suficiente. Por tanto, la presunción que no cumpla con los principios de objetividad,**

**singularidad y racionalidad, es decir, que sea incorrectamente extraída o deducida del indicio, carecerá de eficacia probatoria, toda vez que lo inferido no es una auténtica presunción legal, sino una simple suposición, conjetura o elaboración subjetiva. Registro: 174,205. Novena Época. Tesis: II.2o.P.209 P. Tesis Aislada. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Materia(s): Penal. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIV, Septiembre de 2006. Página: 1516.**

**Como se observa en el criterio anterior, el carácter de indicio no permite que la estimación que debe hacer la autoridad sea subjetiva, caprichosa o indiscriminada, como lo es en el presente caso, ya que la Comisión se limita a indicar reiteradamente a lo largo del oficio de probable responsabilidad y de la resolución que se recurre, que los documentos analizados "sugieren", "pudieran indicar" o "presumen", que las conductas ilegalmente atribuidas a mi Representada y al C. Eduardo Osorio Traconis se actualizaron, sin demostrarlo fehacientemente, como es su obligación. Luego entonces, a contrario sensu de lo que indica el anterior criterio jurisprudencial, el análisis realizado por la Comisión no reúne las características esenciales de objetividad, singularidad y racionalidad al momento de pretender valorar la información proporcionada como una prueba presuncional, ya que la presunción debe ser objetiva porque deriva forzosamente de los hechos objetivos probados, no es una creación de la Autoridad o producto de su imaginación o subjetividad, como en la especie acontece; no puede confundirse con la "suposición", pues ésta es totalmente subjetiva y plurívoca en cuanto a resultados posibles, en tanto que la presunción parte de un hecho objetivo y será siempre unívoca o singular; la presunción está condicionada a la aplicación de las leyes de la lógica, en atención a que el desarrollo de los sucesos en el mundo fáctico se rige por una razón suficiente.**

**De acuerdo al artículo 190 del CFPC, las aseveraciones de ésta Comisión no son, ni por sus características, ni por el contexto en el que se exponen a lo largo del oficio de probable responsabilidad y la resolución que se recurre, susceptibles de ser consideradas como presunciones, ya que en primer lugar no se encuentran expresamente establecidas en ley, y de las deducciones que se pretenden realizar mediante el análisis de la información aportada por los involucrados en el presente asunto, no se llega a apreciar una concatenación, ni un silogismo jurídico que valide las imputaciones hechas a Eli Lilly y al C. Eduardo Osario Traconis, ya que los hechos cuya realización se le pretende atribuir son vagos, inciertos y no han sido comprobados.**

Los agravios de los recurrentes resultan **inoperantes**, ya que no basta señalar que esta autoridad no fundó ni motivó correctamente la resolución, si no señalan expresa y específicamente cuáles fueron las supuestas manifestaciones que realizó esta autoridad que no fueron probadas o demostradas fehacientemente, cuáles en particular fueron los argumentos y razonamientos plasmados en la resolución que no fueron objetivos, singulares o racionales y por qué razón, cuáles son los argumentos que fueron subjetivos y cuáles son los casos en los que alega hubo plurivocidad, así como, en este último caso, en qué consistían las otras posibles causas o consecuencias y con qué elementos se

encontraban acreditados.

Tampoco señala qué argumentos a su criterio, con sus respectivas pruebas, no se encuentran concatenados y porqué, ni cuáles son los hechos que estima son vagos, inciertos o no comprobados.

Por tal motivo, no es posible entrar al análisis de su agravio, ya que no aporta elementos suficientes para que esta autoridad pueda determinar si efectivamente la resolución se encuentra indebida o incorrectamente fundada y motivada.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que la resolución se encuentra incorrectamente fundada y motivada, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"; "AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."; "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO***

***ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, a fojas 379 a 427 de la resolución que se impugna, se expusieron, explicaron y valoraron las pruebas que permitieron a esta autoridad determinar la existencia del acuerdo, las cuales consistieron en:

- La evidencia económica que se obtiene:
  1. Las actas de fallo de las licitaciones que se relacionan en el oficio de probable responsabilidad, a fojas 66 a 76, respecto del Grupo I.
  2. Análisis económico respecto a los medicamentos con clave 1050 y 1051 perteneciente al Grupo I.[277] El análisis de las posturas por licitación demuestra un patrón de posturas por parte de las empresas emplazadas, consistente en alternar posturas como ganadores y perdedores.
- Pruebas que acreditan la existencia de comunicación entre los directivos de las distintas empresas en periodos cercanos al evento de apertura de propuestas de las diferentes licitaciones
  1. Información que entregó la CANIFARMA en respuesta a los requerimientos de que se le hicieron en la etapa de investigación, que consistieron en las órdenes del día, organigrama, requisitos para pertenecer a dicho organismo, actas de sesión, lista de afiliados, lista de personas que ocupan cargos dentro de la CANIFARMA, por las que se pudo determinar que las ahora sancionadas formaban parte de una comisión de trabajo denominada "Comisión de Abasto al Sector Público" que tiene la función de proveer a sus afiliados acceso a una base con los datos que recaba de los fallos licitatorios, así como la asistencia de las sancionadas a las sesiones de manera continua con cargos dentro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA entre los años dos mil dos a dos mil cuatro. También es posible apreciar que las listas de asistencia descritas incluyen los teléfonos y correos electrónicos de todos los miembros que asisten a las sesiones de la Comisión de Abasto por lo que era, para efectos prácticos, un directorio público de los miembros de dicha Comisión para posible uso de los que la conformaban
  2. Información sobre registros de llamadas aportada por algunos de los sancionados por las que se advertía que no sólo tenían comunicación dentro de la CANIFARMA, sino también por medios externos, principalmente por medio de llamadas telefónicas entre personas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de sus empresas en las licitaciones del IMSS, de forma constante, particularmente en periodos de tiempo cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y

[277] Tablas 31 y 33 del oficio de probable responsabilidad a fojas 66 a 70 y 72 a 76.

económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS

- Respuestas a requerimientos de información de los agentes económicos sancionados, comparecencias y contestaciones al oficio de probable responsabilidad, en las que proporcionaron su estructura orgánica y funciones de las personas que los representaban en las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, así como sus procesos para la determinación de posturas en las licitaciones

Todas estas pruebas fortalecieron la presunción de que la alternancia en posturas sólo podía haberse dado como resultado de un acuerdo colusorio. Prueba, la presuncional, que no necesariamente tiene que estar establecida expresamente en las leyes, puesto que el CFPC establece dos tipos de presunciones, legales o expresamente contempladas en la ley y humanas o aquellas que dicta la razón y la lógica, siendo que la presunción a la que arribó la Comisión se trata de ese segundo grupo, es decir, una presunción humana.

**Por otro lado, la Comisión señala como responsable a mi representada y al C. Eduardo Osorio Traconis, derivado del análisis de una serie de documentos que siendo analizados de manera subjetiva y forzando todo medio de prueba, llega a la equivocada conclusión de que los indicios con los que cuenta hacen prueba plena de su dicho.**

**La jurisprudencia con rubro *"COMPETENCIA ECONÓMICA. LA PRUEBA INDIRECTA ES IDÓNEA PARA ACREDITAR, A TRAVÉS DE INDICIOS, CIERTOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS A PARTIR DE LO QUE SE CONOCE COMO LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE, RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE EMPRESAS QUE HAN CONCERTADO ACUERDOS PARA LLEVAR A CABO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS"* no le es aplicable al caso concreto por varias cuestiones:**

**La primera es que esta jurisprudencia derivó de un asunto en el que se imputa la comisión de una práctica monopólica relativa prevista por el artículo 10, fracciones IV y V de la LFCE, mediante la cual se le acabó otorgando a un medio de prueba reconocido por la ley, un valor superior al que conforme a derecho le corresponde. Sin embargo, lo que se pretendió demostrar ni siquiera fue la actualización de la conducta, sino las consecuencias de la misma. En el caso que nos ocupa, se trata de la imputación de la comisión de una práctica monopólica absoluta prevista por el artículo 9°, fracción IV, de la LFCE en donde se tiene que acreditar indefectiblemente un arreglo o convenio entre agentes económicos competidores entre sí y el único supuesto medio de prueba con el que cuenta la Comisión es una relación de precios elaborada por la Comisión, que dice fueron los ofertados por las empresas involucradas.**

**La segunda, porque la práctica a la que se refiere la jurisprudencia fue supuestamente para demostrar el actuar de un solo agente económico o grupo de interés económico**

**(refresquera/embotelladora) y en el presente caso se trata no sólo de demostrar el involucramiento o participación de varios agentes económicos, sino una supuesta colusión (es decir un acuerdo, convenio, concertación, combinación, arreglo), entre varios agentes económicos competidores entre sí.**

**No obstante y en el supuesto, sin conceder, que pudiera llegar a aplicarse este criterio al caso concreto, el mismo no permite que la Comisión relaje la carga de probar fehacientemente algún hecho y lo pueda hacer simplemente a través supuestos indicios a los que pretenda calificar como pruebas indirectas. En efecto, para que siquiera cobre aplicación, se precisa demostrar, entre otras cuestiones, que se allegó de lo que se conoce como la mejor información disponible; que existan indicios suficientes; la dificultad o en su caso la imposibilidad para acreditar la comisión de la práctica a través de prueba directa; lo anterior, para dar certeza y seguridad jurídica a los gobernados, máxime cuando no existe un parámetro para saber cuándo es que se allegó a la mejor información disponible, así como tampoco existe un parámetro para establecer que existen indicios suficientes o cuanto es suficiente, o quien tiene facultad para determinar cuánto es mejor y cuanto es suficiente. Todo ello en suma, constituye violaciones a las garantías de audiencia y el debido proceso.**

**Es pues que no basta con citar únicamente un criterio para que su resolución se encuentre debidamente fundada y motivada, sino establecer por qué se está citando y por qué se está relajando la carga de probar y en el presente caso, la Comisión no cumple con el criterio que cita ya que, entre otras cuestiones, no se allegó de la mejor información disponible.**

**Efectivamente la Comisión no se allegó de la mejor información disponible, ya que ni siquiera citó a comparecer al C. Eduardo Osorio Traconis (presunto responsable, ahora responsable y sancionado); no tomó en cuenta los costos para producir insulina para acreditar que el precio que se ofertaba por Eli Lilly y en su caso de las otras emplazadas, estaba por arriba de lo que debió haber sido; así tampoco y debiéndolo haber hecho no se analizaron los precios que existían antes de la supuesta conformación del cartel; ilegalmente desechó la prueba ofrecida por Eli Lilly y que se marcó como tercera y a la que nos referimos en anterior agravio y otras tantas pruebas ofrecidas por las emplazadas que también fueron desechadas; no analizó licitaciones previas a la conformación del cártel para demostrar que antes del supuesto cártel no existían las mismas coincidencias en las ofertas de los emplazados; pudo igualmente analizar otras licitaciones de otros productos para acreditar que el comportamiento de los licitantes era atípico, tal y como lo analizamos nosotros para acreditar lo contrario, etc.**

El argumento relativo a la inaplicabilidad de la tesis jurisprudencial es **inoperante.** Los recurrentes se limitan a citar las diferencias entre el caso que dio lugar a la tesis en comento y el presente, pero en ningún momento explican cómo es que el hecho de que dicha tesis haya surgido de un caso relativo

a una investigación sobre prácticas monopólicas relativas no sea aplicable al presente caso, siendo que las reglas para allegarse de evidencia en las investigaciones por prácticas monopólicas relativas y por prácticas monopólicas absolutas no varían entre unas y otras. Tampoco dicen por qué dicha tesis puede resultar válida para acreditar las consecuencias de una práctica, pero no para acreditar la práctica en sí misma, ni se entiende cómo el número de agentes económicos investigados puedan influir en las reglas en materia de evidencia. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que es a partir de alegaciones y argumentos que viertan, que deben indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"; "AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."; "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA***

***SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, si se aprecia correctamente el texto de la tesis, se puede advertir que la misma hace referencia a la conducta consistente en la concertación de acuerdos, la cual es propia tanto para las prácticas monopólicas absolutas o relativas, sobre todo si se atiende a los proemios de los artículos 9° y 10 de la LFCE que establecen:

> Artículo 9°.- Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí [...]
>
> Artículo 10.- Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones [...]

Por otro lado, aun cuando el caso en particular del que derivó la tesis se refería a un solo agente económico, la tesis es clara en señalar que *"no puede encontrarse prueba directa de la conducta desplegada por el agente o agentes involucrados"* y que *"la prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios suficientes, adminiculados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas"* por tanto, resulta ilógico pensar que dicha tesis sólo podría aplicarse en los casos en los que la práctica se atribuya a un agente y no a una pluralidad de ellos, o más aún a hipótesis iguales.

Es falso que la resolución no haya establecido el porqué se estaba citando esa tesis, ni cual era la dificultad para demostrar la conducta a través de pruebas directas, pues al respecto se señaló a foja 411, lo siguiente:

> *"Si bien esta autoridad ha utilizado diversos elementos probatorios contenidos en el expediente, lo cierto es que algunas de ellas constituyen evidencias indirectas. En otras palabras, las actuaciones que son tomadas en cuenta por esta autoridad en el oficio de probable responsabilidad, a continuación se valorarán a la luz de los demás elementos probatorios que obran en el expediente y, adminiculados con todos y cada uno de los diversos elementos probatorios con que esta autoridad cuenta, demuestran que existió un acuerdo entre los agentes económicos emplazados precisamente con el objeto de establecer, concertar o coordinar las posturas en las licitaciones celebradas por el IMSS. De hecho, la evidencia económica acredita el objeto y el efecto de ese acuerdo colusorio.*
>
> *La experiencia en materia de competencia económica demuestra que la complejidad para la detección de cárteles alcanza su grado máximo al tratarse de las conductas más lesivas en la eficiencia de los mercados en un país. En esos casos, resulta una tarea difícil establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo colusorio, por lo que no puede esperarse que la participación de cada empresa en el cártel quede*

*nítidamente expresada a través un contrato firmado por las personas físicas que cuenten con facultades contenidas en los documentos que conforman su estructura jurídica.*

*Por el contrario, es de esperarse que los actos que realicen las empresas coludidas para conseguir un fin contrario a la ley sean disfrazados, seccionados y diseminados, a tal grado que la actuación de cada una de las empresas se haga casi imperceptible y ello haga imposible establecer mediante prueba directa la relación que existe entre el acto realizado y la persona jurídica a la que pretenda imputarse su realización. Lo anterior, ya que las empresas coludidas prestan especial interés en ocultar cualquier vestigio de ello, para lo cual esta autoridad debe hacer una labor de enlace o adminiculación de diversos hechos conocidos y partir de éstos, extraer una hipótesis a partir de un indicio, derivando inferencias basadas en la experiencia que lleven al conocimiento del hecho principal, sin que lo anterior resulte una exigencia de mayor rigor que el acreditamiento de circunstancias móviles, dada su naturaleza.*[278]

*Por otro lado, es infundado que se haya relajado la carga de la prueba y que durante la investigación no se haya recabado la información suficiente para emplazar a juicio a los agentes económicos, ni que se haya resuelto con la mejor información disponible.*

*De acuerdo con el texto del artículo 33 de la LFCE y 30 del RLFCE, corresponde al Presidente y el Secretario Ejecutivo de la comisión emitir un oficio de presunta responsabilidad cuando, concluida la investigación, existen elementos suficientes para sustentar la existencia de prácticas monopólicas. Luego entonces, es evidente que la Comisión es la que determina si la información recabada en la investigación es suficiente. Con el mencionado oficio se emplazará a los presuntos responsables, a quien se les otorga la garantía de audiencia para que expongan sus defensas y presenten sus pruebas.*

*Por tal motivo, los agentes conocieron y tuvieron la oportunidad de atacar y controvertir los elementos y pruebas que la Comisión adminiculó para imputarles una probable responsabilidad, por lo que para destruir las presunciones que obraban en su contra, debieron probar sus excepciones y defensas.*

*Finalmente, resulta inoperante el argumento relativo a que esta comisión no se allegó de la mejor información disponible, al no señalar en qué sentido podían modificar las determinaciones a que arribó esta autoridad al momento de resolver y al pretender, por una parte, reiterar argumentos plasmados en su contestación al oficio de probable responsabilidad y, por otra, presentar argumentos novedosos que no fueron alegados en su oportunidad.*

*Son novedosos los argumentos relativos a que no se citó a comparecer a Eduardo Osorio Traconis, no se analizaron los precios que existían antes de la conformación del Cartel ni las licitaciones previas a la conformación del cartel, y no se analizaron otras licitaciones de otros productos. Son reiterativos el argumento relativo a que no tomó en cuenta los costos para producir insulina, pues en la resolución se le contestó que "... lo señalado por Eli Lilly es una manifestación gratuita ya que no explica de qué forma hubiera podido alegarse que se dieron precios altos si esta Comisión hubiera analizado los costos de los agentes económicos involucrados."*[279]

---

[278] Resulta ingenuo pensar que las empresas faciliten, dejando pistas, que se descubra o acredite fehacientemente la práctica de conductas anticompetitivas, simple y llanamente por las sanciones y responsabilidades que ello implica, lo que determina se desplieguen incentivos para opacar o encubrir tales prácticas, si es que se han dado. Prueba de lo anterior es que a partir de indicios, que implican grados de probabilidad, constituye la forma y procedimiento conforme al cual se acreditan las prácticas colusivas. *Vid.*, Recurso de Revisión interpuesto por The Coca-Cola Export Corporation radicado en el expediente 478/2006, resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, fojas 162 a 172.

[279] Foja 319 de la resolución impugnada.

Por otro lado, es **infundado** el argumento por el que alega que la Comisión no se allegó de la mejor información disponible o que la evidencia con que cuenta la Comisión no es suficiente, por el simple hecho de que no se cuenta con toda la evidencia directa que hubieran querido los ahora recurrentes.

Como se ha dicho anteriormente, el CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE, reconoce como pruebas a las presunciones (prueba indirecta por antonomasia), y determina particularmente en sus artículos 191 a 196 la distribución de las cargas probatorias, tanto de quien la alegue como de quien la niegue. Por tal motivo, si la prueba es aplicable sin importar el tipo de práctica, no existe razón fundada para que la tesis invocada no pueda utilizarse para fundar las determinaciones de la Comisión al momento de valorarla.

Además, debe mencionarse que no puede causarle agravio alguno el desechamiento de pruebas ofrecidas por otros agentes, pues la defensas que cada uno presentó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad se hicieron en carácter personal y no colectivo, como también ya se explicó ampliamente en el inciso a) del punto 4.2 denominado **INDEBIDO DESAHOGO DE LAS PRUEBAS** de la presente resolución, por lo que debe tenerse por trascrito en esta parte en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, el argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, ya que no señalan ni ofrecen elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que afirmen que no se demostró que se allegó de la mejor información disponible, que existan indicios suficientes, en tanto que los recurrentes no atacan argumentos concretos por los que se determinó tanto la existencia de indicios suficientes como su valoración para acreditar la conducta. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: *"**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO"; "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"; "AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."; "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"* y *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA*

***ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Además, para determinar la participación de Eduardo Osorio Traconis en la comisión de la práctica, por representación o por cuenta y orden de Eli Lilly existen las siguientes pruebas, las cuales no pudieron ser desvirtuadas por el recurrente:

- Pruebas que acreditan la existencia de comunicación entre los directivos de las distintas empresas en periodos cercanos al evento de apertura de propuestas de las diferentes licitaciones:

    1. Información que entregó la CANIFARMA en respuesta a los requerimientos de que se le hicieron en la etapa de investigación, que consistieron en las órdenes del día, organigrama, requisitos para pertenecer a dicho organismo, actas de sesión, lista de afiliados, lista de personas que ocupan cargos dentro de la CANIFARMA, por las que se pudo determinar que Eduardo Osorio Traconis ocupó el puesto de vocal en representación de Eli Lilly de dos mil dos a dos mil cuatro, inclusive, en la "Comisión de Abasto al Sector Público".

    2. De las listas de asistencia a las sesiones de la Comisión de Abasto, también se observó que pese a que dejó de tener cargos dentro de la Comisión de Abasto, continuó asistiendo a las sesiones, tanto en el año 2004 como en el 2005 (ver fojas 384 y 385 de la resolución recurrida).

    3. Información sobre registros de llamadas aportada por algunos de los sancionados por las que se advertía que no sólo tenían comunicación dentro de la CANIFARMA, sino también por medios externos, principalmente por medio de llamadas telefónicas entre personas que tenían entre sus funciones la determinación directa o indirecta o el conocimiento de las posturas de sus empresas en las licitaciones del IMSS, de forma constante, particularmente en periodos de tiempo cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 11-Nov-03 | 15:47 | Eli Lilly | Eduardo Osorio | 00641188-065-03<br>00641224-038-03<br>00641226-027-03<br>00641216-043-03<br>00641207-039-03<br>00641228-001-03<br>00641255-018-03 |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 19-Nov-03 | 17:38 | Eli Lilly | Eduardo Osorio | 00641224-038-03<br>00641207-039-03<br>00641226-027-03<br>00641216-043-03<br>00641207-039-03<br>00641228-001-03<br>00641255-018-03<br>00641091-061-03 |

El once de noviembre en particular, se realizaron dos llamadas a teléfonos celulares, una al C. Eduardo Osorio Traconis, de Eli Lilly, y unas horas después al C. Alfonso Salvador Huerta Suárez, de Probiomed. Durante estas fechas, al menos diez licitaciones de insulina se abrirían en un periodo posterior menor a dos semanas. A pesar de que Eli Lilly no entregó la información relativa a las llamadas telefónicas, el teléfono de su empleado, el C. Eduardo Osorio Traconis se obtuvo y coincide con el número de teléfono que se identifica en las listas de asistencias a las reuniones de la CANIFARMA.[280]

- Respuestas a requerimientos de información de los agentes económicos sancionados, comparecencias y contestaciones al oficio de probable responsabilidad, en las que proporcionaron su estructura orgánica y funciones de las personas que los representaban en las sesiones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, así como sus procesos para la determinación de posturas en las licitaciones. Así, **Eli Lilly** aportó al procedimiento información sobre las funciones que como empleado tuvo Eduardo Osorio Traconis hasta dos mil cinco, respecto de las licitaciones del IMSS.[281] Su posición dentro de dicha empresa le permitía intervenir en la determinación de las posturas correspondientes y, desde luego, conocerlas antes de presentarlas en las licitaciones.

Así, la existencia de los canales de comunicación, la comunicación efectiva que se dio entre las emplazadas en periodos cercanos a las licitaciones y la evidencia de carácter económico demuestran que el comportamiento de dichas empresas no corresponde a un comportamiento individual, sino que constituyen elementos para formar el juicio de esta autoridad, adminiculados entre sí, de que su comportamiento fue producto de un acuerdo colusorio entre ellas.

**PISA, CARLOS ARTURO VILLASEÑOR LÓPEZ, EDUARDO AQUINO MALDONADO**

**b) Para que la prueba presuncional pueda considerarse suficiente para acreditar una colusión se requiere un hecho plenamente probado y un nexo causal incontrovertible entre ese hecho acreditado y el hecho primario que se pretende demostrar, es decir, que su interpretación conduzca sino en una sola dirección. (artículo 190 del CFPC).**

[280] Folios 54858 y 54886 del expediente.
[281] Folios 39034 y 39035 del expediente. Dicha información fue clasificada como confidencial mediante acuerdo de veintiséis de noviembre de dos mil ocho, por lo que únicamente el agente económico que la proporcionó puede acceder a la misma.

**La Comisión no siguió estos principios probatorios para concluir que existe una práctica y ordenar el pago de una multa, debido a que:**

**(1) En el caso particular, la Comisión no tiene un hecho secundario plenamente probado pues el patrón de comportamiento no está acreditado debido a que:**

- ✓ **No existe un estudio que acredite el supuesto patrón considerando a todas las licitaciones del IMSS y todas las licitaciones del sector salud.**
- ✓ **No admitió la prueba de Pisa que demostraría que existe competencia feroz en precios.**
- ✓ **Sólo se puede observar en una selección de licitaciones que no constituyen un mercado en términos de la LFCE (en específico de sus artículos 12 y 30).**

**De haberlo hecho así, se habría notado que los agentes económicos señalados como probables responsables compiten en precios cuando las condiciones así lo incentivan y lo mantienen cuando el esquema de las propias licitaciones lo justifica. Cuando el IMSS aplicaba cambios a las reglas, la forma de competir variaba y los resultados eran otros.**

**El empate en licitaciones públicas obedece a costos semejantes y al conocimiento de las partes en cuanto a las posturas utilizadas por sus pares en otras licitaciones. Considerar todas las licitaciones habría demostrado que es falso que los gobernados tomaban turnos y que no existe participación proporcional.**

**La Comisión no puede escudarse en el artículo 34 bis 2 de la LFCE para defender un supuesto patrón "con base en los hechos de que tenga conocimiento y la información y documentación disponibles", sin considerar que dicho artículo lo establece como una especie de sanción *"cuando el agente económico emplazado o aquél cuyos hechos sean materia de investigación se nieguen a proporcionar información o documentos, declarar, facilitar la práctica de las diligencias ordenadas o que entorpezcan la investigación o el procedimiento respectivo"*. Esto no sucedió, así que no puede utilizar la Comisión esta disposición para justificar la falta de evidencia.**

Su argumento resulta **inoperante** por lo siguiente:

1. En la resolución se dio respuesta a los tres puntos que cita y por los que estima que el padrón de licitaciones expuesto en el oficio de probable responsabilidad no se encuentra acreditado, al respecto, la resolución determinó que:

> "[A] *partir del análisis económico de las posturas y el patrón de comportamiento de las empresas emplazadas, adminiculado con los demás elementos recabados durante la investigación, que esta autoridad encontró elementos suficientes que acreditaron a nivel presuntivo la responsabilidad de los agentes económicos emplazados, por lo que aún y se hayan considerado otros elementos como lo sugieren las emplazadas, las*

*conclusiones a las que hubiera allegado esta Comisión respecto de los medicamentos de los Grupos I y II en las licitaciones celebradas por el IMSS, hubieran sido las mismas, ya que dicho comportamiento en nada se relacionan con otros medicamentos y, mucho menos, con comportamientos similares o diversos, en otras instituciones del sector salud*

- *No señalan qué perjuicio le ocasiona el hecho de que esta Comisión le haya solicitado información solamente al IMSS durante el período de investigación y no al resto del sector salud como lo manifiestan.*

*En este mismo sentido, la manifestación del emplazado relativa a que dichos requerimientos implicaban que esta autoridad conocía que solamente investigaría licitaciones convocadas por el IMSS resulta irrelevante, por no atacar directamente una imputación planteada en el oficio de probable responsabilidad.*

- *Tampoco señala cómo se habrían modificado las conclusiones de esta Comisión al haber analizado las licitaciones en el ISSSTE o de alguna otra dependencia perteneciente al sector salud.*

*En este sentido, ningún perjuicio le repara a los emplazados que se haya requerido información al IMSS y que sólo se emplace por las licitaciones realizadas por esa institución, es suficiente haber advertido la colusión de los emplazados para presentar posturas respecto de algunas de ellas y emitir el oficio de probable responsabilidad con la finalidad de emplazarlos a un procedimientos seguido en forma juicio.*

*A mayor abundamiento, para imputar la probable responsabilidad de un agente económico por la probable comisión de una práctica monopólica absoluta basta con que durante el procedimiento de investigación esta autoridad haya recabado los elementos de convicción necesarios que actualicen el supuesto previsto en el artículo 9°, fracción IV de la LFCE respecto a una sola licitación y celebrado por cualquier institución del sector salud, para emplazar a los agentes económicos involucrados en la probable práctica anticompetitiva."*[282]

*"Por otro lado, respecto a la manifestación de Pisa relativa a que las conclusiones de esta Comisión hubieran sido distintas por el hecho de haber analizado el patrón de comportamiento en el "sector salud" y no sólo en el IMSS, tal y como pretende probar en Estudio Económico que ofreció como prueba pericial en su contestación al oficio de probable responsabilidad, se le señala que dicho estudio será analizado en el capítulo 6 de la presente resolución, intitulado "**VALORACIÓN Y ALCANCE DE LAS PRUEBAS EN EL EXPEDIENTE**", el cual por economía procesal se tiene por transcrito como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.*[283]

2. Sus argumentos respecto a que sólo se consideró un puñado de licitaciones en lugar de todas las licitaciones ya fueron atendidos en la resolución en fojas 112, 117, 125, 131, 155, 255 a 257 y 467 a 468.

En la transcripción anterior se aclara que la situación de los emplazados respecto del IMSS o del "sector salud" en su totalidad, en nada desvirtúa la conducta imputada en el oficio de probable responsabilidad. Si bien, sólo se analizó el patrón de posturas con licitaciones convocadas por el IMSS, no es una condición *sine qua non* para acreditar la conducta colusoria analizar todas las licitaciones públicas en todo el sector salud, toda vez que si se presentó o no una conducta anticompetitiva con otra institución en salud, en nada desvirtúa la conducta que se les imputó en

[282] Foja 109 de la resolución recurrida.
[283] Foja 113 de la resolución recurrida.

el oficio de probable responsabilidad respecto a las licitaciones analizadas por la Comisión y celebradas por el IMSS durante el período investigado. Sugerir que se tengan que analizar todas las operaciones de un determinado medicamento para poder imputar responsabilidad a un agente económico no tiene fundamento y una pesquisa es ineficiente. El que la práctica se haya dado sobre estas licitaciones no prejuzga sobre el resto de la actividad del "sector salud", donde pudiera o no pudiera haber otras prácticas, cuya existencia o inexistencia, en nada afectan la imputación realizada en el acuerdo recurrido.

El oficio de probable responsabilidad se realizó con base en la información aportada por el IMSS, entidad convocante de las licitaciones investigadas, y por los mismos emplazados, así como con los elementos de convicción identificados para acreditar la probable responsabilidad de los agentes económicos emplazados al presente procedimiento conforme a los requerimientos realizados a lo largo de la investigación. Así entonces, se analizaron doscientas cuarenta y ocho licitaciones en total (Grupo I y Grupo II de medicamentos), y las conclusiones de la Comisión son sólo sobre estas licitaciones citadas en el oficio de probable de responsabilidad; es decir, no se trata de un muestreo que busque generalizar las conclusiones a todas las licitaciones realizadas por el IMSS para los grupos de medicamentos analizados en el oficio de probable de responsabilidad. Así entonces, para las licitaciones analizadas en el oficio de probable de responsabilidad se acredita el patrón de comportamiento presentado y el análisis de posturas por licitación es válido y verifica el patrón de comportamiento encontrado.

Por otro lado, las licitaciones que incluyeron Pisa y su perito económico no muestran una competencia feroz en precios, como falsamente busca sostener. Primero porque setenta y siete licitaciones son irrelevantes, al no incluir las claves investigadas y en el resto solo en una de ellas Pisa ofreció una postura de $144.90 menor a las de $154.90 a $158.00 que ofreció en el resto de las licitaciones. . Una postura con una disminución menor al 10% en una licitación de más de 100 no representa una competencia en precios feroz.

3. Luego entonces, al no rebatir estos puntos de la resolución y simplemente reiterar los argumentos que alegó al momento de dar respuesta al oficio de probable responsabilidad, no pueden ser analizados por esta autoridad.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

El argumento relativo a que el empate en las licitaciones se debe a costos y conocimiento de licitaciones anteriores, debe decirse que es **inoperante**, en tanto que es un argumento novedoso que no alegó en su contestación al oficio de probable responsabilidad, por lo que no puede en esta instancia ocurrir para mejorar la defensa que pudo y debió presentar en el momento procesal oportuno, por lo que precluyó su derecho a alegar en contra de las imputaciones que se le hicieron al momento de emplazarlo al procedimiento seguido en forma de juicio.

Las recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que, al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Con un argumento novedoso, Pisa justifica los empates en licitaciones con base en costos semejantes sin presentar prueba alguna de su dicho por lo que su afirmación resulta gratuita. No obstante, con base en la información confidencial de costos que aportaron las empresas sancionadas, se constata que su argumento es falso y por lo tanto no justifica dichos empates. Además, afirmar la semejanza de costos requiere tener conocimiento de información confidencial de otras empresas no es incompatible con el intercambio de información.

Por otro lado, al revisar los Anexos 1 a 3 de la resolución se concluye que es falso que el conocimiento de las posturas utilizadas por los pares de Pisa explique los empates en licitaciones. Primero, porque la similitud de las posturas ocurre en las 20 claves que participa Pisa desde la primera licitación, por lo que simplemente no pudo tomar como referencia posturas previas de sus pares, pues no existían. Segundo, esto no se constata en las licitaciones siguientes, pues en ocasiones Pisa sube su postura pese a tener conocimiento de que las posturas de sus competidores habían sido más bajas y que incluso el mismo Pisa había ganado con precios menores.

Por otro lado, resulta **infundado** su argumento relativo a que la comisión no puede escudarse en el uso del artículo 34 bis 2 de la LFCE para justificar la falta de evidencia, ya que es incorrecto que no existiera información que acreditara la existencia de la práctica y su participación en su comisión.

Para mejor referencia, resulta conveniente trascribir lo que la resolución combatida señaló, a saber:

> *"Se les señala a los emplazados que las conclusiones obtenidas por esta Comisión en el período de investigación, se basan en las licitaciones celebradas por el IMSS y que se encuentran en el expediente, al cual tuvieron acceso todos los emplazados para corroborar la información utilizada y analizada, con la finalidad de desvirtuar las imputaciones que esta autoridad les acreditó a nivel presuntivo. Asimismo, los emplazados no proporcionan a esta autoridad la información que consideran es completa, ni se objeta la información proporcionada por el IMSS, así como tampoco explican cómo es que a partir de la inclusión de dicha información las posturas citadas en el oficio de probable responsabilidad dejarían de ser similares cuando pierden y cuando ganan entre los emplazados. En este sentido, la CFC, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 34 bis 2 de la LFCE, adopta la presente resolución con base en los hechos de que tenga conocimiento y la información y documentación disponibles."*[284]

De lo anterior se advierte que las responsables no lograron desvirtuar las imputaciones que se hicieron en su contra, lo que provocó que fuera procedente el que se les impusiera una sanción.

Ahora bien, toda determinación debe adoptarse tomando en cuenta sólo lo que obra en el expediente, pues lo que está fuera de él no puede ser analizado al momento de resolver, por lo que se justifica que se establezca que se haya señalado que se resolvía con base en lo que se tenía conocimiento y con la información disponible, pues no podía ser de ninguna otra forma, sin que ello implique que se esté aplicando como sanción a los agentes económicos por no haber cooperado con la investigación o con el procedimiento seguido en forma de juicio.

Por otro lado, debe decirse que el espíritu o finalidad de dicho artículo es doble:

- Impedir que queden impunes conductas prohibidas por la Ley, en razón de la negativa de las partes a entregar información a la Comisión, y
- Que de cuestionarse una insuficiente motivación por falta de información, la justificación pueda ser que el agente afectado debió en la contestación al oficio de probable responsabilidad, aportar y desahogar la información complementaria con la que cuenta y que si no lo hizo, se actualiza una preclusión en su perjuicio por consentimiento. Esto basado en el principio de que nadie puede invocar a su favor causales de nulidad, hechos o circunstancias que ellos mismos hayan provocado.

Por tal motivo, si al momento de contestar el oficio de probable responsabilidad, los agentes económicos emplazados realizaron diversas afirmaciones y no las probaron, ni aportaron la información que a su juicio debió haberse evaluado por esta autoridad, no puede ahora alegar que la Comisión no resolvió con la mejor información disponible.

[284] Foja 133 de la resolución impugnada.

En efecto, Pisa no presentó la información respecto a las licitaciones que deseaba fueran examinadas por esta autoridad y que a su criterio podían modificar las conclusiones que de forma preliminar se adoptaron en el oficio de probable responsabilidad, por lo que la Comisión resolvió con base en lo que obraba en el expediente.

No obstante lo anterior, de la resolución reclamada se advierte que los elementos recabados durante la investigación y respecto de los cuales se hicieron las imputaciones, fueron suficientes para acreditar la práctica monopólica investigada y para determinar su responsabilidad en su participación, sin que hubieran sido desvirtuadas, ante lo inoperante, infundado o insuficiente de sus defensas y al no haber podido acreditar que la similitud de las posturas presentadas en diversas licitaciones del IMSS, respecto de los Grupos I y II, respondieron a una estrategia individual y no coordinada entre los competidores emplazados al procedimiento seguido en forma de juicio.

Es decir, no hay en el expediente elementos o pruebas que desvirtúen las premisas y conclusiones a las que se arribó preliminarmente el oficio de probable responsabilidad y en forma definitiva en la resolución, por ello, las hipótesis propuestas por la emplazadas, al no haber sido acreditadas, resultan ser meras afirmaciones gratuitas sin sustento que difícilmente pueden restarle valor a lo resuelto por la Comisión.

**(2) Tampoco existe un nexo causal incontrovertible entre el patrón y la colusión, ya que:**

- ✓ **Se encuentra basado en un dogma económico que no se presenta en mercados altamente concentrados, con procesos frecuentes y en donde los participantes conocen las posturas presentadas por sus competidores en licitaciones anteriores; características en las que ninguno de los participantes les conviene competir estrictamente en precios como indebidamente lo presume la Comisión, por lo que, en la medida en que no cambien los incentivos, evitarán competir en precios.**
- ✓ **Es cuestionable e inexacto que, en mercados con esas características, lo razonable sea que los competidores bajen sus precios para aumentar su participación de mercado y ganar más dinero, pues al contrario, lo razonable resulta ser que los precios se mantengan en la medida en la que otros no inicien una carrera a la baja.**
- ✓ **Aun cuando existiera el patrón, el nexo es cuestionable pues no necesariamente se debería a una colusión, ya que "es congruente con la competencia legal como una conspiración ilegal".**
- ✓ **Existen explicaciones económicas razonables y basadas en decisiones independientes, las cuales fueron ignoradas en la resolución.**
- ✓ **Los oligopolios no siempre compiten en precios si no existen incentivos (por hacerse públicas las listas de precios y se exigen cláusulas de nación más favorecida, reflejan precios necesariamente muy cercanos).**

  **"Los oligopolistas no van a bajar sus precios para aumentar su participación de mercado porque esperan que cualquier ganancia derivada de una licitación**

**específica quede cancelada de inmediato cuando el rival tome represalias con reducciones de precios similares".**

- ✓ **El paralelismo consciente es razonable. No sería inteligente bajar el precio por ganar una licitación que daría un volumen adicional muy bajo, si con ello se ocasiona una cascada de reducción de precios, y con esa reducción no ganarían más dinero. Esto está demostrado científicamente desde 1950 por JAMES A. RAHL.**

**De acuerdo con SULLIVAN y GRIMES, en la teoría de juegos se asume que dos o más competidores tienen el mismo objetivo: obtener la utilidad más alta, si no se toma en cuenta la respuesta de otros participantes, se dispararía una guerra de precios, lo que resulta en menores utilidades para todos los agentes (KORAH). No puede exigírsele a alguien que castigue su situación financiera simplemente por aplicación de un dogma económico sin fundamento.**

Es **infundado** su argumento conforme a lo siguiente:

La esencia de todos los argumentos que Pisa ofrece en esta sección ya fueron atendidos en la resolución. Pisa ofrece tres explicaciones alternativas como posible explicación a su comportamiento, pero sin sostener concluyentemente que alguna haya sido la que efectivamente siguió y que ello explique su comportamiento en las licitaciones investigadas.

Así, el argumento relativo al paralelismo consciente se atendió en las páginas 169 a 172 de la resolución.

De igual forma, en las páginas 169 a 172 y 473 a 476 de la resolución se observa que el argumento del modelo dinámico ya fue atendido.

Por tal motivo, su argumento es **inoperante** debido a que simplemente se constriñe a reiterar textualmente o a parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, buscando mejorarlos o perfeccionarlos, y no atiende ni ataca de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía las siguientes tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA", "AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y***

***QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"*** las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

- ✓ **Otra explicación es la capacidad de producción limitada, la diversificación de las líneas de producción y el programa de producción de las empresas competidoras. También ignoradas en la resolución. Si se pierde la licitación por postura alta, no es relevante porque la capacidad de producción está en uso y se logró el objetivo de mantener presencia, en cambio, si se gana la licitación, entonces el precio alto ofrece una mayor rentabilidad y justifica la variación en el programa de producción**

El argumento de capacidad de producción limitada se atendió en las páginas 182, 183, 271 y en el numeral 27 intitulado **"PRECIOS Y CAPACIDAD INSTALADA"** contenido de fojas 295 a 297 de la resolución.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos y deben declararse **inoperantes**.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, se reitera que la sancionada, ahora recurrente, no presentó pruebas que acreditaran su capacidad limitada durante el periodo investigado, con la cual se justificara su participación en la licitación, por lo que no demostró durante el procedimiento seguido en forma de juicio que ésta fuera una razón que explicara que el patrón de posturas advertido se debía a una estrategia independiente.

- ✓ **La forma en la que el IMSS conducía las licitaciones explica la ausencia de competencia en precios y no un supuesto acuerdo colusorio**

Estos argumentos ya fueron atendidos en las páginas 172 a 174.de la resolución, por lo que son **inoperantes**.

En esta sección Pisa presenta varias contradicciones que evidencian la ausencia de una explicación alternativa a la colusión. La primera contradicción es que en su escrito de respuesta al oficio de probable responsabilidad, Pisa afirma que los elementos que la Comisión identificó como facilitadores de la colusión son teóricos y no se sostienen en un análisis de la situación real, en tanto que ahora en su recurso de reconsideración busca explicar que debido a estos elementos no compitió en precios, cuando ya los había desechado. Además sus argumentos implican un reconocimiento de la ausencia de competencia. La segunda contradicción y directa sobre este mismo argumento versa sobre que el diseño o esquema de las licitaciones del IMSS no lleva a una competencia en precios y a fojas 63 a 67 de su recurso sostiene que puede demostrar una competencia en precios feroz si se analizan todas las licitaciones del IMSS.

Por otro lado, Pisa argumenta que los dos cambios que realizó el IMSS respecto de la consolidación y precios de referencia cambiaron los incentivos, por lo que se incrementó la competencia en precios; pero dichos cambios sucedieron a partir del segundo semestre del año 2006 y Pisa comenzó a ofrecer menores precios y distintos a sus competidores a partir de finales de 2005, como se puede observar en los Anexos de la resolución.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos y deben declararse **inoperantes**.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

- ✓ **La existencia del cartel es poco creíble a la luz de las condiciones del mercado, al haber varios obstáculos:**
  - **Entre mayor número de competidores reales y potenciales menor posibilidad de colusión (reconocido en la resolución foja 34 y 35).**

- **Los competidores potenciales son un elemento disciplinador en precios y cartelización. La Comisión reconoce que existían otros competidores en el mercado e ignoró su papel disciplinador. (cita varios ejemplos).**
- **La diferencia en líneas de producción desestabiliza los cárteles.**

✓ **Se ignora que otros participantes en el mercado tuvieron el mismo comportamiento que los miembros del supuesto cartel, lo que evidencia que el comportamiento individual era económicamente razonable. (cita varios ejemplos).**

Estos argumentos ya se atendieron a fojas 110, 119, 173 y 278 a 279 de la resolución.

En la resolución se explica que toda vez que bajo el análisis del historial de las licitaciones por clave, el resto de los participantes no influyeron sustancialmente en el patrón de comportamiento, en la medida que su participación en las adjudicaciones son considerablemente menores que los agentes sancionados y, como se muestra en el oficio de probable responsabilidad mediante las tablas, los agentes económicos continúan con el patrón durante el periodo investigado a pesar de la mínima intervención de otros participantes.

Pisa repite argumentos vertidos en su respuesta al oficio de probable responsabilidad y que ya se atendieron en el numeral 49. Sanción del cartel, en páginas 368 y 369 de la resolución. En este numeral se explica que no es necesaria la existencia de un mecanismo de sanción, cuando en el cártel conformado resulta más atractivo, al actuar en colusión por los beneficios que obtienen de éste, que romper el acuerdo que pactaron, pues dejaría en su detrimento de recibir las ganancias extraordinarias que obtienen por producir menos a un mayor precio. A mayor abundamiento, no es posible dar evidencia de una sanción cuando el cartel sufre presión competitiva por nuevos participantes y por el cambio en el diseño de las licitaciones, y no por participantes miembros del cartel.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos y deben declararse **inoperantes**.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**(3) La Comisión reconoce que para la existencia del cártel debe existir la posibilidad de sancionar al que incumple el compromiso y después ignora que esa posibilidad no está presente en este caso.**

Este argumento resulta **inoperante**, pues se dedica a reiterar sus manifestaciones plasmadas en la contestación al oficio de probable responsabilidad, sin considerar o atacar lo que esta autoridad le respondió al momento de resolver.

Efectivamente, en la resolución reclamada se resolvió que:

> *"El argumento anterior resulta **infundado**, ya que en el oficio de probable responsabilidad, en específico, en el apartado 3 respectivo al "**MARCO CONCEPTUAL DE LICITACIONES Y ELEMENTOS QUE FACILITAN EL ESTABLECIMIENTO, CONCERTACIÓN O COORDINACIÓN DE POSTURAS**" se menciona que (ii) las licitaciones frecuentes facilitan la colusión porque permiten la interacción continua entre agentes económicos que coinciden constantemente en productos o grupos de productos dentro los procedimientos de licitación; lo anterior, genera estabilidad entre los agentes económicos involucrados en prácticas monopólicas absolutas porque les permite compensar e ir dividiendo la participación y los beneficios económicos de una manera sucesiva conforme se convoquen y celebren las licitaciones públicas. De igual forma, permite un monitoreo constante sobre los resultados y cumplimiento del acuerdo colusorio entre los involucrados.*
>
> *En concreto, el mecanismo de castigo entre miembros que conforman un cártel se refiere a la implementación de una o varias acciones tendientes a deteriorar los beneficios económicos de aquel o aquellos miembros que hayan desviado sus acciones e incumplido las condiciones pactadas acuerdo colusorio. Por otra parte, los mecanismos de castigo, **no son un elemento que se encuentre dentro de los extremos del artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, tampoco son un elemento en que deba acreditarse su existencia o implementación dentro de la investigación; porque estos pueden o no implementarse por los agentes involucrados en un acuerdo.***
>
> *En el caso particular, la imputación a nivel presuntivo que hace el oficio de probable responsabilidad, se basa en un patrón implementado por los probables responsables, mientras que el rompimiento del cártel no se basa en la implementación de un mecanismo de sanción entre los agentes involucrados, sino en la entrada de nuevos agentes económicos que participan en las licitaciones del IMSS y la aplicación de una política de consolidación en las licitaciones celebradas por el IMSS.*
>
> *Además, no es necesaria la existencia de un mecanismo de sanción, cuando en el cártel conformado resulta más atractivo, para los que lo conforman, actuar en colusión por los beneficios que obtienen de éste, que romper el acuerdo que pactaron, pues dejaría en su detrimento de recibir las ganancias extraordinarias que obtienen por producir menos a un mayor precio."*[285]

Por lo anterior, no basta con señalar que esta autoridad desestimó la posibilidad de que la sanción no esté presente en este caso, si no ataca las razones por las que esta autoridad determinó que la sanción no es un elemento que la LFCE obligue a acreditar para que se tenga por configurada la práctica.

[285] Foja 368 y 369 de la resolución reclamada.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**4.7 INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EXHIBIDAS EN EL PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE ACTÚA**

**BAXTER**

**Violación a los artículos 31, 33, fracciones II y III y 34 del RLFCE, así como 198, 202 y 215 del CFPC, por indebida valoración de las pruebas exhibidas en el procedimiento:**

Previo al estudio de sus agravios, es conveniente referir al texto de los artículos que estima violados:

Los artículos 31, 33, fracciones II y III, y 34 del RLFCE señalan:

> *"Artículo 31.- Las diligencias practicadas por la Comisión con anterioridad al emplazamiento tendrán plena validez para sustentar el oficio de presunta responsabilidad. En la práctica de dichas diligencias serán aplicables en lo conducente las disposiciones sobre pruebas previstas en este Reglamento.*
>
> *En caso de que no existan elementos suficientes para sustentar la presunta responsabilidad de un agente económico, el Pleno de la Comisión decretará el cierre del expediente y en su caso, notificará esta resolución al denunciante."*
>
> *"Artículo 33. Las pruebas deberán ofrecerse con el escrito a que se refiere la fracción II del artículo 33 de la Ley, con la expresión clara del hecho o hechos que tratan de demostrar. Correrá a cargo del oferente realizar los actos necesarios o tendientes al oportuno desahogo de las pruebas, para ello la Comisión proveerá lo conducente.*
>
> *Al ofrecerse las pruebas debe acompañarse, según el caso, lo siguiente:*
> [...]
> *II. Los interrogatorios al tenor de los cuales deben ser examinados los testigos;*

*III. El lugar, los periodos y los objetos y documentos que deban ser examinados en el reconocimiento o inspección;*
*[...]"*

*"Artículo 34. Una vez contestado el oficio de presunta responsabilidad, se acordará la admisión de las pruebas y se fijará el lugar, el día y hora para el desahogo de las mismas. Son admisibles todos los medios de prueba. Se desecharán las pruebas que no fuesen ofrecidas conforme a derecho, no tengan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarias.*

*El desahogo de las pruebas ofrecidas y admitidas se realizará dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado a partir de su admisión.*

*Las pruebas supervenientes podrán presentarse siempre que no se haya emitido la resolución definitiva.*

*La Comisión notificará a los interesados con una anticipación mínima de tres días el inicio de las actuaciones necesarias para el desahogo de las pruebas que hayan sido admitidas."*

Por su parte, los artículos 198, 202 y 215 del CFPC establecen:

*"Artículo 198. No tendrán valor alguno legal las pruebas rendidas con infracción de lo dispuesto en los artículos precedentes de este título"*

*"Artículo 202. Los documentos públicos hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de que aquéllos procedan; pero, si en ellos se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones; pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado.*

*Las declaraciones o manifestaciones de que se trata prueban plenamente contra quienes las hicieron o asistieron al acto en que fueron hechas, y se manifestaron conformes con ellas. Pierden su valor en el caso de que judicialmente se declare su simulación.*

*También harán prueba plena las certificaciones judiciales o notariales de las constancias de los libros parroquiales, relativos a las actas del estado civil de las personas, siempre que se refieran a época anterior al establecimiento del Registro Civil. Igual prueba harán cuando no existan los libros del registro, original y duplicado, y cuando, existiendo, estén rotas o borradas las hojas en que se encontraba el acta.*

*En caso de estar contradicho su contenido por otras pruebas, su valor queda a la libre apreciación del tribunal."*

*"Artículo 215. El valor de la prueba testimonial quedará al prudente arbitrio del tribunal, quien, para apreciarla, tendrá en consideración:*

*I.- Que los testigos convengan en lo esencial del acto que refieran, aun cuando difieran en los accidentes;*
*II.- Que declaren haber oído pronunciar las palabras, presenciado el acto o visto el hecho material sobre que depongan;*
*III.- Que, por su edad, capacidad o instrucción, tengan el criterio necesario para juzgar el acto.*

*IV.- Que, por su probidad, por la independencia de su posición o por sus antecedentes personales, tengan completa imparcialidad;*
*V.- Que por sí mismos conozcan los hechos sobre que declaren, y no por inducciones ni referencias de otras personas;*
*VI.- Que la declaración sea clara, precisa, sin dudas ni reticencias, sobre la substancia del hecho y sus circunstancias esenciales.*
*VII.- Que no hayan sido obligados por fuerza o miedo, ni impulsados por engaño, error o soborno, y*
*VIII.- Que den fundada razón de su dicho."*

Como se aprecia, los anteriores artículos se relacionan con las reglas de ofrecimiento, admisión y desahogo de las pruebas ofrecidas por los emplazados en el procedimiento seguido en forma de juicio y con el valor que se le da, por una parte, a los elementos recabados por la investigación para emitir el oficio de probable responsabilidad y, por otra, el valor que debe darse a las pruebas, en particular a los documentos públicos y a las testimoniales.

Luego entonces, todas aquellas alegaciones que realiza Baxter que no tengan relación con los aspectos anteriores no pueden de ninguna manera señalarse como violatorias de los anteriores artículos, provocando con ello que resulten **infundados**.

No obstante lo anterior, se entra al análisis de sus argumentos en particular.

a) **La Comisión tenía la carga de la prueba respecto a las conductas imputadas a las responsables, pues se negó categórica y reiteradamente las imputaciones que le fueron hechas.**

**La Comisión no analizó los argumentos de Baxter que constituyen verdaderas pruebas económicas y con ello se viola el principio de exhaustividad e incorrecta fundamentación y motivación.**

El argumento anterior resulta **infundado** por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 30 del RLFCE la investigación tiene por objeto recabar información que sea suficiente para sustentar la existencia de la práctica y los elementos en que se apoye la presunta responsabilidad. De igual forma, corresponde a la Comisión adoptar sus resoluciones con base en hechos de que tenga conocimiento y la información y documentación disponibles en el expediente. De lo que se obtiene que la Comisión puede resolver con base en lo que pudo recabar durante la investigación y que sea suficiente para sancionar.

Luego entonces, corresponde a la autoridad de acuerdo con el artículo 33, fracción I, señalar los hechos y los elementos que a su juicio sean suficientes para llamar a juicio a los agentes económicos cuya probable responsabilidad se les atribuya, para que ellos puedan ejercer sus excepciones y defensas, y ofrezcan sus pruebas en ejercicio de su garantía de audiencia.

En efecto, los artículos 33, fracción II, segundo párrafo, y fracción III, así como su penúltimo párrafo, de la LFCE y los artículos 32 a 38 del RLFCE determinan la carga procesal de los agentes económicos emplazados de presentar las pruebas que tiendan a demostrar sus alegaciones, así como a refutar los hechos y pruebas recabados durante la investigación y de entregar a la Comisión las cosas o documentos que tienen en su poder o de que puedan disponer.

Ahora bien, corresponde a los agentes económicos emplazados la carga de la prueba respecto de aquellas afirmaciones que ellos mismos aleguen en sus escritos de contestación al oficio de probable responsabilidad, tomando en consideración además que ellos tienen en su poder todos los elementos relacionados con políticas de determinación de precios, capacidad productiva, estructura orgánica, planta laboral, registros, agendas, y toda aquella información relacionada con la operación de su empresa, por tratarse de hechos propios, con la cual pueden desvirtuar las imputaciones que se hicieron en su contra por esta autoridad, así como aportar aquella información que a su juicio debió haber sido tomada en cuenta al momento de resolver y que se encuentre directamente relacionada con los hechos materia del procedimiento.

Por otro lado, y por lo que corresponde a esta autoridad, sí se cumplió con la obligación de señalar, adminicular y valorar el material probatorio recabado durante la investigación que resultó suficiente para determinar la existencia de la práctica y la responsabilidad de los agentes económicos para sancionarlos, mismos que se plasmaron en la resolución en el apartado de **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"**[286]

En cuanto a que esta autoridad no fue exhaustiva en analizar los argumentos de Baxter,[287] que a su criterio constituían verdaderas pruebas económicas, debe decirse que son **infundados**, pues sí se dio respuesta puntual tal y como se advierte a continuación:

Por lo que hace al punto 1 de su séptimo agravio,[288] sobre la variabilidad en el monto a asignar por licitación, la resolución[289] indicó que:

> *"El argumento anterior es infundado, ya que Baxter confunde las reglas de las licitaciones con el número de licitaciones. El oficio de probable responsabilidad en su foja 46 establece que las licitaciones investigadas no han presentado cambios sustanciales en sus reglas de operación, más no afirma que sea en el número o monto de las licitaciones.*
>
> *La relevancia de las reglas estables, como se muestra en el oficio de probable responsabilidad, se basa en que los miembros de un acuerdo colusorio no tienen que diseñar un nuevo acuerdo y mantienen las*

[286] Fojas 374 y ss. de la resolución impugnada.
[287] Contenidos a fojas 11 y 17 a 24 de su contestación al oficio de probable responsabilidad.
[288] Foja 115 a 120 del recurso de reconsideración de Baxter.
[289] Foja 147 de la resolución recurrida.

*estrategias coordinadas en tanto no cambien las reglas que alteren su comportamiento. Lo anterior, se evidencia con los datos presentados en el oficio en comento.*[290]

*Igualmente, el argumento de Baxter sobre la consolidación de los montos licitados es consistente y confirma las conclusiones del oficio de probable responsabilidad, ya que la consolidación de las participaciones provoca una reducción en las oportunidades de obtener una asignación y también limita los incentivos de los agentes económicos para mantenerse en el cártel, ya que dificulta la división de las asignaciones. Esto último puede observarse a fojas 185 y 187 del oficio de probable responsabilidad."*

Referente al punto 2, relativo a la falta de análisis de todas las claves de sueros y soluciones del IMSS y que no todos los emplazados participaron en todas las claves, se señaló:[291]

*"El argumento del emplazado resulta **infundado**, ya que el oficio de probable responsabilidad claramente toma en consideración dichas sustancias, tal y como lo señala el apartado denominado "CONDUCTA INVESTIGADA", contenido en las "CONSIDERACIONES DE DERECHO".*

*Es necesario resaltar que, precisamente se emplaza a Baxter por "la probable comisión de prácticas monopólicas absolutas, consistentes en el establecimiento, concertación y coordinación de posturas en las licitaciones públicas del IMSS tratándose de agua inyectable (clave 3675), cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627), cloruro de sodio y glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625)"*[292].

*Por lo demás, en el CBCM del Sector Salud se establece que dichas sustancias se consideran medicamentos, tal y como se señaló en fojas 36 a 40 del oficio de probable responsabilidad, por lo que no le asiste razón a Baxter en este sentido".*

*"El argumento anterior resulta **inoperante**, ya que Baxter no demuestra cómo es que la inclusión de otras licitaciones llevaría a una conclusión diferente a la del oficio de probable responsabilidad respecto a la coordinación de posturas en las licitaciones. Aún cuando no existiese coordinación en las licitaciones que cita Baxter, lo cual no demuestra, ello no desvirtúa el análisis contenido en el oficio de probable responsabilidad respecto de las licitaciones y claves investigadas, ni cómo es que los precios ganadores coinciden entre las empresas investigadas al igual que sus posturas perdedoras o las participaciones equitativas entre ellas.*

*Por lo tanto, pretender argumentar que no se analizaron todas las licitaciones del IMSS es por demás una manifestación gratuita e irrelevante, la cual no desvirtúa en nada los hechos imputados al emplazado en el oficio de probable responsabilidad. En este mismo sentido, resulta por demás una manifestación gratuita mencionar cuáles son las que se omitieron, sin realizar el análisis de éstas y cómo ello implicaría conclusiones diversas a las que esta Comisión arribó.*

*Resultan aplicables por analogía al caso en concreto, la jurisprudencia invocada anteriormente y cuyo rubro señala: **"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***

[290] Foja 45 del oficio de probable responsabilidad.
[291] Foja 105, 153 y 254 de la resolución recurrida
[292] Foja 52 y ss. del oficio de probable responsabilidad.

*AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO", la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.*

*En este sentido, se reitera que el oficio de probable responsabilidad se basó en la información aportada por el IMSS y por los mismos emplazados, así como con los elementos de convicción necesarios para acreditar la probable responsabilidad de los agentes económicos emplazados al presente procedimiento. Por otro lado, el emplazado no proporciona a esta autoridad la información que considera completa y que llevaría a conclusiones diferentes del oficio de probable responsabilidad, así como tampoco objeta la información proporcionada por el IMSS. En este tenor de ideas, se observa que esta Comisión analizó en el oficio de probable responsabilidad dos cientos cuarenta y ocho licitaciones públicas correspondientes a los grupos de medicamentos definidos como "Grupo I" y "Grupo II"; por tal razón, las conclusiones de la Comisión versaron sobre dichas licitaciones.*

*Consecuentemente, derivado del análisis económico de dichas licitaciones públicas, se estableció un patrón de comportamiento, el cual se verifica a partir del análisis de las tablas que contienen las licitaciones de las que esta Comisión obtuvo durante el período de investigación y las conclusiones de esta autoridad son sólo sobre las licitaciones citadas en dicho oficio, es decir, no se trata de un muestreo que busque generalizar las conclusiones a todas las licitaciones realizadas por el IMSS para este grupo de medicamentos. Durante todo el análisis del Grupo II de medicamentos se utiliza la información de estas licitaciones".*

Por lo que hace al punto 3, relacionado a que las posturas de Baxter no exhiben un patrón reconocible, la resolución[293] respondió:

*"El argumento anterior resulta **infundado**, toda vez que Baxter limita la definición de un patrón a la secuencia de licitaciones ganadas y perdidas. No obstante, el capítulo 4 del oficio de probable responsabilidad muestra que el patrón es sobre el nivel de las posturas ganadoras y las posturas perdedoras, las cuales coinciden con las posturas que sus competidores presentan.*
*Por otro lado, Baxter sostiene que su objetivo es maximizar su ingreso, mas no sus beneficios o utilidades, pero si efectivamente éste fuera su objetivo ofrecería un precio justo por debajo del precio que observó de sus competidores y no el mismo y mucho menos uno mayor, con lo que se evidencia que sus actos no coinciden con su dicho (el mismo Baxter reconoce esta situación en la página 20 de su escrito).*

*Por último, Baxter reconoce que sus estrategias no buscan maximizar la probabilidad de ganar cada licitación, ya que no es óptimo tratar de ganar cada licitación; no obstante, cuando un postor participa en una licitación ofreciendo un precio determinado, tiene la intención de ganarla y obtener una ganancia con el precio ofrecido. De no ser así, simplemente no participaría, ya que si este postor en realidad no tuviera el propósito de ganar y resultara adjudicado, obtendría una penalización por incumplimiento como lo establecen las bases de las licitaciones.[294] Lo anterior, se debe a que en un comportamiento unilateral cada postor desconoce las posturas de sus competidores y, por lo tanto, no sabe a priori si resultará ganador. El dicho de Baxter sólo se cumpliría a partir de un comportamiento coordinado, donde los participantes saben de antemano cuáles serían las posturas de sus competidores. Por lo que, aún cuando es cierto que cada oferente busca vender la mayor cantidad en las condiciones más*

[293] Foja 160 a 162 de la resolución recurrida
[294] Artículo 53 de la LAASSP

*rentables, no puede asegurar unilateralmente precios altos de forma sostenida, al menos que se trate de un comportamiento coordinado.*

*Asimismo, se muestra en las tablas 11 a 28 del oficio de probable responsabilidad, que los promedios anuales de las posturas ganadoras y perdedoras presentan una baja dispersión entre dos mil tres y dos mil seis, para las claves de medicamentos que pertenecen al Grupo II, en particular, cuando se analizan las posturas por licitación de cada una de las empresas probables responsables se observa que las posturas ganadoras son prácticamente iguales; así entonces, para la clave 3601 se encuentra que en de las ciento treinta y seis licitaciones cuyo fallo se realizó entre mayo de dos mil tres y mayo de dos mil seis, en ciento tres de éstas las empresas probables responsables ganaron con la postura $9.35 (nueve pesos 35/100 M.N.). Asimismo, las restantes posturas ganadoras se ubican en niveles muy cercanos a esta postura.*

*Por otro lado, en ochenta y una de las ciento treinta y seis licitaciones, los probables responsables presentaron posturas que se ubicaron en un rango de $9.50 (nueve pesos 50/100 N.N.) y $9.53 (nueve pesos 53/100 M.N.), que sólo resultaron ganadoras en tres licitaciones. Este comportamiento también se observa en el resto de las claves, por lo que se cree adecuado señalar que las posturas ganadoras y perdedoras son prácticamente iguales.*

*Por otra parte, si bien es cierto que alternar posturas puede ser una estrategia unilateral razonable, siempre y cuando con esta estrategia se busque ser impredecible para los competidores. En el caso concreto, el comportamiento de Baxter observado en las licitaciones analizadas de las claves del Grupo II en el oficio de probable responsabilidad es inconsistente con una estrategia unilateral razonable. En ese sentido, se observa que en sus posturas, de entre un gran conjunto de posibilidades, sólo toma pocos valores, en particular, la postura con la que suele ganar es la misma con la que con anterioridad él u otros jugadores han ganado, además después de ganar cierto número de licitaciones aumenta su postura a niveles con los que con probabilidad baja, dado el resultado de las licitaciones previas, puede ganar.*

*En ese sentido, presenta posturas cuyo diferencial respecto a la postura que en licitaciones previas había resultado ganadora es ligeramente superior al 1.5% (uno punto cinco por ciento), lo que impide que gane si las otras empresas siguen el acuerdo. Por tanto, su estrategia era predecible y permitía la alternancia de ganadores.*

*El oficio de probable responsabilidad demuestra un comportamiento coordinado entre las empresas investigadas basándose en la evidencia de un comportamiento reiterado y constante entre los probables responsables que involucra alternarse las posiciones en las que se asigna un contrato mediante la alternancia de un precio o precios; tal y como se indica en el capítulo del oficio de probable responsabilidad que se denomina "**ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS**", situación que no desvirtúa el probable responsable.*

*Asimismo, los argumentos en el sentido que todos los participantes de las licitaciones presentadas cuentan con la información de precios con los cuales previamente se adjudicaron asignaciones y contratos para las claves investigadas, y pueden ser un factor que consideren los participantes al momento de fijar su postura, son irrelevantes ya que las imputaciones del oficio de probable responsabilidad se basan en la consistencia y continuidad con las que las emplazadas se alternan los mismos precios, sin que revele lo anterior una conducta competitiva para obtener la adjudicación."*

Por lo que hace a los puntos 4 y 5, debe señalarse que Baxter ofreció algunos ejemplos con la intención de evidenciar que en las licitaciones analizadas se generó el fenómeno llamado "maldición del ganador" y sobre este punto la resolución[295] se pronunció diciendo lo siguiente:

> *"El argumento del emplazado resulta **infundado** en parte, e **inoperante** en el resto, en atención a las siguientes consideraciones:*
>
> *Resulta **infundado**, ya que el fenómeno de "maldición de ganador" sólo aplica cuando las licitaciones se pueden caracterizar como de valor común, es decir, cuando los postores cuentan con información privada que, de revelarse llevaría a que sus competidores otorgaran el mismo valor al contrato licitado. Sin embargo, las licitaciones realizadas por el IMSS no pueden ser caracterizadas así, ya que desde las bases de las licitaciones la cantidad a licitar es pública y la existencia de información privada entre los agentes no llevaría a cambiar dicha cantidad y, en consecuencia, tampoco el valor del contrato licitado.*
>
> *Por otro lado, se observa que cuando Baxter incrementa su postura, después de haber ganado cierto número de licitaciones, lo hace a niveles con los que con una probabilidad muy baja puede esperar volver a ganar, en particular, estos niveles superan el diferencial del 1.5% (uno punto cinco por ciento) de la postura con la que anteriormente él y los otros probables responsables han ganado, lo que implicaba que el ingreso esperado fuera menor. Consecuentemente, Baxter desconoce y hace un mal manejo del concepto de "maldición de ganador", ya que las características de las licitaciones investigadas no propician tal efecto.*
>
> *Finalmente, resulta **inoperante** su argumento, ya que no ofrece análisis ni evidencia alguna de que este efecto aplique a las licitaciones investigadas, por lo que en nada desvirtúan los hechos imputados al emplazado en el oficio de probable responsabilidad. Así las cosas, no basta con realizar meras manifestaciones vagas, imprecisas y generales, sino que es necesaria su argumentación y comprobación para desvirtuar las imputaciones que esta autoridad le hizo al emplazado.*
>
> *Resultan aplicables por analogía al caso en concreto, la jurisprudencia invocada anteriormente y cuyo rubro señala: **"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"**, la cuales por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias."*

Por lo que hace al punto 6, la resolución[296] determinó:

> *"El argumento anterior resulta **infundado**, ya que Baxter ofrece claramente un ejemplo de cómo ofreció posturas exactamente iguales a las de sus competidores, incrementando el precio. Aunque es razonable para Baxter incrementar su postura al ver que sus competidores tienen precios mayores, no lo es aumentar el precio hasta exactamente el mismo nivel, ya que entonces entraría al proceso de insaculación y no podría asegurar que gane la licitación (la cual obviamente tiene intención de ganar al participar en ella); más aún, si precisamente como lo establece la teoría de juegos, sabe que ellos observaron un precio menor y bajo un escenario independiente ofrecerían un precio más cercano al anterior ganador. El ejemplo que presenta Baxter precisamente muestra que existe un comportamiento*

[295] Fojas 162 y 163 de la resolución reclamada.
[296] Foja 163 y 164 de la resolución recurrida.

*coordinado con sus competidores emplazados, para incrementar los precios y dividirse los contratos licitados, pues ninguno siguió una estrategia que incrementara la probabilidad de ganar."*

El punto 7 es un ejemplo para justificar la alternancia en los contratos licitados, respecto al cual esta autoridad se pronunció diciendo[297]:

*"Resulta **infundado** el argumento vertido por el emplazado, ya que cuando la alternancia de los contratos licitados pueda ser el comportamiento esperado de la interacción de postores actuando unilateralmente, el patrón de posturas que genera la alternancia de contratos no es consistente con un comportamiento independiente; en cambio, sólo es consistente con la búsqueda de incrementar el beneficio económico mediante un comportamiento coordinado tal que, pese a perder algunas licitaciones (de forma sistemática), los beneficios son mayores en los procesos ganados a los que potencialmente se obtendrían de actuar de forma independiente.*

*Finalmente, en el caso de que los postores actuaran de forma unilateral, dado que las empresas observan las posturas ganadoras previas, cabría esperar que en gran número de las licitaciones, la asignación fuera múltiple, lo cual no se observa en las licitaciones del Grupo II de medicamentos, sino que, generalmente, sólo existe un ganador. En este caso, Baxter y Fresenius no pueden conocer a priori las acciones de Abbott y mucho menos su postura. Sin embargo, lo que sí evidencia el acuerdo es la exactitud de las posturas de los dos primeros agentes. Nuevamente Baxter ofrece ejemplos en los que se evidencia la coincidencia exacta de las posturas de las empresas investigadas, sin ofrecer argumento que demuestre que dicha coincidencia obedece a un comportamiento independiente."*

Respecto al punto 8 y 9, la resolución[298] estableció:

*"El argumento del emplazado resulta **infundado**, ya que el oficio de probable responsabilidad ofrece la clave de cada una de las licitaciones investigadas, por lo que Baxter puede conocer el detalle de cada licitación en el mismo expediente, además de que es información pública, por lo que puede comprobar el número de ganadores en cada licitación para cada clave.*

*Por otro lado, Baxter malinterpreta el análisis del oficio de probable responsabilidad, ya que éste no indica que en cada caso las empresas emplazadas agotaron la asignación múltiple; sino que, en el caso de posturas con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinto por ciento), no se tenía el objeto de una competencia efectiva, sino de garantizar la asignación múltiple. Si fuese el caso, como lo establece Baxter de que la estrategia unilateral sería ofrecer el máximo precio que garantice ganar la licitación, se observarían posturas diferentes pero con diferencias muy pequeñas.*

*Sin embargo, el oficio de probable responsabilidad demuestra que tales diferencias entre las empresas emplazadas ocurrían en caso de asignación múltiple y no precisamente como una estrategia generalizada, como Baxter manifiesta."*

El punto 10, relativo a que las posturas de Baxter se modificaban continuamente hacia arriba y hacia abajo, de modo que no permanecen constantes, se trata de una conclusión relacionada con su

[297] Foja 164 de la resolución recurrida.
[298] Foja 164 y 165 de la resolución recurrida.

argumento sobre sus posturas, misma que se respondió a fojas 165 y siguientes de la resolución recurrida.

Por último, y relacionado con su punto 11, en el que alegó que se pretendió generalizar las conclusiones sobre precios internacionales de referencia usado para las insulinas al grupo II, la resolución[299] determinó:

> *"Los argumentos vertidos por los emplazados de los incisos **a)** a **d)** resultan **fundados**, pero **insuficientes**, ya que efectivamente no se presentó un análisis de precios internacionales para el Grupo II, sino sólo respecto de la insulina humana; sin embargo, la inexistencia de la comparación internacional no lleva a conclusiones diferentes sobre el patrón de comportamiento que arroja el análisis económico mostrado en el oficio de probable responsabilidad y respecto de los dos grupos de medicamentos.*
>
> *Tal y como Fresenius señala, el margen de diferencia con los precios internacionales puede constituir un indicio más para presumir la existencia de un cártel, pero eso no significa que sea un aspecto que siempre se dé en la conformación de una práctica monopólica absoluta o que deba demostrarse en todos los casos para que se configure en términos del artículo 9° de la LFCE, ya que se pueden tomar en cuenta otro tipo de indicios para tener por acreditada la comisión de dicha práctica anticompetitiva, situación que así aconteció en el caso concreto.*
>
> *En efecto, la ausencia de una tabla que exponga un comparativo de los precios que resultaron ganadores de las licitaciones con los precios internacionales, no modifica en nada el análisis económico de las posturas de las emplazadas plasmado en el oficio de probable responsabilidad y mediante el cual se observó que la igualdad de posturas ganadoras y perdedoras en las licitaciones presentadas por los emplazados, junto con un alto margen de ganancias, revelan que, pese a tener la capacidad de ofrecer precios más competitivos y ejercer una verdadera competencia en los procesos de licitación, no tuvieron la intención de competir y sí de coordinarse entre las empresas ahora emplazadas."*

Tal y como se explicó al inicio de la resolución recurrida, esta autoridad no estaba obligada a transcribir sus argumentos ni a seguir el orden establecido en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, ya que se agruparon sus argumentos y se contestaron en su totalidad.

**b) Indebida valoración de la prueba pericial exhibida por Baxter. Argumentos económicos.**

**El análisis de la respuesta a la pregunta I es incorrecta porque no existe confusión entre las medidas de eficiencia y maximización de ingreso, puesto que el perito explica la relación entre ambas.**

**La conclusión de la Comisión respecto a la pregunta II, no atiende los señalamientos de la perito respecto a la imposibilidad de identificar un patrón entendido como secuencia o alternancia con base en promedios. Además, se desestima el argumento de que con ganar**

[299] Foja 199 y 200 de la resolución recurrida.

**unas cuantas licitaciones al año no se asegura mantener una buena participación de mercado.**

**En relación a la respuesta a la pregunta III, se tergiversa el dicho de la perito, quien se refiere a los incentivos y estrategia de Baxter, en ningún momento a la existencia de un acuerdo.**

**Es incorrecta la apreciación de la Comisión respecto a la respuesta de la pregunta IV, ya que se relacionan los argumentos de la perito con el concepto de valor común para invalidarlos.**

**Además, la perito señaló que Baxter tenía una estrategia reactiva unilateral que intentaba mejorar las posturas de los competidores y en la resolución se desestimaron dichos argumentos al decir que no se hizo el mismo análisis para toda la información, sin explicar la incongruencia de tal análisis con las conclusiones.**

**Sobre la viabilidad en la cantidad licitada, es falso que se presenta con una escala *ad hoc,* ya que la gráfica no tenía alterada la escala.**

**Finalmente, por lo que se refiere a la modificación de los incentivos en 2006, la resolución tergiversa el dicho de la perito, quien concluyó que el comportamiento de Baxter en las licitaciones entre dos mil tres y dos mil seis era consistente y podía ser explicado como resultado de una estrategia unilateral para maximizar sus ingresos. Sin embargo, se ignora tal conclusión y sin base se deriva en la existencia de un acuerdo.**

**Por lo anterior, la valoración de la prueba pericial es incorrecta e ilegal.**

Son **infundadas** sus alegaciones relativas a la incorrecta valoración de la prueba pericial ofrecida tal y como se advierte a continuación:

- En cuanto a ***la pregunta I*** de su dictamen, debe decirse que Baxter no puede alegar agravio alguno por citas parciales o fuera de contexto. En este caso el perito de Baxter argumentó:

> *"Por tratarse los productos licitados de bienes homogéneos, las subastas pueden caracterizarse como de valor común; esto es, donde la valuación del objeto (en este caso, el costo) tiene elementos comunes para todos los postores, aunque cada uno posee información privada acerca de ese valor de estimación del postor. Esta configuración de la valoración conduce con frecuencia a la denominada maldición del ganador. Este fenómeno ocurre porque el postor que tenga una estimación del valor menor a la de los demás será el ganador, pero también será cierto que, de haber podido conocer la siguiente menor estimación, habría ofrecido un precio ligeramente por debajo de ésta, de manera que la diferencia entre su propia estimación y aquella con la que pudo ganar la subasta genera un pérdida que constituye la maldición del ganador. Al respecto, cita a PEPALL y RICHARDS: "...cuanto más débil es el efecto de la maldición*

*del ganador, más enérgica será la oferta y mayor el ingreso del vendedor."259 A contrario sensu, cuanto más fuerte es la maldición del ganador, menos agresivas serán las ofertas de los postores."*

Una vez analizado su argumento, la resolución aclaró en páginas 432 y 433:

*"Al respecto, se hace necesario que esta autoridad señale y tenga presente la doctrina económica expuesta por KIRSHNA (2002)260, quien señala que en ocasiones el valor del objeto a subastar es desconocido por los postores al momento de la subasta. Los postores pueden tener estimaciones sobre ese valor basados en información privada o señales privadas que están correlacionadas con el verdadero valor del objeto subastado. La información que poseen otros postores afecta la valuación que un postor en particular otorga a ese objeto. Este tipo de especificación se llama valores interdependientes y es particularmente idóneo en situaciones en que el objeto subastado puede ser revendido. Un caso especial de esta situación de interdependencia es cuando esta valuación es igual para todos los postores, situación conocida como valores comunes.*

*Dicho de otra forma: los postores tienen diferente información sobre el valor que realmente tiene el objeto, por lo que cada postor podría cambiar su creencia sobre el valor del objeto si conoce la información de los demás postores. No obstante, de forma equivocada, el perito caracteriza a las subastas en el IMSS como de valor común, simplemente porque se trata de un bien homogéneo. A pesar de que los bienes objeto de las licitaciones investigadas son homogéneos, el concepto de valores comunes y por ende de la maldición del ganador no aplican, ya que desde las bases de las licitaciones, el valor de cada contrato licitado es público; por lo que aun cuando existan diferencias en la información privada de los participantes el valor del contrato licitado no cambia por revelarse esa información. Además, el concepto de interdependencia y en el caso particular de valores comunes, no es aplicable porque los contratos licitados no pueden ser revendidos por los ganadores. Al no existir la interdependencia entre la información de los participantes, de tal forma que la información privada de cada postor no afecta la valuación de los demás postores, las licitaciones investigadas no se consideran de valores comunes. La maldición del ganador tiene como requisito la existencia de valores comunes, por lo que ante la ausencia de esta característica los argumentos basados en la maldición del ganador carecen de sustento."*

Lo anterior demuestra que la Comisión nunca reconoce que las licitaciones sean de valor interdependiente y, por el contrario, aclara que no lo son.

Por otro lado, la confusión de Baxter surge al malinterpretar el objeto licitado. El objeto licitado es aquél que el convocante ofrece y por el que compiten los postores, en este caso un contrato de compra del IMSS por un producto, y no lo que los postores o participantes ofrecen. Por lo que para considerar de valor común las licitaciones del IMSS, el valor del contrato licitado debe ser desconocido para los participantes al momento de la licitación, lo que en especie no sucede, pues desde la publicación de las Bases o en las Juntas de Aclaración (actos previos a la presentación de posturas) se conoce la cantidad licitada que es lo que determina el valor de dicho contrato.

Por último, es claro que la definición del término se refiera a que el valor del objeto licitado es desconocido por los participantes al momento de la subasta, y no porque todos conozcan los procesos de producción y los insumos de los productos que ofrecen los postores para competir por el objeto licitado: el contrato de compra del IMSS. El argumento de Baxter llevaría al absurdo de calificar

como de valor común las licitaciones de dos productos muy diferentes pero elaborados con un mismo insumo como la energía eléctrica.

La Comisión admite que es razonable para Baxter incrementar su postura al ver que sus competidores tienen precios mayores, con lo que acepta el fenómeno de la maldición del ganador.

Baxter no puede alegar agravio alguno por citas parciales o fuera de contexto. En este caso Baxter argumentó:

> *"Es erróneo lo señalado en el oficio de probable responsabilidad referente a que existía un solo nivel de postura ganadora y otro nivel de postura perdedora. Como muestra de ello, tenemos que en la clave 3616 en dos mil tres, Baxter ganó licitaciones con una postura de $14.35 (catorce pesos 35/100 M.N.), frente a Fresenius y Pisa que ofrecieron $14.65 (catorce pesos 65/100 M.N.) y $14.60 (catorce pesos 60/100 M.N.). Sin embargo, más adelante Baxter ganó con una postura de $14.65 (catorce pesos 65/100 M.N.), es decir, la postura inicialmente perdedora se convirtió en ganadora."*

Y la resolución en páginas 163 y 164 respondió:

> *"El argumento anterior resulta infundado, ya que Baxter ofrece claramente un ejemplo de cómo ofreció posturas exactamente iguales a las de sus competidores, incrementando el precio. Aunque es razonable para Baxter incrementar su postura al ver que sus competidores tienen precios mayores, no lo es aumentar el precio hasta exactamente el mismo nivel, ya que entonces entraría al proceso de insaculación y no podría asegurar que gane la licitación (la cual obviamente tiene intención de ganar al participar en ella); más aún, si precisamente como lo establece la teoría de juegos, sabe que ellos observaron un precio menor y bajo un escenario independiente ofrecerían un precio más cercano al anterior ganador. El ejemplo que presenta Baxter precisamente muestra que existe un comportamiento coordinado con sus competidores emplazados, para incrementar los precios y dividirse los contratos licitados, pues ninguno siguió una estrategia que incrementara la probabilidad de ganar."*

En la cita completa se puede apreciar que aunque es cierto que la Comisión reconoce que tiene sentido económico que Baxter incremente su postura para aumentar sus ganancias al notar que el resto de los postores tienen precios mayores. Lo que no tiene sentido económico es igualar la postura exactamente al mismo nivel de otros participantes, ya que entrarían al proceso de insaculación con una asignación aleatoria donde corre el riesgo de obtener una porción menor del contrato, pese a poder aspirar al cien por ciento de ese contrato.

La Comisión también reconoce esta situación en el ejemplo de Baxter de la clave 3626 para incrementar sus precios, pero en ninguno de los casos se debe al concepto de maldición del ganador. Lo anterior debido a que tal concepto no es aplicable a las licitaciones del IMSS, como ya se demostró en páginas 432 y 433 de la resolución.

En la página 13 de su respuesta al oficio de probable responsabilidad, Baxter cita a Miguel A. Pérez Arata para indicar que este tipo de licitaciones generan ingresos esperados y después cita a Vernon L. Smith para argumentar que el tipo de licitación investigado genera precios por encima del precio

óptimo. La respuesta vertida en la página 150 de la Resolución aclara que Baxter confunde y utiliza indistintamente medidas de eficiencia con los de maximización del ingreso, al utilizar ambas citas para el mismo efecto. Y si en todo caso Baxter busca un ordenamiento de los tipos de subastas, se puede valer del Teorema de la Equivalencia del Ingreso, pero la comparación entre tipos de subastas no es materia de la investigación realizada.

Es Baxter quien trata de confundir, pues la CFC nunca sostiene que los diferentes tipos de subastas producen siempre los mismos resultados, sino que en la página 150 de la Resolución aclara que si en todo caso Baxter busca un ordenamiento de los tipos de subastas se puede valer del Teorema de la Equivalencia del Ingreso, pero la comparación entre tipos de subastas no es materia de la investigación realizada.

En cuanto a su argumento de que la asignación múltiple explica la estrategia unilateral de mantener posturas conservadoras, debe decirse que ya se atendió en páginas 144 y 145 de la resolución, donde se explica que las empresas investigadas ofrecen posturas con diferencias menores al 1.5% (uno punto cinco por ciento) para caer en la asignación múltiple y, por lo tanto, no compiten contra sí mismas. De este modo, el argumento de Baxter coincide con los datos presentados en el oficio de probable responsabilidad, en relación a que las empresas utilizaron la regla de asignación múltiple para no competir y dividirse los contratos cuando existía dicha posibilidad.

El argumento citado por Baxter confirma que su intención era no competir, tal y como afirma a lo largo de su respuesta al oficio de probable responsabilidad y en su recurso de reconsideración. Empero, la Comisión no se circunscribe a esto, ya que con la insistente argumentación de Baxter de no tener incentivos a competir agresivamente en precios, el resto de la evidencia económica que muestra la coordinación de posturas, la comunicación entre las personas que deciden o intervienen en la presentación de posturas, entre otros elementos se comprueba un comportamiento colusorio. Lo anterior se presenta en páginas 2 y 3 de la Resolución.

Es evidente la incorrecta lectura de lo escrito por la Comisión en página 165 de la resolución. En ella se puede leer claramente que si fuese el caso, como lo establece Baxter (y no la comisión), de que la estrategia unilateral sería ofrecer el máximo precio que garantice ganar la licitación o procure la probabilidad de ganar la licitación se observarían posturas diferentes pero con diferencias pequeñas.

Sin embargo, no se comprueba lo dicho por Baxter, ya que si en realidad siguiera esa estrategia se observarían continuamente que las posturas ganadoras de Baxter serían ligeramente menores a las perdedoras de Fresenius y Pisa. Esta situación no puede contradecir el coeficiente de variación entre posturas ganadoras promedio, pues esta comparación es entre las posturas ganadoras de Baxter y las perdedoras de Fresenius y Pisa. No existe tal contradicción, ya que es Baxter quien se equivoca al adjudicar su dicho a la Comisión y comparar erróneamente el coeficiente de variación entre las posturas ganadoras promedio, y la diferencia entre sus posturas ganadoras y las posturas perdedoras del Fresenius y Pisa que no pueden formar parte de las posturas ganadoras promedio.

Por último, es falso que la Comisión admita que no identifica un patrón en el comportamiento de Baxter, entendido como una alternancia de posturas. Lo que resolución señala en su página 160 es que Baxter limita la existencia de un patrón a uno en particular, y dado que ese patrón particular no existe, entonces, al solo haber un patrón, tampoco existe ninguno otro. El patrón que según Baxter debe encontrarse es uno sobre la secuencia de licitaciones ganadas y pérdidas, aun cuando el oficio de probable responsabilidad ya señaló que el patrón encontrado es que las posturas ganadoras de las empresas sancionadas son iguales o diferentes en menos del 1.5%, y que las posturas perdedoras también son iguales entre ellas.

- En cuanto a ***la pregunta II*** debe decirse que:

En página 435 de la resolución se puede observar que los señalamientos del perito sobre la imposibilidad de identificar un patrón con base en promedios sí fueron atendidos.

En cuanto al patrón anual y sus argumentos relativos a que la resolución debe incluir la pérdida de participación de mercado y que con ganar unas cuantas licitaciones al año no se asegura mantener una buena participación. Debe decirse que la respuesta en página 435 de la resolución se refiere a que el perito no ofrece información de su dicho, ni de la participación que ahora sostiene Baxter.

- En cuanto a ***la pregunta III*** debe decirse que:

Por lo que hace a su argumento sobre la Centralización de las licitaciones y a que el perito se refiere a los incentivos y estrategia de Baxter y no a la existencia de un acuerdo, así como que en cuanto a los Precios de referencia del IMSS. El perito se refiere a la modificación de los incentivos que causó la modificación de estrategia de Baxter, por lo que no concluye la existencia de un acuerdo; se le señala que a partir del análisis de los elementos que citó el perito se concluye que efectivamente existió una coordinación que, aunada a la evidencia de comunicación, revelan un acuerdo colusorio.

- En cuanto a ***la pregunta IV*** debe decirse lo siguiente:

  - Maximización de ingresos. La respuesta del perito a esta pregunta no menciona el concepto de valor común. Se manifestó que Baxter no tiene la intención de ganar las licitaciones en que participaba.

El perito efectivamente se pronuncia sobre si las licitaciones del IMSS son de valor común, por lo que la resolución aclara que estas licitaciones no son de este tipo. La confusión de Baxter surge al malinterpretar el objeto licitado. El objeto licitado es aquél que el convocante ofrece y por el que compiten los postores, en este caso un contrato de compra del IMSS por un producto, y no lo que los postores o participantes ofrecen. Por lo que para considerar de valor común en las licitaciones del IMSS el valor del contrato licitado debe ser desconocido para los participantes al momento de la

licitación, lo que en especie no sucede pues desde la publicación de las bases o en las juntas de aclaración (actos previos a la presentación de posturas) se conoce la cantidad licitada que es lo que determina el valor de dicho contrato.

Es claro que la definición del término se refiera a que el valor del objeto licitado es desconocido por los participantes al momento de la subasta, y no porque todos conozcan los procesos de producción y los insumos de los productos que ofrecen los postores para competir por el objeto licitado: el contrato de compra del IMSS. El argumento de Baxter llevaría al absurdo de calificar como de valor común las licitaciones de dos productos muy diferentes pero elaborados con un mismo insumo como la energía eléctrica.

Además, Baxter no puede alegar un agravio cuando efectivamente la resolución consideró que Baxter tenía interés en ganar las licitaciones en las que participó.

- Estrategia de Baxter. Pese a ejemplos puntales de la estrategia de Baxter, la resolución los desestimó porque no se hicieron para toda la información sin explicar incongruencia alguna. El perito identifica que la estrategia de Baxter es reactiva.

Sostener que se sigue una estrategia que se comprueba con un solo dato y que no se demostró ser una estrategia consistente con toda la información no puede ser valorada para justificar el comportamiento de Baxter durante todo el período investigado. Lo anterior es evidente cuando se valora la estrategia reactiva de Baxter con su propio ejemplo, donde se demuestra que miente al sostener que incrementa su postura al conocer las posturas de sus competidores:

**Clave 3626**

| Fallo | Licitación | Baxter | Fresenius | Pisa | Múltiple |
|---|---|---|---|---|---|
| 1-dic-03 | 00641224-038-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 2-dic-03 | 00641226-027-03 | 6.40 | **6.10** | 6.41 | 3 |
| 4-dic-03 | 00641216-043-03 | **6.30** | 6.42 | 6.40 | 1 |
| 5-dic-03 | 00641207-039-03 | **6.40** | **6.42** | **6.40** | 3 |
| 5-dic-03 | 00641228-001-03 | **6.30** | 6.42 | **6.30** | 3 |
| 8-dic-03 | 00641255-018-03 | 6.40 | 6.42 | **6.30** | 1 |
| 26-dic-03 | 00641187-030-03 | | **6.31** | **6.31** | 3 |

El argumento de Baxter es revelador en cuanto a la coordinación de las posturas, si considerando el ejemplo de su argumento observamos que el 4 de diciembre de 2003 Baxter ganó con una postura de $6.40, en tanto que Fresenius y Pisa pierden con una postura igual de $6.42 y $6.40 respectivamente; surgen dos posibles escenarios:

a) El veinticinco de noviembre de dos mil tres (fecha de la apertura económica de la licitación 00641216-043-03), Baxter pudo conocer las posturas de Fresenius y Pisa y darse cuenta

que podía incrementar su postura debido a que sus competidores habían ofertado precios más altos, o

b) El cuatro de diciembre de dos mil tres al ver el fallo de la licitación, conoció las posturas de Fresenius y Pisa y también razonar en el incremento de su postura para la siguiente licitación.

No obstante en ninguno de los escenarios es posible que Baxter ajuste su postura hacia arriba con base en la información pública de las posturas de Fresenius y Pisa en la licitación 00641216-043-03, ya que Baxter entregó su postura de la licitación 00641207-039-03 el once de noviembre de dos mil tres, fecha anterior en catorce días al escenario más próximo (inciso a). Por ello, no solo resulta falso su argumento de corregir su postura y se constata la respuesta de la resolución recurrida, sino que evidencia que la única forma en que esto pudo suceder es que tenía esa información previamente a su revelación pública.[300]

Por otro lado veamos las múltiples estrategias que sostiene Baxter siguió:

1. El diseño de las licitaciones no le genera a Baxter, ni a ningún otro participante, los incentivos a competir agresivamente en precios.
2. Tiene una estrategia reactiva, cuando los otros participantes compiten agresivamente en precios, Baxter compite agresivamente en precios. Lo anterior pese a que ya aclaró que no solo Baxter tienen incentivos a competir agresivamente, sino que ningún participante.
3. Toma como precios mínimos de referencia las posturas anteriores, que incluso generan incentivos a incrementar su postura. Sin embargo, como se observa en el numeral 2.2, su justificación es falsa tanto conceptualmente como en los hechos, pues simplemente no pudo conocer públicamente las posturas que supuestamente tomó como referencia para incrementar sus precios, claro, al menos de un intercambio de información previa.
4. Ofrece posturas menores cuando la cantidad a licitada es mayor. Esta estrategia no se sostiene si se toma el periodo investigado completo con ninguna de las dos medidas objetivas que no controvierte; además de que contradice su estrategia señalada en el inciso a., pues la cantidad licitada es parte del diseño de la licitación.
5. Su estrategia se basa en la teoría de juegos y en la teoría de subasta. En el numeral 2.2 de agravio cuarto se demostró que su estrategia reactiva y su estrategia de seguir las posturas anteriores no es consiste en el marco de la teoría de juegos. Por otro lado, incluso en su peritaje utiliza conceptos equivocados de estas teorías al grado de basarse en una subasta a segundo precio que no es el tipo de licitación del IMSS y conceptos que no son aplicables como la maldición del ganador.

Dichas estrategias son contradictorias entre sí o simplemente falsas.

[300] Folios 73890-73932, 74147-74196, 29389-29400, 17871-17887, 17856-17870, 29401-29420 y 29421-29434

- Variabilidad de la cantidad licitada. Es falso que se presente una gráfica a modo. La Comisión reconoce que existe una relación negativa entre ambas variables.

Baxter presenta una vez más una referencia sesgada, ya que la resolución en su página 166 no reconoce que efectivamente se compruebe su estrategia de ofrecer posturas agresivas cuando las cantidades licitadas eran mayor, además de ser una contradicción más con su argumento de que el diseño de las licitaciones no generaba incentivos a competir agresivamente pese a que las cantidades son parte del diseño.

Lo que sí muestra la resolución es que Baxter no utiliza toda la información disponible, pues solo ofrece una parte de los datos efectivamente disponibles, en esta ocasión posturas de dos mil cuatro y dos mil cinco. También la resolución ofrece medidas objetivas sobre el total de datos disponibles para medir la relación entre precio y cantidad y que la conclusión no se base en la inspección de una gráfica a modo. Estas medidas descartan el dicho de Baxter respecto a que ofreció precios menores o competitivos cuando la cantidad licitada era mayor. Las medidas objetivas que Baxter no controvierte son:

a) El coeficiente de correlación es menor al -5%, lo que significa que dicha relación está más cercana a una correlación de cero, es decir que no existe relación alguna entre cantidad y precio; a una correlación de -100%, que constataría la versión de Baxter; y
b) Una regresión univariada, que muestra que la cantidad no explica los precios y lo que sí explica es una constante, es decir que los precios de Baxter son mejor descritos como una constante. Es decir, no hay relación entre cantidad y precio, este último no disminuye dependiendo de la cantidad licitada, se mantiene en el mismo nivel siempre.

Esto evidencia la falsedad de su dicho.

**c) Modificación de incentivos en dos mil seis. El perito concluye que la estrategia de Baxter es unilateral, pero la resolución la ignora.**

El argumento es **infundado**, en tanto que a foja 443 de la resolución recurrida señaló:

> *"Finalmente, el perito señala que Baxter no tenía incentivos a competir hasta después de los cambios que realizó el IMSS, y sus argumentos reconocen la presencia de un comportamiento coordinado entre los participantes, el cual sumado a la evidencia de comunicación que se presenta en el oficio de probable responsabilidad confirma la probable existencia de un acuerdo colusorio."*

Por tanto, es falso que esta autoridad haya ignorado su conclusión.

Por otro lado, su agravio resulta **inoperante**, ya que la Comisión no está obligada a tomar de forma concluyente lo dicho por el perito sin análisis, sino que, a través de una valoración adecuada determina sus méritos y, en su caso, puede desestimarla, debiendo en este último caso, fundar y motivar sus determinaciones.

Esto es así porque, de conformidad con el artículo 211 del CFPC, de aplicación supletoria en la materia, el valor de la prueba pericial queda al prudente apreciación del Pleno.

Sirve de apoyo a lo anterior, en lo aplicable, la siguiente tesis:

> **DICTÁMENES PERICIALES NO OBJETADOS. SU VALORACIÓN.** En relación con la facultad de los Jueces para apreciar las pruebas, la legislación mexicana adopta un sistema mixto de valoración, pues si bien concede arbitrio judicial al juzgador para apreciar ciertos medios probatorios (testimoniales, periciales o presuntivos), dicho arbitrio no es absoluto, sino restringido por determinadas reglas. En tal virtud, el hecho de que no se objete algún dictamen pericial exhibido en autos, no implica que éste necesariamente tenga valor probatorio pleno, pues conforme al principio de valoración de las pruebas, el juzgador debe analizar dicha probanza para establecer si contiene los razonamientos en los cuales el perito basó su opinión, así como las operaciones, estudios o experimentos propios de su arte que lo llevaron a emitir su dictamen, apreciándolo conjuntamente con los medios de convicción aportados, admitidos y desahogados en autos, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia, exponiendo los fundamentos de su valoración y de su decisión. Por tanto, la falta de impugnación de un dictamen pericial no impide al Juez de la causa estudiar los razonamientos técnicos propuestos en él, para estar en posibilidad de establecer cuál peritaje merece mayor credibilidad y pronunciarse respecto de la cuestión debatida, determinando según su particular apreciación, la eficacia probatoria del aludido dictamen. Registro: 177307. Novena Época. Tesis: 1a./J. 90/2005. Jurisprudencia. Instancia: Primera Sala. Materia(s): Común. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo : XXII, Septiembre de 2005. Página:45

**d) Indebido valor probatorio atribuido a las listas de asistencia de la CANIFARMA. De las listas de asistencia no puede desprenderse ningún elemento probatorio que permita inferir que alguno de los miembros de dicha asociación hubiese efectuado algún ilícito. La única presunción es el dicho de la Comisión que no encuentra sustento en los hechos y elementos probatorios aportados por esta.**

**La Comisión no aporta elementos que demuestren algún indicio que presuma que del contacto continuo se efectuaran arreglos para la consecución de acuerdos ilícitos en términos de la LFCE.**

El argumento anterior resulta **inoperante** por las siguientes razones:

Señala Baxter que de las listas de asistencia a la CANIFARMA no puede desprenderse ningún elemento que determine la existencia de un ilícito; sin embargo, no menciona porqué a su criterio los

argumentos esgrimidos por la Comisión al momento de valorar dicha probanza fueron erróneos y simplemente se constriñe a señalar que no encuentra sustento.

Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, y contrario a lo que afirma Baxter, la Comisión sí demostró que todos los elementos recabados en la investigación y que se plasmaron en el oficio de probable responsabilidad y que las emplazadas no desvirtuaron, se encontraban concatenados entre sí para llegar a la conclusión de que existe un acuerdo colusorio entre los agentes económicos emplazados para coordinarse en la fijación de posturas en las licitaciones del IMSS.

En efecto, la resolución en la contestación a los argumentos de Cryopharma, en la sección 10 sobre el patrón de posturas, estableció que "*[...] esta autoridad elaboró su análisis a partir de hechos conocidos, como los fueron: la participación de las empresas en las licitaciones que se investigaron, las posturas con las que participaron en las licitaciones celebradas por el IMSS, las licitaciones ganadas y perdidas, las reuniones en las que interactuaban dentro de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, la comunicación telefónica constante que intercambiaban los directivos encargados de elaborar las propuestas de la empresa o proporcionar la información para determinarlas antes de la celebración de las licitaciones con el IMSS. Todos estos elementos, fueron concatenados con un nexo de causa-efecto, en el cual se observó una alternancia en las posturas vencedoras y perdedoras con los mismos precios ofertados, para inferir que la causa de dicho comportamiento es la existencia de un acuerdo colusorio, al no existir ninguna justificación económica o jurídica para comportarse de la forma en que lo hicieron los emplazados.*"

Luego entonces, es falso que no se hayan aportado elementos para determinar la existencia del acuerdo colusorio, pues la comunicación continua junto con la evidencia económica destacada en la

resolución, relativa al análisis de las posturas, fue lo que permitió presumir la existencia de la práctica y su responsabilidad en la comisión de la misma.

En efecto, el patrón de posturas demostró la existencia de una alternancia de los agentes económicos sancionados en las posturas ganadoras y perdedoras de las claves de licitaciones correspondientes al Grupo II, que no tiene explicación como una estrategia independiente, sino que resulta ser producto de un acuerdo colusorio entre competidores, hipótesis que fue reforzada con la comunicación constante de las personas involucradas en los procesos de determinación de las posturas de cada una de las empresas licitantes, en fechas previas a la presentación de posturas de varias licitaciones del IMSS.

La recurrente pierde de vista que la comunicación continua por sí sola no sostiene la presunción a la que arribó esta autoridad en la resolución, sino que lo hace adminiculada con las demás pruebas y elementos antes mencionados, por lo que pretender atacar la presunción de forma seccionada y no en su totalidad, en nada desvirtúa las imputaciones y argumentos por los que se determinó su responsabilidad.

Además, en la resolución se señaló: "[...] *que a partir de las reuniones que se celebraban en la CANIFARMA, es que pudieron tener acceso a los datos personales y laborales de los principales representantes de las emplazadas, así como facilitar la comunicación posterior entre competidores.*" Argumento que no controvierten las recurrentes y que, por consiguiente, deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

**e) Indebido valor probatorio atribuido a las llamadas telefónicas efectuadas por los empleados de las responsables.**

**La CFC reconoció a fojas 482 y 489 de la resolución recurrida que respecto a las llamadas imputadas a dos de los empleados de Baxter durante el periodo investigado resultaron falsas, por lo que carece de cualquier tipo de valor.**

Este argumento es **infundado**, ya que en ninguna parte de la resolución que ahora impugnan se reconoció o se dijo que fueran falsas. Simplemente se señaló que los emplazados que actuaron en nombre y cuenta de Baxter habían acreditado el periodo en el cual laboraron para dicha empresa.

Específicamente se señaló en la parte de valoración de sus pruebas que: "***resulta idónea*** *para acreditar que concluyó la relación laboral de Ericka Helga Frettlohr Meza con Baxter, más no para desvirtuar las llamadas realizadas durante el período comprendido entre el primero de octubre de dos mil cuatro y ocho de marzo de dos mil seis; es decir, las cincuenta y nueve llamadas que realizó*

*a sus pares en funciones de las empresas Pisa y Fresenius. Así como las cinco llamadas que recibió por parte de su par en funciones de Pisa."*[301]

"**[R]*esulta idónea*** *para acreditar que dicha persona* [Jesús Héctor Hernández Herrera] *no laborada en fechas anteriores al tres de noviembre de dos mil cuatro; sin embargo, ello no desvirtúa el hecho de que el emplazado haya mantenido comunicación con sus pares en funciones para la determinación del precio en las licitaciones con el IMSS en fechas tan cercanas a la apertura de una cantidad considerable de licitaciones por celebrarse*[302] *y respecto a las empresas competidoras de Baxter, esto es: Fresenius y Pisa."*[303]

Lo anterior implica que dichas llamadas simplemente no fueron realizadas por ellos, pero no significa que las llamadas no se hubieran realizado desde los números que tenían asignados cuando laboraban para Baxter; es decir, el reporte de llamadas proporcionado por Baxter determina los números de los que salieron las llamadas en esos días y los números que fueron marcados como los destinatarios de esas llamadas.

Sobre este particular, la resolución impugnada señaló, al momento de abordar la contestación de Jesús Héctor Hernández Herrera, que las tablas de llamadas se habían obtenido *"de las listas de asistencias de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, cruzando la información con aquella que entregaron las empresas emplazadas"*[304]

Luego entonces, no resulta falsa la información aportada por Baxter, ni ella puede legalmente alegar la falsedad de la información que ella misma aportó a esta autoridad, pues las llamadas sí tuvieron lugar, aunque no pueda imputarse la autoría de todas ellas a Ericka Helga Frettlohr Meza o a Jesús Héctor Hernández Herrera, tal y como se mencionó en la resolución antes citada.

**f) Indebido valor probatorio atribuido a las supuestas presunciones, con base en pruebas indirectas.**

**Las presunciones humanas únicamente pueden tener valor probatorio cuando se sustentan en hechos acreditados y cuando la injerencia de esos hechos es la única consecuencia razonable.**

**La totalidad de las supuestas "pruebas indirectas" invocadas en la resolución recurrida tienen una explicación congruente con una estrategia unilateral de Baxter y no con el acuerdo colusivo que se le imputa, por lo que no resultaba procedente que esa Comisión otorgara valor probatorio pleno y absoluto a la presunción imputada en el oficio de**

[301] Foja 482 de la resolución recurrida.
[302] Ver fojas 162, 163 y 168 del oficio de probable responsabilidad.
[303] Foja 489 de la resolución reclamada.
[304] Foja 205 de la resolución reclamada

**probable responsabilidad, dado que ésta fue desvirtuada en términos del CFPC. Las pruebas ofrecidas en defensa de Baxter fueron ilegalmente desestimadas.**

Es **infundado** su argumento.

Las presunciones humanas deben sustentarse en hechos acreditados y que la conclusión a la que se arribe sea la única posible, pero su acreditación se hizo con base en pruebas indirectas adminiculadas entre sí, lo cual es perfectamente compatible con el CFPC. En segundo lugar, eran las emplazadas quienes estaban obligadas a demostrar que existían justificadamente otras causas que explicaran el comportamiento de las posturas advertidas en las licitaciones del IMSS en las que participaron, que arriben a conclusiones distintas a las que se llegó en el oficio de probable responsabilidad.

Al no haber podido los agentes económicos emplazados demostrar que el resultado del patrón de posturas se debió a una estrategia unilateral y no concertada, contrario a lo que alegan, se comprobó la hipótesis del acuerdo colusorio y por ello era dable sancionarlos.

Esto es así, debido a que se demostró con base en evidencia económica reforzada con la evidencia de una comunicación constante entre los agentes económicos (por conducto de sus empleados, quienes además se encontraban involucrados en los procesos de determinación de las posturas con las que participarían en las licitaciones), que agentes económicos competidores entre sí se pusieron de acuerdo para alternar sus posturas ganadoras y perdedoras para repartirse los montos asignados en las licitaciones, manteniendo así precios altos en detrimento del IMSS. Evidencia que no fue desvirtuada y que, por lo tanto, fue suficiente para sancionarlos por la comisión de una práctica monopólica prohibida por el artículo 9, fracción IV, de la LFCE

Por otro lado, en cuanto a que sus pruebas fueron legalmente desestimadas, debe decirse que deviene **inoperante**, dado que no explica qué pruebas fueron ilegalmente desestimadas, ni porqué debió darse un valor probatorio distinto, lo que impide a esta autoridad analizar la veracidad y razón de su dicho.

Sirve de apoyo lo anterior, la tesis de rubro: "***CONCEPTOS DE IMPUGNACIÓN INOPERANTES EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LO SON AQUELLOS EN LOS QUE EL ACTOR ADUCE LA INDEBIDA VALORACIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN, SIN ESPECIFICAR A CUÁLES EN CONCRETO SE REFIERE, NI EL VALOR PROBATORIO QUE DEBIÓ HABÉRSELES OTORGADO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005)***", la cual en obvio de inútiles repeticiones, se debe tener por trascrita en este punto.

PROBIOMED Y ALFONSO SALVADOR HUERTA SUÁREZ

**La resolución es ilegal ya que contraviene los artículos 190 a 218 del CFPC, al valorar indebidamente las pruebas ofrecidas.**

**g) Documental consistente en la copia certificada de los convenios modificatorios y la documental del correo electrónico. Se califican de no idóneas, ya que corresponden a un periodo en el cuál los precios habían disminuido, sin considerar que las razones para realizar dichos convenios fueron precisamente las posturas de precios ofertadas en los concursos de dos mil seis. La Comisión señala que se modificaron voluntariamente los contratos, pero omite considerar que existe una clausula de terminación anticipada en caso de que el Instituto pueda sufrir daños y que una empresa maximiza sus beneficios si no se presenta voluntariamente a disminuir precios previamente pactados.**

Es **inoperante** lo alegado por los recurrentes, ya que la prueba se ofreció para demostrar "*las facultades y capacidad del IMSS para modificar los precios de insulina previamente contratados, en este caso una reducción de $115 y $154.90 a $60 por unidad contratada de insulina humana*"[305] y que se encuentra relacionado con su argumento que estableció que : "*cuando el IMSS consideró que las condiciones de mercado de insulina humana habían cambiado solicitó a Probiomed la firma de convenios modificatorios de varios contratos obtenidos en las licitaciones realizadas en 2005*"[306]

De lo anterior no se desprende que hayan alegado en el momento procesal oportuno que la prueba ofrecida era para demostrar la existencia de una cláusula de terminación anticipada por daños ni que lo modificó voluntariamente en aras de maximizar sus beneficios, sino que simplemente se constriño a señalar que se ofrecía para demostrar la capacidad del IMSS para modificar los precios contratados, por lo que al pretender sostener defensas fuera del tiempo hace inatendibles sus alegaciones, ya que la Comisión no podía haberse pronunciado sobre ellas al momento de resolver y, consecuentemente, no puede ser materia del presente recurso.

Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis:

> **CONCEPTO DE VIOLACION INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA.** Procede declarar inoperante el concepto de violación, en el que se consigna inexactamente que determinada prueba fue ofrecida para evidenciar extremos específicos, cuando de autos se advierte que lo fue para demostrar diversos objetivos. Registro: 223769. Octava Época. Tesis Aislada. Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Materia(s): Laboral. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VII, Enero de 1991 Página: 185

[305] Foja 42 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad visible en el folio 86868 del expediente IO-003-2006.
[306] Fojas 11 y 12 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad visible en los folios 86837 y 86838 del expediente IO-003-2006.

**h) La documental consistente en copias de las facturas. La Comisión considera que no son suficientes para respaldar la reducción de costos y el precio, sin considerar que la materia prima se compró en dos mil cinco para abastecer la demanda de dos mil seis y sólo hasta diciembre de dos mil seis pudo comprar a un precio menor. Esta prueba muestra que Probiomed tuvo que aceptar condiciones del IMSS para disminuir precios y tuvo que participar en licitaciones hasta agotar su inventario de materia prima.**

**La Comisión no investigó la reducción de precios de materia prima, por lo que prejuzgó que la baja de las posturas se debió al rompimiento del acuerdo colusivo y por ello no se allegó de la mejor información disponible.**

Al momento de ofrecer estas pruebas, Probiomed señaló simplemente que "*estas facturas prueban el precio de compra de la materia prima entre 2001 y 2006*",[307] y relacionado con dichas pruebas argumentó que "*la oferta de insulina en las licitaciones de 2005 a precios menores a los vigentes en años anteriores se debió, [...] a las ofertas presentadas por Savi Distribuciones, S.A. de C.V. (en adelante Savi) con productos de la empresa Novo Nordisk [...] Probiomed llegó a comprar materia prima de Novo Nordisk, aunque también obtuvo productos cuyo origen fue Brasil y China [...] En 2006 Probiomed pudo comprar materia prima con una reducción de precios del 57% ya que informó a su proveedor acerca de los precios que estaba ofreciendo en México Novo Nordisk a través de Savi [...] La situación descrita en las licitaciones de 2005 y 2006 muestra dos factores. Probiomed depende de los cristales de insulina importados y es la estructura del mercado a nivel internacional la que fija el precio de ese insumo* [...]"

De lo anterior puede advertirse que en ningún momento relacionó las facturas mencionadas con el hecho de que la compra realizada en dos mil cinco fue para abastecer la demanda de dos mil seis, ni que se tuvieran que aceptar condiciones para disminuir precios o que estaba constreñida a participar en las licitaciones para agotar su inventario. Por tanto, al tratarse de argumentos novedosos no vertidos en la contestación al oficio de probable responsabilidad, y que pretenden modificar el objeto para el cual fue ofrecida inicialmente dicha prueba, esta autoridad no puede pronunciarse sobre ellos, por lo que devienen en **inoperantes**.

Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis de rubro: ***CONCEPTO DE VIOLACION INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA.*** Misma que debe tenerse por reproducida como si al texto se insertara en obvio de repeticiones innecesarias.

Por otro lado, y relacionado con que la Comisión no investigó la reducción de precios de materia prima, nuevamente el recurrente pretende introducir argumentos nuevos y diferentes a los que señaló en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, por lo que a todas luces deviene

[307] Fojas 42 y 43 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, visible a folios 86868 y 86869 del expediente IO-003-2006

**inoperante**, pues no lo alegó en el momento procesal oportuno, impidiendo con ello que la Comisión se pronunciara al respecto.

Las recurrentes tienen la carga procesal de demostrar la ilegalidad de la resolución recurrida a través de los agravios correspondientes. Por tanto, resultan inoperantes los agravios referidos a cuestiones no invocadas en el escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, toda vez que al basarse en razones distintas a las originalmente señaladas, constituyen aspectos novedosos que no tienden a combatir los fundamentos y motivos establecidos en la resolución recurrida, sino que introducen nuevas cuestiones que no fueron abordadas en el fallo combatido, de ahí que no exista propiamente agravio alguno que dé lugar a modificar o revocar la resolución recurrida.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

i) **La documental de los estados financieros. Señaló que no son idóneos, ya que se consideró que no se le está imputando el hecho de que venda otros productos además de la insulina. Sin embargo, la prueba fue para acreditar que no está interesada en ganar todos los concursos del IMSS, por lo que sólo es un elemento para considerar las condiciones en que se suministran productos al IMSS, por lo que no se allegó de toda la información disponible.**

Este argumento es **inoperante**, por las siguientes razones:

Probiomed ofreció esta prueba para acreditar que "*es una empresa que elabora múltiples medicamentos y que las ventas al IMSS de 2003 a 2006 representan el 8% de las ventas totales de la empresa en ese periodo [...] Probiomed no busca especializarse en el abasto de insulina al IMSS y que Probiomed participa en diversos concursos estimando que algunos los puede ganar y otros perder [...] no es extraña la estrategia de ofrecer diferentes precios tratando de obtener el mayor beneficio esperado*"

En la resolución recurrida se determinó que no era idónea porque "*no se le está imputando el hecho de que venda otros productos, además de los señalados en las claves del Grupo I, y con ello no logra desvirtuar el hecho de que se haya coordinado en las posturas que presentó al IMSS en las licitaciones investigadas*" y se le dijo que "*Si en realidad Probiomed no estuviera en condiciones de incrementar su participación de mercado en las licitaciones del IMSS o no hubiese tenido la intención de ganar las licitaciones en que participó, entonces no hubiera realizado postura alguna. Por el contrario, su participación demuestra que efectivamente en esas licitaciones que ofreció posturas, contaba con la capacidad de producción o al menos con el producto en sus inventarios y con la*

*intención de ganar dichas licitaciones, ya que de resultar ganador y no cumplir con el contrato le generaría sanciones económicas y administrativas como lo establecen las bases de las licitaciones".*

De aquí se obtiene que Probiomed simplemente señala que con su prueba pretendía acreditar que no estaba interesada en ganar las licitaciones del IMSS, pero no ataca los argumentos por los cuales la Comisión determinó que su prueba no era idónea. Es decir, la recurrente no ataca los fundamentos ni motivos de la resolución que impugna y en la que se le dijo que el hecho de proveer otros productos no desvirtuaba la práctica monopólica imputada y que no explicaba su participación en las licitaciones si no tuviera la intención de ganar, pues el hecho de participar demostraba que contaba con la capacidad de producción o con el producto que se requería en la convocatoria.

Por tal motivo, si la recurrente no ataca la resolución y simplemente se dedica a reiterar el motivo por el que ofreció dicha prueba, se tiene que simplemente son manifestaciones sin sustento, lo que impide pronunciarse sobre ellas.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Suponiendo sin conceder que Probiomed no esté interesado en ganar todas las licitaciones, sí es cierto que su objetivo es ganar todas aquellas licitaciones en las que participa, pues el simple hecho de participar revela su interés en el contrato licitado a la vez que le incurre en costos de participación y el riesgo de incurrir en sanciones si gana y no cumple el contrato; por lo que una vez que entra en la licitación es de su interés ganarla con el mejor precio posible que aunque pueda ser alto, nada explica que sea igual al de sus competidores. Lo anterior ya se trató en páginas 271, 296 y 340 de la Resolución.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**j) La documental de las políticas, bases y lineamientos, tuvo por objeto mostrar que el IMSS sí realiza estudios para determinar precios de mercado, la calificación de la CFC de que no es idónea es una confesión de que no se allegó de la mejor información disponible y sólo prejuzgó sin conocer elementos que conducen a explicaciones diferentes.**

Este argumento resulta **inoperante** por las siguientes razones:

La resolución combatida señaló que dicha prueba "*no resulta idónea para acreditar lo que pretenden, toda vez que el hecho de que existan facultades para realizar estudios de mercado no implica que las emplazadas puedan coordinarse en las posturas, ya que como el mismo documento menciona 'Los precios que se consignen en los referidos estudios tendrán carácter orientador', lo que quiere decir que cada licitación dependerá de las condiciones y circunstancias particulares que los rija. Además de que el IMSS no es el facultado para determinar si existe coordinación o no de las posturas, pues esta facultad le corresponde a la Comisión.*"

Dichos argumentos no son atacados por el recurrente, pues no controvierte que los estudios de mercado son de carácter orientador ni que, a pesar de que el IMSS tenga facultades para realizar dichos estudios, no puede determinar la existencia de una coordinación en las posturas, sino que simplemente se limita a señalar que la valoración de la prueba constituye una confesión de que no se allegó de la mejor información disponible y que se prejuzgó, sin explicar en qué sentido puede considerarse como una confesión, por qué a su criterio la Comisión no se allegó de la mejor información disponible o de qué forma se prejuzgó.

Al no haber atacado directamente la valoración de la prueba, no es posible pronunciarse respecto de sus argumentos, además de que lo que alega es ambiguo y general.

Sirve de apoyo la tesis de la Séptima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo 151-156, Segunda Parte, página 9, que a la letra dice:

> **AGRAVIOS EN LA REVISIÓN. DEBEN ESTAR EN RELACIÓN DIRECTA CON LOS FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA.**-Los agravios deben estar en relación directa e inmediata con los fundamentos contenidos en la sentencia que se recurre, y forzosamente deben contener, no sólo la cita de las disposiciones legales que se estimen infringidas y su concepto, sino también la concordancia entre aquéllas, éste y las consideraciones que fundamenten esa propia sentencia, pues de aceptar lo contrario, resultaría la introducción de nuevas cuestiones en la revisión que no constituyen su materia, toda vez que ésta se limita al estudio integral del fallo que se combate, con vista de los motivos de inconformidad que plantean los recurrentes.

No obstante lo anterior, es incorrecto pensar que por el simple hecho de no admitir como válido su argumento relacionado con los estudios de mercado es suficiente para alegar que no se resolvió con la mejor información disponible, lo cual resulta ilógico y absurdo ante la disparidad que existe entre la premisa y la conclusión.

**k) La documental que busca demostrar la participación de Dimesa se desestimó porque, para la Comisión, Pisa y Dimesa son empresas independientes en las licitaciones. La prueba aportada pretendió mostrar que el proveedor de Dimesa es una de las empresas a la que se le imputa responsabilidad, pero la Comisión no preguntó a Dimesa y a Pisa cuáles fueron las condiciones de mercado que permitieron reducir el precio, prueba relacionada con las**

**demás empresas respecto de las cuales no se le solicitó información, por lo que no se allegó de la mejor información disponible.**

El argumento es **inoperante**, debido a que únicamente ofreció dichas documentales para acreditar que "*DIMESA o bien Distribuidora Internacional de Medicamentos y Equipos Médicos, S.A. de C.V. ofrece un producto elaborado por Laboratorios Pisa, S.A. de C.V., por lo cual, DIMESA no es un nuevo participante en las licitaciones públicas de insulina humana realizadas por el IMSS*"[308] y a pesar de que alegó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad que "*al no considerar el OPR ninguna explicación sobre las causas que originaron la reducción de precios en la insulina humana se está prejuzgando. Una causa que no considera es la reducción en los precios de la materia prima para elaborar insulina humana*",[309] esos argumentos no estaban relacionados con dicha prueba.

Además, no es posible a partir de demostrar que Dimesa participa en las licitaciones del IMSS con producto elaborado por Pisa que el oficio de probable responsabilidad fue deficiente en analizar otras causas de la reducción de precios además del rompimiento del cartel, pues en nada se relacionan, tan es así que al momento de ofrecer la prueba no determinó expresamente que esa fuera su intención. Por tal motivo, era imposible que la resolución se pronunciara sobre el supuesto alcance que le quiso dar a su prueba, haciendo por tal motivo, inatendibles los razonamientos que ahora aduce en contra de ella.

Sirve de apoyo a lo anterior, las siguientes tesis de rubro: ***"CONCEPTO DE VIOLACION INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA"*** **y** ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN."*** Mismas que deben tenerse por reproducidas como si al texto se insertaran en obvio de repeticiones innecesarias.

l) **Las actas de fallo de licitaciones públicas se exhibieron para acreditar que el IMSS tiene la posibilidad de limitar abusos en precios, declarando desiertas las licitaciones. Esta prueba demuestra que la normatividad limita la posibilidad de que se realicen prácticas. La calificación de la prueba muestra que la Comisión no realiza ninguna adminiculación de las pruebas aportadas y les atribuye un objetivo para el que no fueron aportadas y demuestra que no se allegó de la mejor información disponible.**

Es **inoperante** que la Comisión le atribuya a la prueba un objetivo para el que no fueron aportadas, puesto que el ahora recurrente, al momento de ofrecer su prueba en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad[310] señaló que "*En ambas licitaciones se muestra que la licitación de*

[308] Foja 44 de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, visible a folio 86870 del expediente IO-003-2006
[309] Foja 16, visible a folio 86842 del expediente IO-003-2006
[310] Foja 44 visible a folio 86870 del expediente IO-003-2006

*insulina humana fue declarada desierta por razón de precios. Esta prueba muestra que el IMSS ejerce facultades para declarar desierta una licitación debido a que las posturas de precios ofertadas no son aceptables para el Instituto"*, y en la resolución se señaló que *"Con la prueba ofrecida, las emplazadas pretenden acreditar que el IMSS ejerce facultades para declarar desierta una licitación, debido a que las posturas de precios ofertadas no son aceptables por el Instituto."*

Sobre dicha prueba, la resolución a foja 495 señaló: "*A dicha documental se le concede el valor que establecen los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituye prueba plena respecto de los hechos contenidos en dicha acta de resultado técnico. Sin embargo, **no resulta idónea** para acreditar lo que pretenden las emplazadas, toda vez que el hecho que se declare desierta una licitación no determina la existencia o no de un cártel, puesto que esa facultad le corresponde en exclusiva a la Comisión.*"

De lo anterior, se advierte claramente que la Comisión no cambió el objeto con el que se ofreció la prueba, y que la valoración fue acorde con el alcance que el oferente le pretendió dar a dicha probanza.

Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis de rubro: ***"CONCEPTO DE VIOLACION INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA"***, misma que debe tenerse por reproducida como si al texto se insertara en obvio de repeticiones innecesarias.

**m) La documental de la licitación LPI 00641188-090-05 no fue considerada idónea ya que la figura de precios de referencia fue utilizada por el IMSS en 2006. Sin embargo la prueba buscó acreditar que en diciembre de 2005 se ajustaron los precios a consecuencia de los precios de licitaciones previas. La prueba no se relaciona con los precios máximos de referencia. La CFC no se allegó de la mejor información disponible y omite considerar elementos que puede dar una explicación diferente.**

Es **inoperante** lo alegado por los recurrentes, pues, tal y como se aprecia de su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad,[311] la prueba que señala no se ofreció para ese fin, pues textualmente señaló: "*Esta prueba muestra como Probiomed ajusta sus posturas de precios de acuerdo a los precios de referencia del IMSS.*"

Sobre dicha prueba, la resolución a foja 496 señaló: "*A dicha documental se le concede el valor que establecen los artículos 31 y 36 del RLFCE, 129, 130, 197, 202 y 207 del CFPC, por lo que constituye prueba plena respecto de los hechos contenidos en dicha acta de resultado técnico. Sin embargo, **no resulta idónea** para acreditar lo que pretenden las emplazadas, toda vez que la figura de precios máximos de referencia establecida en el artículo 30, fracción V, del Reglamento de la LAASSP fue utilizada por el IMSS a partir de las licitaciones públicas realizadas en el dos mil seis para el abasto de dos mil siete y que en las licitaciones de dos mil dos a dos mil seis el IMSS no determinó precios*

[311] *Idem*

*máximos de referencia. Así se evidencia del oficio número 09 53 84 61 1480/SIM/638 del dieciséis de octubre de dos mil nueve, mismo que a continuación se analiza."*

Luego entonces, es falso que su prueba pretendiera acreditar que se ajustaron a precios de licitaciones previas, por lo que resulta obvio que ahora pretenden mejorar su contestación y ofrecimiento de pruebas, cuando debieron haberlo hecho en el momento procesal oportuno, haciendo inatendible cualquier otro fin que pretendan atribuirle a las pruebas ofrecidas.

Sirve de apoyo a lo anterior, las siguientes tesis de rubro: ***"CONCEPTO DE VIOLACION INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA"***, ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, mismas que deben tenerse por reproducidas como si al texto se insertara en obvio de repeticiones innecesarias.

**PISA, CARLOS ARTURO VILLASEÑOR LÓPEZ, EDUARDO AQUINO MALDONADO**

**n) Indebida valoración de las pruebas indirectas. La Comisión desestimó toda la evidencia aportada para acreditar que las personas señaladas como responsables hubieran realizado actos tendientes a coordinar posturas de las empresas que representaban, y las pruebas testimoniales y periciales para controvertir los patrones de posturas y el rol que diversos funcionarios jugaban en la determinación de precios.**

Es **inoperante**, ya que no señala expresamente qué evidencia se desestimó, no aportan mayores elementos de análisis, ni atacan las consideraciones particulares por las que en la resolución se determinó que no eran idóneas para desvirtuar las imputaciones que existían en su contra o los extremos que pretendían probar con su ofrecimiento.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué consideran que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE,***

*LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"; "AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."; "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"* y *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"*, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

o) **La Comisión pretende cambiar el principio de presunción de inocencia y la obligación de acreditar la conducta ilegal para poder imponer multas, bajo el argumento de que es complejo acreditar una colusión en precios y con ello controvertir la ausencia de pruebas en un elemento acusatorio. La Comisión tiene facultades de investigación y las ejerció sin oposición de los agentes económicos durante cuatro años, le requirió información a más de quince empresas y entidades diferentes, requirió y obtuvo las actas de la CANIFARMA, llevó a declarar a todas las personas que estimó conveniente y, al final, reconoce que carece de pruebas nítidas para acreditar la conducta que pretende sancionar. La falta de pruebas no puede ser la mejor prueba de culpabilidad, aún asumiendo que los cárteles destruyan las pruebas y hagan difícil que los atrapen.**

**Concluir que la falta de pruebas es evidencia de la existencia de un cártel es una violación al principio de presunción de inocencia.**

**La Comisión decidió escoger, ante la disyuntiva de justificar cuatro años invertidos en una investigación, sólo algunas licitaciones del IMSS y dejar fuera del análisis otras licitaciones de forma consciente, para formar un patrón de comportamiento que les permitiera tratar de cumplir con los estándares del artículo 190 del CFPC.**

**Una "cadena de indicios" no prueba de forma plena el hecho secundario, eso implica presumir el hecho secundario y eso es ilegal. La comisión pretende robustecer su falta de evidencia del hecho secundario y del nexo causal con supuestos indicios.**

**La comisión recurre a una práctica de adminicular evidencia sin explicación técnica, es decir, no aclara qué hecho concreto pretende acreditar, sino simplemente lista presunciones y argumentos, y concluye que es un evento más, que adminiculado con otros, es suficiente para robustecer la presunción.**

Sus argumentos son **infundados** en atención a lo siguiente:

El principio de presunción de inocencia no se opone a que la convicción de la autoridad pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, la que debe considerarse suficiente para sancionarlos, si no es desvirtuada por los probables responsables al momento de ejercer su garantía de audiencia, al ser ellos quienes tienen la información y las pruebas para acreditarlo, por tratarse de información que le es propia y se encuentra a su alcance. De lo contrario, de negarse validez a estas pruebas indirectas, se conduciría a la absoluta impunidad de las conductas que pretende prevenir y sancionar la LFCE.

Independientemente de lo anterior, se reitera que la Comisión es competente para investigar y sancionar las prácticas monopólicas que se cometan en contra de los principios de competencia y libre concurrencia establecidos en el artículo 28 de la Constitución, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1°, 2°, 23 y 24, fracciones I y IV, de la LFCE.

De acuerdo con dicho artículo constitucional, "*...la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia...*" este tipo de actos por ser en perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Es por ello que la Suprema Corte de Justicia lo ha declarado de orden público y de interés social.

Sirve de apoyo al argumento anterior, la siguiente tesis jurisprudencia:

> ***"COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA DE LOS ÓRGANOS DESCONCENTRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL CENTRALIZADA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.*** *El hecho de que el citado precepto legal establezca que la Comisión Federal de Competencia constituye un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía, con autonomía funcional y técnica para dictar sus resoluciones, no viola el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque no crea un ente de naturaleza diversa a los órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal Centralizada; por el contrario, el mencionado precepto constitucional precisa la facultad del legislador ordinario para fijar las bases jurídicas necesarias para el eficaz funcionamiento de los órganos desconcentrados, por lo que* ***si el objeto de la Ley Federal de Competencia Económica****, reglamentaria del artículo 28 de la Ley Suprema,* ***es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, eliminando monopolios y restricciones en el mercado de bienes y servicios, ello justifica que se haya dotado a la citada Comisión de autonomía funcional con la finalidad de acelerar los procedimientos administrativos que se siguen ante ella, concediéndole potestad de resolución definitiva en sede administrativa, de los actos o prácticas que atenten contra el objeto de la propia ley y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, considerados contrarios a las libertades de comercio, industria y contratación, aspectos que son regulados por el referido artículo 28 constitucional.*** *Además, la autonomía funcional no quebranta la subordinación jerárquica dispuesta en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para los órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal Centralizada, ya que conforme a los artículos 26 y 28 de la Ley Federal de Competencia Económica; 2o., inciso C, fracción I y 5o., fracción XVI, del Reglamento Interior de la Secretaría de Economía y 22, fracción V, del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, que facultan al Presidente de la República para designar a los*

*comisionados y al Presidente de la Comisión; que es facultad del Secretario de Economía expedir acuerdos de carácter general en la materia que rige a la Comisión cuya aplicación y vigilancia corresponde a la Secretaría de Economía; y que es facultad del Presidente de la Comisión enviar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público su proyecto de presupuesto para que se integre al global de la Secretaría, resulta evidente la subordinación y dependencia de la Comisión Federal de Competencia como órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal Centralizada.* *No. Registro: 177,346. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXII, Septiembre de 2005. Tesis: 2a. XCVIII/2005. Página: 532."*

La recurrente pasa por alto que las pruebas por las que se pretende acreditar la existencia de una práctica colusoria deben valorarse en conjunto, en forma global y no independiente, teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho pertinentes.

Ahora bien, la resolución en el capítulo 5 intitulado **"ACREDITACIÓN DE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA"**, explicó detalladamente los elementos que recabó la Comisión y valoró para acreditar la práctica monopólica absoluta imputada a los ahora recurrentes, y también explicó razonadamente como se concatenaban entre sí.

Por otro lado, nunca se dijo que faltaba evidencia para acreditar la práctica; únicamente se explicó que en este tipo de prácticas es difícil allegarse de pruebas directas y que las pruebas indirectas son válidas para inferir la existencia de la práctica monopólica imputada, las que permitieron a esta autoridad advertir una conducta anticompetitiva coincidente o paralela entre competidores que no corresponde a las condiciones normales del mercado.

Además, es falso que no se haya explicado claramente el hecho que se pretendía acreditar, ya que se señaló:

*"El oficio de probable responsabilidad, se basó en la información aportada por el IMSS y por los mismos emplazados, así como con los elementos de convicción necesarios para acreditar la probable responsabilidad de los agentes económicos emplazados al presente procedimiento. explicando en el capítulo denominado "**ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LAS POSTURAS**"[312] la forma en la que establecieron, concertaron y coordinaron las posturas con las que participaron los agentes económicos en las licitaciones de las claves de medicamentos para el primer grupo: insulina humana; y para el segundo grupo: soluciones electrolíticas y sueros.*

*A partir de este análisis, la Comisión advirtió que la forma en la que se combinaron las posturas, lejos de buscar ganancias en forma independiente a través de la oferta de un precio que les asegurara la posibilidad de ganar la licitación sin incurrir en pérdidas, provocaron que se mantuvieran elevados los precios de los productos licitados en perjuicio del IMSS, lo cual tenía como causa una coordinación entre los principales participantes, pues la alternancia de posturas ganadoras y perdedoras permitía la distribución equitativa de los importes licitados.*

[312] Fojas 47 a 146 del oficio de probable responsabilidad.

*En el oficio de probable responsabilidad también se analizó la forma en la que los emplazados podían comunicarse para facilitar ese establecimiento, concertación o coordinación de posturas,*[313] *en la que se advirtió que los agentes económicos emplazados, a través de sus empleados o ahora ex empleados, entablaban comunicación durante los días previos a las fechas en las que debían presentarse las posturas en las licitaciones en las que participaron, utilizando la vía telefónica o a través de la CANIFARMA y la Comisión de Abasto al Sector Público de perteneciente a esta Cámara y de la que forman parte los agentes económicos como miembros activos.*

*Todos esos elementos constituyeron pruebas indirectas que concatenadas permiten inferir la existencia de una práctica monopólica absoluta, prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, y no resultan en una simple coincidencia, dado lo reiterado de su conducta en varias licitaciones y durante varios años."*

**p) La Comisión presenta como su principal indicio el contacto entre funcionarios de las empresas participantes, los cuales son cuestionables al ser vagos, generales y no acreditan un caso específico de acuerdo para fijar precios. No hay una evidencia en cascada, ya que suma presunciones indebidamente armadas. Un patrón construido a partir de una selección de licitaciones, más un punto de contacto sin evidencia de nexo causal con la colusión no se suman en cascada para probar una colusión.**

**La Comisión sólo pudo acreditar que era posible el contacto entre competidores pero ello es insuficiente para romper con la presunción de inocencia, ya que presume, sin evidencia alguna, que el resultado del mismo fue la colusión. El punto de contacto no tiene un nexo causal incontrovertible con la colusión, pues hay miles de razones por las que una persona puede hablar con otra, sobre todo en el contexto de la CANIFARMA, en la que se tratan temas de la industria. Por tanto, no puede dársele valor probatorio.**

**Lo mismo sucede con las reuniones de la Comisión de Abasto, la Comisión señala que los argumentos de las responsables son inoperantes porque no señalaron porqué las comunicaciones entre sus directivos se dieron y cuál era el objeto de éstas, revirtiendo la carga de la prueba y obligando al gobernado a que explique sus llamadas, cuando sí se acreditó con las actas de las reuniones de la CANIFARMA el contenido de sus conversaciones. La Comisión debe tener una prueba para asumir que las actas están incompletas y que se mantuvo fuera de ellas el acuerdo para fijar precios, al no ser así, el contacto es insuficiente para presumir la colusión.**

**Finalmente, la comisión reconoció que no hay un patrón de llamadas antes de cada licitación y que sólo pretendió acreditar con la relación de llamadas elementos facilitadores, además de que está llena de imprecisiones. Los indicios deben estar entonces a favor de la inocencia de los gobernados.**

[313] Fojas 147 a 180 del oficio de probable responsabilidad.

Es **infundado** su argumento. Los recurrentes confunden y valoran por separado los elementos con los que esta autoridad acreditó la existencia de la práctica cometida por los agentes económicos, cuando todos ellos se encuentran clara y objetivamente adminiculados unos con otros.

El contacto constante acreditado por la Comisión en fechas próximas a la celebración de las licitaciones, por parte de los funcionarios que se encontraban involucrados en los procesos de determinación de las posturas dentro de las empresas, fue uno de los elementos de convicción que, adminiculados con la evidencia económica que consistió en la existencia del patrón de alternancia en las posturas que constituyen las consecuencias o efectos de la práctica, y tomando en consideración todo lo que gravita entorno a la práctica y que determina el contexto en el que fue perpetuada [que consistieron en las condiciones que facilitaban la coordinación de posturas en los procesos de licitación pública, y que fueron: **1)** Bienes homogéneos, que hace que la única variante entre los productos sea su precio, facilitando llegar a un acuerdo colusorio; **2)** Licitaciones frecuentes, que permiten identificar la dinámica y los resultados de cada una de ellas con fines de verificar el cumplimiento de un acuerdo colusorio; **3)** Asignación de un contrato entre varios concursantes, que permite dividirse el contrato y designar a varios elementos del cártel como ganadores dentro de una misma licitación, haciendo expedita la repartición de ganancias colusorias; **4)** Intercambio de información entre participantes; **5)** Reglas de licitación estables en el tiempo, que ayudan a la estabilidad del acuerdo para establecer, concertar o coordinar posturas, pues sus miembros no requieren estar rediseñando periódicamente las conductas para implementar el acuerdo; **6)** Barreras a la entrada, que inhiben la entrada de participantes en las licitaciones, y facilitan la colusión.], permitieron determinar en la resolución que la única conclusión posible es que esas consecuencias pudieron haberse dado solamente si los agentes económicos se coludieron.

En la resolución también se mencionó que los elementos recabados durante la investigación mostraron que las empresas operaban en un ambiente que era propicio para facilitar la comunicación entre ellas.[314]

Es decir, todos esos elementos llevaron a una sola dirección, la colusión, pues no existe ninguna otra explicación lógica probada de que la conducta desplegada por los agentes económicos fue producto de una estrategia individual.

Por otro lado, las imprecisiones a las que hace referencia sobre el patrón de llamadas, tal y como en la resolución se señaló, no fueron suficientes para desvirtuarla en su totalidad, ya el demás acervo probatorio permitió que se llegara a la misma conclusión: la existencia de la práctica anticompetitiva.[315]



[314] Fojas 423 y 424 de la resolución del expediente IO-003-2006.
[315] Foja 451 de la resolución del expediente IO-003-2006

**q) La Comisión ignoró los medios de prueba que demuestran que no tenía influencia en la determinación de precios en licitaciones.**

**Como lo muestran las pruebas, el suscrito era un funcionario de cuarto nivel, pues estaba subordinado a Carlos Villaseñor entre dos mil tres y dos mil seis, y no participaba en las reuniones con el Director General cuando éste fijaba el precio; además, el suscrito fue ascendido a Director de Ventas de Gobierno en dos mil siete, cuando ya no se realizaban las supuestas prácticas anticompetitivas. La Comisión ignoró todos los documentos y declaraciones que justificaban lo anterior presentados por Pisa y que son: las documentales que Pisa proveyó el 31 de octubre de 2008, en desahogo a un requerimiento de información, que establecen la estructura orgánica y funciones de cada puesto; la declaración de Eduardo Aquino Maldonado retomada en la resolución impugnada a foja 567; escrito presentado por Pisa que describe su proceso de fijación de precios; declaración de Carlos Arturo Villaseñor López, retomada en la foja 64 de la resolución impugnada y testimonial de Alfonso Álvarez a que se refiere la resolución a foja 462.**

La recurrente hace nuevamente los mismos argumentos que formuló al contestar el oficio de probable responsabilidad y deja de considerar lo resuelto por esta autoridad en la que se señaló:

> *"El argumento anterior resulta **infundado**, ya que de la información que obra en el expediente en fojas 38938 a 38966 del expediente[316] se advierte que, contrario a lo manifestado por el emplazado, aún cuando en desahogo al requerimiento de información DGIPMARCI-10-096-2008-189 se manifestó que el Director General era el encargado de decidir el precio, también se advierte que la Dirección a cargo de Carlos Arturo Villaseñor López era la encargada de proporcionar información a efecto de que con ella, junto a otra información proporcionada por otras áreas de la empresa, el Director General pudiera decidir el precio que se incluiría en la propuesta económica.*
>
> *Luego entonces, no era necesario que la comunicación se entablara directamente por el Director General, ya que el personal jerárquicamente subordinado a éste, debía proporcionarle la información para la determinación del precio en cada licitación.*
>
> *Por otro lado, y de acuerdo al organigrama y el directorio de empleados presentado por la emplazada en el periodo de investigación, se advierte que Eduardo Aquino Maldonado se encontraba ocupando el puesto de Gerente de Ventas a Gobierno durante el periodo investigado, encontrándose subordinado al C. Carlos Arturo Villaseñor López, por lo que al estar dentro de la estructura lineal de mando del área encargada de suministrar medicamentos al gobierno,[317] se concluye que, independientemente de su nivel, podía constituir el conducto para que la empresa entablara comunicación con sus competidores, facilitando de esta forma que se coordinaran en la determinación de las posturas."*

[316] Información clasificada como confidencial en términos del artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE por acuerdo de cuatro de noviembre de dos mil ocho.
[317] Folio 38948 del expediente IO-003-2006.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos, por lo que resulta **inoperante**.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

Por su parte, su participación en la práctica quedó acreditada a través de su asistencia a las reuniones de la CANIFARMA y con el registro de llamadas telefónicas en las que se advirtió que Eduardo Aquino Maldonado recibió las siguientes llamadas de empleados de BAXTER y PROBIOMED en fechas anteriores a las licitaciones:

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Baxter | Ericka Frettlohr | 01-Oct-04 | 09:42 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641218-020-04<br>00641193-025-04<br>00641195-046-04<br>00641253-023-04 | 00641218-020-04<br>00641193-025-04<br>00641195-046-04<br>00641253-023-04<br>00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 07-Oct-04 | 16:33 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641195-046-04<br>00641253-023-04<br>00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04 | 00641195-046-04<br>00641253-023-04<br>00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Baxter | Ericka Frettlohr | 07-Oct-04 | 18:31 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641195-046-04<br>00641253-023-04<br>00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04 | 00641195-046-04<br>00641253-023-04<br>00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 13-Oct-04 | 15:01 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04 | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 13-Oct-04 | 15:31 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04 | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 14-Oct-04 | 11:54 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04 | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 14-Oct-04 | 17:30 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04 | 00641091-116-04<br>00641220-060-04<br>00641224-017-04<br>00641191-023-04<br>00641195-048-04<br>00641191-024-04<br>00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Baxter | Ericka Frettlohr | 25-Oct-04 | 10:39 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04 | 00641277-004-04<br>00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04<br>00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 26-Oct-04 | 16:01 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04 | 00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04<br>00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 26-Oct-04 | 17:01 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04 | 00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04<br>00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 09-Nov-04 | 10:09 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04<br>00641276-003-04<br>00641188-084-04 | 00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04<br>00641276-003-04<br>00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 16-Nov-04 | 13:59 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641276-003-04<br>00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 | 00641276-003-04<br>00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 19-Nov-04 | 11:38 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 | 00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04<br>00641214-118-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 19-Nov-04 | 17:08 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 | 00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04<br>00641214-118-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 06-Ene-05 | 12:30 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641268-019-04 | 00641268-019-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 11-Ene-05 | 11:23 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641268-019-04 | 00641268-019-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 13-Ene-05 | 10:13 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641268-019-04 | 00641268-019-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 22-Feb-05 | 08:38 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Baxter | Ericka Frettlohr | 22-Feb-05 | 17:07 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 14-Mar-05 | 09:21 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641211-009-05 | 00641211-009-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 14-Mar-05 | 16:59 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641211-009-05 | 00641211-009-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 15-Mar-05 | 10:52 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641211-009-05 | 00641211-009-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 20-May-05 | 15:11 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641214-018-05<br>00641195-012-05<br>00641192-014-05<br>00641224-009-05<br>00641231-019-05 | 00641214-018-05<br>00641195-012-05<br>00641192-014-05<br>00641224-009-05<br>00641231-019-05<br>00641253-024-05<br>00641226-019-05<br>00641228-018-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 26-May-05 | 11:36 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641192-014-05<br>00641224-009-05<br>00641231-019-05<br>00641253-024-05<br>00641226-019-05<br>00641228-018-05 | 00641192-014-05<br>00641224-009-05<br>00641231-019-05<br>00641253-024-05<br>00641226-019-05<br>00641228-018-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 31-May-05 | 12:54 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641224-009-05<br>00641231-019-05<br>00641253-024-05<br>00641226-019-05<br>00641228-018-05 | 00641224-009-05<br>00641231-019-05<br>00641253-024-05<br>00641226-019-05<br>00641228-018-05<br>00641272-010-05<br>00641281-001-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 02-Jun-05 | 16:53 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641253-024-05<br>00641226-019-05<br>00641228-018-05 | 00641253-024-05<br>00641226-019-05<br>00641228-018-05<br>00641272-010-05<br>00641281-001-05<br>00641216-013-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 08-Jun-05 | 12:10 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641228-018-05<br>00641272-010-05<br>00641281-001-05<br>00641216-013-05 | 00641228-018-05<br>00641272-010-05<br>00641281-001-05<br>00641216-013-05<br>00641214-021-05<br>00641195-011-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 27-Jun-05 | 16:32 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641274-010-05<br>00641243-022-05 | 00641274-010-05<br>00641243-022-05<br>00641203-009-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 30-Jun-05 | 17:57 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641274-010-05<br>00641243-022-05 | 00641274-010-05<br>00641243-022-05<br>00641203-009-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 15-Dic-05 | 08:40 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641234-048-05<br>00641207-029-05 | 00641234-048-05<br>00641207-029-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 01-Mar-06 | 10:59 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641243-019-06<br>00641207-039-06 | 00641243-019-06<br>00641207-039-06 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 08-Mar-06 | 18:01 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | 04-Abr-06 | 18:48 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641207-046-06 | 00641207-046-06<br>00641234-011-06<br>00641255-013-06 |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | 05-Abr-06 | 15:59 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641207-046-06 | 00641207-046-06<br>00641234-011-06<br>00641255-013-06<br>00641139-016-06 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | 07-Abr-06 | 15:33 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641207-046-06<br>00641234-011-06 | 00641207-046-06<br>00641234-011-06<br>00641255-013-06<br>00641139-016-06 |
| Probiomed | Alejandra Mendoza | **29-Ago-06** | 13:40 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06<br>00641194-053-06<br>00641193-038-06 |
| Probiomed | Alejandra Mendoza | **19-Sep-06** | 0:09 | Pisa | Eduardo Aquino | 00641193-038-06<br>00641224-038-06<br>00641091-076-06<br>00641273-007-06<br>00641222-063-06<br>00641189-016-06<br>00641189-017-06 | 00641193-038-06<br>00641224-038-06<br>00641091-076-06<br>00641273-007-06<br>00641222-063-06<br>00641189-016-06<br>00641189-017-06<br>00641211-096-06 |

**CARLOS ARTURO VILLASEÑOR LÓPEZ**

r) **Como lo muestran las pruebas, el suscrito no determinaba los precios, lo hacía el Director General de la Compañía exclusivamente, pues no tenía facultades para determinar precios ni tenía injerencia en el proceso. Pruebas que desestimó la Comisión y que consistieron en: documentales que Pisa proveyó el 31 de octubre de 2008 en contestación a un requerimiento de información; declaración del 31 de octubre de 2008, en el que se entregó una descripción del proceso de fijación de precios; declaración del suscrito citada en página 64 de la resolución impugnada y testimonial de Alfonso Álvarez.**

**Por otra parte, la Comisión no cuenta con pruebas que desvirtúen las pruebas referidas y la indebida valoración de las pruebas viola los artículos 197 y ss (sic) y 190 del CFPC. Se me pretende sancionar porque sostuve conversaciones con funcionarios de empresas competidoras y participé en reuniones de CANIFARMA, esto, en violación del artículo 9 de la Constitución.**

Es **infundado**, ya que como se plasmó en contestación al agravio formulado por Eduardo Aquino Maldonado, la imputación sobre su participación en la práctica monopólica absoluta, se realizó tomando en cuenta las facultades que tenía el recurrente en Pisa, y que consistía en informar al Gerente de Ventas todos aquellos datos que le permitieran fijar el precio de la postura en cada licitación, por lo que, por su conducto, a través de llamadas y las reuniones, se coordinaban con sus competidores para determinar las posturas a presentarse en cada licitación del IMSS, en nombre y representación de Pisa.

Además, las pruebas que dicen que la Comisión desestimó fueron en realidad las que esta autoridad tomó en cuenta para demostrar que el recurrente tenía facultades para allegarse de información que

posteriormente debía presentar al Director General, para que éste determinara el precio a ofrecer en cada postura.

Finalmente, dígasele que esta autoridad no puede pronunciarse respecto a la supuesta violación de su garantía consagrada en el artículo 9 de la Constitución, pues la Comisión no está facultada para revisar la constitucionalidad de sus propias resoluciones ni de los preceptos en que se funda, ya que esa es una facultad reservada en forma exclusiva al Poder Judicial de la Federación. Por tal motivo, dicho argumento resulta **inoperante**

Sirven de sustento a lo anterior, las jurisprudencias y tesis aisladas que a continuación se citan:

> **TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION. CUANDO PUEDE CONOCER DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.** La jurisdicción contenciosa-administrativa adoptada en el sistema mexicano por influencia de sistemas jurídicos o extranjeros, principalmente el francés, corresponde a la imperiosa exigencia del Estado contemporáneo de preservar la legalidad de la actuación administrativa, esto es, el sometimiento de las autoridades administrativas a las leyes emanadas del Poder Legislativo por ser éstas la fuente directa de la validez y legitimidad de su actuación. Por ello, la jurisdicción del Tribunal Fiscal de la Federación es de naturaleza ordinaria y no tiene como propósito fundamental otro distinto del de salvaguardar y controlar la legalidad de los actos administrativos. Dado que la legalidad de los actos administrativos está elevada en nuestro país al rango de garantía individual por efecto de los artículos 14 y 16 constitucionales, se explica que en repetidas ocasiones se haya predicado el deber de las Salas Fiscales de conocer inclusive de irregularidades planteadas como violaciones a preceptos constitucionales. Sin embargo, como puede atestiguar la tesis jurisprudencial de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible con el número trescientos veintiséis de la Tercera Parte del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación con el rubro de "TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION, FACULTADES DEL, PARA EXAMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO", y los precedentes que le dieron origen, la inconstitucionalidad de los actos administrativos de que puede conocer este Tribunal, es la derivada de la inobservancia de las formalidades esenciales del procedimiento a que se refieren los artículos 14 y 16 constitucionales, en cuanto configura la causal de anulación prevista en la actual fracción II del artículo 238 del Código Fiscal vigente. **En suma, la jurisdicción del Tribunal Fiscal en términos de las causales de anulación previstas en el numeral antes citado, está constreñida a la materia de legalidad, aunque ésta se refleje en todos los casos en una violación a las garantías constitucionales mencionadas, de allí que su competencia no pueda extenderse al grado de obligarlo a conocer de violaciones a otra clase de garantías de la Carta Suprema, ni siquiera cuando tales infracciones se atribuyen no a una ley sino a un acto administrativo, pues ello significaría investirlo de facultades propias del sistema de control de la constitucionalidad, de las que desde luego carece al tenor de los artículos 103, 104 y 107 de la Constitución**." No. Registro: 210,727. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Octava Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 80, Agosto de 1994. Tesis: I.3o.A. J/46. Página: 35.
> [Énfasis añadido]

> **INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.** **Compete sólo al Poder Judicial de la Federación juzgar de la constitucionalidad de leyes o actos,** y por lo mismo inconsistente resulta pretender que el causante recurra al Tribunal Fiscal de la Federación **para someter a su consideración resoluciones que se atacan por la inconstitucionalidad de la ley en que se apoya**. El amparo contra una ley expedida por el Poder Legislativo y contra su reglamento expedido por el presidente de la República no puede ser objeto de estudio cuando se

prescinde de señalar a dichas autoridades como responsables, señalando sólo con tal carácter a las autoridades ejecutoras, pues de no adoptarse este criterio se resolvería sobre la constitucionalidad de leyes o actos sin la audiencia de los órganos del Estado que los creó o intervinieron en su formación." No. Registro: 816,382. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Informes. Tomo: Informe 1947. Página: 74.
[Énfasis añadido]

Por su parte, su participación en la práctica quedó acreditada a través de su asistencia a las reuniones de la CANIFARMA, de dos mil cuatro a dos mil siete y con el registro de llamadas telefónicas en las que se advirtió que Carlos Arturo Villaseñor López recibió las y realizó diversas llamadas en fechas anteriores a las licitaciones:

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Baxter | Jesús Héctor Hernández | 26-Oct-04 | 17:26 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04 | 00641231-020-04<br>00641192-037-04<br>00641248-059-04<br>00641214-097-04<br>00641216-073-04<br>00641226-027-04<br>00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04 |
| Baxter | Jesús Héctor Hernández | 09-Nov-04 | 12:42 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04<br>00641276-003-04<br>00641188-084-04 | 00641237-031-04<br>00641214-063-04<br>00641190-023-04<br>00641267-007-04<br>00641276-003-04<br>00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 |
| Baxter | Jesús Héctor Hernández | 17-Nov-04 | 11:20 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641276-003-04<br>00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 | 00641276-003-04<br>00641188-084-04<br>00641255-014-04<br>00641253-035-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 06-Ene-05 | 12:32 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641268-019-04 | 00641268-019-04 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 22-Feb-05 | 08:39 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Baxter | Ericka Frettlohr | 01-Mar-06 | 15:12 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641243-019-06<br>00641207-039-06 | 00641243-019-06<br>00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 05-May-03 | 18:36 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-007-03<br>00641188-012-03 | 00641195-007-03<br>00641188-012-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 30-Oct-03 | 10:20 | Cryoph arma | Conmutador | 00641214-044-03<br>00641106-033-03<br>00641214-016-03 | 00641214-044-03<br>00641106-033-03<br>00641214-016-03<br>00641188-065-03<br>00641218-048-03<br>00641224-038-03 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 11-Nov-03 | 15:47 | Eli Lilly | Eduardo Osorio | 00641106-033-03<br>00641214-016-03<br>00641188-065-03<br>00641218-048-03<br>00641224-038-03<br>00641194-022-03<br>00641194-023-03<br>00641226-027-03<br>00641187-021-03<br>00641216-043-03 | 00641106-033-03<br>00641214-016-03<br>00641188-065-03<br>00641218-048-03<br>00641224-038-03<br>00641194-022-03<br>00641194-023-03<br>00641226-027-03<br>00641187-021-03<br>00641216-043-03<br>00641207-039-03<br>00641228-001-03<br>00641255-018-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 11-Nov-03 | 22:42 | Probio med | Alfonso Salvador Huerta Suárez | 00641106-033-03<br>00641214-016-03<br>00641188-065-03<br>00641218-048-03<br>00641224-038-03<br>00641194-022-03<br>00641194-023-03<br>00641226-027-03<br>00641187-021-03<br>00641216-043-03 | 00641106-033-03<br>00641214-016-03<br>00641188-065-03<br>00641218-048-03<br>00641224-038-03<br>00641194-022-03<br>00641194-023-03<br>00641226-027-03<br>00641187-021-03<br>00641216-043-03<br>00641207-039-03<br>00641228-001-03<br>00641255-018-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 19-Nov-03 | 17:38 | Eli Lilly | Eduardo Osorio | 00641224-038-03<br>00641194-022-03<br>00641194-023-03<br>00641226-027-03<br>00641187-021-03<br>00641216-043-03<br>00641207-039-03<br>00641228-001-03<br>00641255-018-03 | 00641224-038-03<br>00641194-022-03<br>00641194-023-03<br>00641226-027-03<br>00641187-021-03<br>00641216-043-03<br>00641207-039-03<br>00641228-001-03<br>00641255-018-03<br>00641091-061-03<br>00641203-018-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 11-Dic-03 | 19:15 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 11-Dic-03 | 13:49 | Cryoph arma | Conmutador | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 17-Dic-03 | 11:05 | Cryoph arma | Conmutador | 00641195-024-03 | 00641195-024-03 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 05-Ago-04 | 10:47 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641214-028-04<br>00641216-054-04 | 00641214-028-04<br>00641216-054-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 15-Sep-04 | 14:50 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 15-Sep-04 | 14:57 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 24-Sep-04 | 14:51 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04<br>00641187-043-04<br>00641253-023-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 24-Sep-04 | 14:25 | Cryoph arma | Conmutador | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04 | 00641243-016-04<br>00641194-033-04<br>00641218-020-04<br>00641187-043-04<br>00641253-023-04 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 10-Dic-04 | 11:29 | Cryoph arma | Conmutador | 00641228-118-04<br>00641194-058-04<br>00641270-004-04 | 00641228-118-04<br>00641194-058-04<br>00641270-004-04 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 03-Feb-05 | 21:28 | Baxter | Ericka Frettlohr | 00641194-001-05 | 00641194-001-05<br>00641188-001-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 03-Feb-05 | 21:29 | Baxter | Ericka Frettlohr | 00641194-001-05 | 00641194-001-05<br>00641188-001-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 08-Feb-05 | 09:54 | Baxter | Ericka Frettlohr | 00641194-001-05 | 00641194-001-05<br>00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 09-Feb-05 | 18:37 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641194-001-05 | 00641194-001-05<br>00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 24-Feb-05 | 12:48 | Baxter | Ericka Frettlohr | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 24-Feb-05 | 16:36 | Baxter | Ericka Frettlohr | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 | 00641188-001-05<br>00641270-001-05<br>00641274-002-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 10-Ago-05 | 14:46 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 10-Ago-05 | 14:45 | Cryoph arma | Conmutador | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 | 00641279-001-05<br>00641267-010-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 23-Sep-05 | 13:06 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641190-007-05<br>00641237-023-05<br>00641248-024-05<br>00641194-046-05 | 00641190-007-05<br>00641237-023-05<br>00641248-024-05<br>00641194-046-05<br>00641191-038-05<br>00641273-006-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 04-Nov-05 | 11:17 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05 | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 04-Nov-05 | 10:34 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05 | 00641228-041-05<br>00641192-030-05<br>00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 08-Nov-05 | 19:41 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05 | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 08-Nov-05 | 11:05 | Freseni us | Manuel Vázquez Blanco | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641253-039-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05 | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641253-039-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 08-Nov-05 | 14:17 | Freseni us | Manuel Vázquez Blanco | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641253-039-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05 | 00641207-013-05<br>00641207-012-05<br>00641253-039-05<br>00641277-012-05<br>00641234-038-05<br>00641268-030-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 17-Nov-05 | 14:12 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05 | 00641268-030-05<br>00641269-027-05<br>00641216-055-05<br>00641218-044-05<br>00641267-019-05<br>00641188-090-05<br>00641273-007-05<br>00641270-030-07<br>00641216-048-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 02-Dic-05 | 11:44 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641270-030-07<br>00641216-048-05 | 00641270-030-07<br>00641216-048-05<br>00641234-048-05<br>00641207-029-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 02-Dic-05 | 16:42 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641270-030-07<br>00641216-048-05 | 00641270-030-07<br>00641216-048-05<br>00641234-048-05<br>00641207-029-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 22-Dic-05 | 10:54 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641234-048-05<br>00641207-029-05 | 00641234-048-05<br>00641207-029-05<br>00641191-059-05<br>00641216-099-05 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 13-Ene-06 | 13:20 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641234-001-06 | 00641234-001-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 13-Ene-06 | 13:14 | Cryoph arma | Conmutador | 00641234-001-06 | 00641234-001-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 07-Mar-06 | 11:52 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 07-Mar-06 | 15:11 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 07-Mar-06 | 11:51 | Cryoph arma | Conmutador | 00641207-039-06 | 00641207-039-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 17-Ago-06 | 10:38 | Cryoph arma | Jorge Alberto Silis Franck | 00641195-024-06<br>00641220-058-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 18-Ago-06 | 11:44 | Freseni us | Manuel Vázquez Blanco | 00641139-039-06<br>00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 | 00641139-039-06<br>00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06<br>00641190-010-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 18-Ago-06 | 11:42 | Freseni us | Manuel Vázquez Blanco | 00641139-039-06<br>00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 | 00641139-039-06<br>00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06<br>00641190-010-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 29-Ago-06 | 17:34 | Freseni us | Manuel Vázquez Blanco | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06<br>00641190-010-06<br>00641214-037-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06<br>00641190-010-06<br>00641214-037-06<br>00641194-053-06<br>00641193-038-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 14-Sep-06 | 19:45 | Freseni us | Manuel Vázquez Blanco | 00641194-053-06<br>00641193-038-06<br>00641224-038-06<br>00641273-007-06<br>00641222-063-06<br>00641189-016-06<br>00641189-017-06 | 00641194-053-06<br>00641193-038-06<br>00641224-038-06<br>00641273-007-06<br>00641222-063-06<br>00641189-016-06<br>00641189-017-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 15-Nov-06 | 14:08 | Cryoph arma | Conmutador | 00641189-033-06<br>00641220-077-06 | 00641189-033-06<br>00641220-077-06<br>00641246-054-06 |
| Pisa | Carlos Villaseñor López | 27-Abr-07 | 13:17 | Cryoph arma | Conmutador | - | - |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | 05-May-06 | 12:24 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641243-028-06<br>00641228-067-06<br>00641222-050-06 | 00641243-028-06<br>00641228-067-06<br>00641222-050-06 |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | 17-May-06 | 13:45 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641228-067-06<br>00641222-050-06<br>00641192-032-06<br>00641280-006-06 | 00641228-067-06<br>00641222-050-06<br>00641192-032-06<br>00641280-006-06<br>00641139-024-06 |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | 17-May-06 | 14:16 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641228-067-06<br>00641222-050-06<br>00641192-032-06<br>00641280-006-06 | 00641228-067-06<br>00641222-050-06<br>00641192-032-06<br>00641280-006-06<br>00641139-024-06 |
| Probiomed | Jaime Uribe de la Mora | 17-May-06 | 19:08 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641228-067-06<br>00641222-050-06<br>00641192-032-06<br>00641280-006-06 | 00641228-067-06<br>00641222-050-06<br>00641192-032-06<br>00641280-006-06<br>00641139-024-06 |
| Probiomed | Alfonso Salvador Huerta | 17-Ago-06 | 11:59 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641195-024-06<br>00641220-058-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 |
| Probiomed | Alfonso Salvador Huerta | 23-Ago-06 | 10:18 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Probiomed | Alfonso Salvador Huerta | 29-Ago-06 | 9:26 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06<br>00641194-053-06<br>00641193-038-06 |
| Probiomed | Alfonso Salvador Huerta | 29-Ago-06 | 9:27 | Pisa | Carlos Villaseñor | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06 | 00641195-024-06<br>00641220-058-06<br>00641194-054-06<br>00641194-053-06<br>00641193-038-06 |

**s) El contenido de las reuniones en CANIFARMA está documentado en actas; no existen elementos para presumir que en ellas se hablaba de precios y para presumir lo anterior en términos del artículo 190 del CFPC, la Comisión tendría que contar con un hecho probado y no lo tiene. En cuanto a las conversaciones telefónicas que pude haber sostenido, su contenido es desconocido e irrelevante pues quien fijaba los precios era el señor Álvarez. Resulta clave, que en la página 287 de la resolución, la Comisión estableciera mi participación con base en suposiciones e inferencias, aún cuando no cuenta con los elementos que debe satisfacer la prueba presuncional.**

Dado que tiene íntima relación con los argumentos de Pisa sobre este punto en los incisos o) y p) de esta sección, debe remitirse a la respuesta que a este agente económico se dio, por lo que debe tenerse por reproducido como si a la letra se insertarse, en obvio de repeticiones innecesarias.

Independientemente de lo anterior, debe decirse que en la resolución se dijo que la CANIFARMA constituía un foro en el que se reunían los competidores, donde podían coordinarse, independientemente de que en el orden del día se pusiera expresamente los temas a tratar. Ese contacto directo entre ellos facilitó la existencia de acuerdos colusorios en perjuicio del IMSS.

## ERICKA HELGA FRETTLOHR MEZA

**t) La Comisión parte de las listas de asistencia de la CANIFARMA y de las listas de llamadas para crear artificialmente "pruebas indirectas" con las que pretende imputarme la conducta violatoria de la LFCE, sin embargo dichas pruebas no son más que presunciones falsas que parten de documentos por demás cuestionables.**

**La Comisión reconoció que la lista de llamadas era falsa parcialmente, dado que la suscrita acreditó haber dejado de laborar en Baxter desde el día tres de marzo de dos mil seis, sin embargo, en la foja trescientos ochenta y seis de la resolución recurrida se indican asistencias de la suscrita en los meses de agosto, octubre y noviembre de dos mil seis en supuesta representación de Baxter, e incluso, del año dos mil siete, asimismo, debe tomarse en consideración que la suscrita acreditó no sólo no haber realizado llamadas telefónicas que se le imputan, sino además, tampoco asistió a las reuniones de CANIFARMA que se imputan.**

Su argumento es **infundado,** dado que en la resolución jamás se dijo que la lista de llamadas aportada por Baxter fuera falsa, tal y como se señaló al dar contestación a igual argumento aducido por Baxter, por lo que en obvio de repeticiones innecesarias, se debe tener por reproducido como si a la letra se transcribiera en este apartado.

En efecto, en la resolución sólo se reconoció que Erika Helga Frettlohr Meza acreditó que las llamadas realizadas esos días desde ese número telefónico no fueron hechas por ella, al ya no encontrarse laborando en esa empresa.

En cuanto a las listas de asistencia de la CANIFARMA, su argumento es igualmente **infundado**, ya que éstas acreditaron que asistió en los días trece, veintitrés y veintiséis de enero de dos mil seis, fecha en la que, de acuerdo con las pruebas aportadas por la recurrente, se encontraba todavía trabajando en Baxter. Por tanto, es incorrecto que con ellas hubiere demostrado que no asistió a las reuniones de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.

Además, las pruebas que ofreció la recurrente en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad fueron para acreditar exclusivamente que resultaban infundadas las presunciones de la Comisión relativas a las supuestas veintiocho llamadas que realizó a partir del ocho de marzo, por lo que no pueden extenderse a la demostración de otros objetivos no establecidos expresamente por el oferente.

Ello en atención a la obligación que tienen los oferentes de las pruebas de señalar en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, "*...la expresión clara del hecho o hechos que se tratan de demostrar...*", tal como lo establece el artículo 33 del RLFCE aplicable, lo que permite a esta autoridad evaluar con certeza las pruebas aportadas al procedimiento.

Además sirve de apoyo la siguiente tesis de rubro: ***"CONCEPTO DE VIOLACION INOPERANTE, POR VARIAR EL OBJETO DE UNA PRUEBA"***, misma que debe tenerse por reproducida como si al texto se insertara en obvio de repeticiones innecesarias.

**u) Es ilegal que la Comisión reconozca la falsedad de un documento en parte, pero para lo que sus intereses convenga siga siendo válida, como lo es en el caso de la lista de llamadas.**

**Infundado.** Se reitera que nunca se cuestionó su veracidad, simplemente acreditó que ella no pudo realizar esas llamadas, no que aquellas no hubieren tenido lugar.

Además, el único interés de la comisión es que se cumpla con la ley, es decir, la Comisión no tiene en el asunto ningún interés particular, pues dentro de sus funciones se encuentra la de velar por la estabilidad económica en la competencia de los mercados, ello es así, porque se dirige a una generalidad: a todo el sector económico, y no al interés de un particular.

La prueba es válida para demostrar que se hicieron esas llamadas, sobre todo porque fue una prueba aportada directamente por Baxter, por lo que le causa perjuicio a dicha empresa y a quienes actuaron por cuenta y orden de ésta, al encontrarse adminiculadas con las demás pruebas del sumario.

v) **No se trata de una documental pública, sino de documentos privados que fueron objetados. La Comisión (a fojas trescientos sesenta y nueve de la resolución recurrida) incongruentemente sólo resolvió la objeción como si se hubiera efectuado la misma en función de que las llamadas eran confidenciales.**

El argumento anterior es **fundado, pero insuficiente** para revocar la resolución combatida debido a que, si bien es cierto que la objeción planteada en contra de las listas no fue únicamente porque no se les permitió a su acceso por ser confidenciales, sino que también se alegó que "*se objetan, niegan y tachan de falsas las imputaciones que hace esa H. Comisión en relación con las supuestas llamadas por la suscrita con otras empresas y el registro de llamadas que se pretende utilizar como vínculo presuncional de la supuesta conducta imputada, puesto que presuntamente se señala que la suscrita realizó llamadas con empleados de otras empresas aún y cuando la suscrita ya no laboraba en Baxter [...] adicionalmente tienen el vicio de no identificar –para efectos de información y datos que se proporcionaron – a qué año se refiere pues es idéntica para el caso del año 2005 y 2006 [...]*"; también lo es que dichos argumentos no quedaron sin contestar dentro de la resolución recurrida.

En efecto, por lo que hace al primer aspecto de su objeción, la resolución señaló que era "***fundado*** *pero* ***insuficiente****, ya que aún sin tomar en consideración las veintiocho llamadas realizadas por la emplazada a partir del ocho de marzo de dos mil seis, existen cincuenta y tres llamadas que realizó en un período comprendido entre el primero de octubre de dos mil cuatro y el primero de marzo de dos mil seis; así como cinco llamadas recibidas durante el mes de febrero de dos mil cinco por Carlos Villaseñor López, empleado de Pisa.*" [318]

En cuanto al segundo aspecto, se determinó: "*El argumento anterior resulta* ***inoperante****, toda vez que es oscuro y no explica a qué se refiere el emplazado con que el documento del registro de las llamadas no identifica "a que año se refiere, pues es idéntica para el año dos mil cinco y dos mil seis", situación que imposibilita a esta autoridad determinar cómo dicha situación transciende en su esfera jurídica y cuál es el perjuicio que le repara.*"[319]

Por tal motivo, no se dejó en estado de indefensión y fue válida la conclusión a que arribó la Comisión en la resolución reclamada en cuanto a que las objeciones realizadas fueron "***insuficientes*** *para desvirtuar el valor e idoneidad de las documentales antes referidas*".

[318] Foja 206 de la resolución impugnada
[319] Fojas 204 y 205 de la resolución impugnada.

Para efectos de lo anterior, se remite a las fojas 369 a 374 de la resolución recurrida en obvio de repeticiones innecesarias

w) **Si un documento es falso en una parte, presuncionalmente permite inferir que el resto pudiera no ser verídico. En consecuencia, si existe tal presunción esta es a favor del suscrito y no en contra del mismo. Esa probanza se objetó en términos del artículo 203 del CFPC porque el documento provenía de un tercero y debería concatenase con otra prueba para demostrar su veracidad, en este sentido las listas de asistencia a la CANIFARMA también contienen el mismo error al margen de que éstas no sean útiles para darle valor probatorio a la diferente documental consistente en la lista de llamadas.**

Su argumento resulta **infundado**, pues a pesar de que se objetó dicha probanza en términos del artículo 203 del CFPC, se señaló que ese documento estaba concatenado con el directorio telefónico de la CANIFARMA, en la que cada uno de sus asistentes aportó sus datos de contacto, como el número telefónico entre otros. Estos números fueron cotejados con la lista de llamadas que aportó Baxter, lo que arrojó las coincidencias en los números tanto de salida como de entrada de las llamadas realizadas durante el periodo investigado con las de los aportados por los miembros de la Comisión de Abasto de esa Cámara.

Los directorios de la Comisión de Abasto no fueron objetados por la recurrente y sí, por el contrario, fueron reconocidos. Por tanto, es falso que dicho documento no se encuentre relacionado con otras pruebas, por lo que es correcto el valor probatorio que se le dio en la resolución.

Para efectos de lo anterior, se remite a las fojas 369 a 374 de la resolución recurrida en obvio de repeticiones innecesarias

x) **En conclusión, si la lista de asistencia y la lista de llamadas no pueden ser utilizadas como prueba indirecta (no hay nexo causal con otra prueba indubitable) y además, al margen de ser documentales privadas cuyo contenido no puede ser la infracción que se imputa sino solamente en su caso una presunción, lo único que queda a esa Comisión es imputarme la supuestas facultades señaladas por Baxter, información que no se me puede oponer pues, al no conocerla, es jurídicamente imposible refutarla y, lo contrario no sólo sería una arbitrariedad y grave violación a la Constitución, sino incluso una cuestión absurda e ilógica pues no puede válidamente imputarse una infracción a un ciudadano con la información proveniente de un tercero que no se hizo de mi conocimiento por lo que me es imposible defenderme de ella.**

El argumento del recurrente es **infundado**, ya que no puede alegar desconocimiento de la información relativa a las facultades que Baxter señaló ejercía Erika Helga Frettlohr Meza y que sirvieron de base para sostener que había participado en la comisión de la práctica monopólica por la que se le sancionó, toda vez que, no obstante que se clasificó como confidencial, pudo controvertirla y señalar que sus

funciones no estaban relacionadas con la preparación, elaboración o presentación de las posturas de la empresa en las licitaciones del IMSS.

Además, en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad no negó expresamente el hecho en el que se señaló que tenía funciones relacionadas con esos objetivos, sino que se limitó a señalar que no podía considerarse como agente económico ni como representante legal de dicha empresa. Al no haberlo hecho así, no puede ahora alegar indefensión, cuando tuvo su oportunidad de probar lo contrario.

Por tanto, resulta además **inoperante** debido a que se basó en otros argumentos que resultaron infundados en la resolución recurrida [incisos t) a w)], sirve de apoyo a lo anterior, el siguiente criterio del Poder Judicial de la Federación:

> **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES LOS QUE PARTEN O SE HACEN DESCANSAR SUSTANCIALMENTE EN LO ARGUMENTADO EN OTROS QUE FUERON DESESTIMADOS.** Si de lo alegado en un concepto de violación se advierte que la impugnación planteada se hace descansar, sustancialmente, en lo que se argumentó en otro u otros conceptos de violación que fueron anteriormente desestimados en la misma ejecutoria, en tanto que resultaron infundados, inoperantes o inatendibles, ello hace que aquél resulte a su vez inoperante, dado que de ninguna manera resultará procedente, fundado u operante lo que en dicho concepto se aduce, por basarse en la supuesta procedencia de aquéllos. Registro: 178784.Tesis: XVII.1o.C.T. J/4. Jurisprudencia. Novena Época. Materia(s): Común. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.Tomo : XXI, Abril de 2005. Página: 1154

**y) Asimismo, la Comisión funda sus imputaciones en el simple hecho de que la suscrita formaba parte de la Comisión de abasto al Sector Público de la CANIFARMA, tomando en consideración el directorio público de los miembros de esa Comisión, soslayando las minutas levantadas con motivo de las reuniones. Lo anterior implica una contradicción, ya que la Comisión no cuestiona en ningún momento la ilegalidad de las reuniones y su objeto de violar la legislación de la materia; sin embargo ello quedó desvirtuado con las actas y minutas de las reuniones en donde no se observa la coordinación imputada.**

Resulta **inoperante** su agravio, ya que la recurrente se limita a reiterar lo que señaló en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad, sin considerar ni atacar lo resuelto por esta autoridad y en la que se dijo:

> *"[Q]ue la Comisión no mencionó que las reuniones se hayan realizado con la finalidad de tratar temas de precios o posturas en las licitaciones, sino que es un hecho comprobable que a partir de dichas reuniones tuvieron contacto continuo dentro de las sesiones de la Comisión de Abasto, lo que permitió incluso intercambiar teléfonos y correos electrónicos entre sus miembros y la oportunidad de conocerse y reunirse en un foro institucional.*

> *Así, los representantes de las empresas ahora emplazadas ocupaban cargos de confianza que les permitía proveer la información o tomar decisiones sobre el establecimiento de políticas comerciales respecto de las licitaciones celebradas por el IMSS. La coincidencia entre la representación en la Comisión de Abasto y las funciones inherentes a su cargo, presumen la posibilidad que tuvieron en todo momento de conocer las posturas con las que participaban en las licitaciones del sector público."*[320]

Si la recurrente únicamente aduce que la Comisión no consideró las actas y minutas, sin atender a las razones por la que esta autoridad determinó que "*no se les imputó que en dichas órdenes del día se hayan tratado los actos que se imputan a las emplazadas, sencillamente se sostuvo que el Comité de Compras del Sector Público de CANIFARMA constituye un elemento que facilita la colusión entre las emplazadas*",[321] es evidente que no pueden tomarse en consideración, al resultar en meras manifestaciones gratuitas sin sustento alguno.

Por tanto, al simplemente dedicarse a reiterar o parafrasear los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atender ni atacar de manera puntual lo que la Comisión resolvió respecto de cada uno de ellos, impide que esta autoridad se pronuncie sobre los mismos.

Lo anterior es así, dado que las recurrentes se encuentran obligadas a combatir las consideraciones que se plasmaron en la resolución recurrida para sustentar el sentido del fallo que en esta vía atacan, es decir, sus fundamentos y motivaciones, de lo contrario deben subsistir para continuar rigiendo la resolución impugnada.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

**z) Resulta ilegal e ilógico que esa Comisión pretenda acreditar la comisión de la practica imputada por parte de la suscrita basándose en el hecho de mi asistencia a esas reuniones ya que no deriva como única conclusión que la suscrita hubiese participado directamente en la concertación o celebración de acuerdos prohibidos.**

Es **infundado** su agravio en atención a que, de acuerdo con la resolución que ahora impugna, su participación deriva tanto de las facultades que tenía, como de sus posibilidades de tener contacto directo con sus homólogos de las empresas competidoras, ya sea vía telefónica como a través de las reuniones de la CANIFARMA.

[320] Foja 209 de la resolución recurrida.
[321] Foja 452 de la resolución impugnada.

En efecto, tal y como se desprende de la mencionada resolución, *"La participación directa de Ericka Helga Frettlohr Meza consistió en haber fungido como vocal en la Comisión de Abasto al Sector Público de CANIFARMA durante dos mil cuatro y asistir a reuniones de esa Comisión desde el mes de abril de dos mil cuatro hasta febrero de dos mil seis. Adicionalmente, se identifican llamadas de su parte desde octubre de dos mil cuatro hasta marzo de dos mil seis. Aunado a lo anterior, tenía la facultad de determinar, directa o indirectamente, o de conocer las posturas con las que las empresas que los empleaban participarían en las licitaciones del sector público."*[322]

Por otro lado, deviene **inoperante** su argumento relativo a que, de su asistencia a las reuniones no deriva como única conclusión que hubiese participado directamente en la comisión de la práctica, debido a que no señala a qué otras conclusiones se refiere, por lo que al realizar manifestaciones vagas e imprecisas no es posible entrar al estudio de sus argumentos.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

**aa) La resolución recurrida señala que la participación directa del suscrito consistió en haber sostenido conversaciones telefónicas con empresas competidoras de Baxter. Lo anterior en**

[322] Foja 543 de la resolución impugnada.

**relación con lo esgrimido en el oficio de probable responsabilidad, mismo que indicó que las personas físicas tenían comunicación constante, particularmente en periodos de tiempo cercanos a las fechas en las cuales estaba planeada la entrega y apertura de sobres con las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones públicas realizadas por el IMSS.**

**Según se desprende de las afirmaciones anteriores, la comunicación existente entre las personas físicas llamadas al presente procedimiento, constituye una presunción de los acuerdos imputados en el oficio de probable responsabilidad, es decir, que de tales comunicaciones se desprende de manera necesaria la existencia de los actos violatorios a la Ley de la materia, basando sus imputaciones, no en la comunicación misma, lo que resulta contradictoria ya que la imputación de la responsabilidad de la comisión de una práctica monopólica absoluta se realizó mediante la existencia de pruebas indirectas adminiculadas que dieron como conclusión la existencia de la práctica, a decir de la Comisión y no a partir de las llamadas telefónicas. En consecuencia, no había motivo, razón o fundamento para sancionar a la recurrente la supuesta participación.**

Su argumento resulta **infundado**, debido a que la comunicación no es el resultado de la presunción como asume la recurrente, sino que es un elemento más que robustece la presunción de que los patrones de las posturas de las licitaciones obedecen a la existencia de un acuerdo entre competidores con el objeto o efecto de coordinarse. Los canales de comunicación frecuentes utilizados por los agentes económicos, usando como conducto a las personas físicas, facilitaron las posibilidades de coordinarse a fin de repartirse las ganancias producidas por mantener elevados los precios de los medicamentos ofrecidos en cada licitación, en detrimento del IMSS.

Las llamadas se acreditaron con el registro aportado por Baxter, su empleador y dueño de las líneas de teléfono, en el que se apreció el número de llamadas realizado desde la línea telefónica asignada a Ericka Helga Frettlohr Meza para el desempeño de sus labores, a otros números que resultaron ser los correspondientes a las líneas asignadas a sus homólogos que trabajaban en las empresas competidoras, mismos que se pusieron en el directorio telefónico de los miembros de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA.

**bb) La Comisión pretende que la frecuencia y constancia en las llamadas necesariamente permite inferir que tales comunicaciones tenían como finalidad y propósito establecer acuerdos para establecer precios, sin embargo, dicha presunción queda destruida al no existir ningún otro elemento que permita válidamente comprobar dicha presunción.**

Su argumento es igualmente **infundado**. Las llamadas están adminiculadas con la evidencia económica que se obtuvo del análisis de las posturas presentadas por los agentes económicos en las licitaciones y las otras pruebas a que se refiere la resolución recurrida. No se les imputa la comisión de la práctica basado únicamente en las llamadas, sino en el hecho de que incrementar las posturas a

un nivel superior a los precios ganadores anteriores solo puede ser consistente con un acuerdo colusorio de alternancia para ganar y perder licitaciones basado en un interés de los miembros del acuerdo en su conjunto y no con un interés individual, así como que las posturas perdedoras y ganadoras fueran siempre las mismas, aunado a que participaran regularmente en las licitaciones del IMSS y que la comunicación constante permitía que se pusieran de acuerdo.

Además, se señaló que las llamadas realizadas por la recurrente ocurrieron con anterioridad a las fechas en las que se tenía fijada la entrega y apertura de sobres con las propuestas de las licitaciones, en las que también participaron las empresas competidoras también emplazadas. En efecto, la resolución impugnada estableció: *"Del total de las llamadas, el 87% (ochenta y siete por ciento) fueron realizadas en un periodo de hasta dos semanas antes de la apertura de al menos una licitación pública del IMSS que incluyera claves relativas a soluciones electrolíticas y sueros. Esta coincidencia aumenta a 94% (noventa y cuatro por ciento) si se considera un periodo de tres semanas."*[323]

Luego entonces, es falso que las llamadas no se encuentren relacionadas con otros medios probatorios, puesto que todas las pruebas en las que se sostuvo la resolución se encontraban adminiculadas.

**cc) Debe señalarse que durante el período de dos mil tres a dos mil seis, que constituye el período respecto del cual se formulan las imputaciones objeto del oficio de probable responsabilidad a los probables responsables, se celebraron más de 500 licitaciones que tenían que ver con los productos objeto del propio oficio de probable responsabilidad, por lo que la probabilidad de que cualquier comunicación tuviese cercanía con un evento de licitación, lejos de resultar "sospechosa" en realidad era lógica e irremediable, destruyéndose el nexo causal entre las supuestas llamadas y los supuestos acuerdos que se pretenden imputar.**

Su argumento es **inoperante** debido a que simplemente se constriñe a reiterar textualmente los argumentos que plasmó en su escrito de contestación al oficio de probable responsabilidad y no atiende a lo que se resolvió respecto de ellos.

En efecto, la resolución impugnada señaló, relacionado con su argumento, que *"Asimismo, resulta **inoperante** manifestar que durante el período investigado se realizaron más de quinientas licitaciones, toda vez que no basta con realizar meras manifestaciones vagas, imprecisas y generales, sino que es necesaria su argumentación y comprobación para desvirtuar las imputaciones que esta autoridad le hizo al emplazado a nivel presuntivo en el oficio de probable responsabilidad."*[324]

[323] Fojas 406 y 407 de la resolución recurrida
[324] Foja 214 de la resolución recurrida.

Luego entonces, al no atacar la respuesta que esta autoridad le dio a su argumento, no es procedente su estudio.

Sirve de apoyo el siguiente criterio de rubro ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL, CUANDO SE LIMITAN A REPRODUCIR LOS ALEGATOS EXAMINADOS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA"***, la cual en obvio de repeticiones debe tenerse por trascrita como si a la letra se insertara.

**dd) La lista de llamadas que resultó falsa parcialmente, no acredita el contenido de la conversación.**

**Así, al margen de que la falsedad parcial de la lista de llamadas implique la presunción de falsedad o error del resto del documento, el mismo no acredita nada, ni se puede presumir nada, ni se puede concatenar con elemento probatorio válido alguno.**

El argumento de los recurrentes resulta **inoperante**, ya que no señalan ni ofrecen elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que afirmen que la lista no acredita nada, ni se puede presumir nada o concatenar con elemento válido alguno. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."*** la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que no se prueba nada, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución a pesar del

pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

**ee) Por otro lado resulta ilegal que la Comisión intente revertir la carga de la prueba al recurrente al afirmar que el mismo no acreditó *"Las supuestas razones personales, sociales o profesionales"* por las que se realizaron tales llamadas, en este sentido debe señalarse que el suscrito no tenía porque acreditar las razones o fines de llamadas que simplemente no se acreditó que hubiese realizado, sobre todo si se toma en consideración que esa Comisión simplemente funda su presunción en *"una serie de coincidencias con los números telefónicos que tenían sus empleados"*.**

El argumento es **infundado,** toda vez que no atiende al hecho de que las llamadas fueron recurrentes, en periodos de licitaciones y por quienes tenían facultades para determinar los precios de las posturas. No se buscó revertir la carga de la prueba, pues es claro que se siguen las reglas procesales sobre cargas probatorias, pues como ya se explicó, toda afirmación debe ser probada por quien la realiza. Luego entonces, si la ahora recurrente manifestó que dichas llamadas tuvieron un fin diverso al que se dijo en el oficio de probable responsabilidad, estaba obligada a demostrarlo.

Por otro lado, la coordinación es el hecho conocido a que se arribó tras probar que las posturas eran iguales entre los competidores cuando ganaban y también cuando perdían junto con la alternancia entre éstas para rotar el papel de ganador y perdedor, que no existían justificaciones de costos y que las comunicaciones entre los responsables de fijar las posturas eran frecuentes; presunción que correspondía a las emplazadas desacreditar, y al no haberlo hecho, no puede operar en su favor sus alegaciones.

## 5. SANCIONES

## 5.1 INDEBIDA IMPOSICIÓN DE LA MULTA

**ELI LILLY, EDUARDO OSORIO TRACONIS, BAXTER Y FRESENIUS**

**La Comisión se excede en sus facultades previstas por el artículo 35, fracción IV, de la LFCE y 36 de la misma ley. De los anteriores numerales se puede concluir lo siguiente:**

a) **Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis manifestaron:**
   - ~~**Que la Comisión tiene dentro de sus atribuciones aplicar sanciones, una de ellas, la prevista en la fracción IV del artículo 35, que es precisamente la que ilegalmente les fue impuesta.**~~
   - **Que, en la imposición de multas, la Comisión 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; mismos que, como ya quedó demostrado en los anteriores agravios, ni consideró y ni acreditó.**

b) **Baxter expuso:**
   - **La Comisión viola los artículos 35, fracción IV, y 36 de la LFCE en virtud de lo que se expone:**
     **No existe una infracción debidamente probada, ya que no se acreditó que Baxter realizara conductas coordinadas, por lo que es improcedente imponer la sanción referida en el artículo 35, fracción IV, de la LFCE.**
   - **La sanción impuesta a Baxter resulta violatoria del artículo 35, fracción I, LFCE, porque no existe una infracción debidamente comprobada y, porque el análisis es incongruente, ya que se ordena la supresión de la práctica monopólica, sin haberse motivado la aplicabilidad de dicha sanción al caso concreto.**

c) **Fresenius mencionó:**

   - **De conformidad con el artículo 36 de la LFCE, la Comisión debió considerar en la imposición de la multa: la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia o antecedentes de mi representada, así como su capacidad económica.**

Los argumentos expresados por los recurrentes en los incisos **a)**, **b)** y **c)** resultan **inoperantes,** al ser meras manifestaciones gratuitas que simplemente declaran la ilegalidad de la sanción impuesta a los

recurrentes, pero sin atacar concreta y específicamente los fundamentos y motivaciones que se encuentran expuestos en la resolución final del procedimiento.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar genéricamente que la aplicación de la fracción I del artículo 35 de la LFCE es incorrecta, que no se acreditó la conducta plasmada en la fracción IV del mismo numeral y que se analizaron de manera subjetiva los elementos del artículo 36 de la LFCE sin razonamiento alguno, sino que, a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Además, es falso que la Comisión no haya considerado los elementos del artículo 36 de la LFCE. Incluso los recurrentes se contradicen, pues después de este argumento intentan atacar la valoración y motivación que se dio respecto de cada uno de dichos elementos.

Los recurrentes consideran que la Comisión tomó en cuenta únicamente el contenido del apartado 8 "Sanciones". Sin embargo, lo expresado en la resolución final del expediente IO-003-2006, hace notar que a lo largo del expediente en cita se fueron determinando los distintos elementos que confirman la responsabilidad de los recurrentes por la comisión de una práctica monopólica absoluta, siendo que lo dispuesto por el artículo 36 de la LFCE únicamente sirve para determinar, una vez acreditada la conducta ilícita, la cuantía de la sanción a imponer, utilizando para su apoyo, los elementos con los que ya cuenta, puesto que tal información consta en el expediente y la misma fue citada con esa finalidad.

En efecto, la resolución plasma y explica cada uno de los elementos que posteriormente sirvieron para individualizar la multa que se les impuso como sanción. Por tal motivo, la resolución no debe atacarse de forma fraccionada, ya que debe considerarse en su conjunto.

Es por ello que los argumentos expresados por los recurrentes, no desvirtúan el contenido de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.

Asimismo y en cuanto al argumento sobre la supresión de la práctica, se hace notar que el ejercicio de las facultades previstas en las fracciones I y IV del artículo 35 de la LFCE es congruente con el objeto de la ley que consta en el artículo 2 del ordenamiento; es decir, proteger el proceso de competencia y libre concurrencia; lo que no ocurriría si la sociedad debiera tolerar la continuidad de una práctica que atenta contra los mismos principios constitucionales en materia de competencia económica.

En este sentido, la Comisión no está impedida para ordenar la supresión de la práctica monopólica y ordenar la sanción del agente económico responsable al mismo tiempo, cuando ha quedado debidamente acreditada la práctica que se sanciona. Ante lo anterior la recurrente no puede alegar que se le causa agravio porque la comisión de una práctica monopólica absoluta no es un derecho de la recurrente, sino una conducta ilegal que se sanciona como ocurrió en este asunto. No escapa a la atención de la Comisión el hecho de que la recurrente se contradice al señalar, por una parte, que no comete la práctica y por la otra, que le causa perjuicio la orden de suprimirla.

**PISA**

**d) La resolución castiga ilegalmente dos veces a Pisa por la misma conducta, ignorando que no vendió insulina en 2006 y por tanto, suponiendo sin conceder, bajo este supuesto, habría merecido una sanción menor a la de los agentes que hubieran seguido participando en 2006.**

**Esto viola el artículo 23 y 109 de la Constitución, que prohíbe sancionar la misma conducta dos veces, no obstante lo anterior, en contravención a la fracción IV del artículo 35 de LFCE se sancionó con el doble del máximo establecido en la disposición citada. No ignoramos que, suponiendo sin conceder, Pisa participó en los Grupos I y II, entonces conforme a jurisprudencia del poder judicial sólo se aplicaría la multa que es mayor [tesis 35/2004-SS].**

El argumento es **infundado** por las siguientes razones:

Sobre la multa impuesta por la comisión de la práctica monopólica absoluta en las licitaciones convocadas por el IMSS relativas a la insulina humana, conviene recordar que el monto final de la multa se determinó tras analizar la totalidad de los elementos del artículo 36 de la LFCE, respecto a

cada una de las empresas coludidas. Esto aseguró que las multas fueran proporcionales a las conductas desplegadas por cada una de las responsables, de modo tal que el argumento de que Pisa "merecía" una sanción menor no tiene sustento, ya que el monto de la sanción fue determinado en los méritos propios de Pisa.

Ahora bien, el hecho de que Pisa sólo participó en una licitación durante dos mil seis, sí fue considerado al calcularse el monto de la multa y puede apreciarse en términos cuantitativos en tres apartados de la resolución correspondientes al análisis de los elementos del artículo 36 de la LFCE: **"DAÑO CAUSADO", "PARTICIPACIÓN DEL INFRACTOR EN EL MERCADO Y TAMAÑO DEL MERCADO"** y **"DURACIÓN DE LA PRÁCTICA".**

- **DAÑO CAUSADO. La Comisión cálculo el daño específicamente causado por Pisa considerando el monto del importe ganado que le permitió obtener ganancias indebidas a costo del erario público al resultar ganadora en licitaciones con posturas a precios de sobrecargo, gracias a su participación en la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9 de la LFCE. En este sentido la Comisión señaló la metodología seguida para calcular el impacto de la práctica en los siguientes términos:**

> ***"El impacto de la práctica se calculó como el producto del importe ganado por cada participante entre dos mil tres y dos mil seis, y la disminución de posturas (producto de la entrada de nuevos participantes), ajustada por la caída en costos. Así por ejemplo, la postura ganadora de las emplazadas para la clave 1050 pasó de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) en la licitación 00641273-007-05, cuyo fallo se efectuó el ocho de diciembre de dos mil cinco, a $60.00 (sesenta pesos 00/100 M.N.) en la licitación 00641187-026-06, cuyo fallo se efectuó el veinticuatro de abril de dos mil seis."***
> [Énfasis añadido]

La Comisión desagregó del total del daño causado por las empresas coludidas el que es atribuible únicamente a Pisa y, en foja 518 de la resolución, se aprecia un cuadro que expone el monto del importe ganado en las licitaciones que ganó y después ajustado según el decremento porcentual en las posturas, para obtener así el sobrecargo que hizo al IMSS y que alcanzó los sesenta y cuatro millones de pesos. El análisis consideró las licitaciones en donde se observó el patrón durante dos mil tres a dos mil seis y cuya información consta en el expediente; información que está reflejada en los anexos 1 y 2 de la resolución impugnada en los que se aprecia la caída de la participación de Pisa en las licitaciones en el año dos mil seis. Dado que esta información es la información que se empleó para calcular el daño causado siguiendo la metodología descrita es evidente que el argumento de Pisa es infundado y busca desconocer lo que consta en la resolución recurrida. De este modo, a fojas 578 a 579 y 583 a 584 de la resolución se puede apreciar la información de las licitaciones referentes a Pisa en el año dos mil seis en tratándose de las claves 1050 y 1051 de medicamentos.

| Empresa | Importe Ganado | Disminución en Posturas | Caída en Costos | Sobre-cobro |
|---|---|---|---|---|
| Pisa | 182.1 | 61.3% | 25.0% | **66.0** |

Nota: Cifras en millones de pesos

Es claro que el importe ganado sólo contempló aquellas licitaciones en las que Pisa participó y ganó dentro del total de aquéllas consideradas por la Comisión, por lo que en el caso en que sólo participara una vez, o dejara de hacerlo,, ambas circunstancias se vieron reflejadas en el análisis de los elementos del artículo 36 de la LFCE relevante al cálculo de las sanciones.

- **PARTICIPACIÓN DEL INFRACTOR EN EL MERCADO Y TAMAÑO DEL MERCADO.** En fojas 518 a 519 de la resolución se tomó en consideración el número de licitaciones ganadas y perdidas por Pisa del total de las que participó dentro de aquéllas que fueron consideradas por la Comisión, para luego considerar el monto de las ventas que Pisa obtuvo de las licitaciones al IMSS de los medicamentos con las claves 1050 y 1051. Al hacerlo, nuevamente el análisis se desarrolló con base en los datos de los Anexos 1 y 2 de la resolución, de modo que la caída de las ventas de Pisa en dos mil seis también se vio reflejada en la cuantificación de su participación individual dentro del mercado.

  Esto está incorporado en los cuadros a foja 519 que son reproducidos a la par del texto relevante:

  ***Licitaciones ganadas y pérdidas***

| EMPRESA | 1050 | | | 1051 | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | G | P | Total | G | P | Total |
| Pisa | 60 | 47 | 107 | 51 | 57 | 108 |

  *Las ventas realizadas por Laboratorios Pisa, S.A. de C.V.al IMSS, respecto de las claves 1050 y 1051 se exponen a continuación:*[325]

**Participación de dos mil tres a dos mil seis**

| Empresa | Total | % |
|---|---|---|
| Pisa | 182.1 | 20% |

Nota: Cifras en millones de pesos

- **DURACIÓN DE LA PRÁCTICA.** En relación a la duración de la misma, la Comisión indicó claramente en foja 519 de la resolución la metodología que se siguió respecto a las variaciones del comportamiento de las responsables en dos mil seis a raíz de la entrada de un nuevo competidor. Lo hizo en los siguientes términos:

[325] Folio 86617 del expediente.

"*En las dos claves de **insulina humana**, durante el periodo dos mil tres hasta al menos todo el año dos mil cinco, las posturas promedio tanto ganadoras como perdedoras de los cuatro principales ganadores son prácticamente idénticas. Además, durante este periodo las posturas de estos participantes prácticamente no cambian de un año a otro. Sin embargo, en el dos mil seis las posturas de estos participantes caen de manera dramática, ante la participación creciente de Dimesa con una postura agresiva a la baja en relación a la observada durante dos mil tres a dos mil cinco. En virtud de lo anterior, se considera que **el periodo de dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definir la duración de la práctica**. Ello, dado que, si bien es cierto que los precios decayeron dramáticamente en dos mil seis, aún se nota un mantenimiento mayor de los precios con respecto de las posturas de dos mil siete, de la siguiente manera: [nota al pie omitida].*

Postura promedio ganadora (pesos)

| | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|---|---|---|---|---|---|
| 1050 | 155.14 | 155.67 | 152.57 | 55.07 | 32.55 |
| 1051 | 155.36 | 156.12 | 152.83 | 54.60 | 31.16 |

Así, para desarrollar todos los análisis mencionados anteriormente se tomó como base la información que consta en el expediente y que fue resumida, en listado, en los Anexos 1 y 2, entonces es claro que el argumento de Pisa respecto a que la Comisión al determinar la multa se equivocó en sus consideraciones sobre la caída en las ventas que hizo al IMSS en dos mil seis, resulta **infundado**.

En cuanto al segundo argumento, que la Comisión contravino el artículo 23 y 109 de la Constitución porque impuso "dos sanciones" a una misma conducta, resulta improcedente el análisis de la violación a los artículos constitucionales, ya que la Comisión no es la autoridad competente para conocer y resolver las transgresiones a la Constitución, por estar reservadas en forma exclusiva al Poder Judicial de la Federación.

Por otro lado, Pisa dice estar consciente de su participación en el Grupo I y el Grupo II de medicamentos y, sin embargo, alega que sólo le correspondería la imposición de una sanción.

Sobre el particular, debe recordarse que en fojas 516 a 521 de la resolución, esta autoridad se ocupó de analizar los elementos del artículo 36 de la LFCE respecto a la insulina humana, claves 1050 y 1051. Por otra parte, a fojas 525 a 530 de la resolución, se trató lo referente a las multas que corresponden a Pisa, Fresenius y Baxter dada su responsabilidad de la comisión de la práctica monopólica absoluta en las convocatorias del IMSS del Grupo II de medicamentos.

Lo anterior permite constatar que Pisa es la única empresa que incurrió en la comisión de la práctica monopólica absoluta tanto en el Grupo I como el Grupo II y, por tanto, el monto de las multas reflejan dicha circunstancia, por tratarse de dos acuerdos colusorios que son distintos y que tienen que ver con productos también diferentes, aún cuando ambos se formaron con el objeto o efecto de coordinar

posturas en las licitaciones del IMSS. De modo que no se trata de una doble sanción, al tratarse de conductas diferentes, por lo que su argumento resulta **infundado**.

En cuanto a que la Comisión debía imponer sólo la multa máxima se apunta lo siguiente:

La tesis mencionada, de rubro "***MULTA DERIVADA DE INFRACCIONES, POR UNA SOLA CONDUCTA, A DIVERSAS DISPOSICIONES FISCALES. CONFORME AL ARTÍCULO 75, FRACCIÓN V, PRIMER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2003, DEBE IMPONERSE SÓLO LA MAYOR, AUN CUANDO LAS INFRACCIONES DIMANEN DE DISTINTOS ORDENAMIENTOS LEGALES***", no resulta aplicable al caso concreto, pues de su texto se desprende que la misma se refiere a la existencia de un solo acto u omisión respecto de la cual se violen diversas disposiciones, cuando en el presente caso, como se dijo líneas arriba, se trata de conductas o actos diferentes que violan una misma disposición, pero que la violan en dos ocasiones.

En efecto, tal y como se desprende de la resolución, Pisa actualizó la violación a la fracción IV del artículo 9° de la LFCE, mediante la materialización de dos acciones, la primera mediante el acuerdo colusorio concertado entre Pisa, Probiomed, Cryopharma y Eli Lilly con el objeto o efecto de coordinar sus posturas en las licitaciones del IMSS respecto a la venta de insulina humana y, la segunda, mediante el acuerdo colusorio concertado con Baxter y Fresenius, con el objeto o efecto de coordinar sus posturas en las licitaciones del IMSS respecto de sueros y soluciones electrolíticas.

De aquí se advierte que, a pesar de que existan determinadas coincidencias (el sujeto pasivo de su acción- el IMSS-, el medio utilizado para cometer la infracción- licitaciones- y la temporalidad –dos mil tres a dos mil seis), dichas prácticas no fueron producto de una sola conducta, sino de dos, pues se trataron de dos acuerdos concertados con agentes económicos distintos, respecto de productos diferentes.

Al no haber unidad de conducta, por tratarse de dos acciones diferentes, la determinación de la Comisión de sancionarlo por cada una de ellas es legal.

### 5.2 GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN

#### ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS

**a) Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis manifestaron:**

- **De acuerdo a la resolución, la Comisión realizó el análisis de lo establecido en el artículo 36 de la siguiente manera. Por cuanto a la Gravedad de la Infracción en la foja 507 y parte de la 508 de la Resolución, realiza un supuesto análisis; sin embargo, de su**

**revisión se podrá observar que la Comisión lejos de analizar la gravedad de la infracción, lo que hace es de entrada establecer que es de gravedad alta cuando la ley ni siquiera establece parámetros para medir el tamaño de la gravedad y continua estableciendo que lo es *"en virtud de que operaba en forma coordinada con sus competidores de tal forma que se alteraron las posturas ganadoras y perdedoras en las licitaciones convocadas por el IMSS con la finalidad de mantener elevados los precios a los que le suministraban a la entidad licitante en comento a las claves 1050 y 1051"* como se puede apreciar el que la Comisión describa la supuesta conducta cometida por Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis no acredita la gravedad de la infracción y mucho menos que esta sea alta.**

- **La Comisión continua estableciendo que *"la responsable afectó al erario público, dado que los procesos en los que participaron consisten en compras del sector público y en especial por tratarse de un producto que influye en el cumplimiento de los planes y programas de gobierno del sector salud"* es importante precisar que la Comisión jamás realizó un análisis pormenorizado sobre el supuesto daño al erario federal, ni a cuánto es que ascendió ese supuesto daño y, por lo que respecta a que influye en los planes y programas del sector salud, es incuestionable que siendo mi representada una empresa que se dedica principalmente a la producción de medicamentos, estos sean adquiridos por el sector salud, pero no por ello la Comisión puede alegar que debido a ello la supuesta conducta es grave.**
- **Ahora bien, por lo que hace a que la LFCE sea de orden público e interés social, es preciso establecer que ello no es parte de la conducta imputada ni imputable a Eli Lilly y mucho menos al C. Eduardo Osorio Traconis, para llegar a la conclusión que por ello la conducta es grave, es pues que no porque a la LFCE la clasifiquen de esa manera la conducta imputada resulta de gravedad alta.**
- **Por lo anterior y toda vez que la Comisión no da los pormenores del por qué la conducta es de gravedad alta como lo establece, sino que cita la supuesta conducta; establece un supuesto daño al erario público que no acredita y establece que la LFCE sea de orden público e interés social, lo cual no es parte constitutiva de la conducta imputada ni es inherente a Eli Lilly ni al C. Eduardo Osario Traconis, es que la Comisión no acredita los extremos a que se refiere el artículo 36 de la LFCE anteriormente transcrito.**
- **Es pues que en base a lo anterior, su argumento carece de legalidad, dando como resultado la carencia de una debida fundamentación y motivación, aunado a que el análisis que realiza la Comisión en nada acredita la gravedad de la infracción, como lo prescribe el artículo 36 de la LFCE.**

Los argumentos expresados por los recurrentes son **infundados** en atención a las siguientes consideraciones:

Se debe entender que un acto está debidamente motivado cuando se señalan cuáles son las circunstancias especiales, razones o causas inmediatas que una autoridad haya tenido en cuenta para

la emisión de dicho acto y que encuadran en la hipótesis normativa invocada como fundamento objetivo de la emisión del acto. Al respecto, cabe mencionar que en la imposición de la multa la Comisión hizo mención, a fojas 506 a 512 de la resolución recurrida, de las circunstancias especiales y las razones que se encontraban dentro de cada uno de los elementos contemplados en el artículo 36 de la LFCE, por las que se consideró que los montos de la multas debían ser los expresados en los puntos resolutivos de la resolución recurrida.

La resolución fue clara en señalar que la insulina humana, medicamento contemplado en el Grupo I, respecto del cual la práctica se cometió, es un producto relevante para el cumplimiento de planes y programas del sector salud, al ser indispensable para controlar una de las enfermedades que padece la sociedad mexicana: la diabetes *mellitus*, este último aspecto, no es atacado ni controvertido por los recurrentes.

Finalmente, el recurrente pierde de vista que el análisis de los elementos del artículo 36 se valoran en conjunto, por lo que la cuantificación del daño se calcula en el apartado relacionado con el daño causado, y en esta sección era suficiente acreditar que (sin importar en qué monto) las prácticas perpetradas por los responsables impactaron necesariamente el erario público, por provenir de éste los recursos con los que se cubrían los pagos de los contratos producto de la licitación.

Además, es oportuno recordar que el artículo primero de la LFCE señala que esta ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional. En este sentido, la finalidad de la Comisión al realizar las investigaciones y emitir sus resoluciones es salvaguardar la garantía de competencia y libre concurrencia consagrada en dicho precepto constitucional, el cual, por su relevancia conviene citar en su parte conducente:

> *"Artículo 28. (...)*
>
> *En consecuencia, la ley castigará severamente, y 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 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 concurrencia o la competencia entre sí y 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."*
> [Énfasis añadido]

De lo transcrito es importante resaltar que el propio mandamiento constitucional señala que **el castigo** por la comisión de prácticas monopólicas **debe ser severo** y que la autoridad debe perseguir con eficacia la comisión de las conductas señaladas.

En concordancia con lo anterior, se destaca que la LFCE, en su artículo 8°, prohíbe las prácticas que impidan la competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Por su parte, el artículo 9° de la LFCE identifica qué conductas son consideradas como prácticas monopólicas absolutas prohibidas por el artículo 8° del mismo ordenamiento legal, entre ellas, establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos subastas o almonedas públicas.

En la especie, la conducta cometida por el agente económico recurrente a través del C. Eduardo Osorio Traconis, es violatoria del artículo 9°, fracción IV, de la LFCE, lo que evidencia una clara transgresión al bien jurídico tutelado en el artículo 28 constitucional, pues dichas empresas intercambiaron información y se coordinaron para fijar y manipular el precio de de venta del producto objeto de las licitaciones mencionadas, afectando considerablemente el funcionamiento eficiente del mercado y obstruyendo la libre competencia. Si bien, el que el bien jurídico sea tutelado por el artículo 28 constitucional no es imputable a los recurrentes, sí lo es el haberlo violentado.

Lo anterior conduce a esta autoridad a considerar como grave la conducta cometida, con independencia de que al analizar los restantes parámetros, así como las circunstancias particulares del caso en concreto, dicha valoración pueda verse disminuida o por el contrario, incrementada.

La naturaleza de una práctica monopólica absoluta es considerada grave por sus repercusiones eminentemente malignas en los procesos de competencia, por lo que en consecuencia el legislador ordenó su sanción al ser dañina *per se*. Lo anterior en virtud de que todo acuerdo entre competidores tendientes a eliminar o disminuir el proceso de competencia y libre concurrencia, tiene efectos negativos sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Así, los arreglos de este tipo pretenden la monopolización del mercado entre los agentes económicos coludidos, lo que conduce a limitaciones artificiales en la oferta de los bienes o servicios y al establecimiento de precios monopólicos.

## BAXTER

**b) Baxter expuso:**

- **Gravedad de la infracción. La conducta fue considerada como grave porque, según la Comisión, Baxter operó de manera coordinada con sus competidores, afectó el erario público y violó la fracción IV del artículo 9° de la LFCE. Estos conceptos son genéricos y no se refieren a la infracción específica, sino a descripciones de la LFCE, lo que es contrario al artículo 36 LFCE.**

**Fresenius**

c) **Fresenius señaló:**
   - **La Comisión atribuyó la gravedad alta al hecho de que Fresenius "supuestamente" operó en forma coordinada con sus competidores, cuando la gravedad no tiene relación alguna con la coordinación de sus competidores.**

   - **La Comisión emitió una razón general y ambigua que impide a Fresenius entender su razonamiento lógico jurídico empleado para determinar o calificar como de alta gravedad la conducta de mi representada. Si un agente económico comete prácticas monopólicas absolutas se presume cierta coordinación con sus competidores, por lo tanto la gravedad de una conducta no es atribuible a si hay o no coordinación con sus competidores. La Comisión omite las razones que justifican la gravedad declarada por ésta respecto de la conducta de mi representada.**

Los argumentos expresados en los incisos **b)** y **c)** resultan **inoperantes**, ya que no señalan ni ofrecen elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que afirmen que es improcedente utilizar únicamente manifestaciones genéricas sin mencionar porqué a su criterio resultaba improcedente tal determinación, o en su caso, qué criterio debió haberse adoptado. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, es oportuno abundar que en la resolución que se combate se hacen constar los elementos y características del acuerdo colusorio sancionado, mismas que influyen en la determinación de la gravedad de la infracción porque con la realización de tal conducta, se causó una severa afectación de los recursos públicos destinados al cumplimiento de los planes y programas del Estado en el Sector Salud. Esto es así, debido a que los procesos en los que participó la empresa están relacionadas con las adquisiciones soluciones electrolíticas y sueros que revisten especial importancia para el IMSS, siendo que éstos son de gran utilidad, entre otras usos, para la administración de medicamentos cuyos efectos se desean rápidamente; la administración de elementos sanguíneos para mantener un estado nutricional satisfactorio de los pacientes y, en el caso de los sueros, mantener permeable una vena para el acceso directo y rápido al organismo al de soluciones electrolíticas que permitan corregir o prevenir trastornos hidroelectrolíticos y de volumen, es decir en múltiples tratamientos médicos cotidianos.

Como se desarrolló en la resolución, el acuerdo parte de los elementos determinados en las licitaciones del Grupo II de medicamentos, siendo que el análisis económico en éstas acredita que de los promedios anuales de las posturas y el análisis de las posturas por licitación no sugieren a esta

autoridad otra situación más que un acuerdo colusorio consistente en mantener las posturas ganadoras en un nivel acordado por las emplazadas, mismo que se encontraba por encima del que hubiera resultado de un proceso competido, tomando turnos en los roles de ganador y perdedor para distribuirse entre ellos los importes licitados. Esto sucedió al momento en que los incrementos de sus posturas no obedecen a una estrategia de tenga el propósito de aumentar la probabilidad de ganar la licitación, ya que, a pesar de que conocían el monto de las propuestas ganadoras anteriores, incrementan el monto de sus ofertas. Aún así, después de cierto número de licitaciones, las empresas licitantes que ofrecieron precios más altos regresan a los mismos niveles de precios bajos que ya habían resultado ganadores, por lo que aquéllos que habían resultado ganadores las incrementan al mismo nivel que los perdedores anteriores.

También debe decirse, que los postores conocen el nivel de precios que aumentaría la probabilidad de ganar la licitación, notándose que el número de participantes que ofrece posturas bajas nunca excede el número máximo de ganadores definido para la asignación múltiple de acuerdo a las bases de cada licitación. Entonces, las posturas se mantienen constantes durante todo el período y las mínimas disminuciones que se presentaron solamente sugieren un intento de redistribuir la participación de las empresas coludidas en partes iguales, por lo que, al no existir una amenaza de entrada por parte de competidor alguno, los laboratorios ganadores ajustan su participación de las licitaciones alternándose así los contratos, perpetuándose de ésta manera la práctica colusiva

Asimismo, existen otros factores que favorecen la existencia, perfeccionamiento y permanencia en el tiempo del acuerdo anticompetitivo, tal y como son los actos realizados por los empleados o ex-empleados de las empresas emplazadas, quienes también fueron emplazados al procedimiento seguido en forma de juicio, y que estuvieron en constante comunicación a través de llamadas telefónicas y/o encuentros en la Comisión de Abasto de la CANIFARMA, independientemente de que los mismos estuviesen ocupando o no cargos dentro de dicha Comisión de Abasto. Mismas personas que dados los cargos de confianza o el grado de responsabilidad que se les atribuyó dentro de sus respectivas empresas, dichos representantes estaban directamente involucrados en los procesos de licitaciones con el Gobierno y tenían facultades en la mayoría de los casos para influir sobre la determinación sobre los precios dentro de las posturas de cada empresa y tomar decisiones respecto de las políticas comerciales dentro de cada una de sus empresas para las licitaciones celebradas por el IMSS.

Lo antes expuesto, es sólo un apunte que permite señalar que los argumentos expresados por los recurrentes no contienen en sí mismos, razonamientos que permitan a esta autoridad expresar alguna otra circunstancia en tal referencia, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO."* la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"*; *"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."*; *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"* y *"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"*, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

### 5.3 DAÑO CAUSADO

#### ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS

**a) Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis manifestaron:**

- **Ahora bien en el segundo párrafo de la foja 508 de la resolución, la Comisión continúa con su análisis del artículo 36 de la LFCE, estableciendo el daño causado.**
- **La Comisión mediante una tabla y una supuesta explicación pretende acreditar los**

**supuestos daños causados. La tabla es la siguiente:**

**Grupo I**

| Empresa | Importe Ganado | Disminución en Posturas | Caída en Costos | Sobre-cobro |
|---|---|---|---|---|
| Eli Lilly | 263.5 | 61.3% | 25.0% | **95.6** |

Nota: Cifras en millones de pesos

- **El anterior análisis carece totalmente de la debida motivación, ya que usa supuestas cantidades y porcentajes sin precisar a cuales se refiere; tal es el caso cuando establece que *"las ganancias extraordinarias se estimaron como (sic) el importe adicional que obtuvo Eli Lilly"*; sin embargo, no hace referencia a cuál es ese importe adicional al que se refiere; también hace referencia a unos supuestos factores de mayor competencia; sin embargo, tampoco establece a qué factores se refiere; hace igualmente referencia a un supuesto porcentaje de cambio en las posturas; sin embargo, no establece a qué porcentaje se refiere ni de cuánto es éste; también refiere un porcentaje de disminución de costos y de un importe ganado; sin embargo, ni establece cuál es ese porcentaje de disminución de costos ni el supuesto importe ganado.**
- **Aunado a lo anterior, si la propia Comisión establece al realizar su análisis respecto a la duración de la práctica que ésta lo fue de *"dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definir la duración de la práctica"* cómo es que toman como referencia las supuestas posturas ganadoras y perdedoras hasta el dos mil seis, lo cual carece de congruencia y de la debida fundamentación y motivación.**
- **Lo anterior, sin perjuicio de que la Comisión no explica lo que es un daño, cosa que entendemos, toda vez que no se verificó ninguno; sin embargo, bien valdría conocer, en honor a la legalidad, cuál fue el daño, cuándo ocurrió, cómo, a quiénes, en cuánto se cuantifica, entre otras cuestiones, caso contrario, nuevamente se deja a mi representada en un flagrante estado de indefensión.**
- **Como se puede apreciar, la Comisión deja totalmente en estado de indefensión a mi representada, al no precisar ni cantidades, ni porcentajes, ni el análisis completo en el que se basó para arribar a un supuesto sobre cobro del 95.6, por lo que se concluye que el argumento de la Comisión carece de legalidad, dando como resultado la ausencia [sic] de debida fundamentación y motivación, aunado a que el análisis que realiza la Comisión en nada acredita el daño causado, como lo prescribe el artículo 36 de la LFCE.**

Los argumentos expresados por los recurrentes son **infundados**, ya que los parámetros utilizados para calcular el daño causado fueron debidamente explicados en la resolución, tal y como se desprende en foja 509:

> *"Las ganancias extraordinarias se estimaron como el importe adicional que obtuvo Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V. por ofrecer un precio mayor bajo un comportamiento coordinado al que ofrecieron una vez que se presentaron factores de mayor competencia. El cálculo se realizó como el porcentaje de cambio en las posturas ofrecidas menos el porcentaje de disminución de costos por el importe ganado. El porcentaje de disminución de posturas se estimó con base en el cambio de dos mil cinco a dos mil seis de sus posturas; en tanto que la disminución de costos se basó en información aportada por los emplazados, tomándose la mayor disminución del costo."*

Del anterior texto se advierte, que la resolución es clara en señalar cuál fue el daño, cuándo ocurrió, cómo, a quiénes y en cuánto se cuantifica, al explicar que el daño se conformó por las ganancias indebidas que la empresa acumuló dentro del periodo investigado (dos mil tres a dos mil cinco), ya que para dos mil seis los precios para las licitaciones de esos mismos bienes homogéneos sufrieron una dramática caída, lo cual confirmó el acuerdo colusorio. En consecuencia, tales cantidades obtenidas por el agente económico sancionado resultan ser el daño causado al erario público, debido a que el IMSS pagó esos bienes a un precio incorrectamente superior, evitando con ello la correcta eficiencia en el gasto de los recursos públicos, al tener que pagar precios elevados por los medicamentos, que, de acuerdo a lo determinado dentro de la resolución existió un sobreprecio del 95.6 millones de pesos, siendo evidente el indebido beneficio obtenido por el agente económico, derivado del acuerdo entre competidores.

Por otro lado, es falso que no se dieran elementos para que advirtiera los montos y conceptos que se utilizaron para su cálculo, pues en esa misma sección, a pie de página número 298 se dijo lo siguiente:

> *"El impacto de la práctica se calculó como el producto del importe ganado por cada participante entre dos mil tres y dos mil seis, y la disminución de posturas (producto de la entrada de nuevos participantes), ajustada por la caída en costos. Así por ejemplo, la postura ganadora de las emplazadas para la clave 1050 pasó de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) en la licitación 00641273-007-05, cuyo fallo se efectuó el ocho de diciembre de dos mil cinco, a $60.00 (sesenta pesos 00/100 M.N.) en la licitación 00641187-026-06, cuyo fallo se efectuó el veinticuatro de abril de dos mil seis."*[326]

De esta manera, la referencia de cada uno de los conceptos así como los datos numéricos que les corresponden están notoriamente referenciados, por lo que pretender argumentar el desconocimiento sobre su referencia como de su determinación resulta incorrecto, ya que, como se expone en los párrafos precedentes, están claramente explicados tanto cada concepto como la cifra que les corresponde. Además, el pie de página citado complementa su explicación y lógica de su cálculo, los cuales se encuentran determinados de acuerdo a las licitaciones[327] que por las claves 1050 y 1051 se tomaron en cuenta para establecer la duración de la práctica.



[326] Folio 92304 del expediente IO-03-2006. Foja 571 de la resolución recurrida.
[327] Anexos 1 (folio 93301 – 92305 del expediente) y 2 (folio 92306 – 92310 del expediente) de la resolución recurrida.

**b) Baxter expresó:**

- **Daño causado. La resolución recurrida no justificó la relación directa entre el monto de $538,000,000.00 (quinientos treinta y ocho millones de pesos 00/100 M.N.) y la práctica imputada a Baxter.**

El argumento expresado por el recurrente en el inciso **b)** es **infundado.** Primero, debe apuntarse que el monto de quinientos treinta y ocho punto cinco (538.5) millones de pesos considerado en el análisis del daño causado está íntimamente relacionado con el importe ganado por Baxter, es decir, las ganancias que obtuvo de las licitaciones en donde se detectó un patrón de las claves del Grupo II en las que resultó ganador dentro del periodo comprendido entre los años dos mil tres a dos mil seis. Esta cifra de quinientos treinta y ocho punto cinco millones de pesos fue relevante al análisis del daño causado pues de ésta se pudo derivar el sobrecargo al Erario Público que fue por el monto de los sesenta y seis punto cuatro (66.4) millones de pesos derivado de la conducta propia de Baxter. Al respecto en foja 537 la Comisión señaló que: *"[e]l impacto de la práctica se calculó como el producto del importe ganado por cada participante entre dos mil tres y dos mil seis, y el promedio de la disminución de las posturas de todas las claves investigadas del Grupo II".*

Habiéndose dicho lo anterior, en fojas 536 a 537 de la resolución la Comisión explicó que al inhibirse la competencia debido al acuerdo colusivo las posturas presentadas al IMSS resultaron en precios mayores a los que corresponderían de no existir la colusión. Al incrementarse los precios de los medicamentos las empresas responsables, incluida Baxter, obtuvieron ganancias económicas mayores en detrimento del IMSS.

Luego, la Comisión procedió al análisis específico de los procesos de licitación de dos mil tres a dos mil seis respecto de todas las claves investigadas del Grupo II en relación a Baxter. El impacto de la práctica se calculó como el producto del importe ganado por cada participante entre dos mil tres y dos mil seis, y el promedio de la disminución de las posturas de todas las claves del Grupo II.

Entonces, con base en la información que consta en el expediente IO-003-2006 y que fue resumida y listada en el Anexo 3 sobre las posturas de Baxter en las licitaciones, la Comisión al aplicar la metodología referida pudo obtener las siguientes cifras:

**Grupo II**

| Empresa | Importe Ganado | Disminución en Posturas | Sobre-cobro |
|---|---|---|---|
| Baxter | 538.5 | 12.3% | **66.4** |

Nota: Cifras en millones de pesos

**c) Fresenius mencionó:**

- **La Comisión omite el método conforme al que obtuvo las cifras en mención. Las cifras por sí mismas no arrojaron explicación alguna que le permita a mi representada verificarlas, corroborarlas o bien impugnarlas. Por el contrario, la Comisión se limitó a señalar sus conclusiones, sin explicar o hacer alusión al método utilizado. La declaración arbitraria - de 538.5 millones de pesos por el concepto de importe ganado, así como 66.40 millones de pesos por concepto de sobrecobro y un 12.3% (doce punto tres por ciento) por concepto de disminución de posturas atentan en contra de la seguridad jurídica de mi representada, dejándola en un total estado de indefensión puesto que mi representada se encuentra imposibilitada para calcularlas, corroborarlas o cerciorarse de que son ciertas.**
- **Según el Pleno de la Comisión el daño causado es el equivalente a las utilidades que supuestamente obtuvo mi representada en el periodo en el que se dieron las prácticas monopólicas. Eso es absurdo. La utilidad de mi mandante no puede ser considerada como el valor de daño del IMSS. Esto es en virtud de que dicho cálculo aparentemente se deriva de la diferencia aritmética entre los costos de mi mandante y el precio al que vendió el suero al IMSS. Sin embargo, dicho parámetro no es real, en virtud de que si el argumento del Pleno consiste en que los precios a los que vendió mi representada eran altos por encima del precio competitivo.**
- **Suponiendo que esto fuera cierto, entonces el daño ocasionado al IMSS sería la diferencia entre el precio competitivo al que hubiera comprobado dicho institución en ausencia de colusión y el precio de colusión, pero de ninguna manera toda la utilidad de mi mandante, o sea el precio al que vendió menos sus costos.**

Los argumentos expresados por los recurrentes son **infundados**, ya que los parámetros utilizados para calcular el daño causado fueron debidamente explicados en la resolución, tal y como se desprende en foja 532:

> *"Las ganancias extraordinarias se estimaron como el importe adicional que obtuvieron las emplazadas por ofrecer un precio mayor bajo un comportamiento coordinado al que ofrecieron una vez que se presentaron factores de mayor competencia. El cálculo se realizó como el porcentaje de cambio en las posturas ofrecidas por el importe ganado. El porcentaje de disminución de posturas se estimó con base en el cambio de dos mil cinco a dos mil seis de sus posturas."*

**Grupo II**

| Empresa | Importe Ganado | Disminución en Posturas | Sobre-cobro |
|---|---|---|---|
| Fresenius | 518.6 | 12.3% | **64.0** |

Nota: Cifras en millones de pesos

Del anterior texto se advierte que la resolución es clara en señalar cuál fue el daño, cuándo ocurrió, cómo, a quiénes y en cuánto se cuantifica, al explicar que el daño se conformó por las ganancias indebidas que la empresa acumuló dentro del periodo investigado (dos mil tres a dos mil cinco), ya que para dos mil seis los precios para las licitaciones de esos mismos bienes homogéneos sufrieron una dramática caída, lo cual confirmó el acuerdo colusorio. Por lo anterior, tales cantidades obtenidas por el agente económico sancionado resultan ser el daño causado al erario público, debido a que el IMSS pagó esos bienes a un precio incorrectamente superior, evitando con ello la correcta eficiencia en el gasto de los recursos públicos, al tener que pagar precios elevados por los medicamentos, que de acuerdo a lo determinado dentro de la resolución existió un sobreprecio del 64.0 millones de pesos, siendo evidente el indebido beneficio obtenido por el agente económico, derivado del acuerdo entre competidores.

Por otro lado, es falso que no se dieran elementos para que advirtiera los montos y conceptos que se utilizaron para su cálculo, pues en esa misma sección, a pie de página número 329 se dijo lo siguiente:

> *"El impacto de la práctica se calculó como el producto del importe ganado por cada participante entre dos mil tres y dos mil seis, y el promedio de la disminución de las posturas de todas las claves investigadas del Grupo II."*[328]

De esta manera, la referencia de cada uno de los conceptos así como los datos numéricos que les corresponden están notoriamente referenciados, por lo que pretender argumentar el desconocimiento sobre su referencia como de su determinación resulta incorrecto, ya que como se expone en los párrafos precedentes, están claramente explicados tanto cada concepto como la cifra que les corresponde. Además, el pie de página citado complementa su explicación y lógica de su cálculo, los cuales se encuentran determinados de acuerdo a las licitaciones[329] que por las claves 3675 de agua inyectable, 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627 de cloruro de sodio, 3611 a 3613 de cloruro de sodio y glucosa, 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625 de glucosa, y 3614 a 3616 de solución Hartmann, celebradas por el IMSS y que se tomaron en cuenta para establecer la duración de la práctica.

En efecto, los términos en que el recurrente expresa sus argumentos en el último párrafo, es la manera adecuada de entender lo expuesto por la Comisión en las páginas 531 y 532 de la resolución que se controvierte, por lo que, es así que el daño causado es equivalente a la diferencia entre el precio competitivo habitual y el precio de colusión, situación que expone en esos mismos términos el recurrente. De esta manera, se corrobora la adecuada explicación de tal concepto de parte de la autoridad por lo que no hay motivo para controvertirlo si fue correctamente entendido por quien lo expone de la misma manera como agravio.

---

[328] Folio 92258 del expediente IO-003-2006. Foja 532 de la resolución recurrida.

[329] Información que se encuentra plasmada a fojas 40 a 52 y con folios 91767 a 91779 de la resolución de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez. Asimismo constan cada una de las licitaciones tomadas en cuenta en el Anexo 3 de la misma resolución que se señala a fojas 585 a 649 y con folios 92311 a 92375.

## 5.4 INDICIOS DE INTENCIONALIDAD

### ELI LILLY, EDUARDO OSORIO TRACONIS, BAXTER Y FRESENIUS

**a) Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis mencionaron:**

- **Continuando con su análisis del artículo 36, que la Comisión establece como Indicios de Intencionalidad, que la sola coordinación de posturas implica que no pudo haber tenido lugar si no existiese intencionalidad; sin embargo, si vemos como quedó demostrado a lo largo de las contestaciones al oficio de probable responsabilidad, como en los demás agravios expresados en este escrito, si la Comisión no acreditó la comisión de la práctica, mucho menos puede acreditar la intencionalidad.**
- **Aunado a lo anterior, de la revisión que se realice de todo el expediente la Comisión nunca realiza un análisis del objeto o efecto de la conducta, por ende, estos nunca fueron acreditados y, por consiguiente, tampoco puede ser acreditada la supuesta intencionalidad.**

**b) Baxter apuntó:**

- **No puede existir intencionalidad respecto de una conducta que no se realizó, como la presunta alternancia de posturas ganadoras y perdedoras imputadas que se imputan a Baxter.**

**c) Fresenius reclamó:**

- **La Comisión señaló un apartado que denominó "Indicios de Intencionalidad', página 532 de su Resolución. El apartado en mención no cumplió con probar la intencionalidad de mi representada. La Comisión se limitó a mencionar de manera general lo siguiente:**

> *"El patrón de posturas demostró que la alternancia en la posiciones ganadoras y perdedoras no podía darse como una simple coincidencia, sino que requirió de un acuerdo colusorio para repartirse los importes de las licitaciones y obtener ganancias mayores a aquellas que habrían obtenido si hubieran participado en forma individual"*

**La Comisión emitió una mera opinión general, no calificó o midió el grado de intencionalidad. La Comisión omitió un análisis de la conducta específica y las condiciones fácticas particulares e individualizadas de mi representada que pudieren justificar una evidente intencionalidad para realizar prácticas monopólicas absolutas.**

Los argumentos expresados por los recurrentes en los incisos **a), b),** y **c)** resultan **inoperantes,** al ser meras manifestaciones gratuitas que simplemente declaran la ilegalidad de la sanción impuesta a los recurrentes, pero sin atacar concreta y específicamente los fundamentos y motivos expresados en la resolución final al procedimiento, por lo que, al no verter argumentos objetivos, la Comisión no puede pronunciarse sobre los mismos.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que se analizaron de manera subjetiva los elementos del artículo 36 de la LFCE, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, se debe reiterar que a lo largo del procedimiento el agente económico sancionado tuvo la oportunidad de desvirtuar la existencia de una conducta violatoria de la LFCE imputada en el oficio de probable responsabilidad, hecho que no aconteció, lo cual confirma la existencia de un acuerdo colusorio entre los participantes de las licitaciones públicas del IMSS, por lo que la intencionalidad radica en la existencia misma del acuerdo que tiene como consecuencia la resolución sancionatoria en el expediente en que se actúa y que refiere textualmente:

> *"Se acreditó que los agentes económicos eran competidores entre sí, los cuales fueron divididos en dos grupos de medicamentos de acuerdo con las claves correspondientes a insulina humana grupo I insulina humana (claves 1050 y 1051), concurrieron Cryopharma, Eli Lilly, Pisa y Probiomed. En el segundo grupo de medicamentos que abarcaba las soluciones electrolíticas y sueros, entre los cuales se encontraban el agua inyectable (clave 3675), el cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627),*

*el cloruro de sodio y la glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), la glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625) y la solución Hartmann (claves 3614, 3615 y 3616), concurrieron Baxter, Fresenius y Pisa."* [330]

También se debe mencionar, que tanto la práctica como su objeto y el efecto también quedaron acreditados, ya que:

- Que dichas empresas tenían al menos una de sus razones para constituirse igual que el de sus competidoras.[331]
- La participación activa de los agentes económicos sancionados en los mercados investigados en concreto para las licitaciones de las claves arriba señaladas en el IMSS.[332]
- La acreditación de efectivos canales de comunicación entre los directivos de los agentes económicos sancionados, que intercambiaron información en fechas previas a que tuviera lugar la presentación de posturas de las claves mencionadas.[333]
- El precio del medicamento en el patrón de posturas constante de dos mil tres a dos mil seis y que luego cae dramáticamente con la entrada de un nuevo competidor que obliga a todos participantes del acuerdo colusorio a cambiar el precio presentado en su patrón de posturas de las mismas claves que se sostuvo muy por encima en la duración de práctica. Aunado a que las posturas ganadoras y perdedoras de los recurrentes son prácticamente idénticas.[334]

De acuerdo con lo expuesto, la práctica monopólica absoluta fue debidamente acreditada dentro del expediente IO-003-2006, razonamientos que obran en la resolución que se combate, en el que se expone:

*"En este sentido, esta autoridad se allegó de elementos que prueban que entre dos mil tres y dos mil seis las posturas presentadas en las licitaciones del IMSS para las claves señaladas para los Grupos I y II eran las prácticamente las mismas tanto para ganar como para perder, y que se alternaban de licitación en licitación y que dicha conducta era producto de una coordinación entre los agentes económicos competidores dado que existieron factores que facilitaban la comunicación y que, de hecho, hubo comunicación constante entre los directivos comerciales de cada una de las emplazadas. Estos directivos destacan por tener o haber tenido funciones relacionadas con la determinación de los precios con los que sus empresas participaron en las licitaciones de medicamentos convocadas por el IMSS durante el periodo investigado. Asimismo, la comunicación entre éstos se llevó a cabo a través de encuentros frecuentes en la Comisión de Abasto de la CANIFARMA y un cúmulo importante de llamadas telefónicas en días anteriores a que se realizaran los actos de apertura de propuestas en las licitaciones convocadas, principalmente.*

*Sobre la base de lo expuesto queda evidenciado que, en cuanto a estos aspectos, la suma de la evidencia económica y de las pruebas referidas, permiten concluir a esta autoridad que en las licitaciones del*

[330] Folio 92102 del expediente IO-003-2006. Foja 375 de la resolución recurrida.
[331] Folio 92103 del expediente IO-003-2006. Foja 376 de la resolución recurrida.
[332] Folio 92105 al 92106 del expediente IO-003-2006. Foja 378 y 379 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.
[333] Folio 92118 a 92141 del expediente IO-003-2006. Foja 391 a 414 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.
[334] Folio 92141 al 92450 del expediente IO-003-2006. Foja 414 a 422 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.

*IMSS analizadas en el presente oficio existieron conductas de dichas empresas que actualizan el supuesto establecido en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE."*

La intencionalidad deriva de manera intrínseca a la determinación de la practica colusoria, hecho que quedó acreditado en el expediente, y que, por lo tanto, la consecuencia misma fue la emisión de una resolución sancionatoria.

### 5.5 PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO Y TAMAÑO DEL MERCADO AFECTADO

#### ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS

**a) Eli Lilly y Eduardo Osorio Traconis expresaron:**

- **Respecto a la participación en el mercado y tamaño del mercado afectado lo único que hace la Comisión es insertar tablas en las que agrega cifras y porcentajes que no establece de dónde fue que las tomó, habla igualmente de las ventas que realizó mi representada por más de 263 millones de pesos, sin establecer cuál fue el cálculo y el análisis que realizó para llegar a esa conclusión, lo cual deja en total estado de indefensión a mi representada.**
- **Aunado a lo anterior, si la propia Comisión establece al realizar su análisis respecto a la duración de la práctica que esta lo fue de *"dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definir la duración de la práctica."* Como es que toma como referencia para las supuestas ventas de mi representada hasta el dos mil seis, lo cual carece de congruencia, de la debida fundamentación y motivación.**
- **El artículo 36 de la LFCE se refiere a la participación del infractor en el mercado investigado y, al efecto, el mercado investigado son las licitaciones públicas convocadas por el IMSS y no la Comisión de Abasto del Sector Público de la CANIFARMA. Eduardo Osorio Traconis dejó de prestar sus servicios para Eli Lilly en diciembre de dos mil cuatro y de hecho fue en esa misma fecha que se jubiló.**
- **Es falso lo que establece la Comisión en el sentido de que como empleado de Eli Lilly tuviera injerencia en la determinación de las posturas de las licitaciones, de hecho se acreditó perfectamente que jamás tuvo facultades para determinar precio alguno en las licitaciones en las que participó Eli Lilly.**

Los argumentos expresados por los recurrentes son **infundados**, debido a que en la imposición de la multa la Comisión hizo mención, mediante las fojas quinientos seis a quinientos doce, quinientos cuarenta y ocho a quinientos cincuenta y dos de la resolución final, de las circunstancias especiales y las razones que se encontraban dentro de cada uno de los elementos contemplados en el artículo 36 de la LFCE, por las que se consideró que los montos de la multas debían ser los expresados en la resolución recurrida.

Son falsos los argumentos expresados por Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis, en el sentido de que no se expresa de manera clara y no se acredita tanto la participación en el mercado y tamaño del mercado afectado como a continuación se expone:

La participación en el mercado y el tamaño de la afectación en el mercado de Eli Lilly correspondió a 263.5 millones de pesos que significa el 29% del total de la participación en el mismo que fue de 921.4 millones de pesos, en relación a las licitaciones de las claves 1050 y 1051 del grupo I de insulina humana del dos mil tres a dos mil seis.
Dicha tabla simplemente retomó lo señalado a fojas 419 y 420 de la resolución que señaló:

> *El análisis económico respecto del Grupo I, demostró:*
>
> *Que, a partir del análisis del comportamiento de las posturas, las empresas con mayor participación en las licitaciones celebradas por el IMSS para las claves 1050 y 1051, medicamentos pertenecientes al Grupo I, fueron por orden descendente: Cryopharma, Pisa, Eli Lilly y Probiomed.*[335]
>
> *A partir del análisis de las posturas ganadoras y perdedoras de los participantes en cada una de las licitaciones celebradas por el IMSS durante el período investigado y para las claves 1050 y 1051, medicamentos pertenecientes al Grupo I, en cada año de dicho período investigado las posturas son prácticamente las mismas entre los cuatro participantes ganadores, esto es:*[336]
>
> *Eli Lilly: 263.5 millones de pesos, que representa el 29% (veintinueve por ciento) de la participación total de las empresas.*
>
> *Cryopharma: 256.1 millones de pesos, que representa el 28% (veintiocho por ciento) de la participación total de las empresas.*
>
> *Pisa: 182.1 millones de pesos, que representa el 20% (veinte por ciento) de la participación total de las empresas.*
>
> *Probiomed: 164.4 millones de pesos, que representa el 18% (dieciocho por ciento) de la participación total de las empresas.*
>
> *Asimismo, llama la atención a esta autoridad que, del análisis de dicha participación, la empresa subsecuente a Pisa es Savi, quien cuenta con un 3% (tres por ciento) de la participación total de las empresas.*
>
> *Durante dicho período, se observa que las posturas de estos participantes prácticamente no cambian de un año a otro.*[337] *Sin embargo, a partir de dos mil seis las posturas de estos participantes caen de manera drástica ante la entrada de un nuevo competidor: Dimesa, quien puja agresivamente a la baja en relación a las posturas observadas durante los años dos mil tres a dos mil cinco.*

[335] Tablas 1, 2 y 3 del oficio de probable responsabilidad a foja 49.
[336] Tabla 7 del oficio de probable responsabilidad a foja 52.
[337] Tablas 4, 5 y 6 del oficio de probable responsabilidad a fojas 50 y 51.

Por su parte, el tamaño del mercado se obtuvo del cuadro plasmado en foja 39 de la resolución y en el que se observa que lo constituye la sumatoria de las posturas ganadoras en el periodo investigado, tal y como puede apreciarse a continuación:

**Tabla 7. Participación de dos mil tres a dos mil seis**

| Empresa | Total | % |
|---|---|---|
| Eli Lilly | 263.5 | 29% |
| Cryopharma | 256.1 | 28% |
| Pisa | 182.1 | 20% |
| Probiomed | 164.4 | 18% |
| Savi | 30.9 | 3% |
| Dimesa | 12.1 | 1% |
| Equimed | 6.2 | 1% |
| Otros | 8.0 | 0% |
| **Total** | **921.4** | **100%** |

Nota: Cifras en millones de pesos

Es imposible separar la participación en el mercado de Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis, de acuerdo con el vínculo natural que existe entre ambos, por lo que no se puede inferir en ningún momento que el C. Eduardo Osorio Traconis tuvo por sí mismo una participación en el mercado y que por ello lo afectó de manera singular. Es correcto afirmar que la participación del mercado y la afectación en el mismo de Eli Lilly se deben al accionar de individuos que como el C. Eduardo Osorio Traconis, dado que sus acciones se traducen en tales beneficios indebidos para la empresa que representa y que de haber sido de otra manera se le hubiere sancionado de acuerdo con lo dispuesto por la fracción IV del artículo 35 de la LFCE.

En el punto referente a la participación del infractor en el mercado y tamaño del mercado dentro de la resolución recurrida,[338] se explicó que la participación de Eduardo Osorio Traconis fue directa en la comisión de la práctica por la que se le sancionó, debido a que en el mercado investigado quien participa es la empresa que representa; es decir, si bien el mercado son las licitaciones, su participación directa en la comisión de la práctica se dio a través de los medios de comunicación utilizados para coordinar las posturas que impactan precisamente en las licitaciones estudiadas.

El patrón de posturas demostró que la alternancia en las posiciones ganadoras y perdedoras no podía darse como una simple coincidencia, sino que requirió de un acuerdo colusorio, en el que participó directamente el emplazado por cuenta y orden de Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V., para que esta última pudiese formar parte en la repartición de los importes de las licitaciones y obtener ganancias mayores a aquellas que habrían obtenido si hubieran participado en forma individual.

[338] Fojas 550 y 551 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez del expediente IO-03-2006. Folios 92276 y 92277.

La participación del infractor ha sido claramente demostrada en el expediente IO-003-2006, dado que su actuación consistió en utilizar su posición como vocal de la Comisión de Abasto al Sector Público de CANIFARMA en dos mil cuatro[339] y aun cuando señalaba que ya no laboraba para dicha empresa, nuevamente aparece en nombre y representación de la misma en dos mil cinco en las reuniones de la Comisión de Abasto en representación de Eli Lilly, situación que resta sentido a sus manifestaciones.[340] Por otro lado, es necesario resaltar nuevamente la existencia de evidencia no desvirtuada en relación a conversaciones telefónicas, que a nombre de su empleador tuvo con la competencia en momentos en que se celebraron licitaciones públicas.

No es menos significativo que el C. Eduardo Osorio Traconis no aportó prueba alguna que haga efectivo el argumento de su desvinculación de la empresa, lo cual también queda de manifiesto con su asistencia a las reuniones de CANIFARMA en dos mil cinco, cuando supuestamente ya no estaba trabajando para ella, situación que en primer término no acredita con ningún documento o medio probatorio alguno y tampoco es congruente con su dicho.

De esta manera, se añade la posición que guardaba al interior de su empresa, que evidencia de manera sustancial que permitió que los competidores a través de un acuerdo colusorio pudieran obtener ventajas sobre otros recurrentes participantes del mercado en las licitaciones públicas, reportándoles significativas ganancias que sin dicho acuerdo no se hubieran podido garantizar. Es así, que la participación de personas físicas como Eduardo Osorio Traconis, facilitan el desarrollo de dicho acuerdo y su continuidad al ser operadores del mismo.

Derivado de lo anterior, es claro que los argumentos expresados por Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis son falsos, ya que, como se ha asentado en los párrafos precedentes, dentro de la resolución quedó debidamente delimitado la participación en el mercado y por lo tanto también el tamaño del mercado afectado; así que resulta clara la actuación del agente económico y de la persona física en relación a la comisión de una conducta contraria a la LFCE.

Por lo tanto, el patrón de conducta de los recurrentes se explica como resultado de un acuerdo entre quienes mayormente ganaban las licitaciones, con el propósito de evitar la competencia y mantener las posturas ganadoras a un nivel elevado en condiciones anormales en perjuicio del Estado.[341]

**BAXTER**

**b) Baxter señaló:**

- **Participación del infractor y tamaño del mercado. La Comisión no determinó de**

[339] Folio 86714 y 92656 del expediente IO-003-2006
[340] Folio 86716 y 92656 del expediente IO-003-2006
[341] Folio 86617 del expediente IO-003-2006

**manera exacta el número de licitaciones relacionadas con la práctica imputada a Baxter. Además, al considerar la totalidad de las ganancias obtenidas en las licitaciones de dos mil tres a dos mil seis no señaló que hubo disminuciones en dos mil seis. Al respecto, la Comisión señaló** ***"En el caso de soluciones electrolíticas y sueros, también se percibe un mantenimiento de las posturas por el periodo de dos mil tres hasta al menos todo el año dos mil cinco, con disminuciones que inician desde el dos mil seis".***

El argumento expresado por Baxter es **infundado**, ya que en el apartado **"PARTICIPACIÓN DEL INFRACTOR EN EL MERCADO Y TAMAÑO DEL MERCADO AFECTADO"** de la resolución impugnada, en fojas 537 a 538, la Comisión tomó en consideración el número de licitaciones que constan en el Anexo 3 y en las que Baxter resultó ganador en las claves que corresponden al Grupo II de medicamentos y después procedió a considerar las ventas que le hizo al IMSS. Conforme a este orden de análisis, es evidente que el cálculo de la Comisión no fue especulativo, ya que se basó en la información que consta en el expediente IO-003-2006. Por esta razón, resulta imposible entender cómo podría causarle perjuicio a Baxter que la Comisión haya realizado un análisis con base en la información relevante.

A mayor abundamiento, la información considerada fue resumida en el Anexo 3 de la resolución impugnada, la cual tras ser analizada llevó a los resultados que fueron resumidos en cuadros en la resolución referida[342] y en donde "G" significa posturas ganadas y "P" las perdidas, del total de las que participó Baxter. Dichos cuadros se reproducen a continuación:

Licitaciones ganadas y pérdidas (1/3)

| Licitante | 3601 | | | 3603 | | | 3604 | | | 3605 | | | 3608 | | | 3609 | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total |
| Baxter | 72 | 53 | 125 | 49 | 71 | 120 | 42 | 67 | 109 | 52 | 57 | 109 | 71 | 58 | 129 | 52 | 65 | 117 |

**Licitaciones ganadas y pérdidas (2/3)**

| Licitante | 3610 | | | 3611 | | | 3612 | | | 3613 | | | 3614 | | | 3615 | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total |
| Baxter | 67 | 56 | 123 | 20 | 23 | 43 | 42 | 77 | 119 | 67 | 60 | 127 | 46 | 63 | 109 | 59 | 61 | 120 |

**Licitaciones ganadas y pérdidas (3/3)**

| Licitante | 3616 | | | 3624 | | | 3625 | | | 3626 | | | 3627 | | | 3675 | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total | G | P | Total |
| Baxter | 67 | 63 | 130 | 64 | 43 | 107 | 26 | 16 | 42 | 69 | 57 | 126 | 34 | 22 | 56 | 60 | 62 | 122 |

Las ventas realizadas por Baxter, S.A. de C.V.al IMSS, respecto de las claves pertenecientes al Grupo II se exponen a continuación:[343]

[342] Visibles a fojas 40 a 52 de la resolución impugnada
[343] Folio 86630 del expediente IO-03-2006.

**Participación de 2003 a 2006**

| EMPRESA | Total | % |
|---|---|---|
| Baxter | 538.5 | 32% |

Nota: Cifras en millones de pesos

Por otro lado, es falso que no se haya señalado en la resolución el número de licitaciones en las que participó Baxter, pues a foja 41, en la Tabla 9, se determinó claramente desglosado por clave de medicamentos analizados en el Grupo II, de las que se derivó la relación de las licitaciones ganadas por Baxter y que se insertaron líneas arriba.

Resulta igualmente falso que no se hayan tomado en cuenta las disminuciones, pues para su cálculo se tomaron en cuenta los montos a los que fueron asignados los contratos que ganó.

## FRESENIUS

**c) Fresenius expresó:**

- **La siguiente transcripción, foja 533 de su Resolución, último párrafo:**

> ***"El tamaño del mercado afectado corresponde al total de las ganancias obtenidas en las licitaciones de dos mil tres a dos mil seis, es de $1688 (mil seiscientos ochenta y ocho) millones de pesos."***

- **En el párrafo transcrito anteriormente, la Comisión omitió fundar y motivar su declaración, violando los artículos 14 y 16 constitucionales. Mi representada está imposibilitada de comprender el motivo o los argumentos bajo los cuales la Comisión declaró que "El tamaño del mercado afectado corresponde al total de las ganancias obtenidas en las licitaciones... ". El argumento en mención es una mera opinión incorrecta e inoperante para demostrar la supuesta participación de mi representada en el mercado y el tamaño del mercado afectado.**
- **De acuerdo al análisis realizado por la Comisión en el presente apartado, ésta circunscribe la extensión del mercado, únicamente a las licitaciones de agua inyectable, cloruro de sodio, cloruro de sodio y glucosa, glucosa y solución Hartmann realizadas por el IMSS. Evidentemente, la Comisión incurre en un grave error. El mercado en el que las licitaciones investigadas tienen cabida, es más amplio. Tiene una mayor extensión conformada por la producción, venta, compra, intercambio y distribución de múltiples medicamentos por parte del sector salud. La Comisión equivocadamente circunscribe la extensión del mercado exclusivamente a los medicamentos licitados por el IMSS en las licitaciones investigadas en el presente procedimiento. Contrario al análisis de la Comisión, el mercado está determinado por todas las licitaciones de**

**medicamentos que realiza el IMSS, el ISSSTE), así como el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (en adelante ISSFAM).**

- **En un inicio, el mercado investigado era "el mercado de medicamentos" luego, resultó ser que únicamente fue el mercado de insulina y sueros del IMSS; el ISSSTE y el Sector Salud Federal y de los Estados. Finalmente, la parte acusadora se inclinó por definir el mercado como el mercado de insulina y sueros del IMSS. Esto evidentemente vicia las consideraciones que ahora se combaten, en virtud de que el mercado no es de igual tamaño y de igual trascendencia si sólo se considera como tal a los sueros e insulina del IMSS. Evidentemente el impacto es mayor que si se considera el mercado de medicamentos o bien el mercado de insulina y sueros del IMSS; el ISSSTE y el Sector Salud Federal y de los Estados. Como se dijo desde la contestación al oficio de probable responsabilidad, la investigación desde un inicio ha sido una pesquisa ilegal, arbitraria y contraria a los derechos fundamentales de las personas. Ahora dicha violación cobra aún mayor trascendencia en perjuicio de mi representada al considerar la afectación "al mercado" como si el mercado fuera sólo las licitaciones del IMSS.**
- **La Comisión declaró a Fresenius como responsable de cometer "prácticas monopólicas absolutas", sin puntualizar a que licitaciones públicas se refiere en específico. Es decir, no puntualizó en que licitaciones públicas en específico se actualizó dicha conducta monopólica absoluta por parte de mi representada.**
- **Según se desprende de la Resolución, la Comisión investigó, evaluó y sancionó la conducta de Fresenius como si se tratara de una acción prolongada en el tiempo o continuada.**
- **Con base en lo anterior, la Comisión debió resolver y emitir su juicio respecto de cada licitación, en particular, investigada. Por el contrario, la Comisión considera a las licitaciones públicas investigadas como un todo o una unidad, aún cuando éstas fueron de medicamentos distintos y se suscitaron en tiempo diferente.**

Los argumentos expresados por el recurrente son **infundados**, debido a que en la imposición de la multa la Comisión hizo mención, a fojas quinientos treinta a quinientos treinta y cinco de la resolución final, de las circunstancias especiales y las razones que se encontraban dentro de cada uno de los elementos contemplados en el artículo 36 de la LFCE, por las que se consideró que los montos de la multas debían ser los expresados en la resolución recurrida.

Son falsos los argumentos expresados por Fresenius, en el sentido de que no se expresa de manera clara y no se acredita tanto la participación en el mercado y tamaño del mercado afectado, como a continuación se expone:

La participación en el mercado y el tamaño de la afectación en el mercado de Fresenius correspondió a 518.6 millones de pesos que significa el 31% (treinta y un por ciento) del total de la participación en el mismo que fue de 1688 millones de pesos, en relación a las licitaciones de las claves para *el agua inyectable (clave 3675), el cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627), el cloruro*

*de sodio y la glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), la glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625) y la solución Hartmann (claves 3614, 3615 y 3616)*del Grupo II correspondiente a soluciones electrolíticas y sueros del dos mil tres a dos mil seis.

Dicha tabla simplemente retomó lo señalado en fojas 420 a 422 de la resolución que señaló:

1. *El análisis económico respecto del Grupo II, mostró:*

   **1.1** *De la muestra de las dieciocho claves de medicamentos del Grupo II, se mostró el total de licitaciones investigadas, su importe total y el importe promedio por licitación y para cada una de las claves de dicho grupo,[344] en el período comprendido de dos mil tres a dos mil seis.[345]*

   **1.2** *Que a partir del número de licitaciones en que participó cada uno de los diez postores con mayor número de apariciones para cada clave durante el período investigado, fueron líderes en la participación de todas las licitaciones las siguientes empresas: Baxter, Pisa y Fresenius.[346]*

   **1.3** *Que el número de licitaciones ganadoras y perdedoras por clave de medicamentos comprendidos en el Grupo II, para cada uno de los participantes durante el período investigado.[347]*

   **1.4** *Que a partir del promedio de las posturas ganadoras y perdedoras para cada uno de los diez participantes en licitaciones celebradas por el IMSS, así como de dichas posturas individuales en cada una de las claves que comprenden los medicamentos del Grupo II, dichas posturas son prácticamente iguales entre los principales ganadores, observándose ligeros incrementos. Llama la atención a esta autoridad la constante en dicho comportamiento de las tres empresas en comento para cada una de las licitaciones realizadas durante el período investigado respecto de las claves del Grupo II, presentándose peculiaridades para cada una de las claves licitadas como lo son:[348]*

   - *Clave 3601: salida de participantes en el mercado, concentrándose la competencia en sólo tres postores y la entrada en dos mil seis de dos participantes, disminuyendo las posturas de los tres principales ganadores.*
   - *Clave 3603: a partir de dos mil seis la postura ganadora disminuye ligeramente.*
   - *Clave 3604: en dos mil cinco la competencia se concentra en cuatro participantes y las posturas disminuyen ante la entrada de Pihcsa en dos mil seis.*
   - *Clave 3605: a partir de dos mil seis las posturas se vuelven disímiles y disminuyen.*
   - *Clave 3608: a partir de dos mil seis las posturas disminuyen ante la entrada de un nuevo participante competidor: Jayor.*
   - *Clave 3609: a partir de dos mil seis las posturas disminuyen ante la entrada de un nuevo participante competidor: Jayor.*
   - *Clave 3610: a partir de dos mil seis las posturas difieren y disminuyen ante la entrada de Jayor como nuevo competidor.*
   - *Clave 3611: en dos mil seis Fresenius entra con una postura más baja y gana alguna licitación, acomodando su entrada con los ganadores anteriores.*
   - *Clave 3612: las posturas se reducen con la entrada de Jayor como nuevo competidor en dos mil seis.*

[344] Tabla 8 del oficio de probable responsabilidad a foja 53.
[345] Cifras representadas en millones de pesos.
[346] Tabla 9 del oficio de probable responsabilidad a foja 53.
[347] Tablas 10 del oficio de probable responsabilidad a foja 54.
[348] Tablas 11 a 28 del oficio de probable responsabilidad a fojas 55 a 63.

- *Clave 3613: la entrada de Artimédica y Jayor en dos mil seis como nuevos competidores ganadores disminuye las posturas promedio.*
- *Clave 3614: la entrada de Artimédica como competidor ganador en dos mil seis tiene impacto sobre las posturas promedio de los participantes.*
- *Clave 3616: las posturas disminuyen ante la entrada de Jayor como nuevo participante competidor.*
- *Clave 3624: ante la salida de Hi-Tec como participante en dos mil cuatro, las posturas se incrementan ligeramente y permanecen similares entre los tres principales ganadores.*
- *Clave 3625: en dos mil seis divergen las posturas de los principales ganadores ante la entrada de Artimédica como nuevo competidor.*
- *Clave 3627: de dos mil cuatro a dos mil seis se mantiene la similitud entre posturas ganadoras y perdedoras con incrementos graduales hasta la entrada de Artimédica en dos mil seis como nuevo competidor.*

*1.5 Que a partir del análisis de los precios promedio ganadores por año y respecto de cada una de las claves de medicamentos comprendidos en el Grupo II, los precios empiezan a caer en dos mil seis, enfatizándose su caída en dos mil siete. En este sentido, se observa además que el promedio de los precios aumenta siempre para dos mil cuatro, mientras que para dos mil cinco, a pesar de que en su mayoría el promedio de los precios disminuyó respecto del año anterior, éstos fueron siempre superiores respecto del año dos mil tres, observándose una caída para dos mil seis y dos mil siete, siendo siempre inferiores respecto a los años anteriores.*

*1.6 Que a partir del análisis de las posturas realizadas por los participantes respecto a la totalidad de las claves comprendidas en el Grupo II durante el período investigado, los tres principales ganadores obtuvieron una participación prácticamente equitativa, esto es:*[349]

- *Baxter: 538.5 millones de pesos, que representa el 32% (treinta y dos por ciento) de la participación total de las empresas.*
- *Fresenius: 518.6 millones de pesos, que representa el 31% (treinta y uno por ciento) de la participación total de las empresas.*
- *Pisa: 504 millones de pesos, que representa el 30% (treinta por ciento) de la participación total de las empresas.*

Asimismo, llama la atención a esta autoridad que, del análisis de dicha participación, la empresa subsecuente a Pisa es Dimesa, quien cuenta con un 4% (cuatro por ciento) de la participación total de las empresas.

Por su parte, el tamaño del mercado se obtuvo del cuadro plasmado a foja 51 y 52 de la resolución y en el que se observa que lo constituye la sumatoria de las posturas ganadoras en el periodo investigado, tal y como puede apreciarse a continuación:

**Tabla 30. Participación de 2003 a 2006**

| EMPRESA | Total | % |
|---|---|---|
| Baxter | 538.5 | 32% |
| Fresenius | 518.6 | 31% |

[349] Tabla 30 del oficio de probable responsabilidad a foja 65.

| | | |
|---|---|---|
| Pisa | 504.0 | 30% |
| Dimesa | 66.8 | 4% |
| CF Medical | 43.4 | 3% |
| Hi-Tec | 5.7 | 0% |
| Abbott | 5.0 | 0% |
| Artimedica | 1.9 | 0% |
| Antibióticos | 1.9 | 0% |
| Jayor | 1.0 | 0% |
| Salveo | 1.0 | 0% |
| Pihcsa | 0.0 | 0% |
| SMS | 0.0 | 0% |
| QFM | 0.0 | 0% |
| Hipo-Pak | 0.0 | 0% |
| **Total** | **1,688.0** | **100%** |

Nota: Cifras en millones de pesos

Asimismo. es falso decir que se desconoce de qué licitaciones se trata, como bien sabe el recurrente corresponde a las licitaciones convocadas por el IMSS con la finalidad de mantener elevados los precios a los que le suministraban agua inyectable (clave 3675), cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627), cloruro de sodio y glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625) y solución Hartmann (claves 3614, 3615 y 3616), y que encuentran ampliamente relacionadas en el anexo 3[350] de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.

Derivado de lo anterior, es claro que los argumentos expresados por Fresenius son falsos, ya que, como se ha asentado en los párrafos precedentes, dentro de la resolución quedó debidamente delimitada la participación en el mercado y por lo tanto también el tamaño del mercado afectado; así que resulta clara la actuación del agente económico y de la persona física en relación a la comisión de una conducta contraria a la LFCE.

Por lo tanto, el patrón de conducta de los recurrentes se explica como resultado de un acuerdo entre quienes mayormente ganaban las licitaciones, con el propósito de evitar la competencia y mantener las posturas ganadoras a un nivel elevado en condiciones anormales en perjuicio del Estado.[351]

## PISA

**d) Pisa manifestó que su participación en el mercado es inferior, porque no vendió insulina en 2006, por lo que la Comisión le causó daño al no observar los principios del artículo 36 de la LFCE.**

[350] Foja 585 a 649 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez. Folios 92311 a 92375 del expediente IO-003-2006.
[351] Folio 86617 del expediente IO-003-2006.

Los argumentos de Pisa respecto de este punto fueron atendidos en el punto 5.1, fracción d) de la presente resolución, por lo que en obvio de repeticiones inútiles, téngase por transcrita como si a la letra se insertase.

### 5.6 DURACIÓN DE LA PRÁCTICA

**ELI LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS**

**a) Eli Lilly y el C. Eduardo Osorio Traconis manifestaron:**

- **Sobre la duración de la práctica carece de la debida información para poder estar mi representada en condiciones de revertir sus argumentos, ya que habla de posturas y cantidades que ignoramos de dónde fue que las obtuvo, así como el método que uso para llegar a sus conclusiones, lo cual deja en total estado de indefensión a mi representada.**
  **Únicamente se hace mención que la propia Comisión establece que ante la entrada de Dimesa al mercado es que se redujeron las posturas y que la duración de la práctica la considera que fue de *"dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definirla duración de la práctica."***

Los argumentos expresado por el recurrente en el inciso **a)** de este punto son **infundados**, ya que es falso que quien recurre no conociera la información bajo la cual se sustenta la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez. Tan es así que a fojas 50 y 51 del oficio de probable responsabilidad[352] y 37, 38 y 39 de la resolución impugnada se señalan oportunamente en las tablas 3, 4 y 5 las posturas promedio por cada uno de los recurrentes respecto de las claves 1050 y 1051 del grupo I: insulina humana de las licitaciones del IMSS del dos mil tres a dos mil seis.

Esto es así que se define de manera clara además la forma en que se determina tal cálculo de las posturas promedio de Eli Lilly y Pisa y se señaló en foja 39 que:

> *"En ambas claves, durante el periodo dos mil tres a dos mil cinco, las posturas promedio tanto ganadoras como perdedoras de los cuatro principales ganadores son prácticamente idénticas. Además, durante este periodo las posturas de estos participantes prácticamente no cambian de un año a otro. Sin embargo, en el dos mil seis las posturas de estos participantes caen de manera dramática ante la entrada de Dimesa como nuevo participante con una postura agresiva a la baja en relación a la observada durante dos mil tres a dos mil cinco."*

Entonces, resultan inverosímiles los argumentos expresados por Eli Lilly, Pisa y Eduardo Osorio Traconis, acerca de no conocer debidamente la información de la que se obtuvieron los parámetros

[352] Folios 86615 y 86616 del expediente IO-003-2006

para sancionar, ya que tanto el periodo investigado[353] y duración de la práctica constan en la resolución debidamente fundados y motivados,

Es pertinente resaltar que la duración de la práctica se encuentra directamente relacionada con la entrada de un nuevo participante (Dimesa) quien, con una postura agresiva logra romper los patrones de posturas ganadoras de insulina humana, siendo que la media de las posturas ganadoras de dos mil tres a dos mil cinco cae drásticamente un 64% (sesenta y cuatro por ciento) para dos mil seis, situación que no puede pasar desapercibida ya que, durante este periodo tanto las posturas ganadoras como las perdedoras son prácticamente iguales entre los cuatro principales ganadores, lo que explica claramente la duración de la practica.

El patrón de la conducta se delimita por el accionar de manera continua y constante en relación a las posturas ganadoras, y el hecho que las interrumpe es un factor externo, lo cual refleja que si este acontecimiento no se hubiera presentado, la práctica anticompetitiva hubiera podido prevalecer de manera indefinida, al no mostrar los recurrentes algún movimiento en su patrón de posturas respecto de las licitaciones[354] en el IMSS.

## BAXTER Y FRESENIUS

**b) Baxter expresó:**

- **La Comisión no tiene la certeza de cuándo supuestamente inició la práctica imputada a Baxter, ni cuándo cesaron los efectos de la misma.**

**c) Fresenius señaló:**

- **El cuadro en mención únicamente arroja un conjunto de cantidades que la Comisión exhibe en una tabla para justificar y representar la duración de la práctica monopólica, omitiendo explicar el método o la forma en que obtuvo dichas cantidades. Ante el hecho de que la Comisión omitió o evadió argumentar las razones que expliquen cuánto duró el ejercicio de la supuesta práctica monopólica absoluta de Fresenius, mi representada se encuentra en un estado total de indefensión e inseguridad jurídica. Mi representada no puede comprobar la obtención de las cantidades (pesos) exhibidas por la Comisión,**

[353] Foja 31y 32 del oficio de probable responsabilidad, folio 86595 y 86596 del expediente. Foja 18 de la resolución y folio 91745 del expediente.

[354] Folios 86615 y 86616 del expediente IO-003-2006. *"El impacto de la práctica se calculó como el producto del importe ganado por cada participante entre dos mil tres y dos mil seis, y la disminución de posturas (producto de la entrada de nuevos participantes), ajustada por la caída en costos. Así por ejemplo, la postura ganadora de las emplazadas para la clave 1050 pasó de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) en la licitación 00641273-007-05, cuyo fallo se efectuó el ocho de diciembre de dos mil cinco, a $60.00 (sesenta pesos 00/100 M.N.) en la licitación 00641187-026-06, cuyo fallo se efectuó el veinticuatro de abril de dos mil seis.". Foja 578 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.*

**por lo que se encuentra en un estado de indefensión, no pudiendo objetar la tabla ni las cantidades mencionadas.**

Los argumentos expresados por los recurrentes en los incisos **c)** y **d)** resultan **inoperantes,** al ser meras manifestaciones gratuitas que simplemente declaran la ilegalidad de la sanción impuesta a los recurrentes, pero sin atacar concreta y específicamente los fundamentos y motivos expresados en la resolución final al procedimiento. Por lo que al no verter argumentos objetivos, la Comisión no puede pronunciarse sobre los mismos.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que no basta apuntar que se analizaron de manera subjetiva los elementos del artículo 36 de la LFCE, sino que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, se debe reiterar que a lo largo del procedimiento el agente económico sancionado tuvo la oportunidad de desvirtuar la existencia de una conducta violatoria de la LFCE imputada en el oficio de probable responsabilidad, hecho que no aconteció, lo cual confirma la existencia de un acuerdo colusorio entre los participantes de las licitaciones públicas del IMSS, por lo que la intencionalidad radica en la existencia misma del acuerdo que tiene como consecuencia la resolución sancionatoria en el expediente en que se actúa y que refiere textualmente:

> *"Se acreditó que los agentes económicos eran competidores entre sí, los cuales fueron divididos en dos grupos de medicamentos de acuerdo con las claves correspondientes a insulina humana grupo I insulina humana (claves 1050 y 1051), concurrieron Cryopharma, Eli Lilly, Pisa y Probiomed. En el segundo grupo de medicamentos que abarcaba las soluciones electrolíticas y sueros, entre los cuales se encontraban el agua inyectable (clave 3675), el cloruro de sodio (claves 3608, 3609, 3610, 3626 y 3627), el cloruro de sodio y la glucosa (claves 3611, 3612 y 3613), la glucosa (claves 3601, 3603, 3604, 3605, 3624 y 3625) y la solución Hartmann (claves 3614, 3615 y 3616), concurrieron Baxter, Fresenius y Pisa."*
> [355]

También se debe mencionar, que tanto la práctica como el objeto y el efecto también quedaron acreditados, ya que:

- Que dichas empresas tenían al menos una de sus razones para constituirse igual que el de sus competidoras.[356]
- La participación activa de los agentes económicos sancionados en los mercados investigados en concreto para las licitaciones de las claves arriba señaladas en el IMSS.[357]
- La acreditación de efectivos canales de comunicación entre los directivos de los agentes económicos sancionados, que intercambiaron información en fechas previas a que tuviera lugar la presentación de posturas de las claves mencionadas.[358]
- El precio del medicamento en el patrón de posturas constante de dos mil tres a dos mil seis y que luego cae dramáticamente con la entrada de un nuevo competidor que obliga a todos participantes del acuerdo colusorio a cambiar el precio presentado en su patrón de posturas de las mismas claves que se sostuvo muy por encima en la duración de práctica. Aunado a que las posturas ganadoras y perdedoras de los recurrentes son prácticamente idénticas.[359]

De acuerdo con lo expuesto, la práctica monopólica absoluta fue debidamente acreditada dentro del expediente IO-003-2006, razonamientos que obran en la resolución que se combate, en el que se expone:

> *"La información con la que contó esta Comisión permitió concluir la existencia de conductas y hechos que probablemente actualizaron la fracción IV del artículo 9° de la LFCE en las licitaciones que se realizaron desde dos mil tres hasta dos mil seis. Adicionalmente, esta autoridad se allegó de información de los años dos mil seis y dos mil siete para contrastar el comportamiento de los agentes investigados entre el periodo en que se advirtió la comisión de la practica (dos mil tres a dos mil seis) y aquél en el que ya no se registraron las conductas mencionadas.*[360]*"*

Es preciso mencionar que el periodo investigado no se deja oscuro e indefinido, ya que existen muchos momento a lo largo de la resolución en donde es marcado constantemente. La resolución

---

[355] Folio 92102 del expediente IO-003-2006. Foja 375 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.
[356] Folio 92103 del expediente IO-003-2006. Foja 376 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.
[357] Folio 92105 al 92106 del expediente IO-003-2006. Foja 378 y 379 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.
[358] Folio 92118 a 92141 del expediente IO-003-2006. Foja 391 a 414 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.
[359] Folio 92141 al 92450 del expediente IO-003-2006. Foja 414 a 422 de la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez.
[360] Periodo investigado. Foja 18 de la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez., folio 91745 del expediente IO-03-2006

es muy clara al señalar que la duración de la práctica se da del año dos mil dos a dos mil seis, ya que en este último año ya no se registraron las conductas que fueron sancionadas.[361]

## 5.7 CAPACIDAD ECONÓMICA

### ELY LILLY Y EDUARDO OSORIO TRACONIS

**a) Ely Lilly y Eduardo Osorio Traconis expusieron:**

- **Primeramente la Comisión agrega una tabla con los supuestos estados financieros de mi representada y, por otro lado, establece la capacidad económica de mi representada con las supuestas ganancias que se obtuvieron de las licitaciones ganadas de las claves 1050 y 1051 durante dos mil tres a dos mil seis, tomando nuevamente información incierta para llegar a una cantidad sin establecer cuál fue el cálculo y el análisis que realizó para llegar a esa conclusión, lo cual deja en total estado de indefensión a mi representada.**
- **Como se puede apreciar de todos y cada uno de los agravios expresados en el presente recurso, la Comisión no logra acreditar que mí representada haya tenido el objeto o el efecto de coordinar posturas con sus competidores en las licitaciones y mucho menos que haya existido un acuerdo entre éstos, sino que únicamente lo infiere en base a meras suposiciones, se acreditó que el análisis que dice tomó en cuenta para imponer la sanción económica conforme al artículo 36 de la LFCE, no coincide con la realidad de los hechos, por lo que al carecer de la debida fundamentación y motivación, la multa impuesta por la Comisión a mi representada debe quedar sin efectos.**

Los argumentos expresados por los recurrentes son **infundados**, ya que en el expediente constan los estados financieros que ella misma proporcionó de los ejercicios dos mil cuatro y dos mil cinco, asimismo quedó debidamente acreditado en el expediente que, derivado de las ganancias percibidas en las licitaciones de las claves 1050 y 1051 del IMSS en esos mismos ejercicios se obtuvo de la suma de los importes de las licitaciones ganadas (cuyas referencias están especificadas en los anexos de la resolución) y en las que se advierte que el agente económico sancionado tuvo una ganancia por 263 millones de pesos, donde precisamente dicho agente económico resulta ganador de 40 licitaciones para la clave 1050 y 35 para la clave 1051 durante la duración de la práctica, situación que le reporta tales ganancias, sin dejar a un lado que estas tienen un sobre precio por 95.6 millones de pesos, por

[361] El impacto de la práctica se calculó como el producto del importe ganado por cada participante entre dos mil tres y dos mil seis, y la disminución de posturas (producto de la entrada de nuevos participantes), ajustada por la caída en costos. Así por ejemplo, la postura ganadora de las emplazadas para la clave 1050 pasó de $154.90 (ciento cincuenta y cuatro pesos 90/100 M.N.) en la licitación 00641273-007-05, cuyo fallo se efectuó el ocho de diciembre de dos mil cinco, a $60.00 (sesenta pesos 00/100 M.N.) en la licitación 00641187-026-06, cuyo fallo se efectuó el veinticuatro de abril de dos mil seis. Foja 518 de la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez y se relaciona con el anexos 1 y 2 fojas 575 a 584 del mismo documento.

lo que resulta vago lo expresado por el recurrente en relación a que la Comisión no cuenta con la información idónea para determinar la capacidad económica del agente en cuestión.

En atención a lo expuesto en los párrafos anteriores, se expone que los argumentos expresados por los recurrentes son imprecisos y falsos, ya que en la resolución que se combate y en el expediente mismo consta el origen de la información, así como la debida explicación de su cálculo, por lo que pudieron haber presentado información probatoria que se opusiera a lo expuesto y a la vez los cálculos matemáticos de la determinación de su composición, cosa que no hicieron, entonces subsiste con firmeza lo expuesto en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.
Sus argumentos relativos a que no se logró acreditar que tuvo el objeto o el efecto de coordinar posturas, resultan inatendibles, por realizar manifestaciones vagas que no atacan un punto en específico de la resolución, sino que se constriñen a realizar comentarios generales.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

**MANUEL VÁZQUEZ BLANCO**

**b) Manuel Vázquez Blanco señaló:**

- **La Comisión debió considerar la información de mi capacidad económica únicamente del período dos mil dos a dos mil cinco puesto que la conducta investigada y sancionada corresponde a ese mismo período de tiempo. Resulta absurdo, ilógico e innecesario considerar la capacidad económica del suscrito del año dos mil nueve para sancionar su participación en conductas monopólicas presuntamente llevadas a cabo durante los años dos mil dos a dos mil cinco.**
- **La Comisión decidió arbitrariamente aplicar un 15.13% (quince punto trece por ciento) de inflación anual acumulada de enero de dos mil siete a enero de dos mil diez, para concluir el supuesto salario del suscrito en dos mil nueve. La Comisión no explicó el**

**método para llegar a la referida cantidad y el suscrito está imposibilitado de defenderse ante tal aseveración.**

Los argumentos expresados por Manuel Vázquez Blanco son **infundados**.

El cálculo del 15.13 % (quince punto trece por ciento) del que se duele el recurrente, corresponde al concepto de inflación acumulado del periodo que va de enero de dos mil siete a enero de dos mil diez.[362] Lo anterior es en razón al cálculo que corresponde de acuerdo con la inflación registrada a lo largo del periodo que se señala, en base a lo estimado por el Banco de México, siendo que en éste periodo descrito se reportó una inflación acumulada de 15.13 % (quince punto trece por ciento).[363]

Es así que el C. Manuel Vázquez Blanco únicamente proporcionó recibos de nómina de un periodo que comprende de dos mil dos a dos mil seis, omitiendo aportar a esta autoridad los datos correspondientes a sus ingresos de enero de dos mil siete a enero de dos mil diez, por lo que estos ingresos fueron actualizados con el factor inflacionario mencionado en el párrafo anterior al momento de emitir la sanción para determinar el porcentaje de su salario actualizado haciendo una estimación razonada para que el sujeto pueda también cubrir sus necesidades básicas, sin que la misma resulte en exceso.

Es claro, que quien posee la debida información de la capacidad económica es el sujeto responsabilizado de la conducta anticompetitiva. Entonces, al no proporcionarla como le fue solicitada, la utilización del índice inflacionario para la actualización de sus ingresos se encuentra completamente apegada a derecho.

## FRESENIUS

**c) Fresenius dijo:**

- **La resolución que se impugna mediante el presente escrito impidió a mi representada conocer con precisión los razonamientos en que la Comisión se basó para condenarla al pago de una multa de $21,547, 500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos 00/100 M.N.)**

Los argumentos expresados por el agraviado son **infundados**. Lo anterior, debido a que no es suficiente que afirmen que es improcedente utilizar únicamente los estados financieros de dos mil cuatro y dos mil cinco, sin mencionar por qué a su criterio resultaba improcedente, o en su caso, qué

[362] Existe la referencia precia en el folio 92667 del expediente IO-003-2006, y en la foja 31 del acuerdo de once de marzo de dos mil diez.
[363] El cálculo se realizó a través de la siguiente dirección electrónica del Banco de México que es: www.banxico.org.mx/polmoneinflacion/servicios/calcDeInflacion/calcDeInflac.html

criterio debió haberse adoptado; además, no señala qué agravio le causa si se advierte que las multas impuestas en ambos casos no rebasaron el 5% (cinco por ciento) de sus activos. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

La resolución recurrida señala lo siguiente:

> *."Por otro lado, también resulta útil para calcular su capacidad económica los importes que obtuvieron de las licitaciones ganadas, respecto de todas las claves investigadas en este Grupo II, durante dos mil tres a dos mil seis que fue de:*
>
> **Participación de 2003 a 2006**
>
| EMPRESA | Total | % |
|---|---|---|
| Fresenius | 518.6 | 31% |

> Nota: Cifras en millones de pesos
>
> *Por lo anterior, una vez considerados la totalidad de los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE y que el daño por parte de Fresenius Kabi México, S.A. de C.V. al erario público superó los 64 (sesenta y cuatro) millones de pesos, con fundamento en la fracción IV del artículo 35 de la LFCE, se le impone la multa máxima prevista en dicho precepto normativo, esto es, una multa por la cantidad de* ***$21´547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos),*** *equivalente a trescientas setenta y cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, que es de $57.46 (cincuenta y siete pesos 46/100 M.N.)*[364] *la cual corresponde al 5% (cinco por ciento) del total de sus activos para el año dos mil cinco. "*[365]

El ahora recurrente tuvo a bien proporcionar a esta autoridad los estados financieros de los ejercicios dos mil cuatro y dos mil cinco, con los cuales la Comisión impuso la sanción mencionada, con lo que, aún siendo la máxima sanción posible a aplicar por la conducta desplegada, únicamente alcanza el 5% (cinco por ciento) de sus activos.

## CARLOS ARTURO VILLASEÑOR LÓPEZ Y EDUARDO AQUINO MALDONADO

**d) Los CC. Carlos Arturo Villaseñor López y Eduardo Aquino Maldonado expresaron:**

- **La Comisión no tomó en consideración el artículo 36 de la LFCE, toda vez que al fijar la multa en el equivalente al 5% (cinco por ciento) de mis ingresos, lo hizo sin considerar los gastos de manutención que enfrento y que no puedo cubrir la multa.**

---

[364] De acuerdo con 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 2010, publicada en el DOF el veintitrés de diciembre de dos mil nueve.

[365] Foja 535 de la resolución en el expediente IO-003-2006.

El agravio de los recurrentes es **infundado.** En la resolución emitida el veintiocho de enero de dos mil diez, la Comisión contó con los elementos de convicción suficientes para acreditar que los recurrentes son responsables de haber participado directamente en la comisión de la práctica monopólica prevista en la fracción IV del artículo 9 de la LFCE y en consecuencia les sancionó. Sin embargo, la LFCE en su artículo 36, prevé distintos elementos que deben ser considerados al imponerse las sanciones, de modo que observarlos constituye una garantía al gobernado de que la autoridad impondrá las sanciones correspondientes bajo criterios legales y preestablecidos en la ley.

En el caso de los C. Carlos Arturo Villaseñor López y Eduardo Aquino Maldonado, al emitirse la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez, esta autoridad analizó todos los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE, salvo el de capacidad económica debido a que no se contaba con la información idónea para analizarla. Luego entonces, si los elementos del artículo 36 de la LFCE favorecen a los gobernados es natural que la Comisión haya calculado el monto de las sanciones individuales hasta que contó con la información idónea para calcular la capacidad económica de los sancionados. De este modo, la sanción impuesta en un aproximado al cinco por ciento de los ingresos favoreció a los recurrentes pues con base en la información de su capacidad económica la Comisión no sólo tomó en consideración que la conducta ilegal es de alta gravedad, sino también la capacidad económica de los infractores. Al respecto es importante distinguir que si bien el monto fue fijado en un aproximado al cinco por ciento de los ingresos, esto no significa que no se hayan considerado los egresos incluyendo los gastos de manutención que enfrenta. Tan es así que en el acuerdo del once de marzo de dos mil diez, la Comisión explícitamente tomó en consideración, consideró y citó la cuestión de los egresos que enfrentan, tal como se cita a continuación:

> *"**Una vez analizados y tomados en cuenta aquéllos documentos mediante los cuales el C. Carlos Arturo Villaseñor López acreditó sus egresos** y toda vez que ya han sido considerados la totalidad de los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE, con fundamento en la fracción VII del artículo 35 de la LFCE se determina el monto de la multa impuesta al C. Carlos Arturo Villaseñor López por la cantidad de **$95,958.20 (noventa y cinco mil novecientos cincuenta y ocho pesos 20/100 M.N.)**, equivalente a mil seiscientas setenta veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, que es de $57.46 (cincuenta y siete pesos 46/100 M.N.),[366] **la cual corresponde a aproximadamente el 5% (cinco por ciento) del total de sus ingresos en un año; monto que le permite sufragar sus gastos ordinarios**."*

> *"**Una vez analizados y tomados en cuenta aquéllos documentos mediante los cuales el C. Eduardo Aquino Maldonado acreditó sus egresos** y toda vez que ya han sido considerados la totalidad de los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE, con fundamento en la fracción VII del artículo 35 de la LFCE se determina el monto de la multa impuesta al C. Eduardo Aquino Maldonado por la cantidad de **$71,997.38 (setenta y un novecientos noventa y siete pesos 38/100 M.N.)**, equivalente a mil doscientas cincuenta y tres veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, que es de $57.46 (cincuenta*

---

[366] *Ibidem.*

*y siete pesos 46/100 M.N.),*[367] ***la cual corresponde a aproximadamente el 5% (cinco por ciento) del total de sus ingresos en un año; monto que le permite sufragar sus gastos ordinarios***".
[Énfasis añadido]

Lo anterior no únicamente demuestra que la Comisión sí consideró los ingresos y egresos de los recurrentes, pues también demuestra que se consideraron todos y cada uno de los elementos del artículo 36 de la LFCE. Esto, dado que en la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez los demás elementos de dicho precepto había sido ya considerados y luego reproducidos en el acuerdo emitido el once de marzo de dos mil diez, en el cual además se consideró la capacidad económica. Esto permite concluir que la cuantificación de la multa fue calculada con base en el artículo 36 de la LFCE. Adicionalmente debe notarse que respecto a la capacidad económica, los recurrentes consintieron dado que proporcionaron la información idónea para considerar tal elemento y lo cual, como se ha demostrado, fue en realidad en su beneficio ya que permitió imponerla en un monto que considera sus egresos aún a pesar de la gravedad de las conductas ilegales que desplegaron.

## BAXTER

**e) Baxter mencionó:**

- **Es improcedente que la Comisión sólo tomara en cuenta los estados financieros de Baxter correspondientes a dos mil cuatro y dos mil cinco; y en donde no consideró los pasivos.**

Los argumentos resultan **inoperantes**, ya que no señalan ni ofrecen elementos que le permitan a esta autoridad estudiar el agravio expuesto en su escrito. Es decir, no es suficiente que afirmen que es improcedente utilizar únicamente los estados financieros de dos mil cuatro y dos mil cinco, sin mencionar por qué a su criterio resultaba improcedente, o en su caso, qué criterio debió haberse adoptado; además, no señala qué agravio le causa el monto de la multa impuesta si se advierte que ésta no rebasó el 0.44% (punto cuarenta y cuatro por ciento) de sus activos. Al observar que tales afirmaciones no tienen sustento en razonamientos que concluyan en una causa de pedir, no son más que simples manifestaciones generales y gratuitas que no explican cómo es que esa supuesta circunstancia que aducen trascendió en su esfera jurídica.

Lo anterior es así, ya 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 aquellos o se sustentan en otros que se

[367] *Ibidem.*

han señalado como improcedentes, esta autoridad se encuentra ante una imposibilidad jurídica para analizarlos.

Al efecto, debe atenderse a lo señalado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia con rubro: *"**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.**"* la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

Es de explorado derecho que es un requisito *sine qua non* justificar las transgresiones que hayan sufrido los recurrentes por la emisión de la resolución recurrida; es decir, exponer en forma razonada los motivos concretos por los cuales considera que se les causa una violación y no, como lo hacen los recurrentes, al formular únicamente manifestaciones gratuitas que sólo descalifican la resolución impugnada sin controvertirla, ya que a partir de alegaciones y argumentos que viertan, deben indicar por qué considera que la resolución a pesar del pronunciamiento realizado al respecto, los dejó en estado de indefensión, siendo que ésta, al constituirse como un acto de autoridad, debe estar fundada y motivada.

Resultan aplicables al caso en concreto las jurisprudencias y tesis con rubro: ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO"***; ***"AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE."***; ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA"*** y ***"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO"***, las cuales por economía procesal se tienen por transcritas como si a la letra se insertasen en obvio de repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, si Baxter considera que la información con la que contaba la Comisión no reflejaba su situación económica actual, podía haber presentado en este recurso aquella que pudiera influir en la determinación del monto de la multa impuesta, y al no haberlo hecho así, sus manifestaciones resultaron gratuitas.

**5.8 DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.**

**EDUARDO OSORIO TRACONIS, BAXTER, MANUEL VÁZQUEZ BLANCO Y FRESENIUS**

a) **Eduardo Osorio Traconis manifestó:**

- **La determinación de la Comisión resulta Ilegal ya que, si a decir de ella misma, al realizar su análisis respecto a la duración de la práctica que esta lo fue de "*dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definir la duración de la práctica.*" Como es que toma como referencia para imponer la sanción económica el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, que es de $57.46 ( cincuenta y siete pesos 46/100 M.N.), cuando la supuesta práctica lo fue hasta el dos mil cinco.**

b) **Manuel Vázquez Blanco expuso:**

- **La Comisión fijó una multa conforme al salario mínimo general vigente de Distrito Federal en el año dos mil diez, cuando la sanción debió cuantificarse conforme al salario mínimo general vigente al momento en que se actualizaron las prácticas monopólicas.**

c) **Baxter dijo:**

- **La determinación de la multa viola el artículo 35, fracción IV, de la LFCE, en relación al artículo Segundo transitorio del Decreto de reforma de la LFCE que fue publicado en el DOF el veintiocho de junio de dos mil seis, dado que se debe aplicar la sanción vigente del momento de la infracción respectiva.**
- **El monto de la multa se calculó con base en el salario mínimo vigente en dos mil diez, cuando debió calcularse conforme al salario mínimo vigente durante la supuesta práctica que se imputa. Al respecto, el artículo 35, fracción IV, de la LFCE no señala el momento al que se refiere la palabra "vigente" y ante la duda es indispensable interpretar la norma en beneficio del particular afectado.**

d) **Fresenius señaló que:**

- **(i)La Comisión declaró que se realizaron prácticas monopólicas exclusivamente del año dos mil tres hasta dos mil seis. (ii) La Ley aplicable es la LFCE que se encontrara vigente del año dos mil tres hasta antes del dos mil seis. (iii) La sanción debe ser impuesta conforme a LFCE aplicable al momento en que suponiendo sin conceder, mi representada cometió la práctica monopólica absoluta. (iv) Por lo tanto, la sanción debió cuantificarse conforme al salario mínimo general vigente al momento en que se actualizaron las prácticas monopólicas.**
  **En el presente caso, la Comisión fijó la multa conforme al salario mínimo vigente del año dos mil diez.**

**La Comisión cometió un grave error puesto que, suponiendo sin conceder que mi representada hubiere realizado "prácticas monopólicas absolutas" durante el período del año dos mil tres hasta dos mil seis, la Comisión debió haber calculado la multa conforme al salario mínimo general vigente y propio del año o momento en que se cometió la conducta sancionada.**

Los argumentos marcados con los incisos **a)**, **b)**, **c)** y **d)** en este punto son **infundados**, debido a que el texto mismo del artículo 35 de la LFCE no deja lugar a dudas de que el cálculo de las multas se hace conforme al salario vigente al momento que se imponen.

Al respecto se hace notar que, atendiendo al significado común de las palabras, la fracción IV del artículo 35 no hace referencia a que el salario mínimo deba entenderse en tiempo pretérito, es decir, que se aplique hacia el pasado, y en ese sentido, la multa debe cuantificarse conforme al salario mínimo que rija en el momento actual.

Esto tiene su lógica en la medida en que la LFCE busca que las sanciones que imponga tengan un efecto disuasivo, ante las enormes ganancias ilícitas que se reportan por la comisión de este tipo de prácticas.

En efecto, de haber sido ese el espíritu de la norma, expresamente se habría plasmado como sucede en otros ordenamientos legales, y al no haberse hecho así, no cabe la interpretación que alega el recurrente.

### 5.9 EMISIÓN DE DOS RESOLUCIONES

**ALFONSO SALVADOR HUERTA SUÁREZ, JESÚS HÉCTOR HERNÁNDEZ HERRERA, ERICKA HELGA FRETTLOHR MEZA Y JORGE ALBERTO SILIS FRANCK**

**a) Alfonso Salvador Huerta Suárez dijo:**

- **La resolución viola las fracciones IV, V y VI del artículo 33 de la LFCE, porque carece de una debida motivación y la Comisión ya no se encontraba facultada para solicitar información y documentación al responsable. Dicha facultad había precluído al consumarse el procedimiento administrativo con la "Primera Resolución" emitida por el Pleno el veintiocho de enero de dos mil diez y dado que sólo puede ejercitarse una vez, resulta ilegal la segunda resolución.**

**b) Jesús Héctor Hernández Herrera y Ericka Helga Frettlohr Meza expresaron:**

- **Los recurrentes alegan que la resolución es ilegal y les causa agravio, ya que en la resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez se debió imponer la sanción y no en una segunda resolución de once de marzo de dos mil diez.**
  **Lo anterior, ya que la resolución recurrida parte de la consideración decimosexta de derecho de la diversa resolución de fecha veintiocho de enero de dos mil diez; sin embargo, no se analizó la capacidad económica y no se impuso monto alguno de multa.**
- **No es óbice sostener lo anterior el hecho de que al decir de esa H. Autoridad no se hubiesen tenido los elementos para analizar la capacidad económica de los supuestos agentes, pues si esa H. Autoridad dice tener facultades para efectuar el requerimiento realizado en torno a la acreditación de la capacidad económica, suponiendo sin conceder que tuviera facultades para ello, en todo caso la facultad debió ejercitarse con anterioridad al dictado de la resolución en función al principio de unidad del procedimiento y continencia de la causa, y no separando y dividiendo la resolución en diversas resoluciones.**
- **Se considera que en la especie ese H. Comisión no tiene facultades para efectuar el requerimiento realizado, pero aún sosteniendo que las tuviera, el propio artículo 61 del RLFCE dispone que la Comisión podrá allegarse de medios de convicción con la condición de que sea antes de emitir la resolución que ponga fin al procedimiento correspondiente.**
- **De tal forma que en la especie la ilegalidad resulta de emitir dos resoluciones en un mismo procedimiento administrativo, ya que conforme a los artículos antes mencionados no es posible aplazar, dilatar, omitir, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el juicio, máxime si en la especie no existe fundamento legal para ello.**

c) **Jorge Alberto Silis Franck manifestó:**

- **Aunado a lo anterior, otra muestra de la ilegalidad de la resolución recurrida se basa en que esa Comisión pretendió imponer una sanción con base a información incompleta, que pretendió enmendar mediante un requerimiento de información incompleto, que pretendió enmendar mediante un requerimiento de información e ilegal apercibimiento, y posterior acuerdo de fecha de once de marzo de dos mil diez que se impone multa por demás arbitraria e indebidamente fundada y motivada, lo cual se traduce en una violación flagrante a los derechos de defensa del suscrito. En ese sentido, debe señalarse desde este momento que ninguna resolución emitida por un órgano jurisdiccional puede ser ejecutada hasta en tanto no se hayan resuelto todos y cada uno de los medios de impugnación previstos para el efecto, por lo que si a esta fecha aquella que por este medio se impugna no ha sido declarada firme, su ejecución deberá esperar hasta que cuente con la calidad antes mencionada, por lo que se solicita se tome en cuenta lo anterior, con objeto de conservar la materia del recurso.**

Los argumentos expresados por los recurrentes son **infundados**.

Para decir lo anterior, debe señalarse que, por medio de resolución de fecha veintiocho de enero del presente se emitió resolución en el expediente IO-003-2006, en el cual se señalaron como responsables de la comisión de una práctica monopólica entre otros a Alfonso Salvador Huerta Suárez, Ericka Helga Frettlohr Meza, Jesús Héctor Hernández Herrera y a Jorge Alberto Silis Franck, en donde fueron debidamente notificados del inicio del procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, en él tuvieron oportunidad de exponer sus defensas y probar a su favor; sin embargo, estos elementos no fueron suficientes para desvirtuar a su favor lo establecido dentro del oficio de probable responsabilidad. Es por ello que en la resolución de fecha veintiocho de enero del presente año esta autoridad impuso una multa por la comisión de una práctica monopólica absoluta, argumentando en tal documento las disposiciones legales aplicadas al caso y la motivación que daba como consecuencia tal resultado, siendo que únicamente en acuerdo de fecha once de enero de dos mil diez se determinó el monto de la multa que ya había sido impuesta con anterioridad.

Esto es así, ya que es en la resolución de fecha veintiocho de enero en donde se les impuso la sanción a Alfonso Salvador Huerta Suárez, Jesús Héctor Hernández Herrera, Ericka Helga Frettlohr Meza y Jorge Alberto Silis Franck; mismo documento a través del cual se les requiere proporcionar la información relativa a su situación económica a fin de estar en conocimiento de ésta, para realizar una adecuada estimación razonada de la cantidad a imponer de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 36 de la LFCE, y que corresponde a la responsabilidad determinada por la comisión de una práctica monopólica. Por su parte, es en el acuerdo de fecha once de marzo de dos mil diez en el que se les tiene por desahogado el requerimiento realizado y se determina cantidad liquida de la multa impuesta previamente.

Entonces, es claro que no se trata de resoluciones distintas, sino que en primer término la multa ya se había impuesto en la resolución que correspondía y únicamente se determinó el monto de ésta, en acuerdo de fecha once de mazo de dos mil diez. Luego entonces, éstos se encuentran intrínsecamente relacionados y jurídicamente no son independientes el uno del otro.

Asimismo, no se puede dejar de observar que el hecho de requerir la información de su situación económica es en su beneficio, ya que esto dota a la Comisión de los elementos suficientes para determinar la cantidad de la misma de manera que ésta no resulte excesiva o en su perjuicio, a fin de que puedan cubrir sus necesidades elementales. Es así que esto legitima y completa la garantía de audiencia y de debido proceso a favor de Alfonso Salvador Huerta Suárez, Jesús Héctor Hernández Herrera, Ericka Helga Frettlohr Meza y Jorge Alberto Silis Franck.

No es posible tomar en cuenta, de la manera que pretenden los recurrentes, que se separe el contenido de la resolución de veintiocho de enero y el acuerdo once de marzo del presente año porque el hecho de cuantificar el monto de la multa únicamente implica la determinación en cantidad liquida de la

responsabilidad de las partes que fueron sancionadas, por lo que no existe ilegalidad en el actuar de esta autoridad.

**5.10 RESOLUCIÓN EMITIDA FUERA DE PLAZO**

Antes de proceder al análisis de los agravios particulares de los recurrentes, la Comisión observa que todos ellos consintieron el acuerdo emitido el once de marzo de dos mil diez, al haber proveído la información necesaria para analizar su capacidad económica conforme a lo señalado en la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez, así como por haberse tomado el plazo otorgado por la LFCE para presentar complementos a sus recursos de reconsideración, por lo que se refiere específicamente a la individualización de la multa. En consecuencia, sus argumentos deben considerarse **inoperantes**.

**ALFONSO SALVADOR HUERTA SUÁREZ, CARLOS ARTURO VILLASEÑOR Y EDUARDO AQUINO MALDONADO**

**a) Alfonso Salvador Huerta Suárez dijo:**

- **La resolución es ilegal, dado que se emitió fuera del plazo de cuarenta días contemplado en el artículo 33 fracción VI de la LFCE, esto es, cuando la facultad para emitirla había precluído y por lo tanto la "resolución" del once de marzo de dos mil diez carece de validez y debe ser revocada. Sirve de apoyo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la preclusión. *"PRECLUSIÓN. ES UNA FIGURA JURÍDICA QUE EXTINGUE O CONSUMA LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE REALIZAR UN ACTO", "PRECLUSIÓN. SUPUESTOS EN LOS QUE OPERA"***

**b) Carlos Arturo Villaseñor López y Eduardo Aquino Maldonado expresaron:**

- **Conforme al artículo 33 de la LFCE, la Comisión contaba con 40 días para determinar una sanción. Sin embargo, la multa me fue notificada después de término y un día antes que venciera el plazo de treinta días para interponer este recurso de reconsideración. Esto viola mis garantías de defensa y se deben dejar sin efectos el oficio en que se notificó la multa.**

Los agravios expresados en los incisos **a)** y **b)** son **infundados**, debido a que la resolución se emitió en tiempo y se notificó dentro del plazo legal establecido para ello. Primero debe notarse que a si bien el expediente se tuvo por integrado el seis de noviembre de dos mil nueve, esto no implica que la resolución impugnada del expediente IO-003-2006 haya sido extemporánea por haber caducado las facultades de la Comisión para ello, dado que como se ha señalado en esta resolución al recurso de reconsideración, existía una imposibilidad jurídica para resolver el procedimiento IO-003-2006, al haber ordenado el H. Juzgado Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal

una medida cautelar consistente en que la Comisión se abstuviera de emitir resolución alguna, hasta en tanto se resolviera el juicio principal en el amparo 746/2009-IV. La existencia de esta circunstancia fue hecha notar en acuerdo que la Comisión emitió el once de noviembre de dos mil nueve, donde se señaló que en virtud de la medida cautelar ordenada el plazo previsto en el artículo 33, fracción IV de la LFCE quedaba suspendido hasta que se dictara sentencia ejecutoria en el asunto 746/2009-IV. Posteriormente, una vez que la ejecutoria le fue notificada a la Comisión se emitió un acuerdo el siete de diciembre de dos mil nueve señalando que el plazo previsto en el artículo 33 fracción IV de la LFCE se computaría a partir del tres de diciembre del mismo año. De esto sigue que el plazo para dictar resolver sobre el expediente IO-003-2006 llegó a término el once de febrero de dos mil diez, mientras que la resolución fue emitida el veintiocho de enero del mismo año y se notificó antes del término de modo que el argumento de los recurrentes resulta infundado.

Por otra parte, las manifestaciones de las recurrentes son también ineficaces dado que es en la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez donde se les encuentra culpables de la realización de la conducta prohibida y en ella se les sanciona, mientras que en el acuerdo de once de marzo de dos mil diez, sólo determina la cuantía de la multa a imponer atento a que era necesario valorar la capacidad económica de esos agentes conforme a lo establecido en el resolutivo décimo segundo de la resolución. Lo anterior encuentra sentido si se considera que por disposición constitucional toda sanción debe individualizarse, por lo que al no contar con los datos necesarios para hacer eso, se solicitaron a efecto de no vulnerar sus garantías individuales, tal y como lo ordena la Jurisprudencia que también es obligatoria para la CFC y que establece:

> **MULTAS. INDIVIDUALIZACIÓN DE SU MONTO.** Basta que el precepto legal en que se establezca una multa señale un mínimo y un máximo de la sanción, para que dentro de esos parámetros el aplicador la gradúe atendiendo a la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia o cualquier otro elemento del que puede inferirse la levedad o la gravedad del hecho infractor, sin que sea necesario que en el texto mismo de la ley se aluda a tales lineamientos, pues precisamente al concederse ese margen de acción, el legislador está permitiendo el uso del arbitrio individualizador, que para no ser arbitrario debe regirse por factores que permitan graduar el monto de la multa, y que serán los que rodean tanto al infractor como al hecho sancionable." No. Registro: 186,216, Jurisprudencia, Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Agosto de 2002. Tesis: VI.3o.A. J/20. Página: 1172. [Énfasis añadido]

Así las cosas, su argumento relativo a que expiró el plazo con el que contaba la Comisión para resolver, por la supuesta preclusión de facultades para sancionarlas en el expediente IO-003-2006, resulta ineficaz ya que la facultad sancionatoria se ejerció en tiempo, sin que pueda desconocerse lo señalado en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, por las que se declaró culpables y se analizó la gravedad de su conducta, pues la simple cuantificación es accesoria y sirve para perfeccionar la resolución en detalles que no se pudieron dilucidar en el fallo, pero que son indispensables para llevar a cabo su ejecución, sin que se haya modificado o rebasado lo decido en ella.

Por otro lado, el plazo contemplado en el artículo 33 de la LFCE aplica a partir de la notificación que se haga a los sancionados de la resolución a emitida por el Pleno de la Comisión, en este caso la del veintiocho de enero de dos mil diez, por lo que, si deseaba impugnar el acuerdo de fecha once de marzo de dos mil diez, por medio del cual la Comisión simplemente individualizó el monto de las multas impuestas, su oportunidad se actualizaba a partir de la notificación de éste, por lo que no existe ninguna vulneración a sus derechos de defensa.

En efecto, el hecho de que ambos actos se encuentren vinculados, no evita que pueda, como lo hicieron otros sancionados, tanto ampliar el recurso interpuesto como interponer nuevo recurso en contra del acuerdo en el que se determinó el monto de la sanción.

### 5.11 ARGUMENTOS EXORBITANTES

**MANUEL VÁZQUEZ BLANCO**

**SECCIÓN I**

a) **La Comisión no fue precisa en identificar los momentos en los que el suscrito cometió las supuestas prácticas monopólicas. Esto es, la Comisión asumió que el suscrito cometí actos que son sancionados por la ley como prácticas monopólicas en los años dos mil tres a dos mil seis, al supuestamente coludir a la empresa que represento con sus competidoras para la fijación de precios en el mercado de licitaciones del IMSS.**

**Sin embargo, la Comisión no precisó respecto de qué licitaciones se cometieron dichas prácticas. Si se trató de todas las licitaciones, o sólo algunas de ellas. Si es el caso de que se cometió dicha práctica en todas y cada una de las licitaciones, o bien sólo algunas de ellas. La Comisión fue omisa en indicar exactamente las circunstancias de modo tiempo y lugar en las que tuvieron lugar dichas prácticas monopólicas.**

b) **El actuar del Pleno de la Comisión es ilegal (y por ende sus determinaciones plasmadas en la resolución de fecha veintiocho de enero del dos mil diez lo son también) puesto que trasgrede el principio de legalidad, por las siguientes razones:**

**Utilizó como indicio de la responsabilidad en mi contra una tabla de llamadas *(pp. 392 a 405 de la resolución del veintiocho* de enero de dos *mil diez)* de las cuales ninguna de ellas corresponde al año dos mil tres *y* muy pocas de ellas corresponden al año de dos mil cuatro.**

**De las consideraciones del Pleno pareciera sugerirse que soy responsable y se me ha sancionado por todo el periodo comprendido entre dos mil tres y dos mil seis. Sin embargo, al no haber pruebas en mi contra por los periodos observados, esto hace que la resolución del Pleno carezca de una debida fundamentación y motivación en virtud de que he sido sancionado por conductas que no se encuentran claramente identificadas.**

c) **En cuanto a la gravedad de la infracción, el recurrente señala que es un argumento insuficiente, impreciso e irrelevante para determinar al suscrito como responsable de cometer prácticas monopólicas absolutas de "gravedad alta". La supuesta gravedad de la conducta realizada por el C. Manuel Vázquez Blanco, no tiene relación alguna ni es atribuible a si hay o no *"participación directa, por cuenta y orden de Fresenius Kabi México S.A. de C. V "* en la supuesta comisión de prácticas monopólicas absolutas. Es decir, la participación directa por cuenta y orden de la empresa no prueba la gravedad de la conducta sancionada por la Comisión y no existe fundamento legal alguno que determine los elementos para calificar una conducta como grave.**

d) **Los argumentos de la Comisión están tildados de arbitrarios, puesto que no contemplaron los elementos necesarios para que el suscrito pudiere comprobar la afectación al erario público respecto de la cual se le imputó responsabilidad. La Comisión en ejercicio abusivo de su potestad sancionadora se limitó a imponer una multa al suscrito con base en una supuesta afectación al erario público y omitiendo explicar las razones y causas que justificaran tal declaración.**

e) **En cuanto al daño causado, con la finalidad de demostrarlo, la Comisión exhibió una relación de números. Tales cantidades se limitaron a señalar que Fresenius obtuvo 518.6 millones de pesos por el concepto de importe ganado, así como 66.40 millones de pesos por concepto de sobre cobro y un 12.3% (doce punto tres por ciento) por concepto de disminución de posturas.**

f) **Tales consideraciones son ilegales para sancionarme en virtud de que las cifras exhibidas por la Comisión corresponden y están directamente relacionadas con la empresa Fresenius, no con mi conducta, cuando debió ser la conducta del suscrito el objeto de la Resolución que se impugna mediante el presente escrito. La Comisión incurrió en una inconsistencia por haber equiparado el daño causado por la empresa Fresenius con el supuesto daño causado por el suscrito.**

g) **La Comisión se limitó a señalar sus conclusiones, sin explicar o hacer alusión al método que utilizó para obtener las siguientes cifras - *de 518.6 millones de* pesos *por el concepto de importe ganado,* así como 66.40 *millones* de pesos *por concepto de sobrecobro y un 12.3% por concepto de disminución de* posturas, todas ellas relacionadas directamente**

**con la empresa Fresenius. Las cifras y porcentajes a las que llegó la Comisión atentaron en contra de la seguridad jurídica del suscrito, dejándolo en un estado total de indefensión puesto que al no conocer el método empleado para llegar a ellas se encuentra imposibilitado para calcularlas, corroborarlas o cerciorarse de que son ciertas.**

**h) En cuanto a los indicios de intencionalidad, la Comisión incurrió en una contradicción grave cuando declaró que por el simple cargo laboral del suscrito como Director General, éste cometió prácticas monopólicas intencionalmente.**

**Esto se debe a que, por un lado, consideró que de la pruebas se advertía que el suscrito fue el responsable de la comisión de las prácticas monopólicas sancionadas y por otro reconoció que la determinación de los precios estaba a cargo de un comité de directivos locales del área de comercialización.**

**i) En este sentido, si la determinación de los precios no estaba a cargo del suscrito, es insostenible que el Pleno de la Comisión me hubiera imputado la responsabilidad de la comisión de las prácticas monopólicas y con base en ello determinara una multa en mi contra.**

**j) La Comisión no consideró ni evaluó debidamente los hechos fácticos, cronológicos y reales para fundamentar una participación del suscrito por orden y cuenta de Fresenius. El actuar por orden y cuenta de la empresa no pudo haber implicado un actuar voluntario e impulsivo, sino que forzosamente las actuaciones del suscrito por orden y cuenta de la empresa, debieron estar precedidas por un mandato especial o bien obrar en constancias específicas que demostraran dicha participación. Ante tal inobservancia por parte de la Comisión resulta infundada la supuesta participación del suscrito en prácticas monopólicas, por orden y cuenta de la empresa.**

**k) En cuanto a la participación y tamaño del mercado, la Comisión violó la seguridad jurídica del suscrito al haberle atribuido una supuesta participación en la comisión de prácticas con base en una simple asistencia a reuniones de la Comisión de Abasto al Sector Público de la CANIFARMA, conducta o suceso que no coloca al suscrito como responsable en la comisión de prácticas monopólicas.**

**l) La Comisión imputó al suscrito responsabilidad por una supuesta participación en el mercado así como una supuesta afectación al mismo, basándose únicamente en su calidad de Director General y en la posibilidad que como tal tuvo para determinar directamente el precio de las posturas o influir en él. En consecuencia, la Comisión sancionó al suscrito y le imputó la comisión de prácticas monopólicas por la mera "posibilidad" de determinar directamente el precio de las posturas o influir en él, sin**

**haberle comprobado de manera contundente su participación en los hechos.**

**La declaración en mención refleja cómo la Comisión consideró que las facultades inherentes a un puesto de trabajo implican necesariamente el ejercicio ilegal de las mismas. En el caso concreto, el sólo hecho de que el suscrito fuera Director General de Fresenius con sus respectivas atribuciones, entre ellas el conocimiento de las posturas con que la empresa participaría en las licitaciones del sector público, no puede implicar necesariamente la comisión indebida de prácticas monopólicas ni la concertación de posturas o determinación de precios.**

**La Comisión atribuyó cifras relacionadas directamente con Fresenius para justificar la participación del suscrito en el mercado así como su afectación al mismo. Ésta no circunstanció los hechos propios del suscrito que justificaran la supuesta participación del suscrito en el mercado, así como la posible afectación causada al mismo.**

**Sin fundamento ni explicación lógica alguna, la Comisión en su resolución equiparó el monto total de las ganancias obtenidas por Fresenius de dos mil tres hasta dos mil seis, con la supuesta afectación total del mercado por Manuel Vázquez Blanco.**

**La Comisión omitió fundar y motivar su declaración, violando los artículos 14 y 16 constitucionales. El suscrito desconoce los argumentos bajo los cuales la Comisión consideró que *"El tamaño del mercado afectado corresponde al total de las ganancias obtenidas por Fresenius en las licitaciones... "*.**

**El argumento en mención no refleja el tamaño del mercado presuntamente afectado ante la supuesta participación del suscrito en el mismo; por el contrario, indebidamente determina y equipara el monto del mercado, supuestamente afectado por el suscrito, con el monto total de las ganancias obtenidas por Fresenius. La Comisión equívocamente equiparó dichos conceptos que resultan además totalmente arbitrarios para la determinación de la multa ya que, indebida e injustificadamente presumió que la totalidad de las ganancias obtenidas por Fresenius igualaron el monto de la afectación del mercado supuestamente causada por el suscrito.**

**m) En cuanto a la duración de la práctica, la Comisión es vaga e imprecisa al establecer que Manuel Vázquez Blanco ejerció el cargo de Director General en Fresenius por un período de tiempo no bien definido: "al *menos de dos mil tres a* dos *mil siete*". Con ello, pretende hacer responsable al suscrito de las supuestas prácticas monopólicas que supuestamente llevó a cabo durante el mismo lapso de tiempo.**

**n) La Comisión hizo al suscrito acreedor de una multa que no tiene relación alguna con**

**la conducta que la Comisión pretendió sancionar. La imposición de la multa al suscrito constituye una violación constitucional por transgredir el artículo 16 constitucional y la garantía de legalidad que en él se consigna.**

**El monto de la multa se determinó con base en una indebida fundamentación en el, artículo 35, fracción VII de la LFCE. La inconsistencia entre la conducta analizada y la conducta sancionada por la ley constituye una clara violación a los derechos fundamentales del suscrito.**

Los agravios del recurrente contenidos en los incisos **a)** a **n)** anteriores, son **inoperantes**, en tanto que introduce argumentos novedosos que no realizó en su escrito mediante el cual recurre la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez, pretendiendo que se valoren fuera de tiempo, en un intento por corregir y mejorar su escrito de recurso de reconsideración. En este sentido, la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez le fue notificada al C. Manuel Vázquez Blanco el diez de febrero de dos mil diez,[368] por lo que en términos del artículo 39 de la LFCE, tuvo treinta días hábiles una vez que surtió efectos la notificación para recurrir la resolución del expediente IO-003-2006; esto es, hasta el veintiséis de marzo del año en curso pudo haber impugnado cualquier acto o determinación contenido en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez.[369]

Es por ello que en el escrito presentado por el C. Manuel Vázquez Blanco ante la Oficialía de Partes de la Comisión el trece de mayo del dos mil diez,[370] pretende hacer valer agravios que no realizó a tiempo; esto es, en su escrito de veintitrés de marzo del año en curso. Así las cosas, el recurrente tuvo la oportunidad de combatir lo expresado en la resolución de veintiocho de enero del presente año en el primero de sus escritos, ya que la resolución del expediente IO-003-2006 es el acto administrativo que da fin al procedimiento seguido en forma de juicio y en el cual se acreditó su participación directa en la comisión de la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE y, en consecuencia, se le impuso una multa en términos del artículo 35, fracción VII, de la LFCE publicada en el DOF el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Si bien la Comisión determinó el *quantum* de la multa como sanción en el acuerdo de once de marzo de dos mil diez, ello no implica que el C. Manuel Vázquez Blanco pueda presentar argumentos relativos a la resolución del veintiocho de enero de dos mil diez de manera extemporánea, ya que es en ésta donde se analizan todos los aspectos jurídicos relacionados para su imposición. En este tenor, el acuerdo de once de marzo de dos mil diez se emitió para determinar el monto de la multa impuesta por esta autoridad en la resolución del expediente

---

[368] Folio 92399 del expediente IO-003-2006.
[369] De acuerdo al calendario anual de suspensión de labores de la Comisión, publicado en el DOF el veintinueve de enero de dos diez, resultan inhábiles y deben descontarse del cómputo el quince de marzo y todos los sábados y domingos.
[370] Folios 2076 a 2107 del expediente RA-019-2010 y acumulados.

IO-003-2006, previo requerimiento de información realizado por esta autoridad, ya que no contaba con elementos que le permitieran acreditar la capacidad económica de las personas físicas, por lo que dicho acuerdo se constituye como un acto complementario de la resolución de veintiocho de enero del dos mil diez, dado que todos los argumentos expresados en esta ya eran conocidos por Manuel Vázquez Blanco y sólo desconocía lo relativo a la cantidad liquida de la multa.

Por tanto, los anteriores argumentos no pueden ser tomados en cuenta por esta autoridad, ya que los pudo hacer valer en el recurso de reconsideración promovido en contra de la resolución de veintiocho de enero del presente año, situación que no aconteció y por lo tanto, no es posible que sean tomados en cuenta por esta autoridad al momento de emitir resolución al recurso de referencia.

Al respecto, es aplicable por analogía la siguiente tesis jurisprudencial: ***"AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE REFIEREN A CUESTIONES NO INVOCADAS EN LA DEMANDA Y QUE, POR ENDE, CONSTITUYEN ASPECTOS NOVEDOSOS EN LA REVISIÓN"***, la cual por economía procesal se tiene por transcrita como si a la letra se insertase en obvio de repeticiones innecesarias.

- **SECCIÓN II**

**o) Violación a los artículos 21 y 36 de la Ley Federal de Competencia Económica por una indebida motivación y fundamentación de los elementos para individualizar y fijar una multa.**

**La resolución que se impugna mediante el presente escrito impidió a mi representada conocer con precisión los razonamientos en que la Comisión se basó para condenar a mi representada al pago de una multa de $21' 547, 500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos 00/100 M.N.)**

**De conformidad con el artículo 36 de la LFCE, la Comisión debió considerar en la imposición de la multa: la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia o antecedentes de mi representada, así como su capacidad económica.**

***Gravedad de la Infracción***

**La Comisión atribuyó la gravedad alta al hecho de que Fresenius "supuestamente" operó en forma coordinada con sus competidores, cuando la gravedad no tiene**

**relación alguna con la coordinación de sus competidores.**

**La Comisión emitió una razón general y ambigua que impide a Fresenius entender su razonamiento lógico jurídico empleado para determinar o calificar como de alta gravedad la conducta de mi representada. Si un agente económico comete prácticas monopólicas absolutas se presume cierta coordinación con sus competidores, por lo tanto la gravedad de una conducta no es atribuible a si hay o no coordinación con sus competidores. La Comisión omite las razones que justifican la gravedad declarada por ésta respecto de la conducta de mi representada.**

***Daño Causado***

**La Comisión omite el método conforme al que obtuvo las cifras en mención. Las cifras por sí mismas no arrojaron explicación alguna que le permita a mi representada verificarlas, corroborarlas o bien impugnarlas. Por el contrario, la Comisión se limitó a señalar sus conclusiones, sin explicar o hacer alusión al método utilizado. La declaración arbitraria - de 538.5 millones de pesos por el concepto de importe ganado, así como 66.40 millones de pesos por concepto de sobrecobro y un 12.3% por concepto de disminución de posturas atentan en contra de la seguridad jurídica de mi representada, dejándola en un total estado de indefensión puesto que mi representada se encuentra imposibilitada para calcularlas, corroborarlas o cerciorarse de que son ciertas.**

**Según el Pleno de la Comisión el daño causado es el equivalente a las utilidades que supuestamente obtuvo mi representada en el periodo en el que se dieron las prácticas monopólicas. Eso es absurdo. La utilidad de mi mandante no puede ser considerado como el valor de daño del IMSS. Esto es en virtud de que dicho cálculo aparentemente se deriva de la diferencia aritmética entre los costos de mi mandante y el precio al que vendió el suero al IMSS. Sin embargo, dicho parámetro no es real, en virtud de que si el argumento del Pleno consiste en que los precios a los que vendió mi representada eran altos por encima del precio competitivo.**

**Suponiendo que esto fuera cierto, entonces el daño ocasionado al IMSS sería la diferencia entre el precio competitivo al que hubiera comprobado dicho institución en ausencia de colusión y el precio de colusión, pero de ninguna manera toda la utilidad de mi mandante, o sea el precio al que vendió menos sus costos.**

***Indicios de Intencionalidad***

**La Comisión señaló un apartado que denominó "Indicios de Intencionalidad', página 532 de su Resolución. El apartado en mención no cumplió con probar la**

**intencionalidad de mi representada. La Comisión se limitó a mencionar de manera general lo siguiente:**

> ***"El patrón de posturas demostró que la alternancia en la posiciones ganadoras y perdedoras no podía darse como una simple coincidencia, sino que requirió de un acuerdo colusorio para repartirse los importes de las licitaciones y obtener ganancias mayores a aquellas que habrían obtenido si hubieran participado en forma individual".***

**La Comisión emitió una mera opinión general, no calificó o midió el grado de intencionalidad. La Comisión omitió un análisis de la conducta específica y las condiciones fácticas particulares e individualizadas de mi representada que pudieren justificar una evidente intencionalidad para realizar prácticas monopólicas absolutas.**

***Participación de Fresenius en el mercado y el tamaño del mercado afectado***

**La siguiente transcripción, página 533 de su Resolución, último párrafo:**

> ***"El tamaño del mercado afectado corresponde al total de las ganancias obtenidas en las licitaciones de dos mil tres a dos mil seis, es de $1688 (mil seiscientos ochenta y ocho) millones de pesos."***

**En el párrafo trascrito anteriormente, la Comisión omitió fundar y motivar su declaración, violando los artículos 14 y 16 Constitucionales. Mi representada está imposibilitada de comprender el motivo o los argumentos bajo los cuales la Comisión declaró que "El tamaño del mercado afectado corresponde al total de las ganancias obtenidas en las licitaciones... ". El argumento en mención es una mera opinión incorrecta e inoperante para demostrar la supuesta participación de mi representada en el mercado y el tamaño del mercado afectado.**

**De acuerdo al análisis realizado por la Comisión en el presente apartado, ésta circunscribe la extensión del mercado, únicamente a las licitaciones de agua inyectable, cloruro de sodio, cloruro de sodio y glucosa, glucosa y solución Hartmann realizadas por el IMSS. Evidentemente, la Comisión incurre en un grave error. El mercado en el que las licitaciones investigadas tienen cabida, es más amplio. Tiene una mayor extensión conformada por la producción, venta, compra, intercambio y distribución de múltiples medicamentos por parte del sector salud. La Comisión equivocadamente circunscribe la extensión del mercado exclusivamente a los medicamentos licitados por el IMSS en las licitaciones investigadas en el presente procedimiento. Contrario al análisis de la Comisión respecto del mercado, el mercado está determinado por todas las licitaciones de medicamentos que realiza el IMSS, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, así como el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.**

**En un inicio, el mercado investigado era "el mercado de medicamentos" luego, resultó ser que únicamente fue el mercado de insulina y sueros del IMSS; el ISSSTE y el Sector Salud Federal y de los Estados. Finalmente, la parte acusadora se inclinó por definir el mercado como el mercado de insulina y sueros del IMSS. Esto evidentemente vicia las consideraciones que ahora se combaten en virtud de que el mercado no es de igual tamaño y de igual trascendencia si sólo se considera como tal a los sueros e insulina del IMSS. Evidentemente el impacto es mayor que si se considera el mercado de medicamentos o bien el mercado de insulina y sueros del IMSS; el ISSSTE y el Sector Salud Federal y de los Estados. Como se dijo desde la contestación al oficio de probable responsabilidad, la investigación desde un inicio ha sido una pesquisa ilegal, arbitraria y contraria a los derechos fundamentales de las personas. Ahora dicha violación cobra aún mayor trascendencia en perjuicio de mi representada al considerar la afectación "al mercado" como si el mercado fuera sólo las licitaciones del IMSS.**

***Duración de la Práctica***

**El cuadro en mención únicamente arroja un conjunto de cantidades que la Comisión exhibe en una tabla para justificar y representar la duración de la práctica monopólica, omitiendo explicar el método o la forma en que obtuvo dichas cantidades. Ante el hecho de que la Comisión omitió o evadió argumentar las razones que expliquen cuánto duró el ejercicio de la supuesta práctica monopólica absoluta de Fresenius, mi representada se encuentra en un estado total de indefensión e inseguridad jurídica. Mi representada no puede comprobar la obtención de las cantidades (pesos) exhibidas por la Comisión, por lo que se encuentra en un estado de indefensión, no pudiendo objetar la tabla ni las cantidades mencionadas.**

**Derivado del vago e impreciso análisis que la Comisión hace respecto de los elementos necesarios para cuantificar e imponer una multa, la imposición de la multa a mi representada es contraria a derecho e implica un acto de arbitrariedad, puesto que la Comisión no fundamentó o individualizó la sanción impuesta. La Comisión no precisó debidamente la intencionalidad, la gravedad de la infracción, el daño causado, la participación de mi representada, el tamaño del mercado afectado ni la duración de la práctica. Ésta no se ocupó de individualizar correctamente la sanción impuesta a mi representada.**

**La resolución dictada por la Comisión ha provocado la indefensión de Fresenius ante la imposibilidad de plantear argumentos adecuados y eficaces para controvertir el fondo de la sanción. La indefensión deriva precisamente en las omisiones de la Comisión ya apuntadas, así como en la falta de estudio de los argumentos y en la superficialidad de su análisis.**

**II. Multa impuesta**

**La Comisión declaró en su resolución la imposición de multas del mismo monto o cuantía para todos los recurrentes o supuestos "infractores", omitiendo individualizar las multas para cada agente económico según sus circunstancias económicas y particulares. La Comisión se limitó a exponer razones y argumentos generales y repetitivos para todos los agentes económicos, cuando debió individualizar cada multa en razón de las circunstancias particulares de cada empresa.**

***Cuantificación de la multa***

**(i) la Comisión declaró que se realizaron prácticas monopólicas exclusivamente del año dos mil tres hasta dos mil seis. (ii) La Ley aplicable es la LFCE que se encontrara vigente del año dos mil tres hasta antes del dos mil seis. (iii) La sanción debe ser impuesta conforme a LFCE aplicable al momento en que suponiendo sin conceder, mi representada cometió la práctica monopólica absoluta. (iv) Por lo tanto, la sanción debió cuantificarse conforme al salario mínimo general vigente al momento en que se actualizaron las prácticas monopólicas.**

**En el presente caso, la Comisión fijó la multa conforme al salario mínimo vigente del año dos mil diez.**

**Arbitrariamente impuso la multa máxima que es de 375 000 veces, conforme a la LFCE vigente, (antes de las Reformas a la LFCE en dos mil seis) durante los años en que la Comisión determinó que existieron prácticas monopólicas, multiplicándolo por el salario mínimo general actual de $57.46. Cálculo que a continuación se detalla: 375 000 veces * $57.46 = $21, 547,500.00 M.N.**

**La Comisión cometió un grave error puesto que, suponiendo sin conceder que mi representada hubiere realizado "prácticas monopólicas absolutas" durante el período del año dos mil tres hasta dos mil seis, la Comisión debió haber calculado la multa conforme al salario mínimo general vigente y propio del año o momento en que se cometió la conducta sancionada.**

**La autoridad que cuantifique una multa a razón del equivalente al salario mínimo diario vigente, debe hacerlo conforme al salario vigente al momento de cometer la infracción o de ocurrir los hechos.**

**III. Conducta sancionada**

**La Comisión declaró a Fresenius como responsable de cometer "prácticas monopólicas absolutas", sin puntualizar a que licitaciones públicas se refiere en específico. Es decir, no puntualizó en que licitaciones públicas en específico se actualizó dicha conducta monopólica absoluta por parte de mi representada.**

**Según se desprende de la Resolución, la Comisión investigó, evaluó y sancionó la conducta de Fresenius como si se tratara de una acción prolongada en el tiempo o continuada.**

**Con base en lo anterior, la Comisión debió resolver y emitir su juicio respecto de cada licitación, en particular, investigada. Por el contrario, la Comisión considera a las licitaciones públicas investigadas como un todo o una unidad, aún cuando éstas fueron de medicamentos distintos y se suscitaron en tiempo diferente.**

Los argumentos expresados por Manuel Vázquez Blanco en el inciso **o)** anterior, resultan **inoperantes**, toda vez que los mismos son argumentos que se refieren o hacen defensas a favor del agente económico Fresenius. Cabe señalar que estos mismos argumentos fueron expuestos por Fresenius en su escrito de recurso de reconsideración y fueron debidamente atendidos y contestados en la sección 5 de sanciones.

De igual forma, Manuel Vázquez Blanco omite expresar en su recurso a esta autoridad los argumentos por los cuales le causa perjuicio en lo personal la resolución de veintiocho de enero del presente año, en particular haciendo referencia al punto décimo tercero de su recurso, el cual contiene los argumentos por los que Fresenius se inconforma ante tal resolución, mismos que son vertidos por Manuel Vázquez Blanco cuando actúa por su propio derecho, por lo que al ser éstos expresados a favor de la persona moral para quien laboraba, no pueden ser tomados en cuenta, dada la calidad con la cual promueve ante la Comisión.

Por lo anterior, el hecho de expresar agravios que no le causan agravio personal y directo dado que se refieren a la persona jurídica referida en párrafos anteriores, eliminan por esa sola circunstancia la valoración que esta autoridad pueda hacer de ellos, dado que a quien le causan tal afectación es a Fresenius y no a Manuel Vázquez Blanco, quien de acuerdo a su recurso de reconsideración promueve por su propio derecho. Es por ello que no basta ser formalmente parte dentro del procedimiento en que se actúa, para estar ya en aptitud de interponer dentro de su recurso de reconsideración agravios por cuenta de un agente económico diverso (si no tiene las facultades conferidas para representarlo en este procedimiento). El artículo 39 de la LFCE expresa que:

> ***"Artículo 39.- Contra las resoluciones dictadas por la Comisión con fundamento en esta ley, se podrá imponer, ante la propia Comisión, recurso de reconsideración, dentro del plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de tales resoluciones.***

***El recurso tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada y los fallos que se dicten contendrán la fijación del acto impugnado, los fundamentos legales en que se apoye y los puntos de resolución. El reglamento de la presente ley establecerá los términos y demás requisitos para la tramitación y sustanciación del recurso.***

***L interposición del recurso se hará mediante escrito dirigido al Presidente de la Comisión en el que se deberá expresar el nombre y domicilio del recurrente así como los agravios, acompañándose los elementos de prueba que se consideren necesarios, así como las constancias que acrediten la personalidad del promovente."***

De lo dispuesto por el artículo citado, debe resaltarse que la promoción del recurso de reconsideración ante la Comisión debe hacerlo aquella persona, ya sea jurídica o física a quien le afecte el acto que se impugna, para lo cual entre los requisitos de su escrito deberá expresar su nombre y los agravios que se contravienen a través de éste. Es así que queda claramente expuesto que únicamente puede promover aquella persona a quien le cause perjuicio el acto emitido por la Comisión, siendo incorrectas e invalidas las manifestaciones hechas por quien no sufre ese daño o perjuicio, entonces cualquier dicho expresado por persona no afectada por el acto de autoridad no puede ser tomado en cuenta.

Es por ello, que los agravios expresados por Manuel Vázquez Blanco por su propio derecho, pero a favor de Fresenius, son **inoperantes** porque lo que se reclama del acto de autoridad no le causa perjuicio en su esfera jurídica, ya que las afectaciones deben ser susceptibles de apreciarse en forma objetiva para que puedan constituir un perjuicio, teniendo en cuenta que el interés jurídico debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse de forma equivocada o favor de otros (Fresenius). De modo que la naturaleza intrínseca de ese acto que se impugna es la que determina el perjuicio o afectación en la esfera normativa del particular, sin que pueda hablarse de agravio cuando los daños o perjuicios que una persona pueda sufrir, no afecten real y efectivamente sus derechos protegidos.

**FRESENIUS**

**p) Es necesario que se acredite de manera fehaciente, que incurrí en la conducta descrita por el artículo 35, fracción VII, de la LFCE vigente hasta el año dos mil seis. Esta disposición requiere que se acredite mediante pruebas directas que la persona física a quien se le imponga la sanción fue la participó en la realización de la supuesta práctica monopólica.**

**Lo que debe quedar probado es que haya sido precisamente el suscrito, y no cualquier otro empleado, mandatario, fedatario, factor, dependiente o representante de Fresenius, quien participó directamente en la realización de esa supuesta práctica por cuenta de la primera.**

**q) Violación a los artículos 21 y 36 de la Ley Federal de Competencia Económica por una indebida motivación y fundamentación de los elementos para individualizar y fijar una multa.**

**Esta Comisión omitió requerir en tiempo y forma los elementos para la individualización de la multa en mi perjuicio. Dicho requerimiento de información fue hecho en la misma resolución que se sanciona, ya cerrada la etapa de investigación. El suscrito sólo cumplí con dicha orden por temor a la amenaza de multa. Sin embargo, deberá considerarse que el Pleno ya no tiene facultades para sancionarme.**

**Sin embargo, el Pleno no consideró que el suscrito no tuve intervención en la CANIFARMA sino hasta el año de dos mil cinco. Esto viola la individualización de mi responsabilidad en virtud de que el Pleno consideró como si yo hubiese participado desde el 2003. Lo mismo se desprende del análisis de llamadas en el que se argumentan llamadas a mi teléfono, pero no existen evidencias de que yo hubiera**

**Evidentemente se trata de mi extensión o de la de mi asistente o bien del conmutador. Sin embargo, no hay prueba alguna de que yo, o bien otra persona hubiera tomado la llamada. Esto es una presunción temeraria del Pleno de la Comisión en virtud de que no se encuentra vinculada con otro elemento probatorio. Por lo tanto también deberá considerarse ilegal.**

**La sanción que se pretende aplicar en perjuicio del suscrito con motivo de la resolución dictada dentro del expediente I0-003-2006, resulta completamente ilegal en virtud de que esa Comisión fue incapaz de acreditar a través de los medios de prueba idóneos, suficientes, y directamente relacionados con las conductas que se me imputan, que participé de manera directa en la supuesta "comisión de prácticas monopólicas absolutas consistentes en contratos, convenios arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí cuyo objeto o efecto es la participación directa en el establecimiento, concentración y coordinación de las posturas en las limitaciones públicas del IMSS tratándose de agua inyectable... cloruro de sodio... cloruro de sodio y glucosa... y solución Hartmann"; todo lo anterior, en supuesto nombre y por cuenta o en representación de Fresenius Kabi México, S.A. de C.V. (en lo sucesivo "Fresenius").**

**Desde esta perspectiva, para que la sanción que se le pretende imponer al suscrito hubiera resultado legalmente procedente, es necesario que se acredite de manera fehaciente, que incurrí en la conducta descrita por el Artículo 35 fracción VII de la Ley Federal de Competencia Económica vigente hasta el año de 2006, ya que siguiendo el principio de aplicación estricta de la Ley, cuando se trata de aplicar sanciones en perjuicio de los gobernados, es necesario que todos y cada uno de**

**los elementos del tipo estén Presentes ya que, de lo contrario, la resolución que por esta vía se combate deberá revocarse ; máxime cuando en la especie nunca se acreditó que el suscrito Manuel Vázquez Blanco haya participado de manera DIRECTA (como establece el dispositivo normativo) en la comisión de los hechos que se me imputan.**

**En este contexto, para que el suscrito pueda ser sancionado por esa Comisión bajo los parámetros del artículo y fracción se requiere esencialmente que concurran dos situaciones diversas; la primera que una persona moral haya incurrido en prácticas monopólicas absolutas o en concentraciones prohibidas (cuestión que hasta la fecha no tiene el carácter de cosa juzgada)) y, en segundo lugar, que el imputado haya participado de manera DIRECTA en dichos actos y que lo haya hecho en representación o por cuenta y orden de la persona moral infractora.**

**Así es, porque la resolución recurrida presume en forma por demás abusiva e ilegal, que el suscrito tuvo una intervención directa en la realización de la práctica monopólica que se le atribuye a Fresenius sin que esa presunción esté construida correctamente, porque las conclusiones a las que arriba la Comisión no son categóricas, apreciándose que la Comisión recurre a un artilugio ilegal incapaz de producir o recolectar cualquier elemento de prueba que demuestre que, efectivamente, en las reuniones de la CANIFARMA o en las llamadas a las que alude en su resolución, el suscrito haya concertado con otros miembros del supuesto cartel, los precios o las posturas económicas con las que habrían de competir en futuras licitaciones públicas convocadas por el IMSS; ni tampoco pudo acreditar que, efectivamente, uno de los puntos a tratar dentro de dichas reuniones hubiera sido el establecimiento de precios por parte de los miembros del supuesto cartel; de ahí que la probanza a la que nos hemos venido refiriendo es insuficiente e inoperante para acreditar los extremos que requiere la fracción VII del Artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica para ser aplicable en perjuicio del suscrito recurrente.**

**En este contexto, es por demás evidente que de las reuniones de la Comisión de Abasto al Sector Público de la CANIFARMA o de las llamadas telefónicas que se me atribuyen, no puede derivarse la convicción inequívoca de que Manuel Vázquez Blanco participó directamente en la supuesta concertación de "contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto es el establecimiento, concentración y coordinación de posturas en las licitaciones públicas del IMSS", porque el contenido de esas reuniones y llamadas nunca se ha discutido ni ha formado parte de la litis, sino que la Comisión pretende construir una presunción con dichos hechos, que se relaciona con la supuesta existencia de una práctica monopólica, pero no con la participación directa del suscrito en la misma.**

**Por otro lado, haciendo referencia a las llamadas telefónicas sostenidas por el suscrito, cuyo contenido es hasta ahora desconocido para efectos de la litis, vale la pena señalar que las mismas, incluso adminiculadas con otras pruebas, resultan completamente carentes de valor probatorio en relación con los alcances que esa Comisión pretendió darle dentro de la resolución que por esta vía se impugna. Efectivamente, esa autoridad señala dentro del acto recurrido que soy responsable de haber participado de manera DIRECTA a nombre y por cuenta de mi empleador en conductas que supuestamente constituyen prácticas monopólicas absolutas e intenta motivar dicha determinación no en el conocimiento cierto de qué fue lo que se discutió en tal o cual reunión o en tal o cual llamada, sino en que las mismas constituyen canales de comunicación, para de ahí pasar a la conclusión que fui yo el involucrado directamente porque ostento el cargo de Director General y porque cuento facultades para ello, lo que a juicio de la Comisión es suficiente para acreditar los extremos de la otrora vigente fracción VII del Artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica. Sin embargo, dicha consideración no solo es inoperante sino que, además, resulta completamente infundada, porque la hipótesis jurídica del artículo citado requiere pruebas directas.**

**Lo anteriormente señalado es así, desde el momento mismo en que esa H. Comisión fue incapaz de acreditar durante el periodo de investigación que las reuniones o las llamadas en cuestión hayan tenido los fines que ahora pretende atribuirles; de ahí que si no existe la certeza de que, efectivamente, Manuel Vázquez Blanco tuvo una participación directa en la práctica monopólica que se le atribuye a Fresenius, entonces no se me puede sancionar como lo pretende esa Autoridad.**

**La resolución recurrida declara que el suscrito, Manuel Vázquez Blanco, es responsable de participar directamente en la realización de una práctica monopólica absoluta, en representación o por cuenta y orden de una persona moral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35, fracción VI de la Ley Federal de Competencia Económica vigente hasta el 28 de junio de 2006, por lo cual se me impone multa que de manera por demás ilegal no fue cuantificada en la misma**

**En efecto, la existencia de canales de comunicación entre los supuestos miembros del cártel, puede dar lugar, en conjunto con otros hechos probados, a presumir la existencia de una práctica monopólica. Sin embargo, de ninguna manera puede presumirse a partir de la existencia de los mismos, que el suscrito fue el participante directo en la realización de tal práctica, pues la empresa para la cual presto mis servicios, tiene cientos de empleados, lo que da lugar a concluir que dicha sociedad pudo actuar por conducto de cualesquiera de sus mandatarios, factores o dependientes y sin la intervención del suscrito, lo que en la especie constituye una presunción humana que se contradice con la que alega esa Comisión, y que no tiene mayor**

**sustento que la existencia de esos canales de comunicación y el hecho de que está acreditada mi participación en reuniones y llamadas telefónicas, cuyo contenido se desconoce.**

**En conclusión, la presunción en que la Comisión pretende fundarse para acreditar mi supuesta participación directa en una supuesta práctica monopólica, no se basa en sus conclusiones categóricas que no den lugar a dudas, y en el caso concreto, tampoco me corresponde a mi probar en contra de dicha presunción, puesto que los hechos que las destruyen son negativos y se hacen consistir precisamente en la circunstancia ya muchas veces repetida, de que he negado los hechos relativos.**

**En el caso que nos ocupa, la resolución recurrida establece que el suscrito es responsable de intervenir directamente en la realización de una práctica monopólica absoluta en representación o en nombre y por cuenta de Fresenius, para lo cual textualmente me impone una multa que de acuerdo con el fundamento invocado por la Comisión, puede ser hasta de 7,500 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal. Sin embargo, la resolución es omisa en cuantificar la multa y recurre al artilugio de posponer dicha cuantificación para una fecha también incierta, pero que se hace depender de que el suscrito presente información relativa a mi capacidad económica. Esto es, que bajo el pretexto de que no se cuenta con información relativa la capacidad con que cuento para hacer frente a la multa en tal o cual cantidad, esa Comisión pospone una parte fundamental de la resolución, sin que exista fundamento alguno que la autorice a proceder de tal manera.**

**Si la propia Comisión consideró no contar con elementos suficientes para cuantificar la multa, debió, en todo caso, cuantificar la multa (previo a la emisión de la resolución) sin que sea óbice que al momento de la emisión del oficio por virtud del cual se impuso la multa, todavía no se contaba con dicha información, con lo anterior, se busca evitar imponer una multa en varios actos diferentes, como ilegalmente lo pretende hacer esa autoridad.**

**Como es evidente, la resolución de la controversia contenida en el expediente IO-03-2006, debe de dictarse precisamente dentro del término de 40 días a que se refiere la fracción VI del artículo invocado de la LFCE, no siendo válido que se posponga la cuantificación de la multa, no solo porque no hay fundamento que permita tal dilación, sino porque esa Comisión tuvo la oportunidad, desde el inicio de la investigación y durante todo el curso del procedimiento, para solicitarme información relativa a mi capacidad económica.**

**En ese orden de ideas y dado que la cuantificación de la multa es parte de la resolución definitiva que debe dictarse en el expediente de mérito, esa H. Comisión perdió la**

**potestad o la facultad de cuantificarla desde el momento en que transcurrieron más de 40 días desde que concluyó el plazo para formular alegatos.**

**El artículo 33 de la LFCE dispone que tratándose de procedimientos en forma de juicio llevados a cabo con el objeto de sancionar la realización de prácticas monopólicas, la resolución debe dictarse en plazo cierto de 40 días después de que haya fenecido el plazo concedido para formular alegatos. La inobservancia de esta obligación, que se verifica a partir del hecho de que la Comisión no cuantificó la multa en la resolución recurrida, debe tener y tiene consecuencias, que se traducen precisamente en la pérdida de la potestad sancionadora, puesto que se trata de un procedimiento iniciado de oficio, en el que la administración tiene el impulso procesal, por lo que con mayor razón, su negligencia no puede ser premiada con la posibilidad de resolver en tramos o en dos partes como se hace o pretende hacer en el caso concreto, ya que se vería burlado el objetivo de la ley, que consiste en otorgar seguridad jurídica obligando a la autoridad a dictar resolución en un plazo cierto).**

**En ese sentido, la interpretación de que la autoridad puede dividir el dictado de la resolución y omitir cuantificar la multa, para después hacerlo en una resolución distinta, dictada fuera de los plazos legales, rompe con los principios y garantías de seguridad jurídica y celeridad de justicia, ya que como es lógico, la resolución de procedimientos sancionadores fuera de los plazos legales implica burlar éstos en detrimento precisamente de dicho principios**

Es de resaltarse que los argumentos de los incisos **p)** y **q)** expresados por el representante legal de Fresenius en el recurso de reconsideración resultan **inoperantes**, toda vez que los mismos son argumentos que se refieren o hacen defensas a favor de la persona física (Manuel Vázquez Blanco), siendo que del mismo escrito se desprende que fue promovido en nombre y representación de la persona jurídica, por lo que dichos argumentos no pueden ser tomados en cuenta.

De igual forma, represente legal de Fresenius omite expresar a esta autoridad los argumentos por los cuales le causa perjuicio a su representada la resolución de veintiocho de enero del presente año, en particular haciendo referencia al punto décimo quinto de su recurso, el cual contiene los argumentos por los que Manuel Vázquez Blanco se inconforma ante tal resolución, mismos que son vertidos por el representante legal de Fresenius, por lo que al ser éstos expresados a favor de la persona física, no pueden ser tomados en cuenta, dada la calidad con la cual promueve ante la Comisión.

Por lo anterior, el hecho de expresar agravios que no le causan agravio personal y directo a su representada, dado que se refieren a la persona física (Manuel Vázquez Blanco), eliminan por esa sola circunstancia la valoración que esta autoridad pueda hacer de ellos, dado que a quien

le causan tal afectación es a Manuel Vázquez Blanco en lo personal y no a Fresenius, toda vez que quien promueve es su representante legal. Es por ello que no basta ser formalmente parte dentro del procedimiento en que se actúa, para estar ya en aptitud de interponer dentro de su recurso de reconsideración agravios por cuenta de un agente económico diverso (si no tiene las facultades conferidas para representarlo en este procedimiento). El artículo 39 de la LFCE expresa que:

> "***Artículo 39.- Contra las resoluciones dictadas por la Comisión con fundamento en esta ley, se podrá imponer, ante la propia Comisión, recurso de reconsideración, dentro del plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de tales resoluciones.***
>
> ***El recurso tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada y los fallos que se dicten contendrán la fijación del acto impugnado, los fundamentos legales en que se apoye y los puntos de resolución. El reglamento de la presente ley establecerá los términos y demás requisitos para la tramitación y sustanciación del recurso.***
>
> ***L interposición del recurso se hará mediante escrito dirigido al Presidente de la Comisión en el que se deberá expresar el nombre y domicilio del recurrente así como los agravios, acompañándose los elementos de prueba que se consideren necesarios, así como las constancias que acrediten la personalidad del promovente.***"

De lo dispuesto por el artículo citado, debe resaltarse que la promoción del recurso de reconsideración ante la Comisión debe hacerlo aquella persona, ya sea jurídica o física a quien le afecte el acto que se impugna, para lo cual entre los requisitos de su escrito deberá expresar su nombre y los agravios que se contravienen a través de éste. Es así, que queda claramente expuesto que únicamente puede promover aquella persona a quien le cause perjuicio el acto emitido por la Comisión, siendo incorrecto e invalidas las manifestaciones ellas por quien no sufre ese daño o perjuicio, entonces cualquier dicho expresado por persona no afectada por el acto de autoridad no puede ser tomado en cuenta.

Es por ello, que los agravios expresados por el representante legal de Fresenius, pero a favor de Manuel Vázquez Blanco son inoperantes porque lo que se reclama del acto de autoridad no le causa perjuicio en su esfera jurídica, ya que las afectaciones deben ser susceptibles de apreciarse en forma objetiva para que puedan constituir un perjuicio, teniendo en cuenta que el interés jurídico debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse de forma equivocada o favor de otros (Manuel Vázquez Blanco). De modo que la naturaleza intrínseca de ese acto que se impugna es la que determina el perjuicio o afectación en la esfera normativa del particular, sin que pueda hablarse d se agravio cuando los daños o perjuicios que una persona pueda sufrir, no afecten real y efectivamente sus derechos protegidos.

**CUARTA.-** En cumplimiento a la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN, se procede al análisis del argumento que motivó la concesión del amparo a Eli Lilly, al tenor de lo señalado por la Segunda Sala de la SCJN, quien ordenó lo siguiente: "*en segundo lugar, se ocupe respecto del argumento relativo,*

*considerando que el salario mínimo que deberá tomar en cuenta para la cuantificación de la multa impuesta, es el correspondiente a la fecha de la consumación de la práctica monopólica absoluta, considerando además, que al estar demostrada la conducta colusoria de manera continuada, la cual inició en dos mil tres y culminó en septiembre dos mil seis,* ***es el salario mínimo vigente en el último año (dos mil seis), el que deberá tomar como base para la cuantificación de la sanción*** [énfasis añadido]."[371]

En consecuencia, a continuación se señala el agravio vertido por Eli Lilly en su escrito de recurso de reconsideración relativo al salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (en adelante, "SMGVDF") que la extinta CFC utilizó como base para el cálculo de la multa impuesta, así como el análisis que esta COFECE desarrolla para el mismo:

> **La determinación de la Comisión resulta ilegal ya que, si a decir de ella misma, al realizar su análisis respecto a la duración de la práctica que esta lo fue de "*dos mil tres a dos mil cinco es un cálculo conservador para definir la duración de la práctica.*" ¿Cómo es que toma como referencia para imponer la sanción económica el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, que es de $57.46 ( cincuenta y siete pesos 46/100 M.N.), cuando la supuesta práctica lo fue hasta el dos mil cinco?**

Al respecto, en la resolución recurrida, una vez que se analizaron los elementos correspondientes a la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica, la reincidencia o los antecedentes del infractor, así como su capacidad económica, la CFC determinó lo siguiente:[372]

> "*Por lo anterior, una vez considerados la totalidad de los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE y que el daño por parte de Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V. al erario público superó los 95.6 (noventa y cinco punto seis) millones de pesos, con fundamento en la fracción IV del artículo 35 de la LFCE, se le impone la multa máxima prevista en dicho precepto normativo, esto es, una multa por la cantidad de* ***$21'547,500.00 M.N. (veintiún millones quinientos cuarenta y siete mil quinientos pesos),*** *equivalente a trescientas setenta y cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez, que es de $57.46 (cincuenta y siete pesos 46/100 M.N.)*[373] *la cual corresponde al 1.12% (uno punto doce por ciento) del total de sus activos para el año dos mil cinco*".[374]

La Segunda Sala de la SCJN en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN determinó que en la resolución recurrida se calculó el monto de la sanción con base en el SMGVDF al momento de su emisión, esto

---

[371] Página 282 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

[372] Se enfatiza que la Segunda Sala de la SCJN determinó que dichos elementos fueron debidamente analizados en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez: "[…] *no asiste la razón a la quejosa, primero, porque la autoridad responsable no llevó a cabo un análisis erróneo de los agravios planteados en la reconsideración respecto de la sanción impuesta; y, segundo, porque la autoridad sí razonó en forma debida los elementos que describe el artículo 36, de la Ley Federal de Competencia Económica, para imposición de sanciones*"; visible a página 270 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

[373] De acuerdo con 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 2010, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de diciembre de dos mil nueve.

[374] Página 512 de la resolución emitida por el Pleno de la CFC en el expediente IO-003-2006.

es, en el año dos mil diez, y no con base en el SMGVDF al momento de la comisión de la práctica monopólica absoluta sancionada.

La Segunda Sala de la SCJN en el AMPARO EN REVISIÓN consideró que el salario mínimo aplicable es el vigente al momento de la consumación de la práctica monopólica absoluta, por lo que se debe entender que el SMGVDF vigente a que se refiere el artículo 35, fracción IV de la LFCE es el que corresponde al momento en que se cometió la conducta ilegal.

La Segunda Sala de la SCJN en el AMPARO EN REVISIÓN determinó en el presente caso, que la práctica monopólica absoluta cometida por Eli Lilly fue continuada hasta el año dos mil seis, por lo que el SMGVDF que debió utilizarse para el cálculo de la sanción en la resolución recurrida es el correspondiente a dicho año.[375]

Así, en cumplimiento a la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN de la Segunda Sala de la SCJN declaró **fundado** el agravio hecho valer por Eli Lilly, por lo cual, con fundamento en el artículo 39 de la LFCE, **se modifica** la resolución dictada por el Pleno de la CFC el veintiocho de enero de dos mil diez, en el expediente IO-003-2006 a efecto de determinar el monto de la sanción impuesta, tomando como base para su cálculo el SMGVDF para el año dos mil seis, equivalente a la cantidad de $48.67 (cuarenta y ocho pesos 67/100 M.N.).[376]

De esta forma debe quedar la siguiente consideración:

> "*Por lo anterior, una vez considerados la totalidad de los elementos previstos en el artículo 36 de la LFCE y que el daño por parte de Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V. al erario público superó los 95.6 (noventa y cinco punto seis) millones de pesos, con fundamento en la fracción IV del artículo 35 de la LFCE, se le impone la multa máxima prevista en dicho precepto normativo, esto es,* ***$18,251,250.00 (dieciocho millones doscientos cincuenta y un mil doscientos cincuenta pesos 00/100 M.N.)****, equivalente a trescientas setenta y cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil seis, que es de $48.67 (cuarenta y ocho pesos 67/100 M.N.),*[377] *la cual corresponde al .95% (punto noventa y cinco por ciento) del total de sus activos para el año dos mil cinco.*"

---

[375] En La foja 282 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN se señaló: "[…] *se ocupe respecto del argumento relativo,* ***considerando que el salario mínimo que deberá tomar en cuenta para la cuantificación de la multa impuesta, es el correspondiente a la fecha de la consumación de la práctica monopólica absoluta,*** *considerando además, que al estar demostrada la conducta colusoria de manera continuada, la cual inició en dos mil tres y culminó en septiembre dos mil seis,* ***es el salario mínimo vigente en el último año (dos mil seis), el que deberá tomar como base para la cuantificación de la sanción*** […][énfasis añadido]."

[376] De conformidad con lo establecido en 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 2006*" publicada en el DOF el veintiséis de diciembre de dos mil cinco.

[377] De conformidad con lo establecido en 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 2006*" publicada en el DOF el veintiséis de diciembre de dos mil cinco.

Lo anterior implica que **se modifica** el resolutivo "**QUINTO**" de la resolución dictada por el Pleno de la CFC el veintiocho de enero de dos mil diez, en el expediente IO-003-2006, para quedar como sigue:

> "**QUINTO.**- *Con fundamento en los artículos 35, fracción IV, y 36 de la LFCE se impone una multa a Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V. por la cantidad de $18,251,250.00 (dieciocho millones doscientos cincuenta y un mil doscientos cincuenta pesos 00/100 M.N.)*".

**QUINTA.-** En cumplimiento a lo señalado por la Segunda Sala de la SCJN en el AMPARO EN REVISIÓN, se procede al estudio de los agravios expuestos por Eduardo Osorio Traconis en el recurso de reconsideración RA-022-2010, así como en su escrito de veinte de abril de dos mil diez, presentado en alcance a su escrito de recurso de reconsideración RA-022-2010, a la luz de los lineamientos emitidos en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

En este sentido, la Segunda Sala de la SCJN consideró en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN que Eduardo Osorio Traconis señaló como conceptos de violación en el amparo, entre otros, los siguientes:

> "*17. Que la resolución reclamada es inconstitucional por cuanto finca responsabilidad e impone multa a Eduardo Osario Traconis, cuando ni siquiera acreditó que hubiera participado directa o indirectamente en la fijación de las posturas y porque quedó demostrado que no tenía facultades para determinar el precio en las licitaciones en las que participaba Eli Lilly Y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable, según se expuso y demostró en otros conceptos de violación, pues reitera, el hecho de que haya asistido a las juntas de la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica, no acredita la práctica monopólica, además de que dejó de laborar en el laboratorio desde dos mil cuatro; empero, a pesar de esas circunstancias le impone multa, sin considerar los requisitos que establece el artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica, los cuales ni consideró, ni acreditó en la resolución reclamada, pues la responsable expresa cuestiones inherentes a la persona moral en donde el quejoso prestó sus servicios, de ahí la ilegalidad de la determinación.*
>
> *18. Relacionado con lo anterior, la persona física quejosa aduce que los actos reclamados son violatorios de garantías porque la autoridad no observó los extremos que exige el artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica; que lo anterior es así, ya que por lo que hace a la gravedad de la infracción lejos de analizar ese aspecto lo que hizo fue establecer que se trata de una gravedad alta, cuando la Ley ni siquiera establece parámetros para medir el tamaño de la gravedad; además de que la descripción de la supuesta conducta cometida tampoco acredita la gravedad de la infracción y, mucho menos, que sea alta, aunado a que como ya se argumentó, no se acreditó que Eduardo Osorio Traconis actuara por cuenta y orden de Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable, y nunca tuvo injerencia para determinar precios en licitaciones.*
>
> *Asimismo, jamás realizó un análisis pormenorizado sobre el supuesto daño causado al erario federal, ni a cuanto ascendió éste, ni cómo influye en los planes y programas del sector salud, y el hecho de que la Ley sea de orden público e interés social, tampoco es un elemento que pueda reconocerse como parte de la conducta imputada al quejoso y de ahí derivar la gravedad de la infracción, esto es, el hecho de que ese ordenamiento sea de orden público e interés social no implica que las conductas imputadas deban calificarse como de gravedad alta. Lo que demuestra que la autoridad responsable no explicó los pormenores de por qué califica la conducta como de gravedad alta, pues las afirmaciones que llevó a cabo*

*no cumplen los extremos que exige el artículo 36 de la Ley, lo que además trató de remediar como una referencia a lo dispuesto en el artículo 28 constitucional.*

*Por lo que hace al daño causado a que se refiere el artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica, la autoridad responsable mediante una tabla y una supuesta explicación pretende acreditar éste; así, se refiere a las ganancias que obtuvo Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable, más no a las ganancias que obtuvo Eduardo Osorio Traconis, como si las ganancias de la primera repercutieran en el segundo, lo que no es correcto. Además, el análisis carece de la debida motivación, en virtud de que utiliza supuestas cantidades y porcentajes sin precisar a cuáles se refiere, por ejemplo, cuando se refiere a "las ganancias extraordinarias se estimaron como el importe adicional que obtuvo Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable", sin embargo, no hace referencia de cuál es ese importe adicional al que se refiere; también alude a unos supuestos factores de mayor competencia, empero, no precisa a qué factores quiso aludir. De igual forma cita un supuesto porcentaje de cambio en las posturas pero no precisa a qué porcentaje se refiere ni de cuanto es éste; lo mismo ocurre con un porcentaje de disminución de costos y de un importe ganado, pero no aclara cuál es ese porcentaje de disminución de costos ni el supuesto importe ganado, cuestiones de las cuales no tienen nada que ver Eduardo Osorio Traconis, por lo que ese análisis no le es aplicable, de ahí que el acto reclamado carezca de fundamentación y motivación. Aún más no explica lo que es un daño y cómo fue que en el caso éste se causó o como puede imputarlo a Eduardo Osorio Traconis, lo que coloca a éste en un estado de indefensión, porque no precisa cantidades, porcentajes, ni el análisis completo en el que se basó para arribar a un supuesto cobro del noventa y cinco punto seis que no cobró dicha persona física, que no lo obtuvo.*

*Respecto a los indicios de intencionalidad, esa exigencia del artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica, tampoco se acreditó, ya que primero es falso que Eduardo Osorio Traconis tuviera facultades para determinar el precio que se ofertaría en las licitaciones públicas, además de que indebidamente indica que la conducta no se hubiera materializado si esa persona no hubiera tenido la intención, pero no advierte que se trataba de un empleado, por lo que no hay manera de tener por existente una intención o un interés; y por lo que hace a los canales de comunicación estos tampoco acreditan una intención y, mucho menos, una conducta, sobre todo porque la existencia de las supuestas llamadas es falsa y porque cuando éstas tuvieron lugar, ocurrió en licitaciones en las que no participó Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable.*

*Asimismo expone que la autoridad responsable considera que la sola coordinación de posturas implica que no pudo haber tenido lugar si no existiese intencionalidad, sin embargo, sino se acreditó la comisión de la práctica monopólica absoluta, menos puede tenerse por acreditada la intencionalidad; aunado a que Eduardo Osorio Traconis dejó de prestar sus servicios en la empresa desde dos mil cuatro, por lo que resulta absurdo que con las pruebas que refiere la autoridad, por ejemplo, las relativas a Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica, desprenda la intención en la realización de una conducta; máxime, insiste, en que no tenía facultades para determinar precios, no recibió las llamadas telefónicas que se le atribuyen, ni participó en las licitaciones realizadas en la fecha en que tuvieron lugar esas llamadas.*

*En el rubro de participación en el mercado y tamaño del mercado afectado, se aprecia que la autoridad responsable para tener por actualizado ese supuesto afirmó que la participación directa de Eduardo Osorio Traconis consistió en haber fungido como vocal de la Comisión de Abasto del Sector Público de la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica en dos mil cuatro y que existe evidencia de que en ese año y en febrero de dos mil cinco asistió a reuniones de dicha Comisión, lo que demuestra lo absurdo de la conclusión de la autoridad responsable y la violación a los derechos fundamentales del quejoso, porque es claro que el artículo 36 de la Ley, se refiere a la participación del infractor en el mercado investigado*

*y éste correspondió a las licitaciones públicas convocadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social y no por la Comisión de Abasto, lo que evidencia la carencia de análisis del acto reclamado, por lo que el quejoso reitera los argumentos ya aducidos, relativos a las llamadas telefónicas de que se trata, su asistencia a la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica y sus facultades como empleado de Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable.*

*Máxime que es ilegal que pretenda medir el tamaño del mercado afectado con las supuestas ganancias obtenidas en las licitaciones celebradas de dos mil tres a dos mil seis, cuando la propia autoridad estableció que la práctica monopólica tuvo lugar de dos mil tres a dos mil cinco, por lo que resulta inexplicable que tome como referencia para las ganancias lo ocurrido hasta dos mil seis.*

*En relación con la duración de la práctica monopólica el análisis es ilegal, y en este sentido la persona física quejosa reitera las razones por las cuales afirma que no existe responsabilidad de su parte, derivadas de la razón consistente en que no tenía facultades para fijar precio alguno, según lo razonó en otros conceptos de violación, los que en este apartado reitera, para subrayar que la función de Director de Ventas a Gobierno se creó en el laboratorio quejoso con posterioridad a su salida de la empresa, lo que quedó acreditado en autos; aunado a que también se demostró que no existía ninguna persona que en específico se encargara de determinar precios en licitaciones públicas, lo que no fue debidamente valorado por la autoridad responsable y, por el contrario, la información proporcionada al respecto la tergiversó; e indudablemente soslayó la evidencia existente en el expediente que demuestran cuáles eran las atribuciones de Eduardo Osorio Traconis en el laboratorio quejoso, de ahí que carezca de ilegalidad la referencia que respecto de la duración de la práctica, formulara la autoridad responsable.*

*Por último, argumenta que la resolución reclamada es ilegal porque tomó como referencia para imponer la sanción económica el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal para dos mil diez que es de $57.46 (cincuenta y siete pesos 46/100 moneda nacional), cuando la supuesta comisión de la práctica lo fue hasta dos mil cinco, de ahí la incongruencia e ilegalidad de la determinación; máxime que la autoridad responsable indicó que el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica, no deja lugar a dudas de que el cálculo de las multas se hace conforme al salario mínimo general vigente al momento de imponerse, cuando de la lectura a esa norma, no se advierte tal claridad, ya que el que diga "vigente", no implica que la Ley autorice a la Comisión para interpretar que se trate del salario vigente en el momento en que se imponga la multa y no aquél vigente cuando se cometió la infracción, por lo que ante la laguna de la Ley, lo conducente es que se tome en cuenta el salario mínimo de la época en la que se cometió la supuesta conducta, con base en la jurisprudencia que alude al mayor beneficio para los gobernados; aunado al hecho de que en diverso concepto de violación hizo valer la inconstitucionalidad del artículo 35, fracciones IV y VII, de la Ley Federal de Competencia Económica, que solicita se tenga por reproducido".*[378]

Así, los numerales diecisiete y dieciocho del resumen realizado por la Segunda Sala de la SCJN respecto de los conceptos de violación alegados por los recurrentes, se refieren a aquellos agravios que fueron declarados fundados en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN y que motivaron la concesión del amparo a Eduardo Osorio Traconis.[379]

[378] Páginas 137 a 142 del AMPARO EN REVISIÓN.

[379] Al respecto en el AMPARO EN REVISIÓN se señaló que: "*En relación con la sanción impuesta al quejoso persona física, esta Segunda Sala considera que son fundados los argumentos resumidos en los números diecisiete y dieciocho de la síntesis correspondiente, en los cuales plantea sustancialmente, que la sanción impuesta es violatoria de derechos fundamentales, porque la resolución reclamada adolece de vicios de fundamentación y motivación, en virtud de que la autoridad no acreditó ni motivó que hubiera participado directa*

Ahora bien, en relación al argumento resumido por la Segunda Sala de la SCJN en el numeral diecisiete, relativo a la falta de acreditación de la participación de Eduardo Osorio Traconis en la práctica monopólica absoluta sancionada, por cuenta y orden de Eli Lilly, Eduardo Osorio Traconis señaló en su recurso de reconsideración, en términos generales, lo siguiente:

**La resolución es ilegal por contravenir los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 21, fracción V de la LFCE y la jurisprudencia, toda vez que la resolución objeto del recurso, contraviene los principios de legalidad y debida fundamentación y motivación.**

**La CFC establece que Eduardo Osorio Traconis es responsable, sustentando su dicho en hechos falsos. La CFC sostiene que Eduardo Osorio Traconis tenía la facultad de determinar los precios de los productos licitados por Eli Lilly, lo cual es falso, aunado a que no existe evidencia alguna en el expediente que acredite tal situación.**

**En cambio, Eli Lilly entregó un documento en el que explicaba detalladamente las funciones de cada uno de sus empleados que tenían algún involucramiento con los procesos de licitación. Al referir las funciones del entonces Gerente de Ventas a Gobierno, Eduardo Osorio Traconis, Eli Lilly textualmente manifestó que sus funciones eran las siguientes:**

| Puesto | Descripción |
|---|---|
| **Director de Ventas a Gobierno** | **Es responsable de alcanzar resultados de ventas, a través del establecimiento y seguimiento de los planes y programas de trabajo orientados a cumplir con los volúmenes de ventas para el sector gobierno.** |
| **Gerente de Ventas a Gobierno** | **Es responsable de la elaboración del proceso de licitaciones ante sector gubernamental, así como de venta a distribuidores menores a través de la coordinación de las actividades del departamento y el resto de la compañía.** |

**Es preciso aclarar que la función de Director de Ventas a Gobierno se creó con posterioridad a la salida de Eduardo Osorio Traconis.**

---

*o indirectamente en la fijación de posturas; que quedó demostrado que no tenía facultades para determinar el precio en las licitaciones en las que participaba Eli Lilly y Compañía de México, Sociedad Anónima de Capital Variable, y que los requisitos previstos en el artículo 36, de la Ley Federal de Competencia Económica, no fueron debidamente razonados por la autoridad, ya que se dedicó a expresar cuestiones inherentes a la persona moral referida*"; visible a página 283 de la sentencia dictada en el AMPARO EN REVISIÓN.

**Asimismo la CFC no objeta lo manifestado por Eli Lilly en dichos documentos, razón por la cual se debe entender que la CFC acepta y da por cierto lo ahí expresado.**

**De lo anterior se desprende que Eduardo Osorio Traconis no tiene injerencia directa o indirecta en la determinación de los precios a los cuales Eli Lilly vendía sus productos al IMSS, como incorrectamente lo señala la CFC.**

**Al no existir una sola prueba en el expediente que demuestre que Eduardo Osorio Traconis tenía alguna injerencia en la determinación de los precios, resulta totalmente irrelevante si asistió o no a alguna reunión de la Comisión de Abasto de la CANIFARMA o si recibió alguna llamada de algún empleado de otra de las personas morales sancionadas. La CFC lo manifestó únicamente para acreditar supuestos canales de comunicación, cuando ello no es un requisito de la LFCE.**

**Adicionalmente la CFC citó a Raúl Margarit Valenzuela, empleado de Eli Lilly en el puesto de Director de Ventas a Gobierno el primero de diciembre de dos mil ocho. De dicha comparecencia quedó claro que: (1) Eli Lilly determina el precio de las posturas mediante el proceso de planeación de negocios que se realiza una vez al año; (2) que en este proceso intervienen la Dirección de Ventas a Gobierno, el Área Financiera local, la Dirección General y por último las Áreas Financieras junto con el Área Comercial de la Región Intercontinental y (3) los precios son presentados para su discusión y aprobación por el Área correspondiente, para ser analizados por el Área Financiera local. Una vez aprobados, pasan a la Dirección General para su visto bueno, y posteriormente para su aplicación, pasan por el Área financiera correspondiente hasta llegar al Área Comercial involucrada.**

**La CFC tiene la carga de demostrar todas las aseveraciones e imputaciones hechas a Eduardo Osorio Traconis, lo que no acontece en el presente caso, la asistencia a las reuniones de la CANIFARMA y las llamadas telefónicas no prueban la práctica monopólica sancionada.**

**La CFC se excede en sus facultades previstas por el artículo 35 fracción I y VII en relación con el artículo 36 de la LFCE. La CFC finca una responsabilidad e impone una multa a Eduardo Osorio Traconis cuando ni siquiera acreditó que hubiera participado directa o indirectamente en la fijación de las posturas, cuando quedó perfectamente claro que el suscrito no tenía dentro de sus facultades determinar el precio en las licitaciones en las que participaba Eli Lilly.**

**No obstante lo anterior y para rematar en las flagrantes violaciones que se cometieron con el suscrito, la CFC es omisa igualmente al imponer una multa sin cumplir con los requisitos que la misma LFCE establece.**

Ahora bien, previo al análisis del argumento arriba mencionado, resulta importante destacar las consideraciones efectuadas por la Segunda Sala de la SCJN en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN, mismas que conforman los lineamientos bajo los cuales esta COFECE dará cumplimiento a dicha sentencia:

1. La responsabilidad por infracciones a la LFCE incide en las personas morales, pero también se extiende a las personas físicas que las integran.

2. El legislador construyó un conducto específico de responsabilidad para las personas físicas que, bajo ciertas condiciones normativas especiales, participaran en la configuración de prácticas monopólicas absolutas reprochadas en principio a personas morales.

3. De la intelección conjunta de los artículos 9, fracción IV, y 35, fracción VII, de la LFCE; se advierte que la actualización de la responsabilidad de las personas físicas como integrantes de una persona moral, se constituye a través de: (i) la existencia de la práctica monopólica absoluta; y (ii) la participación directa del individuo en la conformación de la conducta, ya sea en representación o por cuenta y orden de la persona moral involucrada.

4. Dicho modelo de responsabilidad presupone un medio de participación específico, y su actualización si bien depende de la verificación de la práctica monopólica, adquiere una dimensión distinta en cuanto a su extensión y medio de comprobación.

5. La responsabilidad de la persona física en este caso se contempla desde un modelo de ejecución denominado participación directa, el cual únicamente surge a partir de dos posibles hipótesis: en representación o por cuenta y orden de la persona moral involucrada.

6. La representación alcanza cualquier acto realizado por una persona física que por cuenta propia -con independencia de sus facultades legales u operacionales con que cuenta o no-, participa en la materialización de una práctica monopólica absoluta ostentando, real o supuestamente, la representación de la persona moral involucrada. Lo anterior no se refiere al contenido jurídico del concepto, sino a que la ejecución de los actos que trascienden a la existencia de la práctica sancionada se actualiza a nombre de la persona moral.

7. Por su parte, el actuar por cuenta y orden se traduce en la exteriorización de un acto por la persona física, que con independencia de sus facultades legales u operacionales, participa en la materialización de una práctica monopólica absoluta por voluntad y orden de la empresa. Es decir, **ejecuta sus actos en cumplimiento de una orden por parte de quien legal y funcionalmente se encuentra en esa posibilidad dentro del esquema de la persona moral**.

8. Por lo tanto, para colmar la motivación exigida constitucionalmente, es preciso evidenciar: (i) la existencia de la práctica monopólica absoluta; (ii) en cuál de las hipótesis (medios de ejecución) de participación directa se ubicaba la persona física y, (iii) cómo y con qué pruebas se verificaba dicha hipótesis.

9. En la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, dictada en el expediente IO-003-2006, la entonces CFC delimitó la responsabilidad atribuida a Eduardo Osorio Traconis a partir de su participación directa por orden y cuenta de la persona moral involucrada, por lo que siendo esa la ubicación normativa elegida, le correspondía a la extinta CFC exponer razonamientos que justificaran que la exteriorización de los actos reprochados a la persona física se habían realizado en cumplimiento voluntario a una orden por quien legal y funcionalmente se encontraba en esa posibilidad dentro de Eli Lilly.

10. La CFC sólo aludió al hecho de que Eduardo Osorio Traconis hubiera servido de medio de comunicación, concretamente a través de la pertenencia y asistencia a las sesiones de la CANIFARMA y su Comisión de Abasto al Sector Público y a la circunstancia de que entre las personas físicas sancionadas se hubieran realizado diversas llamadas telefónicas, y a que dicha persona física tenía dentro de sus facultades la de determinar el precio de los medicamentos, sin evocar argumentos que llevaran a justificar que esa supuesta actuación se hubiera realizado por orden y cuenta de Eli Lilly, nexo que debía justificar indefectiblemente.

11. La descripción y valoración de los medios de convicción, a saber, la asistencia a la CANIFARMA, la pertenencia a la Comisión de Abasto al Sector Público de la CANIFARMA, el reconocimiento de las facultades de la persona física para determinar las posturas con las que tales empresas participarían en las licitaciones al sector público y las listas de llamadas telefónicas suscitadas entre tales personas físicas en periodos de tiempo cercanos a las fechas de las licitaciones correspondientes, no revelan en automático que Eduardo Osorio Traconis haya actuado por cuenta y orden de Eli Lilly.

12. **El cúmulo probatorio existente para determinar la imputación en contra de Eduardo Osorio Traconis no acredita su participación directa, ya fuera en representación o por cuenta y orden de Eli Lilly.** La existencia de canales de comunicación no alcanzan, hasta este momento a explicar el vínculo de intervención central que exige el supuesto normativo en representación o por cuenta y orden.

Derivado de lo anterior, en cumplimiento de la sentencia emitida en el AMPARO EN REVISIÓN, esta COFECE considera **fundado** el agravio arriba señalado, hecho valer por Eduardo Osorio Traconis en el recurso de reconsideración RA-022-2010, ya que a la luz de los lineamientos establecidos por la Segunda Sala de la SCJN, el caudal probatorio con el que la CFC determinó su responsabilidad por la participación directa por orden y cuenta de Eli Lilly en la práctica monopólica absoluta sancionada, resulta insuficiente para sancionar a dicha persona física.

Ello es así, toda vez que la participación directa imputada a Eduardo Osorio Traconis en la comisión de la práctica monopólica absoluta no puede comprobarse con base en la responsabilidad atribuida a Eli Lilly, de acuerdo con lo señalado en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN. Lo anterior debido a que los elementos típicos que se deben acreditar son diferentes en el caso de personas morales que cometen una práctica monopólica absoluta respecto de aquellas personas físicas que participen directamente -ya sea en representación o por cuenta y orden de la persona moral-, en la comisión de la misma. En este sentido, como lo señala la Segunda Sala de la SCJN en el AMPARO EN REVISIÓN, la acreditación de la responsabilidad de la persona moral por orden y cuenta de quien se actúa es sólo el primer extremo que debe colmarse dentro del marco probatorio de la persona física.

De este modo, en términos del artículo 35, fracción VII, de la LFCE, para poder imputarle a una persona física la responsabilidad a que se refiere dicha hipótesis normativa, se requiere, además de la comisión de la conducta por parte de la persona moral por quien actuó por cuenta y orden o en representación, que se determinen -de acuerdo a lo señalado en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN- dos supuestos: (i) en cuál de las hipótesis de participación directa se ubica la persona física en relación a la comisión de la práctica; es decir, el medio de ejecución (por representación o por cuenta y orden); y (ii) cómo y con qué pruebas se acredita dicha hipótesis.

En efecto, la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, dictada en el expediente IO-003-2006, al aplicar el artículo 35, fracción VII, de la LFCE, -y en congruencia con lo señalado por la Segunda Sala de la SCJN en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN- no motivó correctamente la ubicación y demostración de la participación directa de Eduardo Osorio Traconis en el supuesto de responsabilidad que se le atribuyó como persona física, esto es, su participación directa **por cuenta y orden** de Eli Lilly.

Así, para la Segunda Sala de la SCJN existen dos medios de ejecución a través de los cuales las personas físicas pueden participar directamente en la comisión de las prácticas monopólicas absolutas llevadas a cabo por las personas morales: (i) por representación, y (ii) por cuenta y orden; lo cuales definió de la siguiente manera:

> "*Ello porque, bajo ese modelo, el primero de tales medios de ejecución (relativo al actuar en representación de la persona moral) alcanza cualquier acto desplegado por una persona física que por cuenta propia, y con independencia de la magnitud o relevancia de las facultades legales u operacionales con que cuenta o no, participa en la materialización de una práctica monopólica absoluta ostentando, ya sea real o supuestamente, la representación de la empresa moral involucrada.*
> *En ese sentido la representación que en este caso conforma la responsabilidad de las personas físicas no se refiere al contenido jurídico que de ese concepto se asume tradicionalmente en el ámbito normativo (de modo que el sujeto activo necesariamente coincida con quien legalmente representa total o parcialmente a una determinada empresa), sino que más bien tiene que ver con que en la ejecución de los actos que trascienden a la existencia de la práctica sancionada se actualiza a nombre de aquella (sea que se cuente o no con facultades).*

> *En cambio, el segundo caso* ***(relativo al actuar por cuenta y orden de la persona moral) se traduce en la exteriorización de cualquier acto realizado por una persona física que con independencia de la magnitud o relevancia de las facultades legales u operacionales con que cuenta o no, participa en la materialización de una práctica monopólica absoluta por voluntad y orden de la empresa involucrada.***
>
> *Es decir, en este supuesto,* ***el sujeto partícipe ejecuta sus actos en cumplimiento de una orden por parte de quien legal y funcionalmente se encuentra en esa posibilidad en el esquema de la persona moral, en cuenta de quien se actúa***".[380]

En la especie, y tal como se analizó en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN, la CFC en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, dictada en el expediente IO-003-2006, determinó que Eduardo Osorio Traconis había participado directamente **por cuenta y orden** de Eli Lilly en la comisión de la práctica monopólica absoluta imputada.

Ahora bien, de acuerdo al análisis realizado en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN por la Segunda Sala de la SCJN, al haber determinado la actualización de dicha porción normativa -actuar **por cuenta y orden** de Eli Lilly- la entonces CFC estaba obligada a acreditar que dicha persona física "*ejecuta sus actos* ***en cumplimiento de una orden*** *por parte de quien legal y funcionalmente se encuentra en esa posibilidad en el esquema de la persona moral,* ***en cuenta de quien se actúa***".[381]

Tal situación no se actualiza en la especie, toda vez que en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, dictada en el expediente IO-003-2006, no se acreditó el nexo entre el actuar de Eduardo Osorio Traconis y la orden de la persona moral por cuya cuenta actuó. En este sentido, el análisis realizado por la extinta CFC sobre: (i) las facultades de Eduardo Osorio Traconis para determinar directa o indirectamente las posturas con las que Eli Lilly participaría en las licitaciones del sector público; (ii) la asistencia a las sesiones de la CANIFARMA y la pertenencia a la Comisión de Abasto al Sector Público de la CANIFARMA; y (iii) la lista de las llamadas telefónicas suscitadas entre las personas físicas en periodos cercanos a las fechas de las licitaciones, más allá de su validez o no, no justifican en qué sentido dichos actos se realizaron en consecución de una orden por parte de quien legal y funcionalmente se encontraba en posibilidades de darla dentro de Eli Lilly.

Lo anterior, con independencia de que, tal como lo sostuvo la Segunda Sala de la SCJN, quedó demostrado que se realizó la práctica monopólica absoluta sancionada y que Eduardo Osorio Traconis tuvo injerencia en la materialización de la misma, sin que ello sea suficiente para demostrar que dicha participación se dio como consecuencia de una orden emitida por quien legal y funcionalmente se encontraba en posibilidades de darla dentro del esquema de Eli Lilly.

En consecuencia, bajo el estándar fijado en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN, la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, dictada en el expediente IO-003-2006, no logró acreditar la

---

[380] Páginas 288 y 289 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.
[381] Página 289 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

hipótesis normativa referida en el artículo 35, fracción VII de la LFCE, situación que resulta en una indebida motivación del medio de ejecución planteado por la CFC.

La Segunda Sala de la SCJN ordenó a esta COFECE, emitir otra resolución en la que "[…] ***al delimitar la existencia o no de la responsabilidad atribuida a Eduardo Osorio Traconis,*** *conduzca su análisis sobre la base exclusiva de los elementos que marca la Ley Federal de Competencia Económica para su surgimiento, principalmente en lo que hace a la* ***demostración del medio de ejecución que se sanciona****, sin poder incluir otras calificaciones ajenas, lo que, además, deberá estar también* ***corroborado y justificado con los elementos probatorios insertos al procedimiento***".[382]

Toda vez que: (i) la Segunda Sala de la SCJN ya se pronunció sobre la insuficiencia de los elementos de convicción utilizados por la CFC en la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez, dictada en el expediente IO-003-2006, para sancionar a Eduardo Osorio Traconis; y (ii) el análisis de las constancias que obran en el EXPEDIENTE, tales como la acreditación de la relación laboral entre los Eduardo Osorio Traconis y Eli Lilly o los patrones económicos derivados del análisis de las posturas presentadas en las licitaciones, tampoco acreditan un nexo causal entre el actuar de Eduardo Osorio Traconis y la orden emitida por quien legal y funcionalmente se encontraba en posibilidades de darla dentro del esquema de Eli Lilly; se concluye que los elementos con que cuenta esta COFECE no son suficientes para colmar el estándar probatorio que exige el artículo 35, fracción VII, de la LFCE -en términos de la determinación de la Segunda Sala de la SCJN en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN- para la participación directa de Eduardo Osorio Traconis por cuenta y orden de Eli Lilly en la comisión de la práctica monopólica absoluta sancionada.

De esta manera, respecto de Eduardo Osorio Traconis, procede revocar la resolución de veintiocho de enero de dos mil diez y el acuerdo de once de marzo de dos mil diez, emitidos en el expediente IO-003-2006, en los cuales se determinó la responsabilidad de dicha persona física por haber participado directamente por cuenta y orden de Eli Lilly en la práctica monopólica absoluta previstas en la fracción IV del artículo 9° de la LFCE y la sanción derivada de esa participación.

Finalmente, toda vez que resultó **fundado** el agravio analizado, resulta innecesario el estudio del resto de los argumentos planteados por Eduardo Osorio Traconis en su recurso de reconsideración, así como en su escrito en alcance a dicho recurso, pues en nada variaría el sentido de esta resolución.[383]

---

[382] Página 306 de la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN.

[383] Sirven de apoyo a lo anterior lo sostenido en las tesis jurisprudenciales de rubro: i) ***"CONCEPTOS DE VIOLACION. CUANDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO.*** *Si el amparo que se concede por uno de los capítulos de queja, trae como consecuencia que se nulifiquen los otros actos que se reclaman, es inútil decidir sobre estos."* Registro: 197633, [J], 8a. Época, TCC, Gaceta del S.J.F., Núm. 80, Agosto de 1994, Pág. 83, y ***"CONCEPTOS DE VIOLACION. CUANDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO.*** *Si al considerarse fundado un concepto de violación ello trae como consecuencia la concesión del amparo, es innecesario analizar los restantes, ya que cualquiera que fuera el resultado de ese estudio, en nada variaría el sentido de la sentencia."* Registro: 223103, [J], 8a. Época, TCC, S.J.F., Tomo VII, Abril de 1991, Pág. 86.

En tales consideraciones, el Pleno de esta COFECE,

## RESUELVE:

**PRIMERO.-** En cumplimiento a lo ordenado por la Segunda Sala de la SCJN en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN, se deja insubsistente la resolución de diez de junio de dos mil diez, dictada por el Pleno de la CFC en el expediente RA-019-2010 y acumulados, únicamente en lo que se refiere a Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V., y Eduardo Osorio Traconis y se emite la presente resolución en los términos señalados por la Segunda Sala de la SCJN.

**SEGUNDO.-** En cumplimiento a lo ordenado por la Segunda Sala de la SCJN en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN, se reitera, únicamente respecto de Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V. la totalidad del contenido de la resolución de diez de junio de dos mil diez dictada por el Pleno de la CFC en el expediente RA-019-2010 y acumulados, en todo aquello que no fue materia de la concesión del amparo otorgado a dicha persona moral.

**TERCERO.-** En cumplimiento a lo ordenado por la Segunda Sala de la SCJN en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN, se declara **fundado** el agravio sostenido por Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V., en términos de la consideración de derecho CUARTA de la presente resolución.

**CUARTO.-** Se **modifica** la resolución emitida por el Pleno de la CFC el veintiocho de enero de dos mil diez, en el expediente IO-003-2006, únicamente respecto a Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V, en términos de la consideración de derecho CUARTA de la presente resolución.

**QUINTO.-** Por las razones expuestas en la consideración de derecho QUINTA de la presente resolución, resulta **fundado** el recurso de reconsideración interpuesto por Eduardo Osorio Traconis, identificado bajo el número de expediente RA-022-2010, acumulado al expediente RA-019-2010, únicamente respecto de dicha persona física.

**SEXTO.-** Se revoca la resolución emitida por el Pleno de la CFC el veintiocho de enero de dos mil diez y el acuerdo de fecha once de marzo de dos mil diez, en el expediente IO-003-2006, únicamente en lo que se refiere a Eduardo Osorio Traconis.

**Notifíquese.**- Así lo resolvió el Pleno de la COFECE por unanimidad de votos, en sesión ordinaria de veintinueve de octubre de dos mil quince, con fundamento en los artículos citados en la presente resolución, ante la ausencia en la sesión de mérito de la Comisionada Presidenta Alejandra Palacios Prieto,[384] quien emitió su voto en términos del artículo 18, párrafo segundo de la LFCE, supliéndola en sus funciones el Comisionado Alejandro Ildefonso Castañeda Sabido, en términos de los artículos 19 y 20, fracciones I, V y XII de la LFCE. Lo anterior, ante la fe del Secretario Técnico de la COFECE, en términos de lo dispuesto por los artículos, 4, fracción IV, 18, 19, 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI; así como Transitorios Primero, Segundo y Cuarto, primer párrafo del Estatuto Orgánico de la COFECE.

**Alejandro Ildefonso Castañeda Sabido**
**En suplencia por ausencia de la Comisionada Presidenta**

**Alejandra Palacios Prieto**
**Comisionada**

**Jesús Ignacio Navarro Zermeño**
**Comisionado**

**Martín Moguel Gloria**
**Comisionado**

**Benjamín Contreras Astiazarán**
**Comisionado**

**Francisco Javier Núñez Melgoza**
**Comisionado**

**Eduardo Martínez Chombo**
**Comisionado**

**Roberto I. Villarreal Gonda**
**Secretario Técnico**

[384] La Comisionada Presidenta Alejandra Palacios Prieto informó su ausencia mediante acuerdo de veintiséis de octubre del dos mil quince, contenido en el oficio número PRES-CFCE-2015-225.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

**PRESIDENCIA**
**Oficio PRES-CFCE-2015-225**

México, D.F., a 26 de octubre de 2015.

**ALEJANDRO ILDEFONSO CASTAÑEDA SABIDO**
**Comisionado**
**Comisión Federal de Competencia Económica**
**P r e s e n t e**

## ACUERDO DE SUPLENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley Federal de Competencia Económica, le informo que la suscrita se ausentará temporalmente del 27 al 29 de octubre de 2015, a fin de que supla mi ausencia y ejerza las facultades que me confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal de Competencia Económica, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, el Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica, y los demás ordenamientos jurídicos que resulten aplicables.

Así lo acordó y firma la suscrita con fundamento en los artículos 19 y 20, fracciones I, V, y XII de la Ley Federal de Competencia Económica, así como los artículos 2, fracción VII, 4, fracción II, 12, fracciones XXIX, XXXI y XXXV, y 49 del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica.

**Alejandra Palacios Prieto**
**Presidenta**

C.c.p.- Roberto I. Villarreal Gonda.- Secretario Técnico.- Para su conocimiento.

30 de octubre de 2015.

| | |
|---|---|
| Asunto: | Resolución al recurso de reconsideración RA-022-2010 interpuesto por Eli Lilly y Compañía de México, S.A. de C.V. (Eli Lilly) y Eduardo Osorio Traconis (Eduardo Osorio), en contra de la resolución emitida en el expediente IO-003-2006 por la entonces Comisión Federal de Competencia (CFC), la cual debe ser emitida en cumplimiento de la sentencia dictada el ocho de abril de dos mil quince por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), misma que está relacionada con la resolución del expediente RA-019-2010 y acumulados. |
| Expediente: | RA-022-2010, acumulado al RA-019-2010. |
| Sesión del Pleno: | 29 de octubre de 2015. |
| Comisionada: | Alejandra Palacios Prieto. |

## 1. Antecedentes

El 3 de agosto de 2006, la CFC inició una investigación de oficio en el mercado de medicamentos licitados por el sector salud en territorio nacional, tramitada bajo el número de expediente IO-003-2006 (Expediente).

El 28 de enero de 2010, la CFC resolvió sancionar, entre otras personas físicas y morales, a: i) Eli Lilly, por haberse acreditado la comisión de la práctica monopólica absoluta, prevista en el artículo 9, fracción IV de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE);[1] y a ii) Eduardo Osorio, por haberse acreditado su participación directa por cuenta y orden de Eli Lilly en la comisión de dicha práctica (Resolución).

El 11 de marzo de 2010, el Pleno de la CFC emitió acuerdo por el cual determinó el monto de la multa impuesta a las personas físicas en la Resolución, entre ellas, a Eduardo Osorio (Acuerdo).

El 24 de marzo de 2010, Eli Lilly y Eduardo Osorio (Recurrentes) interpusieron recurso de reconsideración en contra de la Resolución. A dicho escrito se le asignó el número de expediente RA-022-2010, el cual fue acumulado al RA-019-2010.

El 10 de junio de 2010, el Pleno de la CFC resolvió el recurso de reconsideración RA-019-2010 y acumulados, confirmando la Resolución (Resolución del Recurso). Inconformes con esta resolución, los Recurrentes solicitaron el amparo y protección de la Justicia Federal.

Después de una serie de actuaciones judiciales, el 8 de abril de 2015, la Segunda Sala de la SCJN dictó sentencia en la que determinó conceder el amparo a los Recurrentes, dejando insubsistente la Resolución del Recurso.

## 2. Consideraciones

La SCJN concedió el amparo a Eli Lilly para el efecto de que la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) deje insubsistente la Resolución del Recurso, y emita otra, en la cual: i) recalcule la multa impuesta a Eli Lilly por la CFC, considerando que el

[1] Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 24 de diciembre de 1992 y aplicable, por cuanto hace a las normas de tipo sustantivo, con la reforma publicada en el DOF el 23 de enero de 1998, y por cuanto hace a las normas adjetivas, con la reforma publicada en el DOF el 28 de junio de 2006.

salario mínimo general vigente en el D.F. (SMGV) que deberá tomar en cuenta para la cuantificación de la multa impuesta es el correspondiente a la fecha de consumación de la práctica monopólica absoluta, es decir, el SMGV en 2006; y ii) reitere todos los aspectos que no son materia de la concesión del amparo, ya que la SCJN consideró que Eli Lilly incurrió en la práctica monopólica sancionada, y que ésta quedó demostrada.

Asimismo, la SCJN concedió el amparo a Eduardo Osorio para el efecto de que la Cofece deje insubsistente la Resolución del Recurso, y emita otra, en la que delimite la existencia o no de la responsabilidad atribuida a Eduardo Osorio, considerando que no existen elementos que prueben su participación directa en la práctica monopólica imputada por cuenta y orden de Eli Lilly.

En cumplimiento de la sentencia emitida por la SCJN, el Pleno de la Cofece debe emitir una resolución en dichos términos.

## 3. Voto

- Emitir resolución en los términos planteados en el proyecto de resolución.

**Alejandra Palacios Prieto**