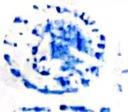


141159


 Sistema de O.P.
 179653
 75
 COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
 SECRETARÍA TÉCNICA
 DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS

Expediente:	IO-002-2020 y su acumulado DE-026-2020
Agente:	Nueva Wal Mart de México, S. de R.L. de C.V.
Se formulan Alegatos	

OFICINA DE PARTES
 20/08/2024 AGO 27 PM 1:24
 COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
SECRETARÍA TÉCNICA
DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS

[Redacted] autorizado en los más amplios términos del artículo 111 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) por la persona moral NUEVA WAL MART DE MÉXICO, S. DE R.L. DE C.V. (NWM), personalidad que tengo reconocida en este expediente, respetuosamente expongo:

ALEGATOS

Con fundamento en el artículo 83, fracción V, de la LFCE, NWM formula oportunamente¹ alegatos, en los términos que se exponen a continuación, para que sean tomados en consideración por el Pleno de esa Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) al resolver el procedimiento seguido en forma de juicio en el que se actúa.

Índice	
Sección	Página
A. Conclusiones absolutorias	1
B. Manifestaciones al desahogo de vista de la AI al Dictamen Pericial	9
C. Manifestaciones al desahogo de vista de la AI a la Contestación del DPR	35
D. Alcance probatorio de las pruebas disponibles en el Expediente	44
F. Legislación aplicable en caso de individualización de una sanción	72

A. Conclusiones absolutorias

El Pleno de Cofece debe absolver a NWM y decretar el **CIERRE** del expediente IO-002-2020 y su acumulado DE-026-2020, por la falta de elementos para imputarle responsabilidad en los términos señalados por la Autoridad Investigadora (AI) en su Dictamen de Probable Responsabilidad de fecha 26 de septiembre de 2023 (DPR).

¹ El acuerdo con firma electrónica de fecha 12 de agosto de 2024, en cuyo numeral SEGUNDO se concedió a las partes un plazo de 10 días hábiles para formular alegatos por escrito, fue notificado a NWM por lista de notificación de fecha 12 de agosto de 2024.

La notificación a NWM de este acuerdo surtió efectos el día 13 de agosto de 2024, en términos del artículo 175 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE, por lo que el plazo de 10 días para formular alegatos transcurre del 14 al 27 de agosto de 2024.

La AI no desvirtuó el derecho fundamental de NWM a la presunción de su inocencia en el procedimiento sancionatorio que nos ocupa, por lo que **NWM debe ser ABSUELTA** de la probable responsabilidad que indebidamente le atribuyó la AI por supuestamente haber incurrido en la práctica monopólica relativa de "imponer" condiciones y precios a sus PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA, en los términos tipificados por la fracción II, del artículo 10 de la LEY ANTERIOR, y en el artículo 56 de la LFCE.

La acusación de la AI contra NWM se basa en una supuesta "imposición velada" de precio y condiciones comerciales realizada por NWM sobre sus PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA. Sin embargo, los artículos 10-II de la LEY ANTERIOR y 56-II de la LFCE tipifican la diversa conducta de "imposición", no así la "imposición velada" que especuló la AI en su DPR. El principio de taxatividad en materia administrativa sancionadora no permite que se inserten o se tomen en consideración elementos adicionales que no se encuentran previstos en el tipo administrativo. En el expediente no existe prueba directa, ni indirecta, de imposición alguna por parte de NWM a sus PROVEEDORES, por lo que el Pleno de Cofece debe absolver a NWM.

La autoridad al desahogar la vista concedida con la contestación de NWM al DPR reconoció de nueva cuenta que las APORTACIONES INVESTIGADAS son producto de una negociación entre NWM y sus PROVEEDORES. Sin embargo, para tratar de corregir su acusación, señaló que cuando utilizó el término "*imposición velada*" fue "*para contextualizar las negociaciones realizadas por NUEVA WAL-MART, es decir, que aun cuando NUEVA WAL-MART haya llevado a cabo negociaciones contractuales con los PROVEEDORES, ello no implica que no haya utilizado su poder para imponer condiciones en dicha relación comercial*". Afirmación que resulta contraria al principio de no contradicción, pues contrario a lo señalado por la AI, las APORTACIONES INVESTIGADAS no pueden ser negociadas e impuestas al mismo tiempo.

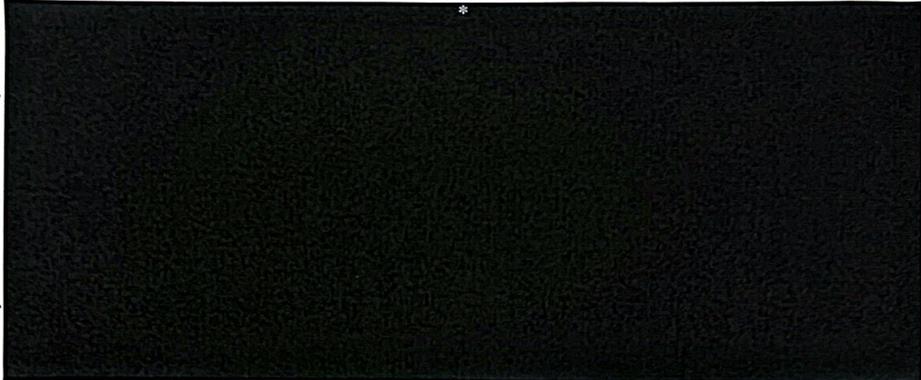
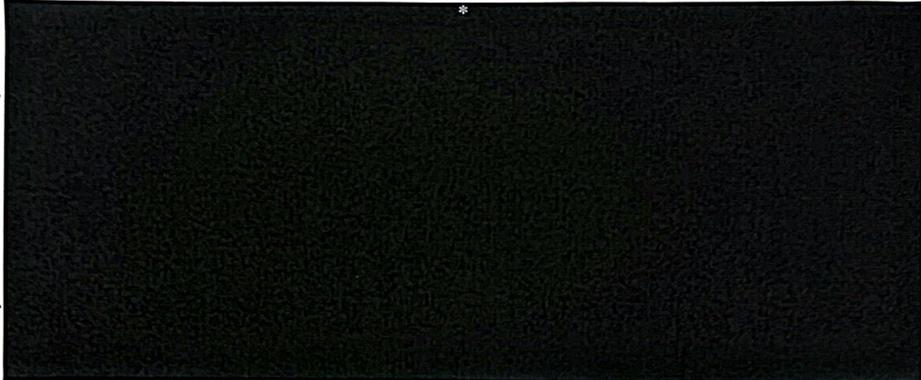
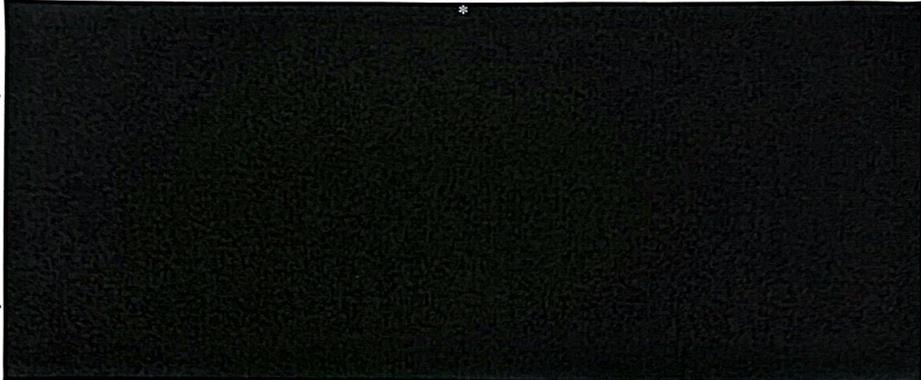
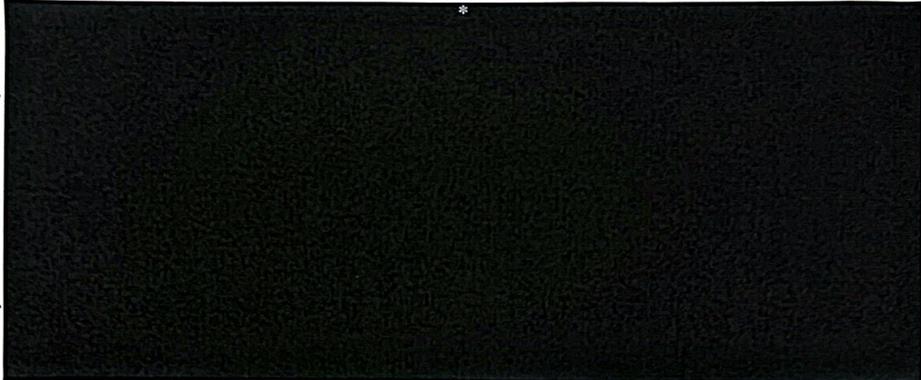
Bajo la insostenible teoría del caso construida por la AI en el DPR, toda negociación y/o actividad comercial entre NWM y los PROVEEDORES es producto del ejercicio de su "poder de compra".

La AI no cumplió con la carga de prueba de su acusación, pues no acreditó más allá de toda duda razonable en este expediente la responsabilidad de NWM de incurrir en la conducta ilícita que le imputó:

- I. **Acusación no acreditada sobre la supuesta materialización de una conducta anticompetitiva:** Que NWM supuestamente ha impuesto veladamente a los PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA los precios o demás condiciones que deban observar al comercializar tales PRODUCTOS DE REFERENCIA.

Hechos probados en el expediente:

1. Que NWM no realiza imposición alguna a sus PROVEEDORES.

2. Que todas las APORTACIONES INVESTIGADAS han sido negociadas y acordadas libremente entre NWM y sus PROVEEDORES, y no fueron impuestas por NWM, ni mucho menos son producto de una supuesta "imposición velada".
3. Que todas las APORTACIONES INVESTIGADAS son racionales y pro-competitivas:
 - a. 
 - b. 
 - c. 
 - d. 
4. Que el monto de las cuatro APORTACIONES INVESTIGADAS no es representativo, pues sólo representó el  del total de aportaciones de NWM, que equivale al  del total de las compras de NWM.
5. Que cualquier incidencia que pudieran tener las APORTACIONES INVESTIGADAS en el PRECIO DE COMPRA EFECTIVO de los PRODUCTOS DE REFERENCIA pagado por NWM es consecuencia de un acuerdo negociado libremente entre NWM y cada uno de sus PROVEEDORES, no son consecuencia de imposición alguna por parte de NWM.
6. Que NWM no ha impuesto a PROVEEDOR alguno el precio de venta a terceros de los PRODUCTOS DE REFERENCIA, ni las condiciones de su comercialización a terceros.
7. Que los PROVEEDORES de NWM no tienen dependencia económica alguna de NWM, tienen disponibles múltiples alternativas para comercializar sus productos, tanto a otras TDA del CANAL MODERNO, como en los diversos canales TRADICIONAL, INTERMEDIO y ELECTRÓNICO, las cuales utilizan efectiva y significativamente para la comercialización de los PRODUCTOS DE REFERENCIA.

Los hechos anteriores no actualizan la conducta de "La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al prestar, comercializar o distribuir bienes o servicios" tipificada en la fracción II, del artículo 10 de la LEY ANTERIOR, y 56 de la LFCE.

Como consecuencia de lo anterior, tampoco se actualiza la hipótesis de configuración de una práctica monopólica relativa prevista en el artículo 54, fracción I, de la LFCE, consistente en "cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que: I. Encuadre

141162

4

en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley", ni sus correlativos 10 y 11 de la LEY ANTERIOR, por lo que NWM debe ser absuelta de la probable responsabilidad que le atribuyó la AI en el DPR.

II. Acusación no acreditada sobre la supuesta tenencia de poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica: Que NWM supuestamente tiene poder sustancial en el mercado del abastecimiento y distribución de PRODUCTOS DE REFERENCIA a nivel nacional.

Hechos probados en el expediente:

1. Que resulta ilegal la definición del mercado relevante como "el abastecimiento y distribución de los PRODUCTOS DE REFERENCIA por las TDA, con dimensión geográfica nacional".
2. Que NWM no tiene poder sustancial en el mercado de abastecimiento y distribución de PRODUCTOS DE REFERENCIA a nivel nacional.
3. Que la AI seleccionó de manera arbitraria el conjunto de bienes heterogéneos que comprenden los PRODUCTOS DE REFERENCIA. No tiene justificación racional alguna la exclusión selectiva que hizo la AI de bebidas alcohólicas, de productos del tabaco, ni del resto de los productos que son comercializados por las TDA en el CANAL MODERNO.
4. Que los PROVEEDORES cuentan con múltiples alternativas para comercializar sus productos distintas a NWM. Los PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA no sólo los comercializan en el CANAL MODERNO a los competidores de NWM; sino que también lo hacen y de manera significativa en el CANAL TRADICIONAL, en el CANAL INTERMEDIO, y en el CANAL ELECTRÓNICO.
5. Que es un hecho incontrovertido que los PROVEEDORES de alimentos y bebidas realizan la mayor venta de sus productos principalmente en el CANAL TRADICIONAL, el cual absorbe el 78% de la demanda de alimentos y bebidas de los hogares, por lo que resulta irracional cualquier imputación a NWM de supuestamente tener poder sustancial en el abastecimiento de alimentos y bebidas.
6. Que NWM es un intermediario que gestiona su portafolio de productos, adquiere de los PROVEEDORES los PRODUCTOS DE REFERENCIA y los comercializa al consumidor final en sus TDA, así como en el CANAL ELECTRÓNICO.

Los hechos anteriores no actualizan el requisito de ilegalidad de una práctica monopólica relativa, consistente en que la conducta identificada en el numeral I. anterior "la lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica" en los términos exigidos en los artículos 54, fracción II, 58 y 59 de la LFCE; ni sus correlativos 11, 12 y 13 de la LEY ANTERIOR.

Por lo anterior, aún en el supuesto no concedido de que NWM hubiera incurrido en la conducta de imposición tipificada en la fracción II, de los artículos 10 de la LEY ANTERIOR, y 56 de la LFCE, NWM debe ser absuelta de la probable responsabilidad que le atribuyó la AI en el DPR por no tener poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica.

III. Teoría de daño no acreditada por la AI: Que las APORTACIONES INVESTIGADAS acordadas entre NWM y sus PROVEEDORES supuestamente tuvieron los siguientes objetos o efectos durante los 10 años que supuestamente ha durado la conducta de NWM, aunque en todo ese plazo nunca se hayan materializado.

- i. **Supuesto desplazamiento indebido: Desplazar indebidamente a otras TDA competidoras de NWM a través de un supuesto "efecto cama de agua".**

Hechos probados en el expediente:

1. Ninguna TDA ha sido desplazada indebidamente en el MERCADO RELEVANTE desde el 24 de julio de 2010 -fecha en que inició el PERIODO INVESTIGADO- como consecuencia de las APORTACIONES INVESTIGADAS de NWM. Tampoco se acreditó en el expediente que NWM haya tenido esa intención.
2. Por el contrario, otras TDA competidoras de NWM han crecido a ritmos similares y (considerando las diferencias en bases porcentuales) hasta posiblemente superiores al de NWM, tanto en ventas como en número de tiendas.
3. En el mismo sentido, otras TDA competidoras de NWM presentan márgenes brutos similares -e incluso mayores- a los de NWM, por lo que no existe evidencia que permita concluir que hayan tenido que "sacrificar" sus márgenes para mantenerse competitivos.
4. Si NWM llevara más de diez años desplazando indebidamente a las demás TDA que concurren como minoristas en el MERCADO RELEVANTE resultaría imposible que dichas TDA estuvieran mostrando tasas de crecimiento.
5. En el caso concreto, no se cumplen los presupuestos de la teoría del "efecto cama de agua" debido a que la omitió acreditar: (i) que los PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA tuvieran la capacidad de discriminar precios a las otras TDA competidoras para que este efecto pudiera materializarse; (ii) que el efecto directo del precio y condiciones comerciales que otorgan los PROVEEDORES a NWM genera una afectación en [REDACTED] [REDACTED] (iii) que el efecto indirecto de lo anterior consistente en que [REDACTED]

141164

- [REDACTED]
6. La AI confundió el hecho de que las TDA reciban, de manera multifactorial, distintos precios mayoristas por parte de los PROVEEDORES para sostener genéricamente la supuesta existencia de un "efecto cama de agua", cuya supuesta materialización no logró acreditar en ningún solo caso.
- ii. Supuesto impedimento sustancial de acceso: Impedir sustancialmente el acceso a otras TDA en el MERCADO RELEVANTE al precio y condiciones comerciales "favorables" de los PRODUCTOS DE REFERENCIA que los PROVEEDORES otorgan a NWM, así como impedir sustancialmente el acceso a otros agentes económicos al mercado relacionado de la proveeduría de PRODUCTOS DE REFERENCIA para su comercialización en el CANAL ELECTRÓNICO.

Hechos probados en el expediente:

1. Las eficiencias obtenidas por NWM derivadas de sus volúmenes de compra, así como de la red logística y de distribución en la que ha invertido, innovado y desarrollado desde su entrada a México, no son anticompetitivas, ni deben confundirse con una ventaja exclusiva indebida.
2. Otras TDA como la propia denunciante CHEDRAUI han obtenido de los PROVEEDORES precios y condiciones comerciales más favorables que las obtenidas por NWM. Así lo reconoció la propia AI en el DPR al reconocer que NWM no compra el 100% de los productos que arbitrariamente calificó como PRODUCTOS ANCLA más baratos que lo que lo hacen las otras TDA.
3. Otras TDA como la propia denunciante CHEDRAUI han ofrecido y ofrecen mejores precios a los consumidores de PRODUCTOS DE REFERENCIA que los ofrecidos por NWM. Así lo ha reconocido recurrentemente el Gobierno Federal y la Procuraduría Federal de la República al premiar a CHEDRAUI por tener la canasta básica Profeco más barata del país. La propia denunciante CHEDRAUI también: (i) lo reconoció al desahogar la prueba testimonial a su cargo, (ii) lo ha anunciado al público inversionista en los diversos eventos relevantes que publica en la Bolsa Mexicana de Valores, y (iii) lo transmite al consumidor final a través de su aviso comercial y marca registrada "En Chedraui cuesta menos".
4. NWM no impide, ni ha impedido, sustancialmente el acceso a otros agentes económicos a la proveeduría de PRODUCTOS DE REFERENCIA para su comercialización en el CANAL ELECTRÓNICO.
5. No existe evidencia en el expediente de que NWM hubiera condicionado la compra a PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA al requisito de que no le vendan a terceros en el CANAL ELECTRÓNICO.
6. Por el contrario, del expediente se desprende la existencia de agentes económicos que comercializan exitosamente PRODUCTOS DE REFERENCIA

en el CANAL ELECTRÓNICO, como lo son Jústio "el primer supermercado sin tiendas físicas de México", plataformas como Amazon y Mercado Libre, así como otras TDA con tiendas en línea como lo son CHEDRAUI y Soriana, entre otros.

7. La propia AI concluyó al emitir el dictamen preliminar del diverso expediente IEBC-001-2022 determinó la existencia de posibles barreras a la competencia en el CANAL ELECTRÓNICO generadas por Amazon y Mercado Libre tanto en el servicio de marketplace para vendedores, como en el de marketplaces y tiendas en línea de múltiples categorías a compradores, por lo que en todo caso son Amazon y Mercado Libre, no así NWM, quienes podrían impedir sustancialmente el acceso a la proveeduría de PRODUCTOS DE REFERENCIA para su comercialización en el CANAL ELECTRÓNICO.

- iii. **Supuestas ventajas exclusivas:** Las presentaciones exclusivas de PRODUCTOS DE REFERENCIA que los PROVEEDORES comercializan a NWM constituyen ventajas exclusivas indebidas en favor de NWM.

Hechos probados en el expediente:

1. NWM no obtiene de los PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA ventajas exclusivas indebidas ni en el MERCADO RELEVANTE, ni en algún mercado relacionado.
2. Las presentaciones [REDACTED] que los PROVEEDORES han comercializado a NWM no constituyen un "ventaja" para NWM, ni fueron obtenidas de manera indebida por NWM.
3. No existe prueba en el expediente de que las presentaciones de estos cuatro productos, de entre los más de [REDACTED] SKU que ofrecen las TDA en México, hayan causado o podido causar que el consumidor final dejara de acudir a las TDA competidoras de NWM. Tampoco existe prueba en el expediente de que otras TDA competidoras no tuvieran acceso a estos productos para su comercialización en sus tiendas.
4. El análisis aislado efectuado en el DPR respecto de la presentación de [REDACTED] no acredita, ni mucho menos permite inferir lo anterior.
5. El análisis individual de productos y presentaciones resulta incompatible con la premisa de la propia AI de que los consumidores finales acuden a las TDA para adquirir canastas de PRODUCTOS DE REFERENCIA.

Ninguno de los hechos anteriores actualiza el requisito de ilegalidad de una práctica monopólica relativa consistente en que la conducta de imposición a PROVEEDORES del precio o demás condiciones de comercialización llevada a cabo por un agente económico con poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica "Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar

indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos" en los términos exigidos en los artículos 54, fracción III, de la LFCE; ni en su correlativo 10, primer párrafo, de la LEY ANTERIOR.

* * *

En conclusión de los apartados I., II. y III. anteriores, **no obran elementos de convicción en el expediente de los cuales se pueda desprender que NWM es responsable de haber incurrido en la práctica monopólica relativa de imponer el precio o demás condiciones que los PROVEEDORES deban observar al comercializar los PRODUCTOS DE REFERENCIA.**

Contrario a lo sostenido por la AI, del expediente se desprende claramente que NWM lejos de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia de los mercados en los que participa en México, ha incidido y continúa incidiendo favorablemente en los mismos, generando una mejora real en el bienestar de los consumidores mexicanos ofreciéndoles "precios bajos todos los días" a través de su propuesta de valor EDLP.

Al resolver este procedimiento seguido en forma de juicio ese Pleno de Cofece debe evitar en incurrir en el sesgo de confirmar la condena anticipada que efectuó desde el *Estudio de competencia en el canal moderno del comercio al menudeo de alimentos y bebidas (Estudio)*, en el que resolvió: (i) que NWM cuenta con poder de compra, y (ii) que lo ejerce sobre algunos de sus proveedores derivando en un efecto cama de agua, las cuales fueron precisamente las premisas sobre las cuales la AI construyó su acusación contra NWM.

La acusación del DPR en contra de NWM no fue sustantivamente formulada por la AI, sino en realidad por el Pleno de Cofece, así como la Dirección General de Estudios Económicos y sus funcionarios², al elaborar y emitir el Estudio. Esto en violación a lo ordenado por el artículo 28 de la Constitución.

El Pleno de Cofece deberá cumplir su mandato constitucional de ser independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño e imparcial en sus actuaciones, por lo que deberá abstenerse al resolver este expediente de incurrir en un error del tipo I o falso positivo por la presiones que ese órgano constitucional autónomo enfrenta en el contexto político vigente con la discusión en el Congreso de la Unión de la iniciativa que propone la reforma del artículo 28 de la Constitución en materia de simplificación orgánica.

² En términos de los artículos 4, fracción IV, A,c.1, 33 y 33 Bis del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica.

B. Manifestaciones al desahogo de vista de la AI al Dictamen Pericial

La prueba pericial en materia de economía es una de las diversas pruebas de descargo que fueron aportadas por NWM en este procedimiento seguido en forma de juicio para desvirtuar la imputación de probable responsabilidad que le fue atribuida por la AI en el DPR.

Esta prueba de carácter técnico-económico, concatenada con el resto de las pruebas de descargo -tanto ordinarias como supervinientes- y los contraindicios hechos valer por NWM en su contestación al DPR, dan lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la AI, por lo que favoreciendo la protección más amplia al derecho a la presunción de inocencia de NWM deberá ser absuelta de la probable responsabilidad que indebidamente le fue atribuida en el DPR.

A través del dictamen pericial (**Dictamen Pericial**) rendido por [REDACTED] (**Perita**), NWM acreditó en este procedimiento, desde la perspectiva económica, los siguientes hechos:

- a. El estado de indefensión en el que quedó NWM ante la imposibilidad de replicar y verificar todos los cálculos, gráficas y tablas contenidas en el DPR que fueron elaborados por la AI, con bases de datos a las que no tuvo acceso NWM por haber sido clasificados como información confidencial, así como aquellos en los que se testó su información en la versión del DPR con la que fue emplazada NWM;
- b. Que la acusación planteada por la AI en contra de NWM en el DPR carece de sustento y racionalidad, conforme a los argumentos expuestos a lo largo del escrito de contestación del DPR y particularmente en el apartado "F. La acusación del DPR parte de errores graves insuperables";
- c. Que el mercado relevante fue definido incorrectamente en el DPR, por los motivos expuestos en el apartado "G. Definición errónea del MERCADO RELEVANTE" del escrito de contestación del DPR;
- d. Que NWM no tiene poder sustancial en el MERCADO RELEVANTE en los términos que le fueron imputados en el DPR, por los motivos expuestos en el apartado "H. NWM no tiene poder sustancial en el MERCADO RELEVANTE" del escrito de contestación del DPR;
- e. Que los argumentos económicos expuestos en el DPR no desvirtúan las pruebas directas disponibles en el Expediente, ni acreditan más allá de toda duda razonable la supuesta imposición por parte de NWM a sus PROVEEDORES del precio y condiciones comerciales, conforme a los argumentos señalados en el apartado "I. Atipicidad de la conducta" del escrito de contestación del DPR;
- f. Que la teoría de daño en que se sustenta la acusación del DPR carece de sustento y de causalidad con la conducta de NWM, en los términos señalados en el apartado "J. Teoría de daño es infundada" del escrito de contestación del DPR; y

- g. La existencia de ganancias en eficiencia, en los términos señalados en el apartado "K. Efectos procompetitivos y ganancias en eficiencia" del escrito de contestación del DPR.

El Dictamen Pericial basado en la teoría económica, las mejores prácticas internacionales y la información disponible públicamente, así como aquella a la que se le permitió acceso a NWM en el expediente, estableció con claridad y precisión las razones por las cuáles las imputaciones contenidas en el DPR en contra de NWM no son suficientes para acreditar un daño competitivo.

Mediante oficio COFECE-AI-2024-076 (Desahogo de Vista con la Pericial), el Titular de la AI desahogó la vista que le fue concedida con el dictamen pericial en economía rendido por NWM, realizando manifestaciones dogmáticas para pretender desestimar las conclusiones técnicas de la Perita. Sin embargo, resulta evidente que los elementos expuestos en el Dictamen Pericial no fueron desvirtuados por la AI en su Desahogo de Vista con la Pericial, incluso ni siquiera fueron totalmente controvertidos.

En su respuesta al Dictamen Pericial, la AI no refutó ni contradujo las afirmaciones que se hicieron. Aunque en su escrito la AI intento abordar exhaustivamente varios elementos analizados en el Dictamen Pericial, los cuatro secciones que presentó sólo se refieren a aspectos aislados y descontextualizados del Dictamen Pericial. En otras palabras, las manifestaciones de la AI no invalida la crítica integral del análisis económico en el Dictamen Pericial al DPR.

Por las razones que se exponen a continuación, NWM objeta de manera general todas y cada una de las manifestaciones formuladas por la AI en su Desahogo de Vista con la Pericial, y se remite para todos los efectos legales a que haya lugar al contenido y conclusiones del Dictamen Pericial de la Perita.

Adicionalmente, NWM formula a continuación las siguientes manifestaciones particulares para desestimar las objeciones económicas expuestas por la AI en su Desahogo de Vista con la Pericial.

I. Introducción

Desde el punto de vista del análisis económico, el DPR emitido por la AI:

- a) Presenta diversas inconsistencias teóricas y metodológicas
- b) El análisis de la evidencia empírica es limitado, además la información que se cita en el DPR es insuficiente para corroborar las conclusiones alcanzadas por la autoridad.
- c) Existen fallas técnicas y un análisis económico incompleto de la AI.
- d) El DPR presenta elementos analíticos que no están alineados con las mejores prácticas internacionales.

Lo anterior impide establecer de manera concluyente que la existencia de las APORTACIONES INVESTIGADAS desplace indebidamente a otros agentes económicos, impida sustancialmente su entrada o establezca ventajas exclusivas en favor de algún agente económico.

El Dictamen Pericial concluyó que las alegaciones del DPR son insuficientes para demostrar un daño al proceso de competencia y acceso libre al mercado.

En su su Desahogo de Vista con la Pericial, la AI no refutó ni contradijo las afirmaciones que se hicieron. Aunque en su escrito la AI intento abordar exhaustivamente varios elementos analizados en el Dictamen Pericial, los cuatro secciones que presentó sólo se refieren a aspectos aislados y descontextualizados del Dictamen Pericial. Las manifestaciones de la AI no invalidan la crítica integral del análisis económico del DPR que se efectuó en el Dictamen Pericial.

Incompletitud: El DPR omite aspectos críticos de análisis y la evidencia que presenta es insuficiente para respaldar sus conclusiones. Esto incluye la falta de análisis de ciertos mercados o la omisión de factores que podrían influir en el resultado. Por ejemplo, en el DPR definió de manera incorrecta el MERCADO RELEVANTE, tanto *aguas arriba* como *aguas abajo*, lo que lleva a una evaluación incompleta del supuesto poder de mercado.

Inconsistencias: El DPR de la AI presenta incoherencias metodológicas tanto en su análisis como entre sus conclusiones y la evidencia presentada. Esto se manifiesta en contradicciones internas en la teoría de daño invocada, así como entre sus diferentes secciones, donde las conclusiones no se alinean con los datos ni con la teoría de daño.

Inconcluso y poco claro: El análisis efectuado por la AI en el DPR no permite obtener evidencia concluyente de daño, ni proporciona un método claro para decidir si la teoría es correcta o incorrecta. La falta de claridad en los supuestos necesarios para establecer o refutar la teoría del daño invocada, y la ambigüedad en el análisis de los datos presentados invalidan las alegaciones hechas sobre la relación causal entre las prácticas comerciales de NWM y el supuesto daño al proceso competitivo. Por ejemplo, el análisis de la AI sobre si NWM impidió la entrada de competidores en el canal electrónico se basa en evidencia anecdótica y no representativa. Esto significa que no hay posibilidad de llegar a una respuesta concluyente sobre la cuestión del daño planteado. Además, no existe evidencia empírica sólida para determinar la supuesta existencia de un "efecto cama de agua".

Redundancia y repetición de argumentos sin entablar un dialogo técnico: En el Desahogo de Vista con la Pericial la AI se limita a sintetizar o resumir lo indicado en el DPR, otorgando validez a sus conclusiones únicamente por ese hecho y descontextualizando lo establecido en el Dictamen Pericial. Un ejemplo de esto se encuentra en las páginas 61 a 64 de su respuesta a la vista del Dictamen Pericial, donde la AI comenta las críticas expuestas en relación a que el DPR no

estableció ningún daño indirecto sufrido por las TDA competidoras de NWM, un elemento crucial para acreditar un daño competitivo.

Otro ejemplo es la afirmación de la AI en el sentido de que el Dictamen Pericial establece diversos elementos que debieron analizarse para determinar la existencia de un "efecto cama de agua" y argumenta que todos estos elementos fueron presentados en el DPR. Sin embargo, se observa que dicha afirmación está descontextualizada, ya que uno de los elementos necesarios es que el mercado *aguas arriba* se encuentre altamente concentrado para que dicho efecto se pueda manifestar.

A esta observación, la AI responde señalando que en el apartado "VI. Determinación del Poder sustancial de Mercado" del DPR se concluyó que el mercado relevante está concentrado. No obstante, el Dictamen Pericial se refería específicamente al mercado *aguas arriba* del lado de los vendedores, lo que implicaría la necesidad de caracterizar cada una de las industrias comprendidas en los PRODUCTOS DE REFERENCIA y establecer el grado de competencia en la venta mayorista de cada uno de ellos, elementos que no están presentes en el DPR, contrario a lo afirmado por la AI.

Descalificaciones subjetivas al perito y no a los argumentos técnicos del Dictamen Pericial: La AI centra sus argumentos en establecer que la Perita tiene un sesgo en su análisis, sin proporcionar evidencia de ello. Se limita a sostener que debido a que las conclusiones del Dictamen Pericial son diferentes de las alcanzadas por la AI en su DPR, las conclusiones de la Perita deben ser el resultado de un sesgo. Argumento que carece de lógica pues resultaría igualmente aplicable a los argumentos de la AI.

Las objeciones de la AI son contrarias a la naturaleza de un diálogo técnico. En las respuestas del Dictamen Pericial se ofreció toda la información a la que la Perita tuvo acceso para que se pudiera establecer un diálogo técnico basado en los elementos económicos y de competencia en discusión, permitiendo la refutación, el cuestionamiento o la aclaración. La respuesta de la AI muestra claramente que este diálogo no está ocurriendo, y que sus objeciones son superficiales, de forma en lugar del fondo, y por lo que se trata de opiniones sin respaldo técnico.

Falta de compromiso para establecer una discusión técnica puntual a las manifestaciones del Dictamen Pericial: Al igual que los ejemplos anteriores, en el Desahogo de Vista con la Pericial la AI se identifican otros casos que muestran la poca capacidad e indisposición de la AI para refutar o aclarar los elementos que desvirtúan la imputación presentada en el DPR y que fueron señalados en el Dictamen Pericial.

De una lectura integral del DPR, del Dictamen Pericial y del Desahogo de Vista con la Pericial, resulta claro que la AI fue incapaz de construir un caso sólido de abuso de poder de compra que

determinara que las condiciones de competencia, ya sea en el mercado *aguas arriba* o en el mercado *aguas abajo*, fueron afectadas. Esto como consecuencia de los siguientes elementos:

1. La AI no tomó en consideración la naturaleza del modelo de intermediación que siguen las TDA, lo que la llevó a realizar una incorrecta definición del mercado relevante al considerar que las TDA ofrecen un servicio logístico de abastecimiento y distribución que es contratado por los PROVEEDORES.
2. La AI realizó un análisis de determinación de la existencia de poder sustancial con base en elementos relacionados con el mercado *aguas abajo* (i.e. la venta minorista en TDA), lo que imposibilita hacer algún tipo de inferencia sobre la existencia de poder de negociación en el mercado *aguas arriba*, que es la base de la teoría de daño presentada en el DPR.
3. La AI realizó una evaluación incompleta de una teoría de daño basada en el "*efecto cama de agua*". Para acreditar dicha teoría de daño era necesario que se presenten elementos para mostrar la existencia del efecto directo y del efecto indirecto que la misma implica. Por lo que hace al efecto directo, se debe mostrar que el otorgamiento de descuentos o concesiones al comprador con supuesto poder genera una afectación en el margen de los proveedores tal que hace indispensable que estos busquen compensar las pérdidas generadas. Por lo que hace al efecto indirecto, es necesario que se muestre que existe un incremento sistematizado de los precios mayoristas que reciben los compradores competidores.

Así, no basta con mostrar, tal y como lo hizo la AI, que las distintas TDA reciben distintos precios mayoristas por parte de los proveedores para poder concluir que existe un "*efecto cama de agua*".

4. La imputación de la existencia de un efecto anticompetitivo por la comercialización de versiones exclusivas de los PRODUCTOS DE REFERENCIA presente en el DPR carece de representatividad y lógica económica.

A pesar de que el DPR señala que las TDA en México ofrecen más de [REDACTED] SKU en sus tiendas, la AI concluye que [REDACTED]

Además de la falta de representatividad del análisis de la AI, el análisis presenta contradicciones económicas respecto de la existencia de un supuesto daño sobre los PROVEEDORES [REDACTED]

5. Por último, el análisis general presentado en el DPR no establece la relación causal entre las conductas investigadas y el supuesto daño al proceso de competencia y libre concurrencia. En particular, no se presentó una cadena causal metodológicamente correcta ni evidencia empírica representativa para sustentar su teoría de daño.

A continuación, se exponen cada una de estas fallas metodológicas presentes en el DPR que impiden establecer de manera inequívoca que la conducta investigada generó algún tipo de daño en el proceso de competencia y libre concurrencia y, por las cuales, se deberían de desestimar todas las imputaciones contenidas en el DPR en contra de NWM.

II. Incorrecta definición del mercado relevante

El Dictamen Pericial establece que el modelo de negocio de los supermercados está basado en un *modelo de intermediación*, en el cual un intermediario minorista compra productos directa y centralizadamente a los fabricantes, proveedores o distribuidores para venderlos a los consumidores. Los beneficios del intermediario provienen de la diferencia entre el costo de adquisición del producto (precio de compra o precio mayorista) y su precio de venta (precio minorista). Este modelo permite reducir los costos de transacción –de búsqueda, negociación, y alineación de intereses– en relación con aquellas situaciones en las que tendrían que incurrir los productores y consumidores finales en un modelo de intercambio directo.³

En este contexto, es claro que en el modelo de intermediación existen relaciones en el mercado *aguas arriba* entre los proveedores y las TDA y relaciones en el mercado *aguas abajo* entre las TDA y los consumidores finales. La relación existente en el mercado *aguas arriba* se limita a la compra mayorista de un diverso conjunto de productos por parte de las TDA a los distintos PROVEEDORES con miras a ofrecer estos productos a los consumidores finales en el mercado *aguas abajo*.

Para que este modelo de intermediación sea redituable, los intermediarios deben garantizar la calidad de los productos (i.e. resolver problemas de selección adversa), asegurar su disponibilidad (i.e. suavizar las variaciones de la oferta y demanda) y ser accesibles para los consumidores finales. Con este fin, los intermediarios, y en particular las cadenas de TDA, han realizado mejoras tecnológicas que han permitido el desarrollo de redes sofisticadas de logística que permiten un manejo de inventarios y distribución más eficiente, así como su expansión a lo largo del territorio.

³ Paul Belleflamme y Martin Peitz, *Industrial Organization: Markets and Strategies* (Cambridge, UK; New York, 2010)

De esta manera, los elementos señalados en el párrafo anterior constituyen una parte intrínseca del modelo de intermediación, pero no intervienen de manera directa en las relaciones que tienen las TDA con los proveedores en los mercados *aguas arriba*, ni con los consumidores finales *aguas abajo*. En cambio, son acciones que desarrollan los intermediarios – las cadenas de TDA – con el objetivo de obtener y optimizar sus beneficios.

Ahora bien, el DPR analiza la supuesta imposición de las condiciones que los proveedores deben observar al vender sus productos a NWM. En particular, se analizan distintas APORTACIONES INVESTIGADAS acordadas entre NWM y sus PROVEEDORES en la compra de PRODUCTOS DE REFERENCIA. Como puede observarse, las supuestas imposiciones surgen en el mercado *aguas arriba*, en la compra mayorista que realiza NWM a los PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA.

Conforme al artículo 54 de la LFCE, son prácticas monopólicas aquellas conductas que sean llevadas a cabo por un agente económico con poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica. Por lo anterior, en la determinación del mercado relevante hecha por la AI en el DPR tendría que al menos haber considerado a las cadenas de TDA como compradores mayoristas de PRODUCTOS DE REFERENCIA.

A pesar de lo anterior, la caracterización que realizó la AI para definir el MERCADO RELEVANTE no considera a las TDA como compradores de los PRODUCTOS DE REFERENCIA sino como oferentes de un servicio logístico de distribución de los PRODUCTOS DE REFERENCIA. En esta determinación, es claro que la AI ignora a conveniencia de su acusación el modelo de intermediación que siguen las TDA, en el cual las TDA son agentes económicos que compran mercancía a precios mayorista (o al mayoreo) a proveedores y que venden estos productos a consumidores finales a precios minorista (o al detalle).

En este contexto, con el objetivo de mejorar la eficiencia operativa de ambas relaciones (tanto las del mercado *aguas arriba* como las del mercado *aguas abajo*) y disminuir sus costos de transacción, las TDA integran dentro de sus operaciones una red logística que les permita cumplir con el objetivo de la intermediación de manera eficiente. Es decir, que el desarrollo e integración de una red logística a sus operaciones diarias no tiene el objetivo de ofrecer un servicio final de distribución a los proveedores, sino de mejorar su eficiencia operativa y generar economías de escala y alcance en su papel como intermediarios.

Ignorando lo anterior, la AI establece en el DPR que las TDA ofrecen un servicio logístico de distribución, mismo que supuestamente es demandado por los PROVEEDORES. En particular, la AI señala lo siguiente:

“En este contexto, al analizar la dimensión producto, se advierte que si bien los Proveedores son quienes ofrecen los Producto de Referencias a las TDA, son los Proveedores los demandantes en este contexto, puesto que son quienes optan por los diversos Canales

de venta para llevar al consumidor final sus PRODUCTOS DE REFERENCIA. En otras palabras, son los Proveedores quienes buscan posibilidades o alternativas para abastecimiento y distribución de sus PRODUCTOS DE REFERENCIA”⁴ (énfasis añadido)

De la transcripción anterior, es claro que la AI considera que los PROVEEDORES no buscan vender sus productos a las TDA, sino que buscan medios a través de los cuales alcanzar a los consumidores finales, ignorando la principal relación que existe entre los PROVEEDORES y los intermediarios – las TDA – que es la compra mayorista de productos. Incluso, de la transcripción se observa que la AI excluye de manera explícita del análisis dicha relación al señalar que “(...) si bien los Proveedores son quienes ofrecen [venden] los Productos de Referencia a las TDA, son los Proveedores los demandantes en este contexto (...)”. Esto confirma que para la determinación del MERCADO RELEVANTE la AI no consideró las ventas que hacen los PROVEEDORES y, por lo tanto, tampoco consideró las compras hechas por las TDA, sino únicamente el alcance de las redes de distribución.

El considerar a los PROVEEDORES como demandantes de un servicio de abastecimiento y distribución en una investigación sobre abuso de poder de compra o negociación contradice las mejores prácticas internacionales. El Dictamen Pericial presentó evidencia de que en este tipo de investigaciones diversas autoridades de competencia a nivel mundial han establecido que la determinación del mercado relevante debe partir del hecho de que los proveedores son los oferentes de los productos, mientras que las TDA son los demandantes de dichos productos.

En particular, el Dictamen Pericial referenció investigaciones llevadas a cabo por la autoridad de competencia de Australia – la ACCC – y la del Reino Unido – la Competition and Markets Authority (CMA) – que han seguido dicho enfoque. Relacionado con lo anterior, el Dictamen Pericial también hizo referencia a que en casos que investigan el supuesto abuso de poder de compra o negociación, la determinación del mercado relevante debe realizarse con base en la prueba del monopsonista hipotético. Bajo esta prueba, el mercado relevante consiste en el conjunto más pequeño de productos en el área geográfica más pequeña en donde un monopsonista hipotético podría reducir los precios en una cantidad pequeña, no transitoria y significativa⁵

De esta manera, el considerar a los PROVEEDORES como demandantes de un servicio logístico, tiene importantes consecuencias sobre el análisis llevado a cabo por la AI en el DPR. En primer lugar, no está definiendo el mercado relevante en donde ocurre la conducta investigada (i.e. en la compra de los productos de referencia); en segundo lugar, el análisis realizado sigue la lógica de la prueba del monopolista hipotético y no la del monopsonista hipotético, que es la que se tendría

⁴ Páginas 104 y 105 del DPR.

⁵ OECD. “Monopsony and Buyer Power”. OECD, 2008

Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>

que aplicar en este tipo de casos y, en tercer lugar, y como consecuencia del punto anterior, el análisis de sustituibilidad realizado únicamente se enfoca en determinar la capacidad que tienen los distintos canales para alcanzar a los consumidores finales (venta al menudeo) cuando lo que tendría que evaluar es cuáles son los usos competitivos alternativos de sus productos y qué otros canales o compradores podrán ser abastecidos de una forma económica.⁶

De acuerdo con la OECD, la revisión de las alternativas de comercialización mayorista debe incluir:

1. Los compradores que adquieren los productos para un uso distinto al de la empresa y actividad investigada. Por ejemplo, los vendedores de frutas o carnes además de vender sus productos a distribuidores minoristas como son las TDA, tiendas de conveniencia, CANAL TRADICIONAL, etc., podrían vender su producto a cadenas de restaurantes.
2. Compradores ubicados en diferentes áreas geográficas que utilizan los productos para el mismo uso que la empresa y actividad investigada.
3. Compradores que podrían utilizar los productos para la elaboración de distintos insumos.

El DPR no evalúa la posibilidad de sustitución de alguna de estas alternativas de comercialización mayorista, por lo que el análisis de sustitución es incompleto y, por lo tanto, la definición de mercado relevante es incorrecta y, dado el enfoque tomado por la AI, hace que resulte imposible hacer una evaluación sobre el poder sustancial de compra o negociación que podría tener alguna empresa en el mercado.

Respecto de los argumentos anteriores contenidos en el Dictamen Pericial, la AI, en el Desahogo de Vista con la Pericial, únicamente manifiesta dogmáticamente que sí tomó en consideración que las TDA operan bajo un modelo de intermediación, pues en diversas partes del DPR se señaló que las TDA efectivamente compran los productos de referencia a los proveedores así como otras características relacionadas con la venta inicial de los productos de referencia. Sin embargo, se limita a hacer una síntesis de lo señalado en el DPR sin argumentar de forma concreta las razones por las que considera que es correcto el criterio seguido para la definición del mercado relevante consistente en considerar a los PROVEEDORES como demandantes de un servicio logístico de distribución e incluso confirmado que éste fue el enfoque que tomó para hacer dicha determinación, limitándose a señalar que la diferencia entre el análisis del DPR y el contenido en el Dictamen Pericial únicamente obedece a "(...) *diferencias conceptuales importantes (...)*",⁷ sin hacer alguna valoración sobre el marco conceptual adecuado para realizar dicha determinación. Destaca en el documento que la AI no hizo ningún señalamiento respecto al enfoque seguido por otras autoridades de competencia en casos de abuso de poder de compra o negociación, ni a la necesidad de realizar la determinación del mercado relevante con base en la prueba del

⁶ Roger Blair y Jeffrey Harrison, *Monopsony in Law and Economics* (Cambridge University Press, 2012); Bundeskartellamt, "Buyer Power in Competition Law - Status and Perspectives", el 18 de septiembre de 2008.

⁷ Página 25 del DPR.

141176

monopsonista hipotético y la necesidad de evaluar las alternativas de comercialización mayoristas que tienen los proveedores.

Estos elementos vertidos en el Dictamen Pericial son suficientes para desvirtuar las imputaciones contenidas en el DPR, pues la definición del mercado relevante es la base sobre la cual se determina la existencia de poder sustancial y sobre el cual se establece el objeto o efecto de las conductas presuntamente violatorias de la LFCE, por lo que una mala determinación de este genera que cualquier conclusión que se construya a partir de éste será incorrecta.

Adicional a los elementos señalados anteriormente, el Dictamen Pericial también identifica una falla metodológica que le impide a la AI establecer algún efecto contrario al proceso de competencia y libre concurrencia consistente en la falta de una determinación del mercado relevante tanto para el mercado aguas arriba como para el mercado aguas abajo.

En particular, el Dictamen Pericial estableció que en la mayoría de los casos relacionados con efectos anticompetitivos derivados del poder de compra o de negociación se observan efectos tanto horizontales como verticales; es decir, que dañan las condiciones competitivas en el mercado aguas arriba y tienen un impacto en el mercado aguas abajo afectando las relaciones entre el minorista, sus competidores y los consumidores finales. Por lo anterior, las mejores prácticas internacionales sugieren la definición de dos mercados relevantes (OECD, 2008):

1. Uno, aguas arriba, que permita establecer si efectivamente el agente económico tiene poder de compra (i.e. identificar aquellos servicios, productos o bienes que podrían monopsonizarse); y
2. Otro, aguas abajo, que permita determinar si este agente tiene capacidad de afectar a sus competidores horizontales en el mercado aguas abajo (i.e. tiene poder de mercado).

De esta manera, la definición de mercado relevante tanto aguas arriba como aguas abajo permite capturar todos los efectos anticompetitivos que pueden surgir por la posible existencia de poder de compra o de negociación. Esto permitirá identificar en primer lugar, si la empresa bajo investigación tiene poder de compra o negociación que le permita obtener mejores condiciones por parte de los proveedores y, en segundo lugar, determinar si tiene la capacidad de afectar las condiciones de competencia en el mercado aguas abajo.

Al respecto, la respuesta de la AI en el Desahogo de Vista con la Pericial se limita a señalar que la LFCE considera la posibilidad de que los efectos anticompetitivos se generen en un mercado relacionado, el cual no tiene que ser definido como si se tratara de un mercado relevante.

Sin embargo, este argumento no es aplicable en el marco de análisis de la teoría de daño analizada por la AI, pues bajo la hipótesis de un "efecto cama de agua" no se trata simplemente de que el efecto ocurra en un mercado relacionado, sino que es necesario que en el mercado aguas abajo exista poder de mercado para que pueda surgir un efecto anticompetitivo en contra de los

competidores y los consumidores finales. De conformidad con la teoría económica, en ausencia de poder de mercado en el mercado aguas arriba, el poder de negociación existente en el mercado aguas arriba aumenta el bienestar total en el mercado aguas abajo.

Sobre este último punto, la teoría económica establece que en la mayoría de los casos el poder de negociación actúa como un poder compensatorio que permite contrarrestar el poder de mercado que tienen los proveedores en el mercado aguas arriba. Así, el resultado final sobre el bienestar de los consumidores finales depende del resultado de la negociación, en particular, si logra obtener mejores términos comerciales por un lado y si con estos ahorros se logran disminuir los costos marginales del comprador y transferirlos al mercado aguas abajo.⁸ El grado de traspaso de este ahorro depende del poder de mercado que tenga el vendedor en el mercado aguas abajo. En este sentido, una condición *sine qua non* para determinar la existencia de poder sustancial de mercado en el mercado aguas abajo es una correcta definición del mercado relevante en este segmento de la cadena.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, para la determinación del poder de compra o negociación, es necesario definir un mercado relevante en el mercado aguas arriba utilizando la prueba del monopsonista hipotético, mientras que en el mercado aguas abajo la determinación del mercado relevante se debe realizar con base en la prueba del monopolista hipotético. Es decir, no basta con definir un solo mercado relevante para concluir que una misma empresa tiene poder en ambos segmentos de la cadena pues dada la diferencia en la prueba aplicada en cada segmento de la cadena, las restricciones competitivas identificadas en el mercado relevante correspondiente al mercado aguas arriba pueden no coincidir con las restricciones competitivas en un mercado relevante definido aguas abajo, es decir, pueden estar conformados por un conjunto de bienes o servicios distintos.

Esto es porque la prueba del monopsonista hipotético no tiene el objetivo de identificar qué otros compradores compiten en el mercado minorista con el comprador investigado, sino más bien trata de identificar cuáles son las opciones que tienen los Proveedores para comercializar sus productos de forma mayorista.⁹

Así, tomando en cuenta que la hipótesis del "efecto cama de agua" puede generar tanto desplazamiento de proveedores en el mercado aguas arriba como de competidores directos en el mercado aguas abajo, resulta claro que es necesario definir dos mercados relevantes para determinar si existen efectos anticompetitivos. Este enfoque ha sido adoptado por la Comisión

⁸ OECD, "Monopsony and Buyer Power"; Zhiqi Chen, "Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy", en *Research in Law and Economics*, ed. Richard O. Zerbe y John B. Kirkwood, vol. 22, *Research in Law and Economics* (Emerald Group Publishing Limited, 2007), 17-40, [https://doi.org/10.1016/S0193-5895\(06\)22002-5](https://doi.org/10.1016/S0193-5895(06)22002-5)

⁹ Ignacio Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law* (France: Concurrences, 2017).

141178

Europea en investigaciones relacionadas con tiendas de autoservicio en donde se identifican dos mercados relevantes para poder evaluar los efectos competitivos:

1. El mercado de distribución en el cual los minoristas actúan como oferentes de los consumidores finales.
2. El mercado de adquisición (*procurement market*) en el cual los minoristas actúan como compradores *vis-a-vis* los productores de bienes que forman parte de la oferta minorista.

La falta de definición de dos mercados relevantes distintos en el DPR impidió que la AI pudiera evaluar de forma correcta si existe o no un supuesto daño anticompetitivo como consecuencia de las conductas investigadas y las teorías de daño consideradas en el DPR.

III. Incorrecta determinación de poder sustancial en el mercado aguas arriba

El Dictamen Pericial identificó que una de las principales consecuencias de utilizar el enfoque seguido por la AI en el DPR para determinar el MERCADO RELEVANTE es que implícitamente se está definiendo el mercado relevante en el mercado aguas abajo y no en el mercado aguas arriba que es el que tendría que determinarse para poder establecer si existe, o no, poder sustancial en la compra de los PRODUCTOS DE REFERENCIA.

En particular, la AI consideró que los PROVEEDORES son demandantes de un servicio logístico de distribución y que las cadenas de TDA ofrecen dicho servicio. En este contexto, la AI únicamente evaluó como posibles opciones de sustitución del lado de la demanda a aquellos canales de comercialización que participan en el mercado aguas abajo en la venta minorista de los PRODUCTOS DE REFERENCIA, ignorando que en el mercado aguas arriba pueden existir otros compradores que utilicen los PRODUCTOS DE REFERENCIA para fines distintos a los de la empresa investigada y que puede que sean éstos quienes tienen el poder de compra o quienes disciplinen el comportamiento del comprador investigado.

Así, considerar únicamente como posibles sustitutos a aquellos canales que compiten en la venta minorista genera que el mercado relevante no identifique a todas las restricciones competitivas a las que se enfrenta el comprador investigado en el mercado aguas arriba. Para ilustrar lo anterior, el Dictamen Pericial presentó un ejemplo relacionado con la compra de pasta de dientes¹⁰. En este ejemplo, se señala que una definición del mercado relevante en el mercado aguas abajo podría incluir únicamente a aquellas tiendas en donde los consumidores pueden hacer "*one-stop shopping*" (similar al enfoque utilizado por la AI). Mientras que el mercado relevante correspondiente al mercado aguas arriba (que correspondería al de la compra de productos de referencia) podría incluir todos los canales que realizan compras mayoristas de pasta de dientes independientemente de que compitan o no en el mercado aguas abajo. En este caso, el mercado

¹⁰ Chen, Zhiqi. "Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy". En *Research in Law and Economics*, editado por Richard O. Zerbe y John B. Kirkwood, 22:17-40. Research in Law and Economics. Emerald Group Publishing Limited, 2007. [https://doi.org/10.1016/S0193-5895\(06\)22002-5](https://doi.org/10.1016/S0193-5895(06)22002-5).

aguas arriba podría estar compuesto por las TDA, farmacias, u otras tiendas minoristas que no tienen la característica de "one-stop shopping", cadenas de hoteles, o cualquier otro mayorista interesado en comprar pasta de dientes.

Este error metodológico impide que la AI pueda determinar siquiera la existencia de poder sustancial en el mercado aguas arriba pues no definió un mercado de adquisición de los productos de referencia, sino que en su lugar definió un mercado de distribución de los productos de referencia. De esta manera, la AI se encontró imposibilitada para determinar si existe poder de compra en el mercado de adquisición, que es aquel en donde ocurre la conducta investigada.

La consecuencia inmediata de este error metodológico y conceptual es que la evaluación del poder sustancial presentada en el DPR considera principalmente indicadores relacionados con la dinámica de competencia en el mercado aguas abajo de la venta minorista de productos de referencia relacionado con el tamaño de la red logística. En particular, la AI consideró las participaciones de mercado con base en: el número de tiendas, la dimensión del piso de ventas, número de SKUs disponibles, el volumen de compras y el volumen de ventas.

No obstante, el Dictamen Pericial concluyó que estos indicadores no son los idóneos ni suficientes para establecer que alguna TDA participante tiene poder de compra, como pretende hacerlo la AI en el DPR. Por ejemplo, el número de SKUs disponibles únicamente permite hacer inferencias sobre el número de proveedores con los cuales cada participante del mercado relevante tiene relación comercial, sin que sea posible establecer si alguno de estos tiene poder de compra frente a cada uno de sus distintos proveedores. Para ejemplificar esto, supongamos que existen dos competidores en el mercado aguas abajo, uno que comercializa 3 SKUs de distintos proveedores y otro que comercializa tan sólo 1 SKU. En este escenario, la empresa que comercializa 3 SKUs tendrá una participación de mercado del 75%, mientras que la otra apenas alcanzará una participación del 25%.

Con estos elementos resulta imposible concluir que la empresa que tiene 75% de participación de mercado tiene poder de compra. En esta situación, puede darse el hecho de que los 3 proveedores que venden a la empresa con 75% de participación de mercado tengan relaciones comerciales con 4 o 5 empresas distintas, que no forman parte del mercado relevante identificado, a las que no les resulta necesario vender sus productos a esta empresa. En contraste, podría ser posible que el proveedor que vende a la empresa que tiene el 25% de participación de mercado, únicamente tenga relación comercial con esta empresa y, por lo tanto, conceda cualquier beneficio a la misma. Esta situación coloca a la empresa que vende únicamente 1 SKU como aquella que tiene poder de negociación con relación al proveedor que la abastece.

Situaciones similares a las ejemplificadas podrían surgir del análisis del resto de los indicadores utilizados por la AI para supuestamente determinar el poder de compra; esto es consecuencia del

141180

uso de un enfoque centrado en el servicio de distribución para atender a consumidores finales y no uno que describa las condiciones de adquisición de los productos de referencia.

Incluso analizando de forma conjunta todos los indicadores utilizados por la AI en el DPR, no podría establecerse de manera correcta la existencia de una empresa con poder de compra pues para tal fin resulta indispensable conocer las condiciones estructurales de cada una de las industrias a las que pertenecen los PRODUCTOS DE REFERENCIA. La posibilidad de que cualquier comprador tenga poder de negociación es distinta si tiene que adquirir un producto de industria monopolizada del lado de los vendedores a que si tuviera que comprar otro producto en una industria en donde compiten un importante número de proveedores.

Así, datos agregados de compras, que son los utilizados por la AI en el DPR, no son suficientes para establecer que alguna empresa tiene poder de compra, pues incluso el que una empresa tenga compras agregadas superiores a las de sus competidores podría indicar que dicha empresa compra un mayor número de productos a distintos PROVEEDORES y no, necesariamente, que sea un comprador importante para todos los PROVEEDORES. Por lo cual, el análisis debe considerar las condiciones estructurales de cada industria.

Al respecto, el Dictamen Pericial señaló que las mejores prácticas internacionales avalan la necesidad de identificar diferencias en las condiciones estructurales de las industrias para hacer evaluaciones sobre el poder de negociación existente. En particular, identificó que la Comisión Europea ha señalado que las distintas categorías de productos pueden tener distintas estructuras, y esto hace necesario distinguir los productos por su tipo y no crear categorías que abarquen todos los productos analizados. Por ejemplo, los productos perecederos, como las frutas y verduras, deben pasar filtros fitosanitarios para poder ser exportados; en este caso, la viabilidad para que el canal de exportaciones sea factible es baja. En contraste, están otros productos como jabones o detergentes que tienen menos restricciones para la exportación y pueden considerar a este canal como viable entre sus opciones de distribución. Así, la Comisión Europea reconoce que el mercado relevante aguas arriba debe analizarse con base en la estructura de mercado de cada producto o, al menos, ser agregado en productos cuya estructura sea similar.¹¹

Sobre el particular, la AI se limitó a señalar, en su Desahogo de Vista con la Pericial, que no es necesario identificar la estructura del mercado aguas arriba en virtud de que NWM firma el mismo tipo de contrato con todos sus proveedores, además de que sigue el mismo proceso de contratación con todos estos, y que esta empresa afirmó que no realiza ninguna segmentación de sus proveedores por lo que la AI considera que estos son indicios de que NWM puede establecer las condiciones de comercialización con todos sus proveedores independientemente de la estructura de la industria en donde participen.

¹¹ Ver la resolución del caso IV/M.1221 - Rewe/Meinl,

Esta afirmación de la AI resulta insostenible considerando los argumentos expuestos en el Dictamen Pericial y los ejemplos señalados con relación a la necesidad de hacer una caracterización de las industrias proveedoras de los productos de referencia para poder establecer la existencia de poder de compra o de negociación. Si lo señalado por la AI en el Desahogo de Vista con la Pericial fuera verdad, no sería razonable que NWM acordara distintos montos de APORTACIONES INVESTIGADAS a sus PROVEEDORES sino que establecería el mismo monto máximo para todos. No obstante, como se muestra en el DPR, según la AI el monto de las APORTACIONES varía por proveedor, situación sobre la cual la AI no hace ninguna manifestación en su Desahogo de Vista con la Pericial, por lo que debe considerarse consentido.

Si bien, es verdad que el formato de contrato que establece NWM con sus proveedores es el mismo para todos, también es cierto que las condiciones contractuales (como son el acuerdo de precios y tamaño de las APORTACIONES) que acuerda con cada uno de ellos varía con base en la negociación realizada, cuyo resultado varía dependiendo de varios factores, como podrían ser el volumen de compra y las características de la industria en la que participa, elementos que son ignorados en el análisis de la AI.

Sobre las críticas realizadas a la selección de indicadores para determinar el supuesto poder de compra, la AI en el Desahogo de Vista con la Pericial se limita a repetir los argumentos erróneos plasmados en el DPR y afirmar que el análisis presentado en el mismo es correcto. Asimismo, señala que el Dictamen Pericial "(...) omite proporcionar los elementos de convicción que comprueben cómo otras métricas pudieran reflejar la dinámica competitiva y el poder de compra en el MERCADO RELEVANTE [i.e. el definido en el DPR] (...)".¹²

Sobre este último punto, se aclara que es precisamente la AI quién debió de establecer en el DPR los elementos de convicción necesarios para acreditar sus imputaciones más allá de toda duda razonable. El Dictamen Pericial señaló de manera clara los elementos que fueron omitidos por la AI y que generan dudas razonables sobre su incapacidad para determinar la existencia de poder de compra, sin que la AI haya establecido que los argumentos son incorrectos.

Contrario a lo invocado por la AI, el Dictamen Pericial sí señala cuáles son los elementos que debió haber analizado la AI para establecer la existencia de poder de compra en un contexto de negociación bilateral. En particular, se señaló lo siguiente:¹³

"(...) existen varios factores, en el contexto de una negociación, que pueden conferir poder de compra a un agente económico, entre estos están:

- 1. Las opciones o alternativas que tenga cada una de las partes en las negociaciones;*
- 2. El tamaño absoluto del comprador;*
- 3. Relaciones de dependencia relativa;*

¹² Página 31 del Desahogo de Vista con la Pericial.

¹³ Páginas 160 y 161 del Dictamen Pericial.

4. Presencia de marcas libres; y
5. El comportamiento de los consumidores.

A continuación, se hace una revisión de las razones por las cuáles la literatura especializada señala que cada uno de estos elementos otorga poder de compra en un contexto de poder de negociación.” (énfasis añadido)

Adicionalmente, el Dictamen Pericial también señaló lo siguiente:¹⁴

“Por otra parte, si nos remitimos a las mejores prácticas internacionales para evaluar el poder de negociación, la OECD (2008) propone evaluar la existencia de poder de negociación, a través de un marco analítico que puede utilizarse en un contexto en donde se considere que la existencia de dicho poder puede afectar a los consumidores finales y a los competidores horizontales en el mercado aguas abajo. Como consecuencia, es necesario definir dos mercados relevantes (uno para el mercado aguas arriba y otro para el mercado aguas abajo), mismos que no se analizaron en el DPR. Entre los elementos a analizar de acuerdo con la OECD están:

1. *La capacidad del comprador para:*
 - a. *Encontrar Proveedores alternativos sin que esto represente un costo elevado;*
 - b. *Patrocinar la entrada de nuevos competidores en el mercado aguas arriba; y/o*
 - c. *Autoabastecerse sin incurrir en costos hundidos.*
2. *Establecer si el comprador es un “gatekeeper” del mercado aguas abajo.*

Si, en cambio, nos remitimos de vuelta a la teoría económica y revisamos algunas metodologías propuestas para evaluar la existencia de poder de negociación, Herrera Anchustegui (2017) propone 5 elementos a evaluar para determinar la existencia de poder de negociación:

1. *Participaciones de mercado tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo;*
2. *Niveles de concentración en el mercado, considerando adicionalmente el número de compradores;*
3. *Evaluar si una empresa es un “Socio Comercial Inevitable” y evaluar la dependencia que existe entre compradores y vendedores – es decir, un análisis simétrico.*
4. *Establecer si un comprador es un “Gatekeeper” del mercado aguas abajo;*
5. *Evaluar la existencia de Proveedores alternativos o las posibilidades reales de autoabastecimiento.*

Al igual que con el análisis que propone la OECD, la AI no realiza este análisis”.

La AI no hace ninguna referencia a los elementos mencionados, los cuales constituyen el estándar de la prueba que debe seguir una autoridad de competencia para determinar la existencia de poder de compra en un contexto de negociación bilateral, como es el caso de la relación entre las TDA y los PROVEEDORES. Tales elementos no son considerados por la AI quien además omite explicar por qué no se aplicaron a la investigación del expediente IO-002-2020.

Por lo tanto, la argumentación vertida en el Dictamen Pericial sí fue clara en establecer que la metodología y enfoque seguidos por la AI para la determinación de poder sustancial no son los idóneos para establecer que alguna empresa tiene poder sustancial en el mercado de adquisición de los PRODUCTOS DE REFERENCIA.

¹⁴ Páginas 224 y 225 del Dictamen Pericial.

IV. Incorrecta evaluación de la Teoría de Daño basada en el "efecto cama de agua"

El Dictamen Pericial presentó una revisión de la literatura económica y expuso tres distintos modelos económicos que explican la forma en que podría surgir un "efecto cama de agua" y cómo este podría generar un daño competitivo.

Al respecto, la Perita señaló que el "efecto cama de agua" se da cuando un proveedor aumenta los precios que ofrece a distintos compradores en el mercado mayorista o bien, cuando modifica en detrimento de estos las condiciones comerciales de las transacciones realizadas como consecuencia del otorgamiento de distintas concesiones a una empresa con poder de mercado. Así, el incremento de precios al resto de compradores busca compensar las pérdidas que enfrenta el vendedor mayorista como consecuencia de mantener la relación comercial con el comprador dominante.

Con base en la teoría económica revisada, el Dictamen Pericial identificó los elementos que deberían observarse para determinar si existe un "efecto cama de agua", los cuales son:

1. Existencia de poder sustancial de compra por parte de un comprador.
2. Que los Proveedores hayan otorgado alguna concesión al agente con supuesto poder sustancial de compra.
3. Que haya reducciones en las cantidades vendidas por los Proveedores.
4. Que exista un incremento del precio por parte de los Proveedores a los compradores pequeños. Esto solo podrá observarse si los Proveedores:
 - a. Participan en industrias concentradas.
 - b. Presentan costos marginales crecientes.
 - c. Tengan la capacidad de discriminar en precios en el mercado aguas arriba.
5. Que los márgenes de los compradores pequeños se vean afectados por el incremento de los precios mayoristas, y
6. Que el precio a los consumidores finales haya incrementado.

La AI no aportó pruebas en el expediente que permitan concluir que estos elementos se actualizan en su acusación contra NWM. Por el contrario, de la información contenida en el mismo DPR es posible presumir que no están presentes.

Respecto al primer elemento, en los apartados II. y III. anteriores se expuso que el DPR no determinó si alguna empresa goza de poder sustancial de compra, principalmente porque el enfoque seguido por la AI para determinar el mercado relevante y hacer la determinación de poder sustancial es equivocado, al considerar a los PROVEEDORES como demandantes de un servicio logístico de distribución.

El segundo elemento tampoco está presente en la información presentada en el DPR. El "efecto cama de agua" surge por el supuesto otorgamiento exclusivo de concesiones al agente con poder

sustancial. En el DPR existe evidencia de que las TDA competidoras de NWM también aplican aportaciones a sus PROVEEDORES. En este escenario, no es claro como los PROVEEDORES compensarían las pérdidas obtenidas por hacer concesiones a NWM otorgando a su vez concesiones a otros compradores.

Por el contrario, esta situación podría sugerir que en el mercado mexicano podría darse un "efecto anti-cama de agua", en donde los vendedores tienen incentivos para hacer descuentos a los compradores, incluidos competidores entre sí, y a cualquier empresa que pudiera tener Poder de Negociación. Esto podría deberse a que desean evitar que un comprador grande crezca aún más¹⁵, o porque la reducción de precios a la empresa con poder de negociación hace que las pérdidas posteriores por otorgar contribuciones adicionales sean financieramente menos gravosas.¹⁶

Sobre el tercer punto, el DPR no contiene información sobre el volumen de ventas por lo que no es posible hacer algún señalamiento respecto de las cantidades vendidas por los PROVEEDORES.

Sobre el cuarto punto, el DPR no presenta información sobre la dinámica de los precios a lo largo del PERIODO INVESTIGADO, sino que se limita a comparar el precio de compra efectivo promedio del PERIODO INVESTIGADO. Por lo anterior, no es posible determinar si los PROVEEDORES aumentaron los precios a las cadenas de TDA distintas a NWM. Con esta información no es posible establecer una relación causal entre cambios en el monto de las APORTACIONES INVESTIGADAS y cambios en los PRECIOS DE COMPRA EFECTIVOS cobrados a otras cadenas de TDA.

A pesar de lo anterior, y relacionado con lo indicado con el segundo punto, el otorgamiento de aportaciones a las TDA competidoras de NWM podría ser un indicio de que los PROVEEDORES presentan una curva de costos marginales no creciente, tal que el otorgamiento de descuentos a todos los compradores es compensado con la reducción de costos que implica el aumento de la producción. Lo que implicaría que no existe un "efecto cama de agua".

Al respecto, Iacovonne y otros¹⁷ desarrollaron un modelo teórico sobre el comportamiento de las empresas manufactureras posterior a la entrada de Walmart en México a partir de la apertura

¹⁵ Frederik van Doorn, *The Law and Economics of Buyer Power in EU Competition Policy* (Eleven International Publishing, 2015); Zhiqi Chen, "Dominant Retailers and the Countervailing-Power Hypothesis", *The RAND Journal of Economics* 34, núm. 4 (2003): 612-25, Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1593779>

¹⁶ Inderst, Roman, y Paul Dobson. "Differential Buyer Power and the Waterbed Effect: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers?", 2007. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Paul-Dobson-3/publication/265748191_Differential_Buyer_Power_and_the_Waterbed_Effect_Do_Strong_Buyers_Benefit_or_Harm_Consumers/links/5652f10408ae1ef929759ec9/Differential-Buyer-Power-and-the-Waterbed-Effect-Do-Strong-Buyers-Benefit-or-Harm-Consumers.pdf

¹⁷ Iacovone, Leonardo, Beata Javorcik, Wolfgang Keller, y James Tybout. "Supplier responses to Walmart's invasion in Mexico". *Journal of International Economics* 95, núm. 1 (el 1 de enero de 2015): 1-15. <https://doi.org/10.1016/j.jinteco.2014.08.003>

comercial de 1990. Con base en un ejercicio econométrico y entrevistas con representantes de empresas, los autores implementaron un modelo cuyas simulaciones predicen que la entrada de Walmart genera que los Proveedores se separaren en dos grupos distintos: uno en donde a los Proveedores les resulta atractivo convertirse en Proveedores de Walmart y otro, cuyos miembros preferirán seguir abasteciendo únicamente los canales tradicionales.

Respecto de aquellos productores que decidan vender a través de NWM, los autores encuentran que estos encuentran atractivo mejorar sus productos disponibles en esta cadena y, por lo tanto, aumentan sus inversiones en innovación y mejoramiento de sus productos. Asimismo, encuentran que las empresas que comercializan con NWM incrementan su productividad con relación a aquellas que no comercializan con dicha empresa.

Esta evidencia sugiere que los proveedores que abastecen a las TDA tienen mayor productividad que puede estar acompañada de economías de escala que permite ofrecer precios más bajos conforme incrementa sus ventas.

Así, esta evidencia sugiere que la curva de costos marginales de los PROVEEDORES puede ser decreciente y, por lo tanto, no necesitaran compensar la disminución de precios que pudieran hacerle a una empresa con poder de mercado, siempre y cuando esto le permita incrementar sus ventas, lo cual es precisamente el objetivo de las aportaciones.

Respecto del quinto punto, al igual que ocurre con la información sobre los precios, el DPR se limita a analizar el margen promedio de los PRODUCTOS DE REFERENCIA durante el PERIODO INVESTIGADO. Esta información no permite evaluar la dinámica de los márgenes para determinar si efectivamente estos se redujeron durante el PERIODO INVESTIGADO.

Por último, el DPR únicamente presenta información agregada de los precios de venta a los consumidores finales por parte de las principales cadenas de TDA en relación con el precio de venta ofrecido por NWM. De la información presentada en el DPR por la AI, se tiene que una cadena de TDA competidora de NWM tan sólo vende el [REDACTED] de los productos ancla a un precio superior al de NWM, es decir que ha sido capaz de mantener un precio menor al de NWM para cerca del [REDACTED] de los productos ancla definidos por la AI.

No obstante, al igual que para el caso del incremento de los precios de provisión y de los márgenes de la TDA, el dato del precio promedio de venta de los productos durante el PERIODO INVESTIGADO no permite identificar la dinámica de estos y, por lo tanto, no es posible establecer si estos han aumentado o disminuido.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que los elementos contenidos en el DPR no son suficientes para probar que la conducta atribuida a NWM pudiera tener por objeto o efecto un

"efecto cama de agua" que se derive de las APORTACIONES INVESTIGADAS acordadas entre NWM y sus PROVEEDORES.

De igual forma, en el Desahogo de Vista con la Pericial la AI señala genéricamente que todos estos elementos fueron supuestamente evaluados en el DPR y que se acreditó que todos están presentes en el MERCADO INVESTIGADO y que, por lo tanto, es posible determinar la existencia del "efecto cama de agua" en el caso concreto.

Tal afirmación es dogmática y circular, la AI en su desahogo de vista se limitó a repetir los argumentos del DPR, descontextualizar los elementos que se presentaron en el DPR e intentar hacer interpretaciones *ad hoc* de los mismos.

Retomando el primer punto, la AI señala que en el DPR se estableció que NWM cuenta con las mayores participaciones de mercado; sin embargo, como se identificó en las secciones II. y III. anteriores, la AI no fue capaz de establecer la existencia de poder sustancial en el mercado de adquisición, sin que haya sido capaz de desvirtuar los elementos señalados por la Perita en el Dictamen Pericial.

Por lo que hace al segundo punto, la AI señala que el DPR presenta evidencia de que NWM recibe distintas APORTACIONES INVESTIGADAS que le permiten contar con los precios de compra efectivos más bajos. No obstante, esto no desvirtúa el hecho de que el resto de las cadenas de TDA también reciben aportaciones, situación que no tendría que observarse bajo la presencia de un "efecto cama de agua".

Sobre el particular, la AI únicamente señala que la existencia y aplicación de aportaciones a las TDA competidoras de NWM sí es compatible con el referido efecto pues la existencia de éstas no implica que no exista una diferencia entre los PRECIOS DE COMPRA BASE y los PRECIOS DE COMPRA EFECTIVOS entre las distintas cadenas. Al respecto, la AI no hace ninguna manifestación respecto de por qué considera que los PROVEEDORES deben otorgar los mismos precios a todas las cadenas de TDA, independientemente de su volumen de compra.

Bajo la lógica del argumento anterior, la cadena de TDA que recibe los segundos precios de compra más bajos después de NWM, en el supuesto no concedido de que ésta última fuera la que reciba los precios de compra más bajos, generaría un "efecto cama de agua" sobre la empresa que reciba el tercer precio de compra más bajo y así sucesivamente.

De la información presentada en el DPR respecto del PRECIO DE COMPRA EFECTIVO¹⁸ se tiene que los precios que reciben las otras dos cadenas de TDA analizadas también enfrentan distintos

¹⁸ A pesar de que la AI hace referencia a los PRECIOS DE COMPRA BASE, es importante señalar que todo el análisis contenido en el DPR que hace comparaciones de precios, estas se hacen únicamente con base a los PRECIOS DE COMPRA EFECTIVOS.

precios de compra entre sí, lo que impediría que una de ellas — la que tenga los precios de compra más elevados — pueda igualar las condiciones ofrecidas por su competidora. Así, bajo la lógica de la AI, la empresa que recibe mejores condiciones también tendría poder de compra tal que le permite obtener mejores condiciones que sus competidores en la adquisición de los productos de referencia.

Independientemente de lo anterior, todos los modelos presentados sobre el “efecto cama de agua” tienen en común que las concesiones son otorgadas únicamente al comprador dominante.

Por lo que hace al tercer punto, la AI argumenta que el DPR mostró un caso en donde la conducta de NWM provocó que las ventas de Chedraui [REDACTED] descendieran, por lo que afirma que existe información en el expediente que muestra que hay PROVEEDORES que han reducido la cantidad de unidades vendidas en las cadenas de TDA competidores de NWM.

El argumento vertido por la AI es anecdótico, por lo que no puede ser considerado representativo de la dinámica del mercado. Asimismo, es un caso aislado que no permite establecer si efectivamente hubo una reducción de las cantidades vendidas en el mercado. Si bien es posible que CHEDRAUI haya disminuido sus ventas de dicho producto, la Gráfica 19 del DPR muestra que las ventas de NWM del mismo se incrementaron durante el mismo periodo en un [REDACTED] lo que pudo haber más que compensado la caída en las ventas de CHEDRAUI. Igualmente, la argumentación de la AI descontextualiza lo señalado por la teoría económica, ya que dicha condición se refiere a las ventas de los proveedores en el mercado en general y no a las ventas particulares de una empresa minorista.

Respecto al cuarto y quinto punto, referentes al incremento del precio de compra de las TDA competidoras de NWM y el margen de ganancia de éstas, la AI se limita a repetir lo señalado en el DPR y hacer referencia a la información de precios de compra y márgenes promedio presentada en el DPR de la cual, como se ha señalado anteriormente, no es posible establecer la dinámica de precios durante el periodo de investigación y, por tanto, no es posible determinar si estos aumentaron o disminuyeron.

Al respecto, es importante señalar que una teoría de daño basada en el “efecto cama de agua” no es una teoría de daño de discriminación, sino que es un mecanismo a través del cual los proveedores, para compensar la pérdida de ingresos que tienen como consecuencia de otorgar algún tipo de concesión al comprador dominante, incrementan los precios a los demás compradores, por lo que es indispensable observar un movimiento de precios y márgenes a lo largo del tiempo y no únicamente una diferencia entre estos.

Por último, respecto del sexto punto, la AI señala que el DPR estableció que el “efecto cama de agua” podría resultar en el largo plazo en mayores precios de venta promedio para los consumidores finales, sin que señale las razones por las cuáles considera que se espera que en el

141188

largo plazo se incrementen los precios o, al menos, mostrar el efecto actual en los precios, por lo que no es posible afirmar que dicho elemento este presente en la información contenida en el DPR, ni en el Expediente.

Sobre esta última manifestación, se resalta que en el DPR se señala que la conducta imputada ha sido una constante durante todo el PERIODO DE INVESTIGACIÓN, mismo que va del 24 de julio de 2010 al 23 de junio de 2023; es decir, 13 años. Así, resulta poco creíble que actualmente no sea posible presentar evidencia de un efecto en los precios de venta a los consumidores finales, lo que únicamente puede explicarse por el hecho de que este incremento no se ha observado.

Por los elementos anteriores se considera que el DPR no contiene los elementos económicos, ni técnicos necesarios para acreditar la supuesta existencia de un "efecto cama de agua", por lo que deben desestimarse todas las imputaciones que la AI formuló contra NWM en el DPR basados en la referida teoría de daño.

V. Incorrecta extrapolación de un ejemplo para determinar que NWM generó ventajas exclusivas en todo un mercado

El análisis presentado en el DPR para determinar que NWM supuestamente generaba ventajas exclusivas indebidas es incompleto y carente de representatividad, pues no acredita que los supuestos efectos descritos en el análisis sean generalizados ya que únicamente presenta información respecto a un caso en particular y se limita a mencionar la supuesta existencia de otros 3 casos.

Al respecto, la AI señala en su Desahogo de Vista con la Pericial que el ejemplo desarrollado en el DPR tan sólo constituye un caso ilustrativo de los efectos de la supuesta conducta de NWM; no obstante, la AI omite señalar de manera concreta cuáles son los elementos de convicción presentados en el DPR que permiten establecer que efectivamente el efecto alegado es supuestamente generalizado. Al no existir ningún tipo de evidencia empírica de dicho efecto (más allá del ejemplo presentado), los señalamientos de la AI constituyen meras especulaciones o suposiciones sin fundamento que deben ser desestimados por el Pleno de Cofece.

Independientemente de lo anterior, con los elementos señalados en el DPR en relación con el supuesto ejemplo ilustrativo utilizado por la AI, tampoco es posible concluir que: i) la existencia de productos exclusivos sea responsabilidad de NWM, y ii) que la existencia de dicho producto exclusivo afecte o dañe a los competidores de NWM.

Sobre la responsabilidad de NWM de la existencia de los productos exclusivos, el DPR se limita a señalar que antes de la diferenciación que realizara el Proveedor [REDACTED] a su producto [REDACTED] [REDACTED] existía una guerra de precios entre NWM y alguna TDA competidora,

periodo durante el cual, la TDA competidora supuestamente ofrecía un precio final por gramo inferior al de NWM.

De acuerdo con las manifestaciones de la AI en el DPR, la guerra de precios terminó cuando el proveedor del [REDACTED] inició con la diferenciación de presentaciones para cada una de estas cadenas de TDA. Según la teoría expuesta por la AI en el DPR, la razón por la cual el PROVEEDOR inició con la diferenciación de presentaciones fue para evitar un monitoreo de precios por parte de NWM. No obstante, la evidencia mostrada en el DPR confirma que fue una acción unilateral del PROVEEDOR de dicho producto.

En particular, la AI señaló en el DPR que, en respuesta a un requerimiento de información, la cadena de TDA competidora de NWM afirmó que [REDACTED] sin que presente otros elementos que permitan siquiera presumir que NWM hacía un seguimiento al precio del [REDACTED]. Al respecto, resalta que la AI no utilizó sus atribuciones de investigación para hacer un requerimiento de información a la empresa proveedora del [REDACTED] para indagar las razones por las cuáles decidió elaborar presentaciones exclusivas y por qué tomó la decisión de otorgarle a NWM la presentación clásica. Así, las manifestaciones de la AI respecto a que el seguimiento de precios de NWM son las que generaron la aparición de presentaciones exclusivas no tienen ningún sustento.

Por lo que hace a los efectos de la aparición de las presentaciones exclusivas, el DPR señala que después de la introducción de las presentaciones diferenciadas, la TDA competidora comenzó a ofrecer un precio final por gramo superior al de NWM. Es decir, que este hecho aumentó los precios finales. Adicionalmente, según la AI, los resultados en el mercado fueron que la TDA competidora disminuyó el número de unidades vendidas, mientras que NWM las aumentó. Así, la AI concluye que la falta de una presentación particular de un solo producto puede generar la migración de consumidores a otra TDA pues no serán capaces de ofrecer una canasta completa de bienes.²⁰

La única información que presenta el DPR para llegar a dicha conclusión es el número de unidades vendidas y el precio de venta [REDACTED] tanto de NWM como de la TDA competidora. Al respecto, se señala que esta información es insuficiente para llegar a la conclusión sugerida por la AI.

Si bien la información muestra que el precio de venta por gramo ofrecidos por la TDA competidora pudieron haber incrementaron por arriba de los de NWM, la AI no presenta información sobre el PRECIO DE COMPRA EFECTIVO [REDACTED] cobrado por el

¹⁹ Página 425 del DPR.

²⁰ Página 424 del DPR.

PROVEEDOR, por lo que no es posible determinar si el hecho de que la TDA competidora venda más caro se derive de que recibió precios de compra más caros o simplemente decidió aumentar el precio de venta al tratarse de un producto exclusivo.

Sobre este último punto, el DPR señala que, en el periodo posterior a la introducción de presentaciones exclusivas, el margen de la TDA competidora se incrementó en relación con el periodo anterior, esto es un indicio de que la decisión de mantener el precio de venta por encima de NWM es una decisión racional de la TDA competidora.

Dado lo anterior, no es posible determinar si la supuesta caída en ventas de [REDACTED] en la TDA competidora es resultado de que la presentación ofrecida es menos atractiva o si es resultado de que esta TDA aumentó el precio del producto, a pesar de que pudo reducirlo hasta el punto de alcanzar el margen que tenía antes de que se introdujera la presentación exclusiva. Asimismo, la AI tampoco analiza si esta caída en las ventas es resultado de que la TDA competidora haya empezado a comercializar otras marcas sustitutas de queso crema o introducido una marca propia, elementos que no pueden ser descartados para realizar un análisis adecuado y comprensivo.

Por último, respecto a lo señalado por la AI en relación a que la falta de una presentación particular de un solo producto puede generar la migración de consumidores a otra TDA, la AI no presentó información de la existencia de migración de consumidores a NWM en virtud de que este cuenta con la presentación más popular de [REDACTED] elementos indispensables para llegar a tal afirmación.

Como se observa de lo anterior, el análisis de la AI es incompleto por lo que sus conclusiones carecen de fundamento y deben ser desestimadas.

VI. Falta de evidencia empírica para determinar que NWM impidió sustancialmente la entrada de competidores en el CANAL ELECTRÓNICO

Por último, respecto al supuesto impedimento sustancial para que competidores de NWM entren al CANAL ELECTRÓNICO, las manifestaciones contenidas en el DPR no acreditan que se esté llevando a cabo una estrategia que impida la entrada de alguna empresa.

En particular, la evidencia presentada en el DPR es meramente anecdótica, descansa en una nota periodística de una revista y en 2 correos electrónicos cuyo contenido no fue confirmado por la AI en ejercicio de sus facultades de investigación, que fueron aportados por [REDACTED]*-a quien la propia AI le atribuyó la existencia de posibles barreras a la competencia en el CANAL ELECTRÓNICO en el servicio de marketplace para vendedores-, que invocan que algunos PROVEEDORES del CANAL ELECTRÓNICO en 2018 supuestamente pudieron haber sido sancionados y pudieron haber suspendido su relación comercial con el CANAL ELECTRÓNICO.

*Información identificada como confidencial en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Este hecho aislado, aún si fuera cierto, no es representativo de la relación que NWM puede tener con la totalidad de sus PROVEEDORES y por lo tanto no acredita la plausibilidad de la teoría de daño construida por la AI. Además, cualquier manifestación aislada de NWM sobre la posible identificación de ineficiencias en su proceso de adquisición, en todo caso habría tenido por objeto optimizar su cadena de suministro y aumentar su competitividad, no así el impedir sustancialmente el acceso de agente económico alguno al CANAL ELECTRÓNICO.

En adición a lo anterior, la información presentada en la nota periodística utilizada por la AI, no es consistente con una estrategia que impida sustancialmente el acceso de competidores en el canal electrónico de conformidad con diversas manifestaciones hechas por la AI en el mismo DPR.

De acuerdo con la nota periodística, a partir de la entrada de [REDACTED] al comercio de abarrotes en el canal electrónico, NWM se quejó con varios de sus PROVEEDORES, incluidas firmas multinacionales, acerca de los precios de venta más bajos ofrecidos por su rival. Así, de acuerdo con la nota, algunas empresas más pequeñas optaron por detener el suministro a [REDACTED] mientras que empresas más grandes descubrieron formas de "apaciguar" a NWM y continuar vendiendo a través de esta plataforma. Según la AI estos elementos son indicativos de que posiblemente la estrategia de NWM está enfocada en impedir sustancialmente que sus competidores se posicionen en el CANAL ELECTRÓNICO.

No obstante, la AI argumenta en el DPR que la estrategia que siguen las TDA para atraer a un mayor número de consumidores es:²¹

"(...) contar con aquellos PRODUCTOS DE REFERENCIA más demandados, que sean los productos que el consumidor regularmente busca cuando tiene un interés en armar una despensa, y que, en caso de no contar con ellos, dicha alternativa o punto de venta será considerado como inferior, por lo que el consumidor optará por otra." énfasis añadido.

Así, el DPR define a los PRODUCTOS ANCLA como los supuestamente mayormente demandados y los necesarios para que una TDA pueda atraer a consumidores. Si bien, esta estrategia es seguida por las TDA, para que la teoría de daño expuesta por la AI tenga sentido, también debe aplicar para el CANAL ELECTRÓNICO pues si estos requieren productos totalmente distintos a las TDA para atraer a los consumidores finales, ni NWM ni ninguna otra TDA intentarían evitar que los PROVEEDORES de esos productos distintos vendan sus productos a través del CANAL ELECTRÓNICO.

En este contexto, resulta contradictorio que la AI señale que estas supuestas acciones de NWM impiden sustancialmente la entrada a [REDACTED] en la venta de los PRODUCTOS DE REFERENCIA

²¹ Página 375 del DPR.

141192

a través del CANAL ELECTRÓNICO si la nota que usa la AI para acreditar este supuesto efecto, da indicios de que Amazon tiene acceso a los PRODUCTOS ANCLA que son los que según el dicho de la AI son los que atraen a los consumidores.

En efecto, la nota afirma que las empresas grandes, y probablemente aquellas que venden PRODUCTOS ANCLA, han podido "apaciguar" a NWM y continuado la venta en el CANAL ELECTRÓNICO. Al respecto, la AI afirma en el DPR que los consumidores son "miopes" y tan sólo comparan los precios de venta de un reducido número de PRODUCTOS DE REFERENCIA (los PRODUCTOS ANCLA)²². Así, únicamente es necesario que estos estén disponibles en el CANAL ELECTRÓNICO para que dicho canal resulte atractivo para los consumidores finales.

En este sentido, dado que la nota periodística utilizada por la AI señala que hay un conjunto de PROVEEDORES que sí tienen acceso al CANAL ELECTRÓNICO, ésta debió presentar evidencia que mostrará que el número de proveedores que lograron "apaciguar" a NWM y continuar vendiendo en el CANAL ELECTRÓNICO es muy reducido para hacer al CANAL ELECTRÓNICO atractivo o bien, que estos PROVEEDORES no distribuyen PRODUCTOS ANCLA, por lo que dicho canal no puede competir, para poder concluir que las supuestas acciones de NWM tuvieron el efecto de impedir sustancialmente la entrada de sus competidores en el CANAL ELECTRÓNICO.

En el Desahogo de Vista con la Pericial la AI pretende argumentar que en la Tabla 70 el DPR sí hizo algún señalamiento respecto de algunos PROVEEDORES; sin embargo, la información relacionada con dicha Tabla se encuentra testada tanto en el DPR como en la versión Desahogo de Vista con la Pericial a la que la Secretaría Técnica le permitió el acceso a NWM en la tramitación del presente procedimiento seguido en forma de juicio, por lo que resulta imposible determinar si esta información está relacionada con NWM o con la teoría de daño expuesta por la AI, por lo que no es posible hacer una evaluación o crítica de la información presentada.

No obstante, se indica que, del título de la Tabla 70 del DPR, se deriva que la información contenida constituye únicamente dichos de Amazon y no se observa que la AI haya hecho un esfuerzo por perfeccionar esta supuesta prueba en ejercicio de sus facultades de investigación, pues de las fojas alrededor de dicha tabla no se observa que se haga referencia a manifestaciones hechas por los PROVEEDORES o por NWM con relación a los dichos realizados por [REDACTED]

Así, dada la falta de evidencia sobre las características de los PROVEEDORES que pudieron continuar vendiendo PRODUCTOS DE REFERENCIA en el CANAL ELECTRÓNICO no es posible concluir que los competidores en el CANAL ELECTRÓNICO se vieron realmente impedidos sustancialmente para entrar a competir en la venta de los PRODUCTOS DE

²² Página 376 del DPR.

REFERENCIA en el CANAL ELECTRÓNICO, por lo que debe desestimarse esta imputación hecha por la AI en el DPR.

* * *

Por lo expuesto, deberá concluirse que las manifestaciones formuladas por la AI en su Desahogo de Vista con la Pericial, constituyen manifestaciones gratuitas y circulares, que de ninguna manera desvirtúan las consideraciones y conclusiones técnicas sustentadas por la Perita en su Dictamen Pericial para concluir que la imputación de probable responsabilidad contra NWM formulada por la AI en el DPR por supuestamente haber incurrido en una práctica monopólica relativa carecen de sustento económico.

C. Manifestaciones al desahogo de vista de la AI a la Contestación del DPR

En este procedimiento seguido en forma de juicio, la AI contó indebidamente con una oportunidad adicional para pretender perfeccionar su acusación en contra de NWM a través de la vista que le fue concedida con las manifestaciones del probable responsable (**Desahogo de Vista con la Contestación del DPR**), esto en violación al principio de equidad procesal, por lo que el artículo 83, fracción II, de la LFCE resulta inconstitucional.

No obstante lo anterior, la litis del procedimiento seguido en forma de juicio se integra únicamente por la acusación del DPR y su contestación por parte del probable responsable. Por ello todas las manifestaciones efectuadas por la AI en desahogo de la vista a que se refiere el artículo 83-II de la LFCE no puede integrar parte de la litis.

NWM objeta de manera general todas y cada una de las manifestaciones formuladas por la AI en su Desahogo de Vista con la Contestación del DPR, y se remite para todos los efectos legales a que haya lugar -con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias-, al contenido y literalidad del DPR, al escrito de NWM de contestación al mismo, al Dictamen Pericial rendido por la Perita en desahogo de la prueba pericial en economía, así como a las manifestaciones formuladas en el apartado "*A. Manifestaciones al desahogo de vista de la AI al Dictamen Pericial*" anterior. Sin que la ausencia de formulación de objeciones particulares en este apartado implique el reconocimiento de lo manifestado por la AI en su Desahogo de Vista con la Contestación del DPR, pues no existe carga procesal alguna de NWM para tal efecto.

No obstante la extensión de 242 páginas del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR, la AI se limita a realizar un resumen a conveniencia de los argumentos expuestos por NWM en su contestación, para a continuación realizar un resumen a modo de lo expuesto en el DPR, acompañado de afirmaciones dogmáticas y circulares en el sentido de que la AI supuestamente sí analizó, argumentó y justificó su acusación y básicamente que NWM supuestamente incurrió

en omisiones, parte de premisas falsas y no probó su inocencia, por lo que su defensa debe desestimarse.

A lo largo del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR la AI pierde de vista que es precisamente a ella a quien le corresponde la carga de prueba de su acusación y de desvirtuar más allá de toda duda razonable el derecho fundamental de NWM a la presunción de inocencia, de tal forma que la AI con sus manifestaciones pretende revertir su carga de prueba y exigir a NWM la exhibición de pruebas de su inocencia, no obstante la imposibilidad o alto grado de dificultad a la que se enfrenta NWM para acceder a los medios de convicción necesarios²³ para tal efecto por no contar con facultades de investigación como aquellas de las que dispone la AI, ni el plazo de tres años que tuvo para realizar su investigación. Es más, NWM ni siquiera tuvo acceso para preparar su defensa a la misma información en la que se sostiene el DPR, pues la misma fue clasificada como información confidencial, testada y restringido su acceso por parte de NWM para preparar su defensa.

Así, conforme al principio de carga dinámica de la prueba y el derecho fundamental de NWM a la presunción de su inocencia, resultan absurdas las reiteradas exigencias de reversión de cargas de prueba exigidas por la AI a NWM en el Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

NWM formula a continuación las siguientes manifestaciones específicas en relación con las expresiones particulares expuestas por la AI en su Desahogo de Vista con la Contestación del DPR, ya sea que se recojan los reconocimientos realizados por parte de la AI, o que se desmientan afirmaciones erróneas formuladas por la misma. .

1. Se recoge el reconocimiento por parte de la AI de que las APORTACIONES INVESTIGADAS son producto de una negociación entre NWM y sus PROVEEDORES. Así lo reconoció al afirmar que *"cuando esta AUTORIDAD INVESTIGADORA utilizó el término 'velada', lo cual fue en una sola ocasión a lo largo del DICTAMEN, no fue para crear un nuevo tipo normativo, sino para contextualizar las negociaciones realizadas por NUEVA WAL-MART, es decir, que aun cuando NUEVA WAL-MART haya llevado a cabo negociaciones contractuales con los PROVEEDORES, ello no implica que no haya utilizado su poder para imponer condiciones en dicha relación comercial"*²⁴.

En el mismo sentido, la AI reitera que *"aun cuando los acuerdos comerciales existentes entre la EMPLAZADA y los PROVEEDORES hayan derivado de una negociación, ello no implica que la*

²³ Resulta aplicable por analogía la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de rubro "CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. SUPUESTOS EN LOS QUE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL PUEDE EXCEPCIONALMENTE REVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA." Registro digital 2023556

²⁴ Página 97 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

EMPLAZADA, [REDACTED]

Y aclara que [REDACTED]

No obstante la pretensión de aclarar su acusación con tales afirmaciones, las manifestaciones de la AI resultan contrarias al principio de no contradicción, pues contrario a lo señalado por la AI las APORTACIONES INVESTIGADAS no pueden ser negociadas e impuestas al mismo tiempo.

El reconocimiento expreso y reiterado por parte de la AI en el sentido de que las APORTACIONES INVESTIGADAS son producto de una negociación, excluye la posibilidad de que las mismas sean impuestas por NWM, y con ello que la conducta de NWM actualice la práctica monopólica relativa prevista en los artículos 10-II de la LEY ANTERIOR y 56-II de la LFCE que tipifican la conducta de "imposición". Por lo que la probable responsabilidad imputada a NWM por la AI en el DPR carece de sustento.

Concluir como pretende hacerlo la AI que la supuesta "imposición velada" a que hizo referencia el DPR actualiza la "imposición" tipificada en los artículos 10-II de la LEY ANTERIOR y 56-II de la LFCE, resultaría contrario a los derechos fundamentales de NWM a la legalidad y seguridad jurídica²⁷, así como a los principios de tipicidad y exacta aplicación de la ley, todos ellos aplicables en materia de competencia económica.²⁸

2. Se recoge el reconocimiento por parte de la AI de que su acusación en contra de NWM se basa en la condena realizada en su contra por el Pleno de Cofece desde la emisión del Estudio, en el que NWM fue prejuzgada sin garantía de audiencia y sin respetar las formalidades esenciales del procedimiento desde el pasado 20 de agosto de 2020, es decir, tres meses antes de la emisión del DPR por la AI.

²⁵ Página 98 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

²⁶ *Ídem*.

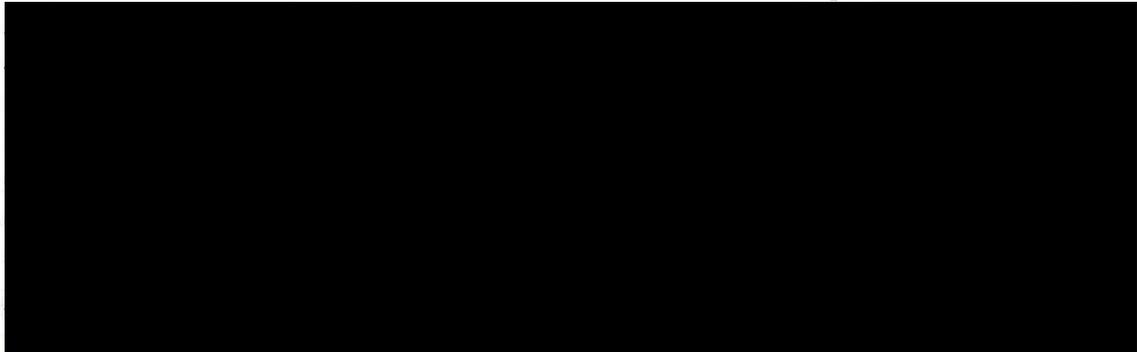
²⁷ Resulta aplicable la tesis P. XII/2004 del Pleno de la SCJN de rubro "COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN VII, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL NO ESPECIFICAR LA CONDUCTA SOBRE LA CUAL RECAERÁ LA SANCIÓN QUE PREVÉ, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

²⁸ Resulta aplicable la tesis 2a. LXI/2015 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN de rubro "COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN IV, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014, NO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY AL DEFINIR LAS CONDUCTAS QUE SANCIONA".

Tal circunstancia se desprende de la página 20 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR en que la AI reconoció: "Si bien el DICTAMEN hace referencia a lo contenido en el ESTUDIO"

3. Se recoge el reconocimiento por parte de la AI de que la identificación y cálculo del monto de las APORTACIONES INVESTIGADAS es inexacto y no es consistente a lo largo del DPR. Error no sólo de cálculo, sino también de metodología y transparencia que dejó a NWM en total y absoluto estado de indefensión en el procedimiento seguido en forma de juicio en el que se actúa respecto de las conductas que le fueron atribuidas.

La AI pretendió corregir y aclarar su acusación en su Desahogo de Vista con la Contestación del DPR y minimizar los errores del DPR al señalar que:



Las afirmaciones anteriores son graves pues NWM no tuvo oportunidad de defenderse de manera efectiva. El actuar arbitrario de la AI, así como la oscuridad de la acusación del DPR respecto de las APORTACIONES INVESTIGADAS, impiden que NWM se encuentre en aptitud de identificar en el expediente: (i) qué aportaciones en específico fueron consideradas por la AI en el DPR como

(ii) confirmar que las aportaciones consideradas no hayan sido doblemente consideradas en varias categorías de APORTACIONES INVESTIGADAS por la AI, y (iii) replicar los cálculos realizados por la AI en el DPR. No debe perderse de vista que las cuatro APORTACIONES INVESTIGADAS no son denominadas, ni clasificadas por NWM en los términos que lo hizo la AI en el DPR, ni se encuentran registradas en sus sistemas bajo tal clasificación.

La indefensión de NWM ante la oscuridad de la acusación del DPR se agrava al no haber permitido la Secretaría Técnica de Cofece el acceso a NWM a una versión para NWM del escrito de Desahogo de Vista con la Contestación del DPR en el que se pretendieron

²⁹ Página 162 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

realizar estas aclaraciones, la cual tuvo que ser expresamente solicitada por NWM mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2024.

4. En el mismo sentido sobre la indefensión de NWM ante la falta de claridad y precisión en la acusación formulada en su contra en el DPR, se recoge el reconocimiento por parte de la AI de que en el DPR no fue clara a qué tipo de márgenes se refirió a lo largo de su acusación: *"NUEVA WAL-MART también se queja de que la AUTORIDAD INVESTIGADORA supuestamente hace uso indistinto entre: márgenes, márgenes de rentabilidad, márgenes de utilidad y márgenes de ganancia, los cuales son conceptos diferentes entre sí, con implicaciones diferentes y ante tal imprecisión en el DICTAMEN, NUEVA WAL-MART considera que quedó en estado de indefensión. Al respecto, la AUTORIDAD INVESTIGADORA en todo momento utilizó en sus análisis el margen de ganancia para llegar a las conclusiones que se presentan en el DICTAMEN"*³⁰
5. Se recoge el reconocimiento por parte de la AI respecto a la importancia del acceso a las bases de datos y metodología empleadas en el DPR para la formulación de la acusación en contra de NWM. Pues en su Desahogo de Vista con la Contestación del DPR, la AI manifestó que *"cada uno de los cálculos realizados en el DICTAMEN, así como sus bases de datos, que se realizaron usando la ENIGH, se encuentran integrados al EXPEDIENTE, por lo que NUEVA WAL-MART se encontraba en condiciones de replicar dichos ejercicios"*.

No obstante este reconocimiento sobre la importancia de la disponibilidad de las bases de datos y metodología empleada en el DPR para replicar los cálculos de la AI, en el procedimiento seguido en forma de juicio quedó acreditado el estado de indefensión en el que se encontró NWM al negársele el acceso tanto a NWM como a la Perita a constancias, bases de datos y metodología para replicar la información contenida en el DPR.

Mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2024 la Perita solicitó el acceso a la BASE DE PRODUCTOS ANCLA, a la BASE DE COMPRAS, a la BASE DE MÁRGENES POR TAMAÑO DE PROVEEDOR, a la BASE DE DESCUENTOS, a la BASE DE PRODUCTOS DE REFERENCIA, así como al código, el script y/o el proceso seguido o implementado por la AI a la información y datos contenidos en estas bases de datos. Asimismo, se solicitó el acceso al código, script y/o proceso seguido o implementado por la AI para generar la Tabla 45, la Tabla 55, la Gráfica 10, la Tabla 57, el Diagrama 1, la Tabla 58, el Diagrama 2, la Tabla 59, el Diagrama 3, la Tabla 1, el Diagrama 4, la Gráfica 11, el Anexo C1, la Gráfica 1213, la Tabla 61, la Tabla 1314, la Tabla 62, la Tabla 63, la Gráfica 14, la Gráfica 15, la Tabla 64, la Gráfica 16, la Gráfica 17, la Tabla 65, la Tabla 66, la Gráfica 19, la Gráfica 20, la Gráfica 21, así como el Anexo D. Todos ellos citados en el DPR por la AI.

³⁰ Página 172 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

141198

Sin embargo, la Secretaría Técnica negó a NWM y a la Perita el acceso a toda esta información del Expediente por haberse clasificado tal información como confidencial por parte de la AI, dejando en estado de indefensión a la Quejosa. Así lo reconoció la propia AI al señalar que *"esta COMISIÓN puso a disposición de NUEVA WAL-MART el EXPEDIENTE, con excepción de la información confidencial, por lo que NUEVA WAL-MART tiene a su disposición toda la información necesaria para ofrecer y desahogar las pruebas que estime pertinentes para sostener su defensa"*³¹.

Por lo anterior, resulta absurdo que la AI pretenda desestimar la defensa de NWM señalando que *"la EMPLAZADA fue omisa en proporcionar los elementos de convicción que comprueben que los cálculos de esta AUTORIDAD INVESTIGADORA son incorrectos"*.³²

6. Se recoge el reconocimiento por parte de la AI respecto a la falta de claridad y precisión de la acusación del DPR al reconocer que *"los conceptos de 'poder de compra', 'poder sustancial' y 'poder de negociación' no se encuentran definidos en el Glosario de términos del Dictamen"*³³, no obstante tratarse de términos distintos entre sí y que confiesa la AI se tratan de *"términos técnicos y complementarios a los que se señalan en la normativa"*, los cuales fueron usados indistintamente a lo largo del DPR, dejando en estado de indefensión a NWM.
7. Se recoge el reconocimiento de la AI al definir el MERCADO RELEVANTE al considerar que *"en el MERCADO RELEVANTE, los PROVEEDORES son los demandantes del abastecimiento y distribución de los PRODUCTOS DE REFERENCIA, siendo las TDA quienes ofrecen un canal de distribución"*.³⁴ La AI considera que los PROVEEDORES no buscan vender sus productos a las TDA, sino que buscan medios a través de los cuales alcanzar a los consumidores finales, ignorando la principal relación que existe entre los PROVEEDORES y las TDA como intermediarias que es precisamente la compra mayorista de productos. Sin embargo, para la determinación del mercado relevante se debe partir del hecho de que los proveedores son los oferentes de los productos, mientras que las TDA son los demandantes de dichos productos, no al revés.
8. Se recoge el reconocimiento realizado por la AI de que *"la AUTORIDAD INVESTIGADORA coincide en que es relevante en una relación comercial que existan mecanismos para evitar problemas de riesgo moral y selección adversa asociados a la asimetría de información, lo que, a su vez, asegure que las partes obtengan beneficios que les permitan superar"*

³¹ Páginas 103 y 219 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

³² Página 66 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

³³ Página 23 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

³⁴ Página 23 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

sus costos³⁵. Con este reconocimiento, la AI reconoce también la racionalidad de las APORTACIONES INVESTIGADAS en los términos expuestos por la Perita en su Dictamen Pericial.

A continuación, se desmienten las afirmaciones erróneas destacadas en las que incurrió la AI en su Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

- La AI descontextualizó una afirmación pro-competitiva de NWM para pretender de mala fe inferir una confesión de la conducta investigada, al señalar que *"No pasa desapercibido para esta AUTORIDAD INVESTIGADORA que NUEVA WAL-MART manifiesta que efectúa una gama de acciones [REDACTED] por lo que esta AUTORIDAD INVESTIGADORA advierte que la EMPLAZADA mediante su manifestación permite inferir: i) que realiza un monitoreo de los precios de sus competidores y ii) [REDACTED] Lo anterior al ser relacionado con su EDLP permite concluir que la EMPLAZADA cuenta con la capacidad de imponer condiciones de mercado, mediante el establecimiento de PRECIOS DE COMPRA EFECTIVOS mediante APORTACIONES como el [REDACTED]"*

La AI actuando de mala fe pretende a través de esta falacia de causa falsa establecer una correlación inexistente entre: (i) la presión competitiva que NWM y otras TDA pudieran ejercer sobre PROVEEDORES con poder en los términos expuestos en el estudio *Poder de Mercado y Bienestar Social* publicado por la Cofece, y (ii) la hipótesis de la acusación de la AI contenida en el DPR. Sin embargo, no existe correlación alguna entre ambas premisas.

- La AI señaló que *"no pasa desapercibido para esta AUTORIDAD INVESTIGADORA que a los Proveedores pequeños, se les aplica una mayor APORTACIÓN y, como consecuencia, el impacto que reciben los PROVEEDORES pequeños es mayor, en comparación con los PROVEEDORES medianos y grandes, lo que deriva en que NUEVA WAL-MART, tenga un claro beneficio"*.³⁷

Con esta afirmación, la AI pretende descontextualizar el monto de las APORTACIONES INVESTIGADAS en relación con el tamaño de los PROVEEDORES para concluir que NWM obtiene [REDACTED]

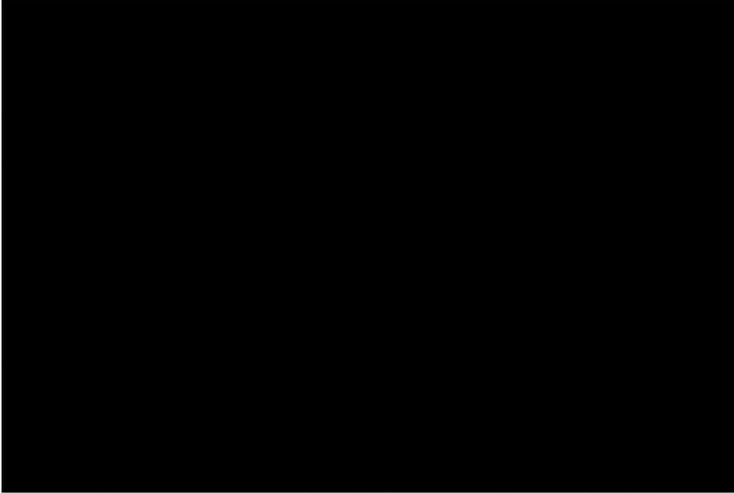
³⁵ Página 107 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

³⁶ Página 209 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

³⁷ Página 137 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

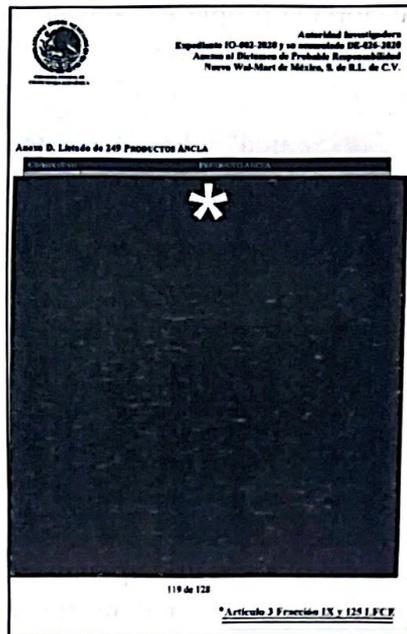
- 
- La AI señaló que *"esta AUTORIDAD INVESTIGADORA no afirmó 'que el gasto trimestral por hogar en México de 2012 a 2022 no aumentó en términos reales como lo pretende hacer valer la EMPLAZADA'"*.

No obstante lo anterior, tal información se desprende de la Gráfica 2 de elaboración propia por la AI, visible en la página 48 del DPR, de la que se desprende claramente un valor de gasto real trimestral por hogar en México en alimentos y bebidas no alcohólicas en 2012 de 60.6% y un valor en 2022 de 60.6%, con mínimas variaciones en el periodo, en 2014 de 60.4%, en 2016 de 59.9%, en 2018 de 60.3% y en 2020 de 58.4%:

- 
- La AI señaló que *"NWM no precisó a qué PRODUCTOS ANCLA se refiere ni qué PROVEEDORES tienen dicho control"*.³⁸

Esta afirmación de la AI para desestimar los argumentos de NWM pretende ofuscar la inteligencia de los Comisionados que integran el Pleno de Cofece, pues fue la propia AI quien clasificó como información confidencial la totalidad del "Anexo D. Listado de  PRODUCTOS ANCLA":

³⁸ Página 122 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.



Resulta inexplicable que el acusador de NWM desestime sus argumentos de defensa invocando que en la contestación al DPR “no precisó a qué PRODUCTOS ANCLA se refiere”, cuando a la fecha de presentación de este escrito de alegatos NWM aún desconoce cuáles son los [REDACTED] productos que la propia AI determinó como PRODUCTOS ANCLA y clasificó como información confidencial para que NWM no los pueda identificar.

- La AI afirma que [REDACTED]

Esta afirmación de la AI es dogmática, parte del sesgo con el que actuó la AI para confirmar las conclusiones del Pleno de Cofece al prejuzgar a NWM al emitir el Estudio. En el expediente no existe elemento de convicción alguno del que se desprenda que los PROVEEDORES incurran en “costos” por tener a NWM como cliente, y mucho menos que en los 13 años en el que se afirma ha tenido verificativo la práctica monopólica relativa atribuida a NWM compensen ese supuesto [REDACTED]

- La AI señaló que “NUEVA WAL-MART fue omiso de argumentar y demostrar cómo el no poder disponer de dicha información [la información testada en su acusación y en el expediente] le provocó un perjuicio”⁴⁰.

³⁹ Página 110 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

⁴⁰ Página 41 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

Sin embargo, de manera contradictoria la propia AI también señala que “NUEVA WAL-MART manifiesta que se encuentra imposibilitada para replicar y verificar todos los cálculos, gráficas y tablas contenidas en el DICTAMEN porque no tuvo acceso a la base de datos por haber sido clasificada como confidencial”⁴¹

En el apartado “B. Aclaración Previa” del escrito de contestación de NWM al DPR en el que se detalló cómo NWM se encontró imposibilitada para ejercer efectivamente su derecho de debida defensa respecto de la acusación integral formulada en su contra en el DPR, tanto con la versión testada del DPR con la que fue emplazada, así como la versión restringida del expediente a la que tuvo acceso NWM durante el presente procedimiento seguido en forma de juicio.

- La AI señaló que “sí se realizó el análisis de los mercados relacionados, sin que necesariamente se definieran los mismos, como se define el mercado relevante”⁴².

No obstante, tal afirmación resulta contraria al principio de contradicción, pues desde el punto de vista ontológica no se puede no definir y definir al mismo tiempo.

* * *

Por todo lo anteriormente expuesto, deberán tenerse por recogidos los reconocimientos señalados para todos los efectos legales a que haya lugar, así como desestimarse las manifestaciones erróneas, gratuitas y circulares que fueron formuladas por la AI en su Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

D. Alcance probatorio de las pruebas disponibles en el Expediente

Las pruebas aportadas en el Expediente por la AI no acreditan, bajo ningún estándar, que NWM haya incurrido en la conducta que le fue imputada en el DPR. No hay pruebas que demuestren que NWM impone “precios” o “condiciones”. Específicamente, no hay pruebas que demuestren que NWM impone los PRECIOS DE COMPRA BASE o que NWM [REDACTED]

Contrario a la acusación formulada, ninguno de los medios de convicción aportados por la AI en el DPR, sustentan dicha imputación. Por el contrario, las pruebas aportadas por NWM evidencian la ausencia del valor probatorio que la AI pretendió otorgarles.

⁴¹ Página 219 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

⁴² Página 58 del Desahogo de Vista con la Contestación del DPR.

⁴³ PRUEBAS. SU VALORACIÓN CONSTITUYE UNA FORMALIDAD QUE ATAÑE A LA DECISIÓN JUDICIAL Y NO DEL PROCEDIMIENTO. Jurisprudencia. Registro digital: 166586

El artículo 10 o 53 de la LFCE Abrogada y vigente, en su fracción, II, prevén un tipo administrativo específico. Ambos artículos establecen el vocablo "imposición" como elemento indefectible para acreditar la existencia del tipo y, en consecuencia, acreditar una PMR. Más allá de la inconstitucionalidad de dichos preceptos que se advierte de la Contestación al DPR, el estándar que la AI debió satisfacer en el DPR, consistía en evidenciar la existencia de una "imposición".

No obstante, el propio DPR reconoce, mediante pruebas directas aportadas en el Expediente, la existencia de una "negociación" entre NWM y sus PROVEEDORES. Esta circunstancia, por sí sola, excluye cualquier tipo de "imposición". Por ello, ante la contundencia de pruebas directas sobre la existencia de "negociación", el DPR recurre a una teoría de "imposición velada". El que se mencione dicha teoría una vez o mil veces⁴⁴, no tiene efecto alguno. Si el DPR la cita, es la acusación de la cual NWM debe defenderse. Si no era su intención, la AI no se hubiere escudado en ella.

La terminología de "imposición velada" no existe en la LFCE Abrogada ni en la vigente. Si existen pruebas directas que confirman la existencia de una negociación, no se puede recurrir a teorías alternativas para crear una variación del elemento normativo del tipo imputado. Sin imposición, no hay tipicidad de la conducta. Si hay negociación, no hay imposición. Si no hay imposición, no puede haber sanción.

Mediante sus Manifestaciones, la AI es clara en confirmar cuál es el material probatorio – las pruebas –, con las que, a su juicio, se acredita la infracción administrativa, según se vertieron en el DPR. Sin embargo, ni uno solo de los elementos de convicción aportados en el DPR acreditan la existencia del tipo administrativo. No hay pruebas que acrediten una imposición, pero sí hay pruebas que demuestran una negociación. No hay pruebas que acrediten la existencia de una dependencia económica, pero sí hay pruebas que acreditan la ausencia de cualquier tipo de dependencia. No hay pruebas que sustenten la definición de Mercado Relevante y de la existencia de Poder Sustancial de Mercado, pero sí hay pruebas que demuestran los errores en los que incurrió el DPR para definir ambos conceptos y atribuir responsabilidad.

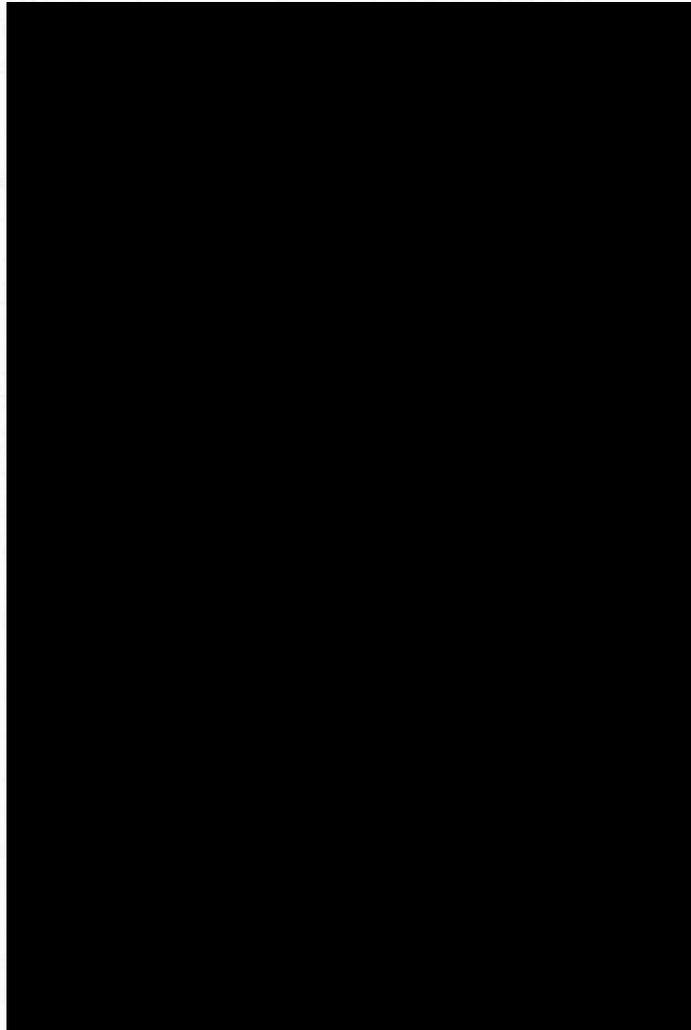
El Pleno de esa Comisión no puede sustentar responsabilidad en materia de derecho administrativo sancionador, con lo que el DPR le propone. No hay representatividad de los más de * Proveedores que surten y han surtido a NWM. No hay representatividad en los PRODUCTOS DE REFERENCIA calculadamente seleccionados por la AI para su beneficio. No hay elementos que acrediten la racionalidad y la materialización de la teoría del daño. No hay pruebas que demuestran la existencia del "efecto cama de agua", que se impide el acceso a los competidores de NWM, que haya limitaciones de acceso al CANAL ELECTRÓNICO y, mucho

⁴⁴ Véase: Página 97 del escrito de Manifestaciones de la AI.

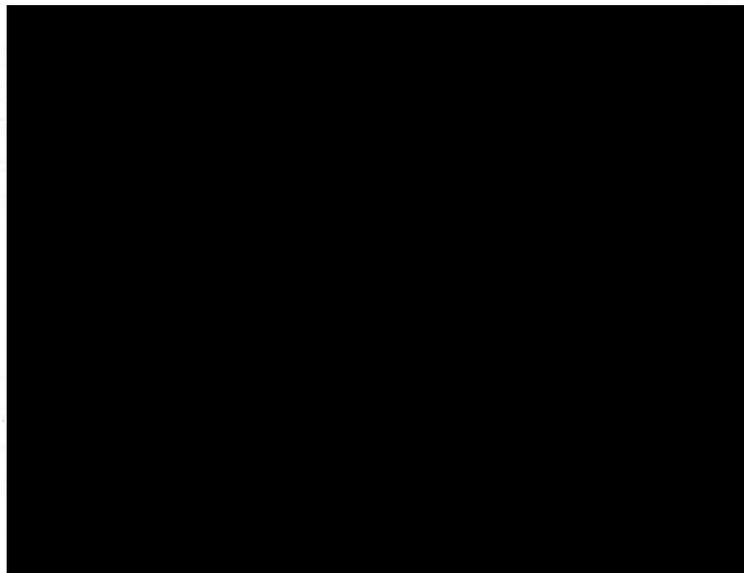
menos, que la existencia de tres productos con presentación exclusiva, configuren una "ventaja exclusiva".

I. Material probatorio del Expediente

Como la misma AI lo reconoce en sus manifestaciones⁴⁵ y se desprende del DPR, el material probatorio con el cual la AI pretende sustentar la imputación de responsabilidad, consiste, a su dicho, en "las tablas "Tabla 39, Elementos proporcionados por NUEVA WAL-MART", "Tabla 40. Elementos proporcionados por el DENUNCIANTE", "Tabla 41. Elementos obtenidos en la investigación de terceros, "Tabla 42, Elementos obtenidos de fuentes públicas en la investigación", que son las siguientes:



⁴⁵ Véase: Páginas 10, 12 y 95 del escrito de Manifestaciones de la AI.



Específicamente, como expresamente lo reitera la AI, los medios de convicción específicos son "los acuerdos comerciales de NUEVA WAL-MART, políticas y procedimientos internos, bases de ventas y de compras de diversos AGENTES ECONÓMICOS participantes en el MERCADO RELEVANTE, correos electrónicos de PROVEEDORES, comparecencias y manifestaciones, modelos de contratos de NUEVA WAL-MART (...) cuyo contenido analizado de manera integral, hace referencia la probable existencia de la imposición de condiciones y precios". Es decir, la "imposición de condiciones y precios" por NWM se acredita con⁴⁶:

- (i) "diversos documentos acerca de las políticas comerciales de NUEVA WAL-MART";
- (ii) "presentaciones corporativas";
- (iii) "bases de datos acerca de las APORTACIONES";
- (iv) "bases de datos de venta y márgenes de la EMPLAZADA y de otras cadenas de TDA";
- (v) "Correos electrónicos con PROVEEDORES";
- (vi) "Manifestaciones de PROVEEDORES";
- (vii) "comparecencias"; así como
- (viii) "otros elementos de convicción de carácter indiciario como las notas periodísticas esbozadas en el ACUERDO DE INICIO e información pública acerca de modelos de contratos".

Conforme a su naturaleza y proceso de obtención, el material probatorio aportado por la AI puede clasificarse dentro de tres grandes grupos que son: (i) documentos internos de NWM, (ii) documentos allegados por terceros en el marco de la investigación, así como (iii) documentos disponibles en fuentes públicas.

Paralelo a estos elementos, NWM aportó diversos medios de convicción como son, entre otros secundarios, los siguientes con diversas finalidades:

⁴⁶ *Ibid.*

141206

- (i) **Prueba pericial en materia de economía** a través de la cual se acreditaron, desde la perspectiva económica, diversos hechos como son (a) el estado de indefensión en el que NWM quedó ante la imposibilidad de replicar datos elaborados por la AI, (b) la ausencia de sustento y racionalidad de la acusación planteada por NWM, (c) la incorrecta definición del Mercado Relevante, (d) la ausencia de poder sustancial de NWM, (e) la ausencia de cualquier tipo de "imposición", (f) la ausencia de sustento y de causalidad entre la conducta de NWM y la teoría del daño propuesta; así como la existencia, en su caso, de ganancias en eficiencia;
- (ii) **Documental pública que contiene cierta fe de hechos** prevista en el instrumento público 4,577 que evidencia que (a) los PROVEEDORES de los PRODUCTOS DE REFERENCIA tienen más opciones a las cuales acudir distintas al CANAL MODERNO, (b) los PROVEEDORES también acuden al CANAL TRADICIONAL e INTERMEDIO, así como que (c) no existe dependencia de los PROVEEDORES hacia NWM;
- (iii) **Documental pública que contiene diversas fuentes** prevista en el instrumento público 4,579 que evidencia (a) que los documentos y páginas de internet que se citan en la Contestación al DPR existen y se encuentran disponibles en internet, y que (ii) que las páginas de internet referenciadas en la Contestación al DPR constituyen un hecho notorio para el Pleno de Cofece;
- (iv) **Instrumental de actuaciones** consistente en todo lo actuado dentro del Expediente que acredita, entre otras cuestiones, que la AI no acreditó la acusación formulada contra NWM en el DPR;
- (v) **Presuncional legal y humana** que acredita la presunción de inocencia de NWM al no existir elementos que acrediten más allá de toda duda razonable que NWM incurrió en la práctica monopólica relativa prevista en los artículos 10, fracción II, de la LFCE Abrogada y 56, fracción II, de la LFCE; así como
- (vi) **Prueba superveniente** consistente en el "Dictamen técnico en materia de economía" de fecha 20 de julio de 2024 que rindió el perito oficial en economía, [REDACTED] en los autos del juicio de amparo indirecto tramitado por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] entre otras cuestiones y en relación con el Estudio que la AI invoca como sustento de su acusación⁴⁷, que:

⁴⁷ Véase: "Estudio de competencia en el canal moderno del comercio al menudeo de alimentos y bebidas".

- (a) La definición errónea del Mercado Relevante por no incluir al Canal Tradicional, al Canal Intermedio y al Canal Electrónico, no obstante ser todos ellos -y particularmente el Canal Tradicional para alimentos y bebidas- alternativas de importancia significativa para que los Proveedores comercialicen los Productos de Referencia;
- (b) La indebida atribución a NWM de tener poder sustancial en un Mercado Relevante definido erróneamente;
- (c) Que el DPR viola el principio acusatorio porque en la acusación de la AI contra NWM actuó bajo un sesgo de confirmación de las imputaciones que el Pleno de Cofece emitió previamente contra NWM al emitir el Estudio; y
- (d) Que el Estudio tuvo un efecto corruptor en la acusación formulada en contra de NWM en el DPR porque la acusación del DPR en contra de NWM se basó formal y materialmente en las conclusiones del Pleno de Cofece en el Estudio.

Estas pruebas, junto con las aportadas por la AI, integran el material probatorio con base en el cual el Pleno de esa Comisión debe de realizar un ejercicio de ponderación para efecto de sustentar, en su caso, las acusaciones formuladas en contra de NWM; ejercicio que requiere analizar las pruebas de descargo que operan en defensa de la Contestación de NWM.

Para efectos de evitar repeticiones innecesarias, considerando que el apartado "*B. Manifestaciones al desahogo de vista de la AI al dictamen pericial*" del presente escrito ya atienden diversos puntos de la litis como son la definición del Mercado Relevante, la existencia de Poder Sustancial, la teoría del daño, la confusión sobre NWM como una plataforma, las ganancias en eficiencia, y otras atribuciones de naturaleza económica, se solicita a esa Comisión remitirse a los mismos para efectos de los ejercicios de valoración de pruebas con base en los argumentos de naturaleza económica expuestos.

En consecuencia, a continuación se realiza un análisis de aquellos medios de convicción asociados con la imputación de responsabilidad formulada en contra de NWM en relación con la existencia de una "imposición" y la atipicidad de la conducta correspondiente, vinculados con aquellos elementos aportados por NWM para caso en concreto.

De la misma manera, previo a dicho análisis, deben destacarse algunos aspectos vertidos por la AI en sus Manifestaciones que, analizados a la luz del material probatorio disponible, evidencian las fallas y contradicciones en la imputación de responsabilidad formulada por la AI. Específicamente, en dichas Manifestaciones, la AI reconoce:

- (i) Que todo Proveedor tiene capacidad de negociación, que la capacidad de negociación es un elemento que compone a las relaciones comerciales y que cada parte tiene una mayor o menor capacidad de negociación frente a su contraparte, destacando que NWM únicamente "*se encuentra en una mejor posición negociadora frente a sus PROVEEDORES*", de

lo cual se aprecia un reconocimiento expreso de la AI en el sentido que NWM negocia con sus Proveedores y que los Proveedores tienen capacidad de negociación⁴⁸;

- (ii) Que "si bien existieron negociaciones entre la EMPLAZADA [NWM] y los PROVEEDORES, ello no implica que NUEVA WAL-MART no haya impuesto condiciones en sus relaciones comerciales", lo que evidencia una notoria contradicción en sus imputaciones, a lo que AI añade que "no existe documentación física para darle soporte a dichas relaciones" y que "es común que los PROVEEDORES no se manifiesten respecto de su relación comercial con NUEVA WAL-MART, ya que hacerlo les podría implicar un riesgo comercial que repercutiría en sus ventas"⁴⁹, afirmaciones genéricas que no encuentran sustento y con las cuales la AI evidencia que no logró allegarse de medios de convicción que sustentaran sus teorías y debe recurrir a explicaciones alternativas para justificar la deficiencia de su labor investigativa;
- (iii) Que "a los PROVEEDORES grandes no se les imponen condiciones, por no tener NUEVA WAL-MART un mayor poder de negociación frente a ellos"⁵⁰ por lo que se evidencia que NWM efectivamente se ve obligado a negociar las condiciones de suministro, incluyendo el precio, y la AI únicamente busca segmentar entre Proveedores a modo; situación que se vuelve a presentar cuando a páginas 399 y 400 del DPR señaló que "la alta participación de mercado que tiene NUEVA WAL-MART en el MERCADO RELEVANTE provoca que ciertos PROVEEDORES tengan la condición de ser económica dependientes"⁵¹, destacando nuevamente que utiliza al número selecto de once Proveedores conforme a su conveniencia e interés; y
- (iv) Que "a lo largo del DICTAMEN se observa como diversos AGENTES ECONÓMICOS, manifestaron la forma en que NUEVA WAL-MART les [REDACTED] [REDACTED] de lo que se aprecia que la imputación de responsabilidad atribuida a NWM sobre la imposición de precios de compra supuestamente se basa en las "manifestaciones" de [REDACTED] Proveedores de los más de [REDACTED] Proveedores que surten a NWM.

En consecuencia, como se detallará a continuación, la imputación de responsabilidad en contra de mi representada carece de pruebas suficientes e idóneas para sustentar una sanción en materia de derecho administrativo sancionador, por lo que el Pleno de esa Comisión debe absolver a NWM.

⁴⁸ Véase: Páginas 12 a 13 del escrito de Manifestaciones de la AI.

⁴⁹ Véase: Páginas 96 a 97 del escrito de Manifestaciones de la AI.

⁵⁰ Véase: Página 121 del escrito de Manifestaciones de la AI.

⁵¹ Véase: Páginas 399 a 400 del DPR.

⁵² Véase: Página 144 del escrito de Manifestaciones de la AI.

II. Análisis del material probatorio del Expediente

Conforme a la clasificación de los tipos de elementos probatorios conforme a su forma de obtención anteriormente descrita, a continuación se realiza un análisis de aquellos medios de convicción asociados con la imputación de responsabilidad formulada en contra de NWM siguiendo dicho orden:

1) Documentos internos de NWM

Como se detalló en líneas previas, en el marco de la investigación y resultado de las medidas de coerción que le fueron impuestas a NWM para arrancarle información, la AI aduce que ciertos documentos internos de NWM acreditan que [REDACTED]

Específicamente, estos documentos son (i) ciertos acuerdos comerciales - *contratos* - que NWM celebra con sus Proveedores, (ii) una lámina de una presentación interna corporativa, (iii) algunos "*procedimientos y políticas internas*", (iv) un "*listado NBB*" y (v) Modelo de Contrato dos mil veinte de NUEVA WAL-MART como se desprende de las tablas 39⁵³ y 42⁵⁴ (en lo que respecta al Modelo de Contrato) del DPR (los "Documentos Internos"). Adicionalmente, conforme a dicha tabla, la AI señala que NWM "aportó" (i) Bases de Compra NUEVA WAL-MART, (ii) Bases de Venta NUEVA WAL-MART, (iii) [REDACTED]

Sin embargo, ni uno solo de estos documentos evidencia, hace referencia o cita mecanismo de imposición alguno y, por el contrario, en el caso de las Bases de Datos, se trata de valores numéricos que presentan las compras, ventas y descuentos de NWM, las cuales no constituyen indicio alguno de la existencia de una imposición. Los valores de compra y descuento que NWM llega a acordar con sus Proveedores, son resultado de negociar con cada uno de ellos dichos términos, y los valores de venta se establecen por NWM para satisfacer las necesidades de los consumidores y ser la opción más atractiva para las familias mexicanas.

Por su parte, ni uno solo de los Documentos Internos, contiene, cita o hace referencia alguna a la existencia de un mecanismo o una conducta de imposición. Los acuerdos comerciales, así como las políticas y procesos de NWM, están diseñados para dar un trato equitativo y no discriminatorio a cada proveedor con el que NWM hace negocios. Son documentos que permiten llevar un orden dentro del mundo de Proveedores, y establecen las reglas claras que NWM y cada

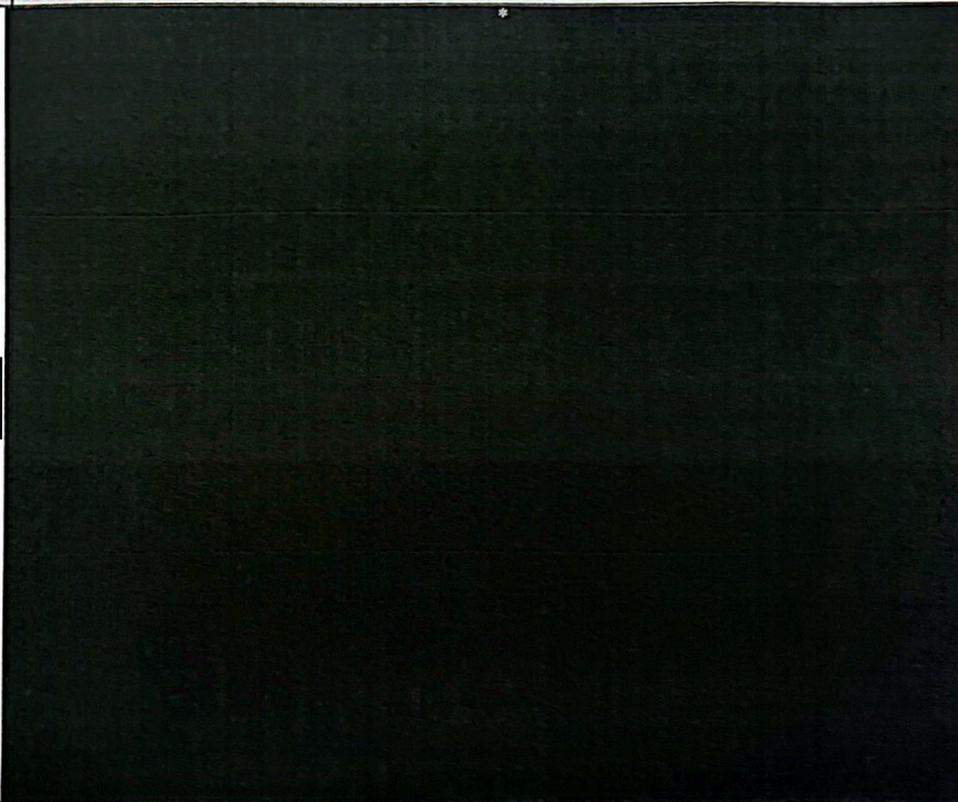
⁵³ Véase: Página 203 del DPR.

⁵⁴ Véase: Página 203 del DPR.

Proveedor acordaron al inicio de la relación comercial, o como resultado de cualquier procedimiento de renegociación de la misma.

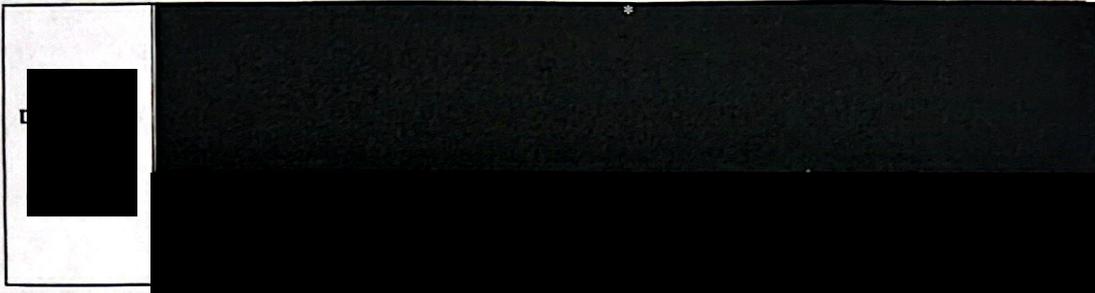
Asimismo, estos elementos de prueba – los Documentos Internos y las Bases de Datos – contrastados frente a otros elementos de prueba disponibles en el Expediente, operan en favor de NWM y la ausencia de una imposición. Como se manifestó en la Contestación al DPR, la misma AI reconoció expresamente la existencia de procesos de negociación al manifestar⁵⁵ “[e]sta COMISIÓN advierte que en diversas manifestaciones, hechas por algunos PROVEEDORES y por NWM, se hace referencia principalmente a que el PRECIO DE COMPRA BASE, las APORTACIONES aplicables a éste, que dan como resultado el PRECIO DE COMPRA EFECTIVO, son derivados de una negociación”.

Basta dar lectura a las contestaciones que NWM dio a diversos requerimientos de información que le fueron formulados en donde NWM fue clara en manifestar que los procesos de negociación imperan, especialmente cuando se trata de la determinación de precios como se aprecia en los siguientes desahogos:

Fuente	Información
	<p style="text-align: center;">*</p> 

⁵⁵ Véase: Página 205 del DPR.

*Información identificada como confidencial en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica.

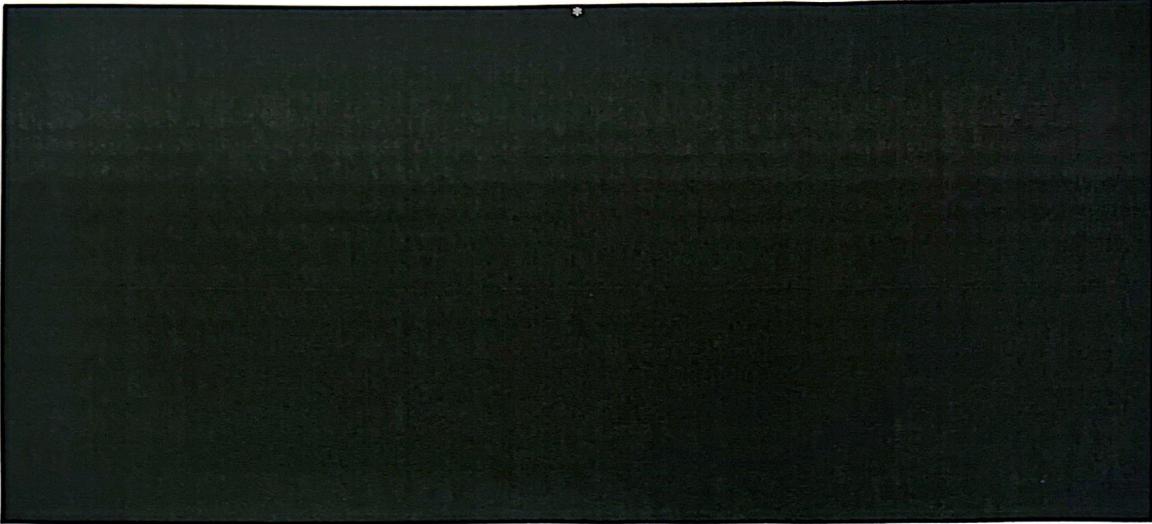


Las respuestas dadas por NWM constituyen prueba de descargo directa en donde, si existen manifestaciones de Proveedores que sean consistentes – como se aprecia en el siguiente apartado –, la AI no puede obviar las mismas y recurrir a teorías de imposiciones “veladas” simplemente porque el material probatorio que obtuvo no le favorece a su teoría.

En un Estado de Derecho, si la labor de investigación del órgano acusador fue insuficiente y se allegó de medios de convicción absolutorios, les debe prestar el valor correspondiente y no llegar al extremo de señalar que independientemente de las pruebas obtenidas, su juicio es que existe una imposición “velada” al señalar “*[e]sta COMISIÓN advierte que en diversas manifestaciones, hechas por algunos PROVEEDORES y por NWM, se hace referencia principalmente a que el PRECIO DE COMPRA BASE, las APORTACIONES aplicables a éste, que dan como resultado el PRECIO DE COMPRA EFECTIVO, son derivados de una negociación*”. Nuevamente, si hay negociación, no puede haber imposición. Si no hay imposición, no puede haber sanción.

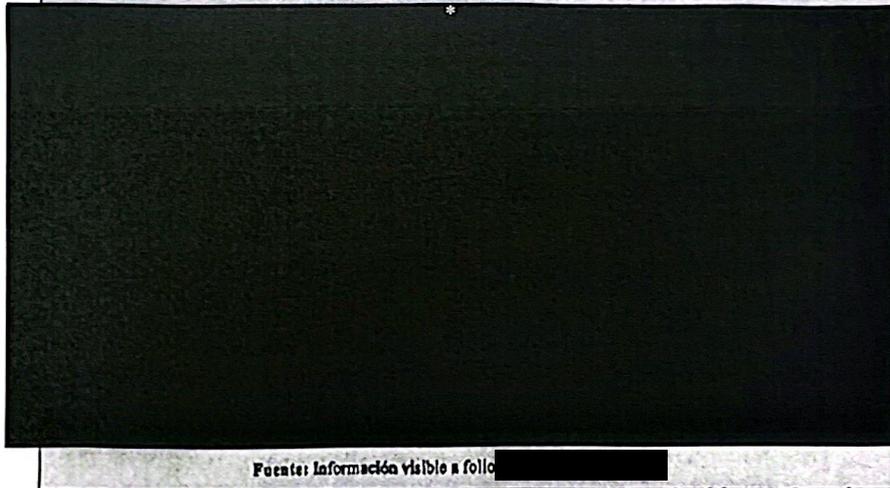
Asimismo, basta dar una revisión al contenido de los diversos Documentos Internos, para apreciar que los mismos están diseñados para contemplar procesos de negociación con Proveedores, así como mecanismos que protegen a los Proveedores en diversos aspectos. Por ejemplo, el [REDACTED] contempla, [REDACTED] [REDACTED] como se aprecia a continuación:

*Información identificada como confidencial en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica.



Incluso, el lenguaje adoptado en el DPR y reiterado en las Manifestaciones de la AI, es inseguro y condicional por lo que no prueba, con certeza, la imputación pretendida, al grado que hace alusiones falaces como citar "*diversas presentaciones corporativas*" pero únicamente presenta una lámina de una presentación de un formato de tienda específico (Supercenter) que (i) habla sobre las propuestas de valor EDLC y EDLP y (ii) no cita o contiene referencia alguna a actividad de monitoreo alguna como se aprecia a continuación:

Ilustración 49. Presentación corporativa de NUEVA WAL-MART de 2015



En consecuencia, ninguno de los elementos probatorios que la AI extrajo de NWM demuestran o evidencian la existencia de una imposición y, por ende, no pueden utilizarse para efectos de

*Información identificada como confidencial en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica.

imputar el tipo administrativo previsto en el artículo 10 o 54, fracción II, de la LFCE Abrogada o vigente.

Asimismo, analizando estos elementos probatorios con los elementos probatorios que se detallan a continuación y aquellos que NWM aportó como son la prueba pericial, la documental pública que contiene diversas fuentes de información, la instrumental de actuaciones, la presuncional legal y humana y la superveniente, no existe prueba plena o indicio alguno de que (i) NWM impone los PRECIOS DE COMPRA BASE y/o que (ii) NWM condiciona a sus Proveedores para que ofrezcan los PRECIOS DE COMPRA más bajos que a sus competidores.

2) Documentos allegados por terceros

Los elementos de convicción de los que la AI se allegó durante su proceso de investigación no demuestran o siquiera dan indicios de que NWM imponga ningún precio o ningún tipo de condición. Como se manifestó, la AI no puede atribuirle significado distintos a las manifestaciones literales de terceros o recurrir a teorías inciertas (imposición velada) si no encontró lo que en su juicio, se configuraba. Las pruebas deben hablar y hablan por sí solas.

Conforme a lo previsto en la tablas 41 y 42 del DPR⁵⁶, las pruebas que se obtuvieron durante el proceso de investigación son de dos tipos:

- a. "Bases de Datos", las cuales se componen de las Bases de Datos Ventas Soriana, Bases de Datos Compras Soriana, Base de Datos Ventas La Comer, Base de Datos Compras La Comer, Bases de Datos Ventas Chedraui, Bases de Datos Compras Chedraui. Respecto de estas bases, como se manifestó en la Contestación al DPR, NWM no tuvo acceso a las mismas, por lo que no puede realizar pronunciamiento alguno. No obstante, conforme a lo previsto en la Prueba Pericial de NWM y la Prueba Superveniente consistente en el "Dictamen técnico en materia de economía", NWM desacredita las teorías de responsabilidad propuestas por la AI que fueron formuladas al amparo de dicha información.
- b. "Manifestaciones de Terceros", las cuales se componen de (i) ciertos correos electrónicos, (ii) desahogos a requerimientos, (iii) comparecencias, así como (iv) manifestaciones vertidas en otros expedientes (DE-007-2015 y REC-01-2019) que fueron desestimados.

Conforme a lo anterior, a efecto de mantener claridad y orden en el presente escrito, las Manifestaciones de Terceros se segmentará en análisis entre aquellas Manifestaciones de Terceros obtenidas mediante (i) desahogos a requerimientos de información, comparecencias y otros expedientes y (ii) aquellas que se obtienen de ciertos correos electrónicos como se aprecia a continuación:

⁵⁶ Véase: Página 204 del DPR.

2.a) Requerimientos, comparencias y otros expedientes

Como se manifestó en la Contestación al DPR, ninguno de los elementos de convicción allegados a la AI mediante los mecanismos citados, evidencian que NWM imponga condiciones o precios de ningún tipo, y menos el PRECIO BASE DE COMPRA. Asimismo, tampoco evidencian la existencia de una supuesta "dependencia económica". El Pleno de esa Comisión no puede imputar responsabilidad a NWM con base en el desahogo de [REDACTED] proveedores cuando NWM cuenta con más de [REDACTED]* proveedores, así como de la comparencia de ciertos individuos que, en ningún caso, manifestaron la existencia de imposiciones o siquiera eran proveedores de NWM.

Como se aprecia en el Expediente, once Proveedores dieron contestación a requerimientos de información. Pese a NWM no tiene acceso a la gran mayoría de estas contestaciones y ello, por sí solo, genera una violación a sus derechos fundamentales – situación que se combate por separado –, no hay elementos para sustentar que existe imposición. De haberlos, la AI lo hubiera citado expresamente en el DPR.

Con base en los requerimientos a los que NWM sí se tuvo acceso, debe destacarse, por ejemplo, que [REDACTED] señaló que "[REDACTED] *

[REDACTED]

[REDACTED].⁵⁷ Esto es una prueba directa de la ausencia de una imposición.

Asimismo, [REDACTED] también señaló que, a pesar de la insistente e injustificada reiteración de la AI, que "mi representada indica a esa Comisión que sus clientes no le han impuesto o establecido restricciones en tiempo, monto o productos a los cuales puede modificar los precios durante el Periodo como requisito para concretar la comercialización de sus productos".⁵⁸ Esto también constituye otra prueba directa de la ausencia de una imposición.

Es decir, al menos del proveedor cuya información no se testó para el acceso de NWM, es claro que el Proveedor citado expreso, sin lugar a dudas, que no existen imposiciones de NWM. Por ende, estas manifestaciones por sí solas configuran una prueba directa de descargo que la AI omitió atender y señalar que a pesar de lo expresamente señalado por el Proveedor citado, la AI "creía" que existe una imposición. Esto demuestra que la AI no buscaba investigar, sino encontrar pruebas fabricadas para sustentar una teoría ficticia que simplemente no existe y que NWM no entiende la necesidad de perseguirla.

[REDACTED]

*Información identificada como confidencial en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Adicional a [REDACTED] basta revisar que la AI realizó preguntas expresas a diversos Proveedores -en diversos oficios de requerimiento de información- respecto del tema de imposición y descuentos. Si bien NWM no tiene acceso a dichas respuestas, resulta racional presuponer que si la AI hubiera obtenido una respuesta en sentido positivo, la AI la hubiera citado, explotado y utilizado reiteradamente a lo largo del DPR. No obstante, ante la inexistencia de la misma, la AI tuvo que recurrir a teorías hipotéticas y elementos indirectos para buscar la forma en cómo acusar a NWM. Véase, por ejemplo, los requerimientos [REDACTED]

En el mismo tenor, es posible apreciar que lo mismo sucede con las diversas comparecencias de personas físicas -en representación de personas morales-, ordenadas durante la etapa de investigación. Pese a que NWM no tiene acceso a su contenido, existen manifestaciones que operan en contra de la imputación de la AI. Por ejemplo, el Director Comercial de [REDACTED] compareció ante la AI y se le preguntó sobre "Indique si ha sufrido prácticas abusivas por parte de alguna cadena de TDA", a lo que éste respondió: "En términos generales, las relaciones con las TDA me parece que son buenas". Es decir, hubo una respuesta que fortalece el tema de la negociación entre las Partes del Contrato comercial y se aleja de la teoría de la "imposición".

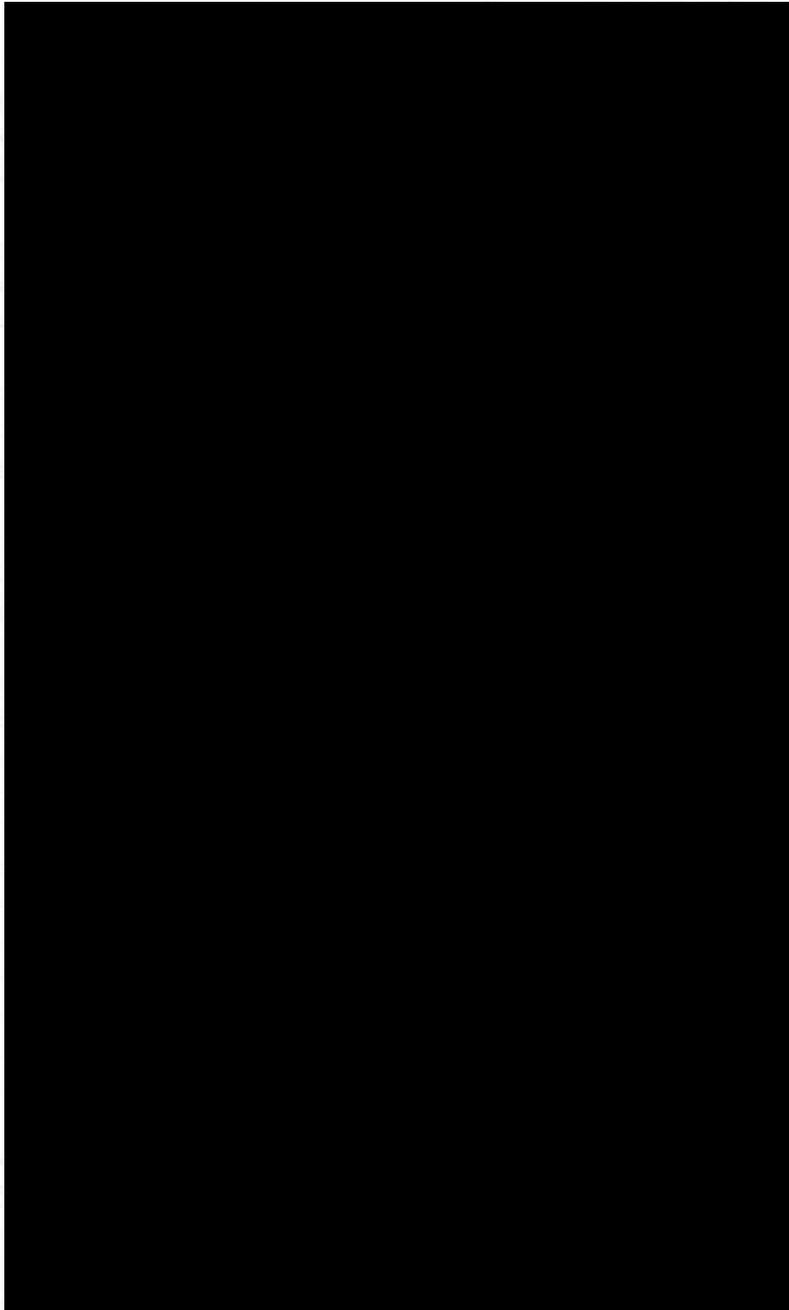
De la misma manera, en la comparecencia del señor [REDACTED] de CONCAMIN y dueño y miembro del Consejo Directivo de [REDACTED] quien no es un proveedor de NWM, el mismo señaló que ni siquiera "he escuchado sobre los [REDACTED] Deben existir descuentos confidenciales que le aplican a las grandes empresas que están en ConMéxico, opino que posiblemente ellos tienen acuerdos por incrementos de ventas al año". Es decir, la AI citó a declarar a terceros que no tienen relación con NWM y que dieron su opinión como directores de asociaciones civiles, más no como resultado de una relación mercantil con NWM.

Situación que se agrava al considerar que no solo no existen pruebas que acreditan la supuesta imposición, sino que existen pruebas que desmienten la teoría de dependencia económica que sustenta la imposición "velada" y respecto de las cuales, la AI pretende desconocer en sus Manifestaciones. Tal es el caso de [REDACTED] en donde la AI, aparentemente, es la única que sabe "interpretar el lenguaje" que dicho proveedor utiliza en sus mismos reportes anuales que debe presentar como obligación prevista en la Ley del Mercado de Valores.

Específicamente, como se evidenció en la Contestación, en su Reporte Anual para el ejercicio 2022, [REDACTED] señaló que⁵⁹: "La Compañía no considera que exista dependencia con sus clientes más grandes a pesar de que Walmart de México y Centroamérica representa más del [REDACTED] de las ventas netas consolidadas de la Compañía". Aún más, en el propio Reporte Anual para el ejercicio 2022, [REDACTED] señala que el [REDACTED] de las ventas del grupo se realizó a través de cadenas de autoservicio y clubes de precio. Esto significa que ni siquiera las TDA, en su conjunto, representan la mitad de

[REDACTED]

las ventas de [REDACTED] Esto, contrario a la señalado en la Tabla 47 del DPR, en el que la AI señala que las ventas de NWM a [REDACTED] representaba un porcentaje significativo del total de sus ingresos como se aprecia a continuación⁶⁰ y que se contrasta con el reporte citado:



⁶⁰ DPR, p. 286.

Aún más, el propio [REDACTED] en el citado reporte anual (p. 52) establece que: "La Compañía ha propiciado y mantenido una sana relación de negocios con todos y cada uno de sus clientes. La Compañía considera que no existe dependencia en los mayores clientes, ya que la participación de éstos en los ingresos es similar a la estructura de mercado de la industria de alimentos. Entre sus principales clientes en México, destacan las tiendas de autoservicio como [REDACTED]

Lo anterior es un claro ejemplo, con información pública disponible para la AI, que los Proveedores no consideran dependencia alguna de sus clientes, incluyendo NWM o, inclusive, de un solo canal.

No obstante, en su escrito de Manifestaciones, la AI expresamente señaló en la página 129 que los dichos y manifestaciones propias de [REDACTED] no tienen valor probatorio frente al DPR. Es decir, que la confesión de parte se ve superada por la manifestación arbitraria de la AI, lo que evidencia no solo un sesgo y una labor de investigación deficiente, sino que la AI incurre en una falacia *argumentum ad verecundiam*, lo que conlleva a uno de dos escenarios: (i) o la AI actúa de manera ilegal y arbitraria o (ii) [REDACTED] incurre en declaraciones falsas frente al Gran Público Inversionista, como se aprecia a continuación:

[REDACTED]

Situación que se agrava aún más cuando se ponderan estos elementos probatorios frente a los elementos aportados por NWM como son los siguientes:

- (i) Prueba pericial en materia de economía a través de la cual se acredita, entre otras cuestiones, la ausencia de sustento y racionalidad de la acusación planteada por NWM, incluyendo la ausencia de dependencia económica imputada por la AI partiendo de los

errores en la metodología para definir el Mercado Relevante y atribuir Poder Sustancial de Mercado;

- (ii) **Documental pública que contiene cierta fe de hechos** prevista en el instrumento público 4,577 que evidencia que (a) los PROVEEDORES de los PRODUCTOS DE REFERENCIA, incluido [REDACTED] tienen más opciones a las cuales acudir distintas al CANAL MODERNO, (b) los PROVEEDORES, incluido [REDACTED] también acuden al CANAL TRADICIONAL e INTERMEDIO, así como que (c) no existe dependencia de los PROVEEDORES hacia NWM como es el caso de [REDACTED]
- (iii) **Documental pública que contiene diversas fuentes** prevista en el instrumento público 4,579 que evidencia las manifestaciones de [REDACTED] que constituyen prueba plena en contra de las manifestaciones falaces de la AI; así como
- (iv) **Prueba superveniente** consistente en el "*Dictamen técnico en materia de economía*" que evidencian la definición errónea del Mercado Relevante por no incluir al Canal Tradicional, al Canal Intermedio y al Canal Electrónico, no obstante ser todos ellos -y particularmente el Canal Tradicional para alimentos y bebidas- alternativas de importancia significativa para que los Proveedores comercialicen los Productos de Referencia, así como la indebida atribución a NWM de tener poder sustancial en un Mercado Relevante definido erróneamente.

Incluso, las mismas manifestaciones de la AI consistentes en que "*a lo largo del DICTAMEN se observa como diversos AGENTES ECONÓMICOS, manifestaron la forma en que NUEVA WAL-MART les imponía los PRECIOS DE COMPRA BASE inferior al de sus competidores (como lo fueron [REDACTED] son engañosas. Hasta donde NWM tuvo acceso, ninguno de los proveedores aquí citados manifestó lo señalado por la AI. Basta dar revisión a los desahogos y comparecencias atribuibles a dichas entidades para apreciar lo siguiente:*

- (i) [REDACTED] En el caso de [REDACTED] NWM no puede acceder a sus manifestaciones o declaraciones. No obstante, como se evidenció en la Contestación al DPR, no hay indicios de que dicho Proveedor evidenciara la existencia de ningún tipo de imposición y tampoco hay elementos para acreditar ninguna supuesta dependencia económica, destacando que dicho Proveedor, conforme a los datos del DPR, ofrece sus productos al menos a tres clientes adicionales y en los últimos años ha reducido sustancialmente sus ventas a NWM incrementando sus ventas a otras TDAs.

⁶¹ Véase: Página 144 del escrito de Manifestaciones de la AI.

Asimismo es importante que el Pleno de esa Comisión entienda y analice con detalle quién es [REDACTED] empresa pequeña [REDACTED] que se enfoca en la producción de [REDACTED] diferentes versiones y que vende mediante canales en línea y comercio electrónico, así como El Palacio de Hierro, Chedraui, Green Corner, City Market, San Pablo, La Comer, HEB como se aprecia en [REDACTED]

- (ii) [REDACTED] En el caso de [REDACTED] a pesar que NWM no puede acceder a sus manifestaciones o declaraciones, también presume que no hay manifestación alguna sobre la existencia de una imposición o dependencia económica. Incluso, basta ver las porciones no testadas de su desahogo al requerimiento de información correspondiente, para apreciar que dicho Proveedor no solo negocia, sino que dicho proveedor aplica condiciones iguales a todos sus clientes incluyendo NWM, lo que NWM acepta y respeta, como se aprecia a continuación⁶²:

cumplan con el criterio de EDLC. Al respecto, [REDACTED] manifestó lo siguiente:

Incluso, cabe destacar, nuevamente, las manifestaciones del mismo [REDACTED] quien en diverso desahogo a un requerimiento de información expresamente destacó a la AI que NWM es "[REDACTED]" , por lo que dicha circunstancia permite a dicho PROVEEDOR "[REDACTED]" .⁶³

- (iii) [REDACTED] En el caso de [REDACTED] en la comparecencia de su supuesto "Director General", el mismo dio respuestas insuficientes y contradictorias y en ningún momento habla o evidencia la existencia de una imposición o de una dependencia. Incluso, señaló que su objetivo era "[REDACTED]" , lo que daría a entender que no era parte de la misma y, por ende, no puede existir dependencia sobre una relación previa inexistente.

Adicionalmente, resulta fundamental para dar contexto a la acusación del DPR, que el Pleno de esa Comisión analice y entienda quién es [REDACTED] el cual es un proveedor pequeño que ofrece [REDACTED] ubicado en Chiapas que vende en su propio local, en comercio electrónico y en

⁶² DPR, p. 356.

⁶³ DPR, p. 308.

14.1220

diversas TDA del país como son City Club (en las tiendas de Tapachula, Tabasco y Tuxtla Gutiérrez exclusivamente), Soriana, e H.E.B. como se aprecia en [REDACTED]

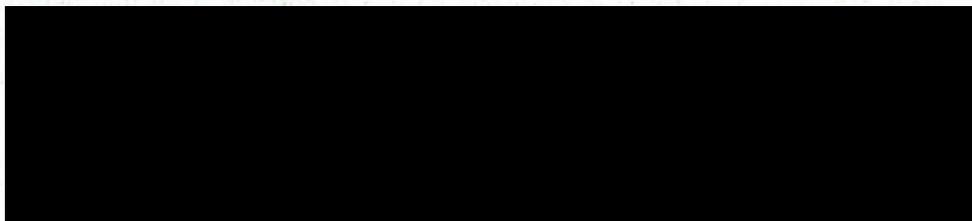
- (iv) [REDACTED] En el caso de [REDACTED] el único elemento que la AI logró obtener, fue una manifestación de dicha entidad en la que manifiestan que NWM les comunicó que para comercializar sus productos, sus precios se deben mantener más bajos que los de su competencia. Sin embargo, como se manifestó en la Contestación al DPR, el hecho de que ciertos PROVEEDORES pudieran ofrecer ciertos niveles de PRECIOS DE COMPRA BASE a NWM frente a los que ofrecen a otros terceros, no es prueba directa o suficiente de la existencia de una imposición. Dicha situación tampoco es prueba de que exista una condicionante para hacer negocios con NWM como se ha detallado en apartados previos de la presente contestación.

Como se desprende de los mismos elementos de convicción que aporta y cita el DPR, la oferta de PRECIOS DE COMPRA BASE y la determinación final del PRECIO DE COMPRA EFECTIVO es resultado de un proceso de negociación entre NWM y cada PROVEEDOR. Como en toda relación bilateral de naturaleza mercantil, cada parte propone a efecto de generar un intercambio como el que se desprende de las mismas declaraciones citadas en el DPR.

En consecuencia, ninguno de los elementos probatorios que consisten en Manifestaciones de Terceros evidencian, sea de forma directa, indirecta o indiciaria, que NWM imponga condiciones o precios de ningún tipo, y menos el PRECIO BASE DE COMPRA y que exista algún tipo de dependencia económica de ningún Proveedor hacia NWM.

2.b) Correos electrónicos

Por su parte, la AI hace alusión a una serie de correos electrónicos proporcionados por terceros que, de manera individual o concatenados con otros elementos de prueba, tampoco evidencian la existencia de algún tipo de imposición. Específicamente, con base en estos correos, la AI propone que:

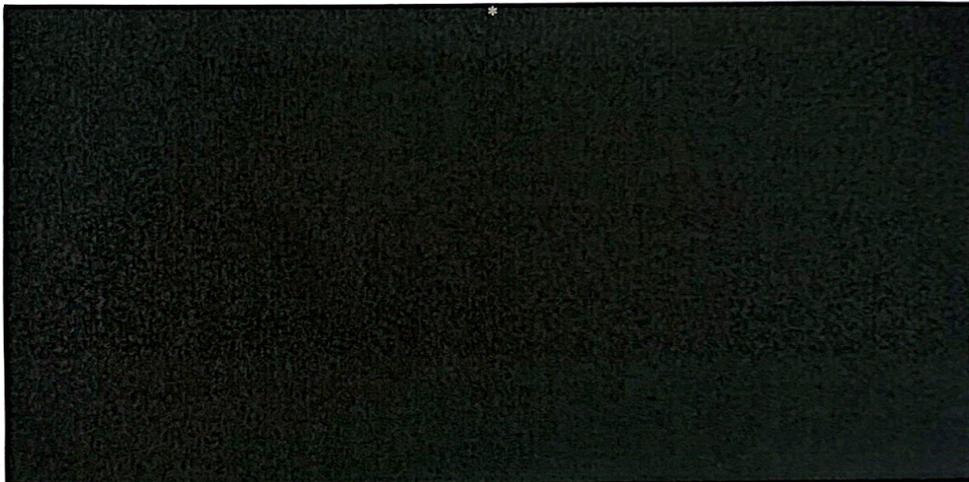


Es decir, como se manifestó en la Contestación al DPR, la AI pretende presumir, con base en ciertos correos, que dado que NWM no acepta incrementos de precios y no actúa como un simple

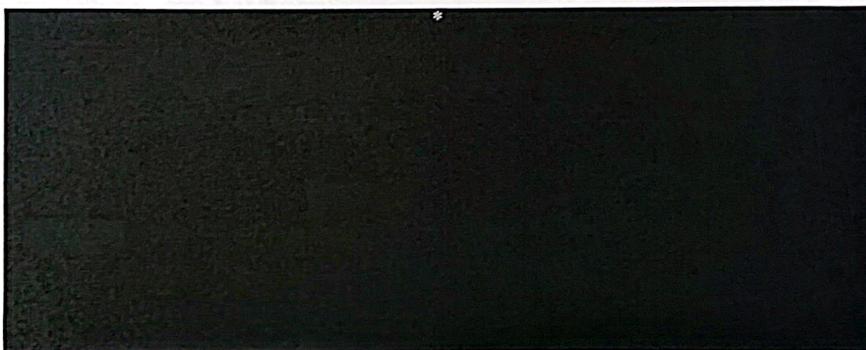
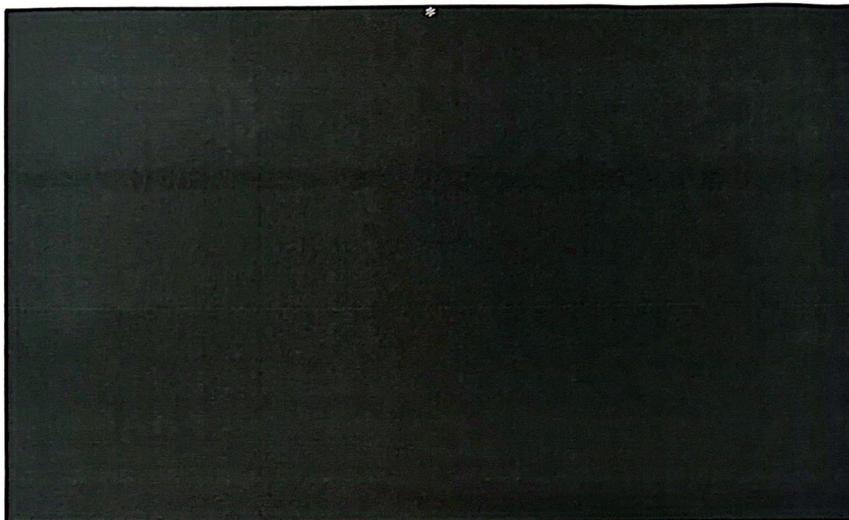
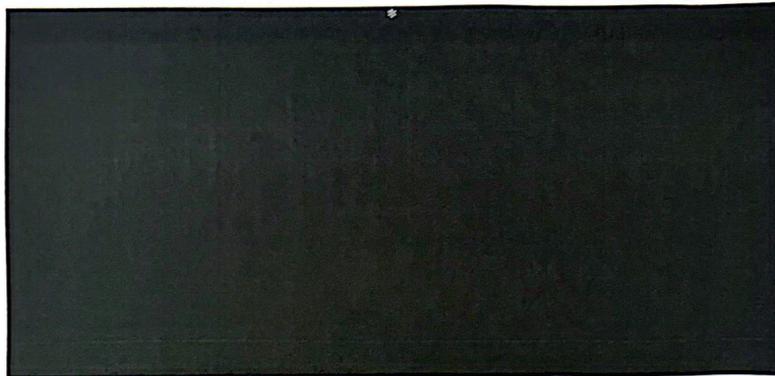
"tomar de precios" como si un distribuidor no tuviera autonomía y libertad, existe imposición por parte de NWM. No obstante, lo único que se aprecia en estos correos es:

- (i) Ciertos intercambios entre personal de NWM y personal de algunos Proveedores específicos (menos de 5) en el curso ordinario de una relación mercantil;
- (ii) Los intercambios refieren, en algunos casos, [REDACTED] donde NWM en ningún momento las rechaza o niega, sino simplemente solicita aclaraciones y evidencia [REDACTED]
- (iii) Los intercambios no indican que [REDACTED] De hecho, en prácticamente todos los casos, los Proveedores pretenden imponer o comunicar un nuevo [REDACTED] NWM tiene derecho a cuestionar y negociar;
- (iv) Incluso, existen casos en donde NWM acepta [REDACTED] cuando los mismos están debidamente sustentados y justificados; y
- (v) A pesar de que se testan diversos elementos de su contenido incluyendo información que es propia de NWM, ninguno de ellos se puede contrastar con algún otro elemento probatorio que evidencia una conducta impositiva por parte de NWM.

Basta dar lectura a los mismos para apreciar la conducta conciliadora y negociadora que NWM, por medio de sus empleados, despliega consistentemente a efecto de cuidar que los precios sean atractivos para los consumidores y cuando existan incrementos, los mismos se vean sustentados en razones objetivas que comercialmente sean benéficas para los consumidores como se aprecia a continuación:



141222



En el mismo sentido, a partir de la página 411 del DPR y en su escrito de Manifestaciones, la AI argumenta que de la información contenida en el Expediente se encontró que algunos Proveedores del Canal Electrónico pudieron haber [REDACTED]

[REDACTED] Al respecto, se señala que lo anterior carece de todo sustento y es incorrecto, pues:

- (i) Se basa en el supuesto dicho de [REDACTED]* y supuestos correos electrónicos presentados por la propia [REDACTED]*. En ningún momento la AI, estando facultada para hacerlo, requirió a los supuestos proveedores para que confirmaran si la información contenida en esos correos era

*Información identificada como confidencial en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica.

cierta o en que contexto se dio, en su caso, y con eso perfeccionar la prueba. Al final, todo queda en el dicho de un agente económico que es líder y podría tener poder sustancial de mercado en el canal de Comercio Electrónico como la misma AI argumentó en el expediente IBEC-001-2022; y

- (ii) La versión del DPR notificado a NWM edita los nombres de las partes de los correos electrónicos mencionados y en muchos de los correos presentados, se edita la mayoría del texto ¿Cómo puede defenderse NWM ante estos correos, si no conoce entre quienes se enviaron, su contexto y si efectivamente se trata de supuestas estrategias de NWM?

De lo anterior se desprende que no hay prueba válida alguna de que NWM hubiere realizado una estrategia con el objeto o efecto de impedir el acceso de agentes económicos al Canal Electrónico. La AI se basa en una nota periodística y en el dicho de un agente económico, para llegar a sus conclusiones, sin haber verificado la información con los supuestos proveedores, cuando tiene facultades para hacerlo y tuvo oportunidad durante el periodo de investigación.

Asimismo, la AI se limita simplemente a presentar una serie de correos y comunicaciones, así como una nota de Reuters del 2019, en las que no se encuentra involucrado NWM. Esto es, no existe en el DPR una comunicación donde se pueda leer que NWM haya solicitado a algún proveedor que dejara de abastecer a Amazon o algún otro agente económico en el Canal Electrónico.

Sin embargo, como se desprende de prueba pericial en materia de economía ofrecida por NWM, así como la prueba superveniente consistente en el "*Dictamen técnico en materia de economía*", no existe impedimento de acceso alguno de dicha naturaleza y ambas pruebas contrarrestar y tienen un mayor valor probatorio que los dichos de un tercero en una serie de correos electrónicos.

3) Documentos disponibles en fuentes públicas

Finalmente, como se desprende de la tabla 42⁶⁴, la AI pretende sustentar su imputación en (i) la "Nota Reuters" (folios 5121 a 5125) y (ii) "Notas sobre Descuentos" (folios 5116 a 5132) que incluyen la "Nota Reuters". Como se manifestó en la Contestación al DPR, las notas periodísticas no sirven, pueden utilizarse o deben citarse en una acusación de derecho administrativo sancionador. Si la acusación de un DPR recae en manifestaciones genéricas de periodistas, ¿para qué existe una AI en materia de competencia económica?

Las notas periodísticas carecen de evidencia sólida, veraz, fiable y exhaustiva. Las mismas están basadas en fuentes no verificadas o pueden contener información sesgada y contienen limitaciones metodológicas que afecten su fiabilidad o validez. Por ende, el contenido de la nota

⁶⁴ Véase: Página 203 del DPR.

solamente le es imputable al autor de la misma y no releva a la AI de cumplir con su mandato constitucional. Sirva de apoyo los siguientes criterios:

NOTAS PERIODISTICAS, INEFICACIA PROBATORIA DE LAS. ⁶⁵

Las publicaciones en los periódicos únicamente acreditan que tuvieron realización en el modo, tiempo y lugar que de las mismas aparezca, mas en forma alguna son aptas para demostrar los hechos que en tales publicaciones se contengan, pues no reúnen las características de documento público a que se refiere el artículo 795 de la Ley Federal del Trabajo, ni tampoco puede ser considerado como documental privada conforme a los artículos 796 y 797 del propio ordenamiento legal, en cuyo caso surge la posibilidad de formular las objeciones respectivas; consecuentemente, el contenido de una nota periodística, - generalmente redactada y dada a conocer por profesionales de la materia, cuyas fuentes no son necesariamente confiables, amén de que cabe la posibilidad de que sean producto de la interpretación e investigación personal de su autor- no puede convertirse en un hecho público y notorio, pues aunque aquélla no sea desmentida por quien puede resultar afectado, el contenido de la nota solamente le es imputable al autor de la misma, mas no así a quienes se ven involucrados en la noticia correspondiente.

* * *

TESTIMONIO DE OÍDAS. ES UNA FORMA ESPECÍFICA DE PRUEBA DE REFERENCIA POR LO QUE, POR REGLA GENERAL, NO ES SUSCEPTIBLE DE SER VALORADO EN EL DICTADO DE LA SENTENCIA. ⁶⁶

Hechos: Dos personas condenadas por el delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro exprés agravado promovieron amparo contra la sentencia definitiva. Reclamaron que se les condenó con base en "testimonios de oídas", ya que las víctimas no comparecieron a la audiencia de juicio y sus declaraciones se incorporaron mediante las testimoniales de los elementos aprehensores que refirieron haberlas entrevistado. El Tribunal Colegiado de Circuito negó el amparo, pues consideró que, dado que el sistema penal acusatorio se rige por un sistema de valoración de las pruebas libre y lógica, lo trascendente son las razones objetivas que se plasmen respecto del valor probatorio que se les confiera. Los sentenciados recurrieron dicha determinación.

Criterio jurídico: El testimonio de oídas es una forma específica de prueba de referencia, por lo que, por regla general, no constituye prueba válida susceptible de ser valorada en el dictado de la sentencia, pues contraviene los principios de inmediación y contradicción.

Justificación: Por testimonio de oídas se entiende la declaración de un testigo que dice haber percibido una comunicación de un tercero, con la cual se pretende acreditar que lo comunicado por el tercero es cierto. El testimonio de oídas es una forma específica de prueba de referencia, la cual se entiende como toda declaración (escrita, oral, corporal o de cualquier otra índole) realizada fuera de juicio oral, que se introduce a juicio oral con el propósito de demostrar la

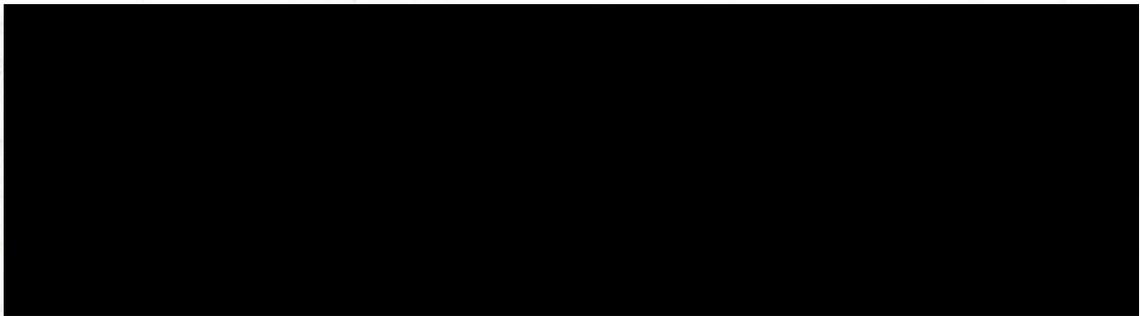
⁶⁵ Tesis: I.4o.T.5 K Registro digital: 203623

⁶⁶ Tesis: 1a./J. 115/2024 (11a.) Registro digital: 2028998

veracidad de su contenido. No es testimonio de oídas ni prueba de referencia la referencia al dicho de otra persona cuando sólo pretende demostrarse la existencia de la comunicación, con independencia de la veracidad de lo dicho. Por ejemplo, cuando se utiliza para impugnar la credibilidad de un testigo o porque la existencia de la comunicación constituye un elemento del tipo, o en cualquier otro contexto en el que la existencia de la declaración sea relevante para la demostración de los hechos materia de la acusación, siempre y cuando quien da cuenta de la comunicación tenga conocimiento directo de ésta. Un mismo testigo puede ser directo sobre algunas cuestiones (que dice conocer por haberlas percibido con sus propios sentidos) y de oídas respecto de otras (que dice conocer porque alguien más se lo dijo). Por tal motivo, la distinción no siempre puede establecerse con base en la persona que rinde el testimonio, sino de las manifestaciones que pretenda introducir y la forma en la que dice haber adquirido conocimiento de ellas. En el sistema penal adversarial, los principios de inmediación y contradicción regulan el modo en que debe formarse e incorporarse la prueba a fin de garantizar que los hechos no se demuestren a cualquier costo y por cualquier medio, sino sólo a través de las pruebas obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales y principios que rigen al proceso penal. Conforme al párrafo primero y las fracciones II, III y IV del apartado A del artículo 20 constitucional, el testimonio de oídas no constituye prueba válida para soportar una sentencia penal, pues no se desahoga por el sujeto de prueba de manera oral, personal y directa ante el Tribunal de Enjuiciamiento ni es sometida al escrutinio de un ejercicio contradictorio.

En particular, la Nota Reuters señala que supuestamente dos proveedores "dijeron" a Reuters que retiraron sus marcas de Amazon para no poner en peligro su relación con NWM. Sin embargo, esta nota carece de cualquier valor probatorio, no solo porque se trata de manifestaciones genéricas, sino porque además en ningún momento se mencionan a los supuestos proveedores involucrados.

Por su parte, debe recordarse que la AI afirmó con certeza lo siguiente sustentando su dicho en lo previsto en el "medio de convicción" previsto en los folios 5121 a 5125 como se aprecia a continuación, lo cual es consistente con las notas citadas en la tabla 42 anteriormente reproducida⁶⁷:



⁶⁷ Se aclara que la porción de dicha referencia que señala "de lo anterior" refiere una declaración aislada que carece de valor probatorio del "Director General" de [REDACTED]

Es decir, el sustento de esta imputación se basa en los elementos de prueba disponibles en los folios 5121 a 5125. Como se puede apreciar de las constancias del Expediente, los folios 5121 a 5125 simplemente contienen una "publicación" titulada "El Rollback de Walmart" de fecha 2 de julio de 2019 publicada por una persona de nombre "Gerardo Crail". Se reproduce una imagen la misma para pronta referencia:



Es decir, la AI pretendió imputar responsabilidad a NWM realizado afirmaciones en el sentido que NWM obliga a Proveedores a ofrecer ciertos precios, y su elemento de convicción citado para sustentar su dicho es un blog personal de un tercero ajeno a NWM que no reviste rigor alguno y cuyo valor probatorio es cuestionable.

Como se manifestó en la Contestación al DPR, ¿qué estándar probatorio se le permite a la AI? Resulta extraño para NWM que el mandato constitucional de protección al derecho de la competencia previsto en el artículo 28 constitucional que ejerce la AI se pueda ver relevado por una labor, en el mejor de los casos, amateur y de opinión personal cuyo rigor académico, científico o de investigación es nulo a efecto de sostener una imputación de responsabilidad en materia de derecho administrativo sancionador. Un blog personal no es más que un "diario" de pensamientos del autor, y no una prueba que satisface el rigor requerido para dar cumplimiento a un mandato constitucional.

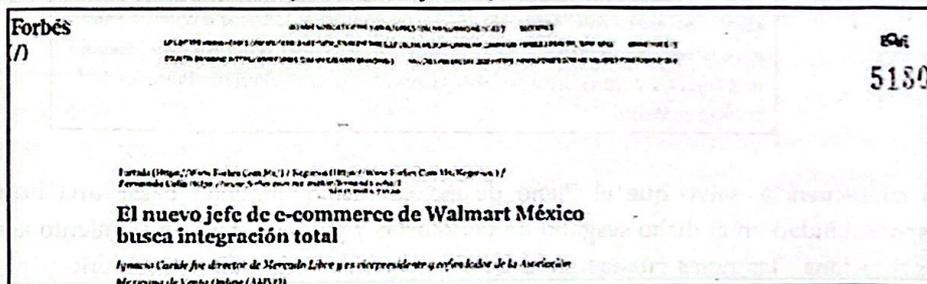
Paralelamente, como se expuso en la Contestación al DPR, el actuar de la AI llega a ser tan cuestionable que, al no encontrar elementos de convicción para sus teorías ficticias, atribuye manifestaciones que hacen reporteros, como si las hubiera hecho un "directivo de NWM". Recordemos que específicamente en la página 422 del DPR, la AI literalmente señaló que se advirtieron "manifestaciones de directivos de NWM" en las cuales aparentemente estos directivos

personalmente manifestaron lo siguiente, citando la fuente de información donde supuestamente se obtuvieron dichas citas:



No obstante, de una simple revisión de los folios citados como fuente de las supuestas manifestaciones ilegal y arbitrariamente atribuidas a "Directivos de NWM", se puede apreciar dos situaciones:

- (i) La nota periodística citada expresamente en el DPR como fuente de información de dichas manifestaciones, no contiene dichas manifestaciones. Por ende, la argumentación vertida en el DPR es falsa. Basta dar lectura a la nota periodística contenida en dichos folios para apreciar dicha circunstancia (folios 5180 y 5181):



- (ii) Del contenido de la misma, se puede identificar la referencia a diversa nota periodística⁶⁸ del mismo medio en donde es posible identificar las citas textuales vertidas en el DPR únicamente para confirmar que no son palabras o manifestaciones de "directivos de NWM", sino opiniones del reportero como se aprecia a continuación:

⁶⁸ Disponible para consulta en: <https://www.forbes.com.mx/walmart-planea-impulsar-la-venta-de-alimentos-en-linea/>

Portada / Negocios / Forbes Staff
Julio 11, 2018 @ 10:10 am

Walmart planea impulsar la venta de alimentos en línea en México

Reuters.- El ejecutivo de comercio electrónico de Walmart de México planea aprovechar las potencialidades de la empresa en el servicio de entrega de comestibles para obtener una ventaja competitiva sobre rivales como Amazon.com y su empleador MercadoLibre, dijo en entrevista.

sector a medida que el acceso a Internet y al sector financiero continúa creciendo en México. La empresa tiene como objetivo **dominar** tanto el mercado en línea como el tradicional. Las minoristas

Como se aprecia de la misma, las manifestaciones citadas no son declaraciones atribuibles a ningún empleado o representante de NWM. Se trata de presunciones personales de un reportero basadas en una supuesta entrevista, en el mejor de los casos. En dicho sentido, se niega la veracidad de las mismas considerando que no pueden atribuirse a NWM y no existe prueba en el DPR que perfeccione o corrobore que dichas manifestaciones efectivamente fueron emitidas por algún empleado o representante de NWM.

Finalmente, la última nota en la que la AI pretende basar su acusación es una nota del año 2009 titulada "Lanza Walmart "otra vez" campaña de precios aún más bajos, para celebrar el 10º Aniversario de "Precios Bajos Todos los Días" de la cual, lo único que se aprecia, es que NWM busca generar ahorros a los clientes como se aprecia a continuación:

"Estamos seguros que la mejor forma de festejar 10 Años de "Precios Bajos Todos los Días" -icono que identifica a Walmart a nivel mundial-, es generando ahorros para nuestras clientas, por eso durante septiembre, los clientes de nuestras 158 tiendas Walmart a nivel nacional podrán encontrar más de 3,000 artículos con precios todavía más bajos", aseguró Raúl Argüelles, Vicepresidente Senior de Asuntos Corporativos y Recursos Humanos de Walmart de México.

En consecuencia, salvo que el Pleno de esa Comisión pretenda basar una imputación de responsabilidad en el dicho sesgado de periodistas y con ello dar cumplimiento a su mandato constitucional, las notas citadas en el DPR carecen de todo valor probatorio y ni de manera individual, ni concatenadas con otros elementos, pueden servir como base para imputar responsabilidad.

III. Consideraciones adicionales del material probatorio del Expediente.

En términos de lo anterior, el Pleno de esa Comisión deberá concluir que, con base en los elementos de convicción aportados por la AI, cuando ponderados frente a los aportados por NWM y aquellas pruebas de descargo que la AI omitió analizar -como se detalla en la

Contestación al DPR-, no hay elementos para sostener la imputación de responsabilidad formulada en contra de NWM.

Simplemente puesto, ningún elemento probatorio que integra el Expediente evidencia, sea de forma individual o analizado de forma colectiva, la existencia de una imposición. Por ende, como se señaló al inicio, **sin imposición, no hay tipicidad de la conducta y si no hay imposición, no puede haber sanción.**

Finalmente, se reiteran aquellos argumentos relacionados en la Contestación al DPR respecto a la existencia de una "causa objetiva" para el inicio de la investigación tramitada bajo el Expediente. Al igual que detallado en el apartado previo, en sus Manifestaciones, la AI recurre a señalar que el uso de notas periodísticas constituyen "fuentes válidas y confiables" dado que se puede identificar la identidad del periodista. Asimismo, la AI concluye que no se trató de una "pesquisa" y que los argumentos vertidos por NWM no son más que argumentos encaminados a distraer el fondo de la litis.

Como se manifestó en la Contestación al DPR, la "causa objetiva" meramente se basó en una serie de cuatro notas periodísticas - que ya han sido desacreditadas - en donde, no por haber citado un número adicional de documentos como son reportes de bolsa de valores, informes públicos, expedientes donde NWM ha participado en concentraciones o un expediente de denuncia que fue cerrado quiere decir que de dichos documentos se desprenderían elementos de la posible comisión de una PMR. Por el contrario, son documentos que la AI refirió para dar contexto a lo supuestamente vertido en las notas.

En consecuencia, al no existir elementos probatorios adicionales que valorar para efectos de determinar la legalidad de la "causa objetiva" y considerando que la misma se basó exclusivamente en las notas periodísticas, en aras de evitar transcripciones innecesarias, se solicita al Pleno de esa Comisión remitirse a lo previsto en el apartado "D" de la Contestación al DPR.

En el mismo tenor, y nuevamente en de evitar transcripciones innecesarias, al no existir elementos probatorios adicionales, se solicita al Pleno de esa Comisión remitirse a lo previsto en la Contestación al DPR sobre la clasificación de confidencialidad que fue realizada en perjuicio de NWM y que transgredió su derecho a una debida defensa y una defensa adecuada.

* * *

De este apartado se concluye que la AI no cumplió con la carga de prueba de su acusación, pues no acreditó más allá de toda duda razonable en este expediente la responsabilidad de NWM de incurrir en la conducta ilícita que le imputó.

Al no haber desvirtuado la AI el derecho fundamental de NWM a la presunción de su inocencia en el procedimiento sancionatorio que nos ocupa, **NWM debe ser ABSUELTA** de la probable responsabilidad que indebidamente le atribuyó la AI por supuestamente haber incurrido en la práctica monopólica relativa de “imponer” condiciones y precios a sus PROVEEDORES de PRODUCTOS DE REFERENCIA, en los términos tipificados por la fracción II, del artículo 10 de la LEY ANTERIOR, y en el artículo 56 de la LFCE.

Como consecuencia de lo anterior, ese Pleno de Cofece deberá decretar el **CIERRE** del expediente IO-002-2020 y su acumulado DE-026-2020, por la falta de elementos para imputarle responsabilidad en los términos señalados por la AI en el DPR.

E. Legislación aplicable en caso de individualización de una sanción

En el supuesto hipotético y no concedido de que el Pleno de Cofece resuelva tener por acreditada la responsabilidad de NWM por supuestamente haber incurrido en la práctica monopólica relativa prevista en los artículos 10 de la LEY ANTERIOR, y en el artículo 56 de la LFCE, en los términos expuestos en el DPR, al individualizar la multa a NWM que como sanción resulte en su caso aplicable deberá tomar en consideración lo siguiente:

1. **Una sola práctica monopólica relativa continuada.** Si bien la conducta atribuida a NWM podría llegar a configurarse a través de una pluralidad de actos en el tiempo, todos ellos tuvieron una sola unidad de propósito y la potencial infracción a un mismo precepto legal.

La propia AI reconoció lo anterior al afirmar en la página 14 de en su Desahogo de vista a la Contestación del DPR que *“la conducta que se le imputa a NUEVA WAL-MART no consiste en hechos aislados, sino que se trata de una sola conducta que inició al menos el veinticuatro de julio de dos mil diez y continuó hasta, por lo menos, el veinte de junio de dos mil veintitrés, por lo que el conjunto de actos que conforman la conducta realizada por NUEVA WAL-MART se realizaron durante la vigencia de ambas leyes”*.

Por tal motivo, esta pluralidad de actos en todo caso constituirían una sola práctica monopólica relativa continuada⁶⁹ y no una pluralidad de prácticas monopólicas relativas.

2. **Aplicación de diversas leyes y la consecuente sanción más favorable conforme al derecho fundamental de exacta aplicación de la ley.** La conducta atribuida a NWM comenzó a realizarse bajo la vigencia de la LEY ANTERIOR, reformada mediante decreto publicado en

⁶⁹ Resulta aplicable el criterio 2a. LIX/99 de la Segunda Sala de la SCJN, de rubro: “INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS. SUS MODALIDADES” con registro digital 193926.

el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 28 de junio de 2006 [LEY ANTERIOR 2006] y continuó durante sus reformas publicadas en el DOF de fechas 10 de mayo de 2011 y 9 de abril de 2012, y hasta la vigencia de la LFCE .

Sin embargo, la sanción aplicable a las prácticas monopólicas relativas ha variado durante la vigencia de las conductas atribuidas a NWM, pues:

- a. Conforme al artículo 35, fracción V, de la LEY ANTERIOR 2006⁷⁰ que resulta la ley aplicable al momento del inicio de la práctica monopólica relativa, las prácticas monopólicas relativas se sancionan con *"multa hasta por el equivalente a novcientas mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal"*.
- b. Mientras que a partir del 11 de mayo de 2011, conforme a la reforma al artículo 35-V de la LEY ANTERIOR publicada en el DOF de fecha 10 de mayo de 2011, así como conforme al artículo 127 de la LFCE, las prácticas monopólicas relativas se sancionan con *"multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incurrido en una práctica monopólica relativa"*.

En virtud de la diversidad de leyes aplicables en el periodo de duración de la práctica monopólica relativa, **la sanción aplicable en todo caso deberá ser, en beneficio de NWM, la sanción establecida en el artículo 35, fracción V, de la LEY ANTERIOR 2006, que establece una multa hasta por el equivalente a 900,00 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, al prever este último artículo una pena más benéfica para NWM.**

Esto de conformidad al **principio de retroactividad benigna o aplicación ultractiva de la ley a favor del infractor**, que establecen los artículos 1, 14 y 133 de la Constitución, así como el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exigen a las autoridades realizar la interpretación más favorable del **derecho fundamental de NWM a la exacta aplicación de la ley**⁷¹ en el derecho administrativo sancionador de la competencia económica.

⁷⁰ Artículo 35. La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones: [...] V. Multa hasta por el equivalente a novecientas mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica relativa;

⁷¹ Resulta aplicable por analogía la jurisprudencia 1a./J. 87/2010 de la Primera Sala de la SCJN de rubro "SANCIÓN PECUNIARIA TRATÁNDOSE DE DELITOS FISCALES. EL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, DEROGADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 28 DE JUNIO DE 2006, AL PREVER QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL NO IMPONDRÁ AQUÉLLA, CONTIENE UN DERECHO SUSTANTIVO QUE DEBE APLICARSE ULTRACTIVAMENTE A FAVOR DEL GOBERNADO, EN CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY."

141232

En el caso concreto, al artículo 35, fracción V, de la LEY ANTERIOR 2006, le resulta aplicable el principio de exacta aplicación de la ley vigente en el momento de iniciarse la comisión de la infracción administrativa de prácticas monopólicas relativas, en cuanto a la retroactividad benigna o aplicación ultractiva de la ley a favor del responsable de incurrir en una de estas prácticas.

Esto significa que al resolver sobre la individualización de la sanción a NWM ese Pleno se encuentra constitucional y convencionalmente obligado a aplicar la ley más benéfica para NWM, de tal manera que si la práctica monopólica relativa continuada inició durante la vigencia del artículo 35, fracción V, de la LEY ANTERIOR 2006, reformado en 2011, éste artículo es el que deberá aplicarse ultractivamente a favor de NWM para individualizar su sanción, debido a que otorga a NWM el beneficio a ser sancionado pecuniariamente con una multa hasta por el equivalente a 900,00 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

3. **NWM no causó daño.** En el expediente la AI no acreditó la materialización de su Teoría de Daño, en el DPR se planteó una mera especulación, por lo que la conducta de NWM no causó daño.

Ninguna de las tres hipótesis de la Teoría de Daños de la AI sobre (i) un supuesto desplazamiento indebido de otros Agentes Económicos, (ii) el impedirles sustancialmente el acceso al mercado o (iii) el de establecer ventajas exclusivas indebidas en favor de NWM, fue materializado en los 13 años de realización de la conducta, y, por ende, el DPR no aportó pruebas directas de su realización. De hecho la AI en el DPR se vio obligada a formular su planteamiento como una cuestión meramente hipotética al acusar que las conductas de NWM "*podrían tener por objeto y efecto*", tal como se desprende de la página 423 del DPR.

Conforme a los artículos 36 de la LEY ANTERIOR y 130 de la LFCE, en la imposición de multas el Pleno de Cofece debe considerar el "*daño causado*", no así el daño que pudo haber sido causado.

No debe perderse de vista que daño que no fue materializado no es daño causado, lo que impide a ese Pleno de Cofece considerar en la individualización de la sanción a NWM expectativas de daño o daño que pudo haber sido causado pero no se materializó con las conductas sancionadas.

Todas estas manifestaciones se formulan *ad cautelam* y de ninguna manera implican el reconocimiento de NWM de haber incurrido en conducta ilícita alguna, ni convalidan la violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de su inocencia por haber sido prejuzgada desde el pasado 20 de agosto de 2020 en que ese Pleno de Cofece aprobó el Estudio en el que prejuzgó a NWM de supuestamente contar con poder de compra y ejercerlo sobre sus proveedores de alimentos y bebidas derivando en un efecto cama de agua.

Por todo lo anteriormente expuesto y fundado, atentamente solicito:

A esa DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS:

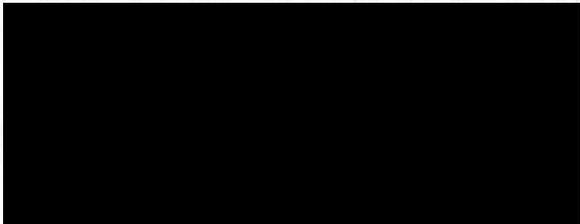
PRIMERO. Tener a Nueva Wal Mart de México, S. de R.L. de C.V. formulando oportunamente alegatos en términos del artículo 83, fracción V, de la LFCE.

SEGUNDO. Emitir el acuerdo de integración del expediente.

Al PLENO de esa COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA:

ÚNICO. Decretar el CIERRE del expediente IO-002-2020 y su acumulado DE-026-2020 por falta de elementos en el expediente para imputar responsabilidad a NWM en los términos señalados en el DPR.

Ciudad de México, México, a 27 de agosto de 2024.



Autorizado por NUEVA WAL MART DE MÉXICO, S. DE R.L. DE C.V.

