



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

Voto particular que formula el Comisionado Miguel Flores Bernés en la resolución emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia (en adelante, "Comisión"), el 13 de marzo de dos mil ocho, respecto del procedimiento registrado bajo el número de expediente DC-01-2007.

En el presente voto se establecen las razones por las cuales el suscrito vota en contra de la resolución, en particular de sus puntos resolutivos segundo y tercero. El segundo resolutivo declara que no existen condiciones de competencia efectiva en los mercados relevantes de venta de gas licuado de petróleo (en adelante, "GLP") a usuarios finales correspondientes a las regiones de precios máximos 1 a 3; 5 a 32; 36 a 38; 40 y 41; 43 a 45; 47 a 62; 64 a 70; 72 a 91; 93; 95 a 100; 103; 106 a 113; 115 a 145. El tercer resolutivo manifiesta que no existen condiciones de competencia en el segmento del mercado relevante de servicios de transporte de GLP mediante auto-tanques y semirremolques correspondiente a los servicios de transporte con destino a las plantas de distribución que ofrecen GLP en los mercados relevantes citados en el resolutivo segundo.

El suscrito no comparte el criterio adoptado por la mayoría de los Comisionados en el presente asunto, en razón de que, tras el análisis efectuado a los artículos 7, 12, 13, y 33 bis de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante "LFCE"), 11, 12, 13, 53, 54, 55 y 61 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante "el Reglamento"), así como a las manifestaciones realizadas por diversos agentes económicos involucrados respecto al Dictamen Preliminar emitido por el Pleno de la Comisión el veintitrés de agosto de dos mil siete, he apreciado que la resolución no atiende los supuestos previstos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, en relación con los siguientes mercados relevantes:

- Los supuestos 145 mercados de venta de GLP a usuarios finales, con dimensiones geográficas correspondientes a las regiones de precios máximos de venta al usuario final definidas en los Acuerdos expedidos desde noviembre de dos mil cinco por la SE, con fundamento en los Decretos del Ejecutivo Federal publicados en el DOF desde el veintisiete de febrero de dos mil tres; y
- El mercado de transporte de GLP mediante auto-tanque y semirremolque en el territorio nacional.

En tal virtud, a continuación elaboraré sobre las razones en las que fundamento mi posición y que me impiden compartir la decisión mayoritaria en cuanto a los temas identificados.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

1. COMPETENCIA EFECTIVA

En su numeral 44, la resolución manifiesta que:

“...de la simple lectura del primer párrafo del artículo 33 bis de la LFCE, se advierte que el mismo establece que “.... Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la...[Comisión]... emitirá de oficio,...[o]...a solicitud...la resolución que corresponda...” (énfasis añadido). En otras palabras, los conceptos competencia efectiva y poder sustancial de mercado, así como los de competencia razonable o condiciones adecuadas de competencia mencionados en los artículos 67 y 68 de la Ley de Aeropuertos, y ambiente de competencia razonable referido en el artículo 60 de la Ley de Puertos, son términos análogos conforme al artículo 33 bis de la LFCE. “ (énfasis añadido)

“... resultaría impráctico, ineficiente y redundante que en la LFCE se describa, norme o regule lo que debe entenderse por cada uno de los conceptos antes citados, cuando en el artículo 13 en correlación con el 12 de dicha ley se establecen los criterios para determinar el poder sustancial en el mercado relevante y, consecuentemente, de los demás términos análogos. Al respecto, debe decirse que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencialmente (tesis J.83/2004) que las leyes no constituyen diccionarios y no necesitan definir todos y cada uno de los vocablos que se utilizan para su formulación, porque la exigencia de un requisito así tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpla, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función” (énfasis añadido)

Asimismo, el numeral 114 de la resolución determina que:

“En términos del artículo 33 bis de la LFCE los conceptos de competencia efectiva y poder sustancial en el mercado relevante previstos en la LFCE y en alguna legislación sectorial constituyen términos análogos, al igual que los de competencia razonable, condiciones adecuadas de competencia y ambiente de competencia razonable, utilizados en diversos ordenamientos sectoriales. De esta forma, el Pleno de la Comisión se ha pronunciado en el sentido de que, para determinar la posible existencia de poder sustancial o la inexistencia de condiciones de competencia en un mercado específico, se deberán considerar los supuestos contemplados en los artículos 12 y 13 de la LFCE, así como en los artículos 9º a 13 del RLFCE.” (Énfasis añadido)

Es necesario analizar primero que señala el artículo 33 bis de la LFCE.

“Artículo 33bis. Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva... En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento:



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

I.-... el solicitante deberá presentar la información que permita determinar el mercado relevante y el poder sustancial en términos de los artículos 12 y 13 de esta Ley... ” (Énfasis añadido)

Es claro que para resolver sobre cuestiones de competencia efectiva se debe contar con la información que permita determinar el mercado relevante y el poder sustancial. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló recientemente lo siguiente:

“Ahora bien, el concepto de ‘poder sustancial’ en el mercado significa, como puede deducirse de la acepción común de los vocablos, la capacidad que tiene un agente económico en el mercado relevante de imponer sus condiciones sobre los demás competidores, es decir, la situación de dominio que ejerce una empresa en el mercado de bienes o servicios en que se desarrolla, poder que usualmente se mide, según señala el artículo 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, a través de analizar la manera en que participa en el mercado relevante, su aptitud para fijar unilateralmente precios por encima de la voluntad de sus competidores, la existencia de real de éstos, así como la facilidad para que otras empresas accedan al mercado y acudan a las fuentes de insumo...”¹ (Énfasis añadido)

Resulta pertinente aclarar que la LFCE no prevé que se pueda determinar una posible afectación al proceso de competencia y libre concurrencia, sin haber acreditado antes tanto un mercado relevante como el poder sustancial de determinado agente económico sobre dicho mercado relevante. El propio artículo 33 bis señala en su fracción I que al inicio del procedimiento se deberá “*presentar la información que permita determinar el mercado relevante y el poder sustancial en términos de los artículos 12 y 13 de esta Ley*”; y, en la definición de poder sustancial de mercado proporcionada por la SCJN queda claro que hablamos de la capacidad de un agente económico para fijar precios o restringir el abasto en un mercado. Estimo pertinente señalar que me parece que la LFCE no sanciona a los agentes económicos con poder sustancial de mercado por el simple hecho de contar con dicho poder; no obstante, la Ley sí señala consecuencias jurídicas para dichos agentes pues les prohíbe llevar a cabo ciertas conductas que, sin embargo, son aceptables prácticas comerciales o de negocios para otros agentes económicos sin poder sustancial.

Asimismo, resulta conveniente señalar que la LFCE sólo establece sanciones para agentes sin poder sustancial cuando éstos llevan a cabo prácticas monopólicas absolutas, es decir cuando existen acuerdos entre competidores para fijar un precio, restringir el abasto, segmentar mercados o coludirse en una licitación pública. Es importante recalcar que en estos casos la ley mexicana es muy específica, pues determina que debe existir un acuerdo entre los competidores; es decir, no se sanciona la posibilidad de que se dé un acuerdo, sino que debe estar debidamente acreditado y probado dicho acuerdo.

¹ Amparo en Revisión 169/2007, página 119



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

No es posible la aplicación de la analogía o equivalencia en el análisis que hace la CFC cuando investiga y sanciona prácticas monopólicas absolutas. Entonces, queda tratar de entender lo que busca la resolución usando la analogía, puesto que el propio artículo 33 bis señala **expresamente** que en el proceso de investigación de las condiciones de competencia efectiva se requiere contar con la información que permita identificar el mercado relevante y el poder sustancial de conformidad con los artículos 12 y 13 de la LFCE.

Efectivamente, en los artículos 12 y 13 de la LFCE se establecen los criterios que deberá considerar la Comisión para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante. De considerar pertinente -como lo hace el artículo 33 bis- usar los artículos 12 y 13 para determinar la existencia de competencia efectiva, entonces se deben usar dichas disposiciones jurídicas en su totalidad -incluyendo los criterios económicos y jurídicos que contienen- y no es viable sólo tomar algunos criterios arbitrariamente.

Con base en lo anterior, sin que sea menester aplicar la analogía que propone la resolución, podríamos colegir que la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en un mercado resulta de la existencia de una estructura caracterizada por la presencia de un agente con poder sustancial en un mercado relevante determinado. En estos casos sabemos que existe un agente económico que puede unilateralmente fijar los precios o restringir el abasto sin que existan competidores que puedan contrarrestarlo, es relativamente claro que en un mercado donde existe un agente con poder sustancial existen riesgos reales para la competencia y libre concurrencia. Dichos riesgos pueden actualizarse o no dependiendo de la conducta que lleve a cabo el agente económico con poder sustancial, pero en un mercado donde existe un agente con poder sustancial es muy probable que existan barreras a la entrada considerables y, por lo tanto, la competencia en dicho mercado pudiera no ser efectiva.

Entonces, interpretar que la falta de condiciones de competencia efectiva se da en un mercado en el que existe un agente con poder sustancial hace sentido. Derivado de lo anterior, también se aclaran las razones por las que el legislador señala que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 12 y 13 de la LFCE para determinar el mercado relevante y si un agente económico tiene poder sustancial en el mismo, en aquellos casos en los que se busca determinar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva.

Ahora bien, es cierto -como lo señala la resolución- que los criterios establecidos en las fracciones I a V del artículo 13 de la LFCE señalan la necesidad de evaluar la existencia de competidores; sus participaciones de mercado, acceso a insumos y poder; así como las barreras de entrada al mercado que impidan la participación de agentes económicos que puedan competir con los establecidos; y, el comportamiento reciente. También es cierto que diversos estudiosos de la ciencia económica reconocen que en los mercados caracterizados por pocos participantes, altos niveles de concentración y altas barreras a la entrada, es posible que cada participante tenga información sobre los efectos que causan sus precios y



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

las reacciones de sus competidores. No obstante, también es cierto que determinar cuantos son “pocos participantes” es una cuestión casuística; inclusive, un famoso economista, Paul A. Samuelson ha dicho que un oligopolio puede ser tan pequeño como dos agentes económicos y tan grande como diez o quince.²

No obstante, y a pesar de los descubrimientos efectuados por la ciencia de la Economía, debe recordarse que dicha ciencia es una ciencia social y que sus conceptos se encuentran cristalizados en la LFCE. En dicho ordenamiento el legislador dispuso de herramientas específicas para analizar el poder sustancial de mercado de un agente en particular (que puede llevar a cabo conductas unilaterales) y, con ello, determinar que en dicho mercado no existen condiciones de competencia efectiva. **La interpretación análoga que pretende la resolución de la mayoría, no puede extenderse hasta crear nuevos conceptos inexistentes en nuestro derecho positivo, tales como el denominado “poder conjunto”.** Una cosa es que la ley no se constituya en un diccionario -y que no sea necesaria la definición de todos y cada uno de los vocablos- y otra muy distinta es que la autoridad administrativa invente significados para los vocablos escudándose en que supuestamente se lleva a cabo una interpretación usando la analogía.

Ricardo Guastini nos dice que la estructura del “argumento análogo” es la siguiente:

- a) Se parte que un determinado supuesto de hecho que no esta disciplinado por ninguna norma explícita, *prima facie*, existe una laguna.
- b) El supuesto de hecho no disciplinado guarda una semejanza esencial con otro supuesto de hecho regulado, este si por una norma explícita que le atribuye una consecuencia jurídica.
- c) Se concluye construyendo una “máxima de decisión” que también atribuye la misma consecuencia jurídica al supuesto de hecho no previsto.³

Evidentemente lo primero es acreditar que estamos frente a una laguna jurídica, lo que dice Guastini que siempre es algo discutible, pues invariablemente es posible poner en marcha técnicas interpretativas que permitan evitar la laguna. Hay una laguna cuando un supuesto de hecho no está regulado por ninguna norma expresa, pero para eso debe primero intentarse encontrar una disposición que, oportunamente interpretada, sea idónea para ofrecer la norma reguladora del supuesto de hecho. Esta forma de resolver los casos no previstos se consideran preferibles en aquellos sistemas (como el italiano y el mexicano)

2 Citado en Francisco González de Cossío, “Competencia Económica, Aspectos Jurídicos y Económicos”, Editorial Porrúa, 2005, página 39.

³ Guastini Ricardo, “Estudios sobre la interpretación jurídica”, UNAM/Porrúa, México, 2003, página 94



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

donde existe una separación de poderes y ni los jueces ni las autoridades administrativas tienen competencia para crear derecho a través de la analogía.⁴

En la interpretación del concepto “inexistencia de condiciones de competencia efectiva”, es posible oponerse a la existencia de una laguna legal que implique la necesidad de acudir a la analogía. La Ley determina una metodología para que se resuelvan los casos de competencia efectiva, señalando expresamente que se requiere contar con la información del mercado relevante y el poder sustancial. La Ley también señala en los artículos 12 y 13 la metodología para evaluar los casos en los que un agente económico posee la capacidad de fijar unilateralmente los precios y el abasto, pero nunca para evaluar cuando varios agentes poseen información de mercado que les permita incrementar precios o disminuirlos tomando en cuenta las reacciones de sus rivales. Es así que podemos concluir que el Derecho Mexicano de la Competencia no establece criterios para determinar lo que se ha denominado poder conjunto o dominancia conjunta de agentes económicos y vía la supuesta interpretación *a simili* no se deben crear conceptos ajenos a la LFCE.

Aclaro que no se desconoce que sea posible determinar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en mercados oligopólicos; no obstante, lo anterior sólo puede suceder en aquellos mercados en los que sea posible determinar –utilizando los criterios previstos en los artículos 12 y 13 de la LFCE– que existe un agente económico con poder sustancial que pueda unilateralmente fijar los precios o restringir el abasto en un mercado relevante determinado.

La resolución reconoce que *“la LFCE no sanciona o prohíbe per se los mercados oligopólicos...”* agregando que *“... sin embargo, no puede descartarse que la evaluación de situaciones oligopólicas, en términos de los criterios establecidos en los artículos 12 y 13 de la LFCE, puede llevar a concluir la existencia de poder sustancial sobre un mercado relevante o la inexistencia de condiciones de competencia”*⁵. Lo anterior, en mi opinión, es jurídicamente válido, **lo que no estimo que puede ser válido es declarar que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado relevante cuando no se ha determinado la existencia de un agente económico con poder sustancial**; y, para tales efectos, estimo que no basta declarar que se supera un umbral de 2,500 HH o que en donde concurren entre cinco y 11 competidores, uno o dos de ellos detentan “generalmente” participaciones de mercado superiores a 55%.

Así, el análisis de la competencia efectiva que se lleva a cabo en la resolución **está afectado en gran parte, de un error legal metodológico que lo invalida**, pues llega a determinar que no existen condiciones de competencia efectiva en mercados en los que **no identifica la presencia de un agente con poder sustancial de mercado**. Se insiste, la ley

⁴ Ídem.

⁵ Numeral 46, página 25.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

no prevé el análisis del poder conjunto, por lo que si hay dos agentes económicos con altas participaciones de mercado se requeriría motivar las razones por las que se estima que uno de ellos resulta un agente con poder sustancial de mercado.

Más aún, la resolución pretende sustentar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en la siguiente afirmación: "... la existencia de pocos competidores de tamaños similares permite a cada uno de ellos incrementar precios o no disminuirlos con la expectativa de que sus competidores también los incrementarán o no los disminuirán"⁶. Con ello, la resolución demuestra que está impregnada y sustentada en la errónea creencia de que la ley mexicana reconoce y permite dar efectos jurídicos a la teoría del denominado "oligopolio no-cooperativo", cuyo máximo exponente desde hace más de siglo y medio es Augusto Cournot.

Cournot afirmaba que en cualquier número de agentes económicos existe un equilibrio precio-cantidad determinado. Ante la existencia de un duopolio, se ha resumido el proceso mediante el cual se da el equilibrio Cournot de la siguiente manera:

"...en donde la Firma A fija su abasto como si fuera un monopolio, igualando su costo marginal a su ingreso marginal, asumiendo que la otra firma producirá cero. La Firma B, utilizando la demanda residual de la Firma A, hace su propio ejercicio de igualar su costo marginal a su ingreso marginal, para atacar el número de consumidores que quedarán insatisfechos por A. Atacará dicho "nicho de mercado" como si fuera fijo, necesariamente estableciendo un precio inferior al que fijó A. La firma A perderá ventas. Al percatarse de ello, la firma A tendrá que reducir su precio o perder más ventas para con la firma B. por ello, igualará el costo marginal al ingreso marginal una vez más, pero basándose en la curva de demanda residual de la Firma B. Con posterioridad a ello, la Firma B llevara a cabo el mismo ejercicio con la curva de demanda residual de la Firma A en la siguiente ronda hasta que se llegue a un equilibrio en donde ambas firmas igualan su respectivo costo marginal a su respectivo ingreso marginal. En caso de que el número de firmas incremente, el abasto total del mercado se incrementará y el precio será inferior."⁷

La interdependencia oligopólica arriba descrita implica que la mejor opción de cada agente económico depende de las elecciones que sus rivales realicen, quienes no pueden en forma realista evitar su mutuo consentimiento y así las decisiones de abasto de los agentes en el mercado serán interdependientes al percatarse éstos que con la interrelación obtendrán mayores ganancias.

Ha existido un amplio debate sobre lo que el derecho de la competencia puede hacer en estos casos. Donald Turner, en 1962, señaló que ese tipo de conductas no eran sancionadas por la Ley Sherman en los Estados Unidos de América, debido a que eran conductas racionales e inevitables cuando se daban por efecto de la estructura de mercado. Cada agente en un mercado oligopólico está forzado por esta circunstancia a considerar su abasto

⁶ Numeral 44, página 27.

⁷ González de Cossío, Op.cit. página 41.





COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

en la medida que le implique una ganancia mayor, tomando en cuenta la respuesta de sus rivales, por lo que sería irracional para el agente conducirse de otra manera. La única solución para Turner era “desintegrar” a los agentes económicos en unidades más pequeñas; sin embargo, esto requeriría expedir una nueva ley⁸. Esta solución parece drástica y es claro que en México la LFCE –afortunadamente– no contempla ese tipo de determinaciones.

Herbert Hoverkamp señala que el modelo de equilibrio de Cournot asume que el vendedor no puede diferenciar precios. Así, si el agente oligopólico reduce el precio a un consumidor se lo debe reducir a todos; si ese es el caso, entonces es posible que se dé el equilibrio de Cournot a niveles de precios que se encuentran entre el nivel del monopolio y el nivel de competencia. Si así fuera, el vendedor oligopólico no tiene incentivos para bajar los precios pues perdería dinero.

En Estados Unidos, el Juez Richard Posner analizó este tipo de estructuras de mercado y argumentó que no se puede asumir que un agente oligopólico -actuando de manera individual- estaría renuente a iniciar una reducción de precio por el simple miedo de que sus rivales tomaran medidas similares. Posner señaló que eso dependía de muchos factores, tales como si la reducción de precios era conocida por los referidos rivales. Hoverkamp reconoce lo señalado por Posner y agrega que de ser posible diferenciar precios (vender a distintos precios a diferentes clientes) -y esto pueda ser secreto-, entonces no se dará indefectiblemente el famoso equilibrio de Cournot. Asimismo, este autor señala que “*a menudo, mercados con una alta concentración no producen el equilibrio Cournot de forma alguna, y llegan a producir precios a niveles competitivos.*”⁹

En el caso particular de la venta de GLP a usuarios finales, la resolución asume, sin mayor razonamiento, que si los índices de concentración HHI superaban el -arbitrario- umbral de 2,500 puntos, aún sin la existencia de un agente con poder sustancial en el mercado relevante, automáticamente son inexistentes las condiciones de competencia efectiva. La resolución ignora que la LFCE no permite dichas conclusiones. No toma en cuenta, tampoco, las reflexiones de los autores previamente citados.

Para la resolución, si tenemos a cuatro competidores con participaciones de mercado similares (por ejemplo, de 25% del mercado), o dos agentes tienen participaciones que juntos suman más del 50% (aunque haya más participantes importantes), axiomáticamente se da un efecto Cournot y, entonces, debemos declarar que no existen condiciones de competencia efectiva en ese mercado, permitiendo que se fijen precios oficiales. Si esto fuera así, la Comisión tendría que declarar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en innumerables mercados relevantes en México,

⁸ Herbert Hovenkamp, “Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice”, Third Edition. Thomson West, 2005, página 167.

⁹ *Ibíd.*, páginas 167 y 168.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

creando una grave incertidumbre jurídica a los agentes económicos y haciendo posible que se implementen distorsiones inaceptables en la economía mexicana que pretende ser de mercado.

Ejemplifiquemos un caso claro en el que no necesariamente se daría el efecto Cournot que asume -sin decirlo- la resolución: la venta de GLP a grandes usuarios como hoteles o tiendas de autoservicios que son consumidores importantes. La resolución omite analizar si para un vendedor de GLP es posible diferenciar precios inclusive en presencia de precios oficiales. Muy probablemente, es el caso que para un vendedor de GLP pudiera serle redituable vender a menor precio (con descuento respecto del precio oficial) a grandes consumidores como hoteles, restaurantes o tiendas departamentales. Lo anterior, debido a que es menos costoso vender una pipa de gas a un gran consumidor que recorrer una ruta larga repartiendo a diversos consumidores la misma pipa de gas.

Asimismo, muy probablemente las negociaciones con estos grandes consumidores no son públicas y permiten fijar los descuentos sin conocimiento de los rivales. Si ese es el caso, entonces el efecto Cournot no se podría dar pues existe diferenciación de precios y cierta secrecía para determinarlos (la secrecía no es total porque el precio oficial es conocido y el descuento se fijaría respecto del precio oficial). Así, aún en el caso de “pocos” vendedores a grandes consumidores, el efecto Cournot no se daría y los precios muy probablemente se estén fijando en competencia. Esto es posible que suceda en la forma descrita, salvo que los gaseros se estuvieran poniendo de acuerdo en los descuentos, pero si esto es así, entonces estaríamos en presencia de prácticas monopólicas absolutas, que la CFC debería investigar y castigar severamente.

En el presente voto particular, las reflexiones anteriores resultan relevantes y nos llevan a concluir que:

- a) La LFCE no contiene una definición clara de la inexistencia de condiciones de competencia efectiva.
- b) Es posible interpretar el concepto “inexistencia de condiciones de competencia efectiva”, sin tener que recurrir al uso de la analogía, pues el propio artículo 33 bis, fracción I, aclara que se requiere contar con la información del mercado relevante y el poder sustancial para resolver sobre la competencia efectiva.
- c) Los artículos 12 y 13 de la LFCE contienen criterios para determinar situaciones en las que no existe competencia efectiva en los mercados, pero sólo para aquellos casos en los que se ha determinado la existencia de un agente con poder sustancial en el mercado relevante de que se trate, pues dichos artículos hablan de conductas unilaterales y no contemplan la figura de poder conjunto de agentes económicos. La analogía no es válida para argumentar la existencia de lagunas y pretender



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

incorporar en la LFCE figuras que dicho ordenamiento desconoce, tales como el poder conjunto o la dominancia conjunta.

- d) No existen condiciones de competencia efectiva cuando existe un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante.
- e) Que existan sólo cuatro jugadores en un mercado relevante con participaciones similares (lo que puede dar un índice de concentración HH de 2,500 puntos) no implica de forma automática que estemos frente a un mercado oligopólico, con efectos estilo el modelo de Cournot, que afecte la competencia y libre concurrencia.
- f) Aún estando frente a un mercado oligopólico, la LFCE no señala consecuencias jurídicas si en dicho mercado relevante no se ha identificado a un agente económico con poder sustancial en el mercado, mismo que pudiera ser el líder en el mercado oligopólico identificado.

2. MERCADOS RELEVANTES IDENTIFICADOS EN LA RESOLUCIÓN

En este punto, el presente voto particular contiene comentarios únicamente respecto a los siguientes mercados relevantes identificados en la resolución:

- Los supuestos 145 mercados de venta de GLP a usuarios finales, con dimensiones geográficas correspondientes a las regiones de precios máximos de venta al usuario final definidas en los Acuerdos expedidos desde noviembre de dos mil cinco por la Secretaría de Economía (en adelante, la "SE"), con fundamento en los Decretos del Ejecutivo Federal publicados en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, "DOF") desde el veintisiete de febrero de dos mil tres; y
- El mercado de transporte de GLP mediante auto-tanque y semirremolque en el territorio nacional.

Por lo que se refiere a los restantes mercados relevantes, i.e., venta de GLP a permisionarios de distribución en el territorio nacional; transporte de GLP mediante carro-tanque en las rutas de internación de GLP importado al país; transporte de GLP mediante buque-tanque en las rutas Topolobampo-La Paz y Salina Cruz-La Paz; y, transporte de GLP mediante ducto en los trayectos del sistema de LPG-ductos de Pemex y de los ductos permisionados a agentes económicos privados, este voto particular no realiza ningún comentario.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

A. 145 mercados de venta de GLP a usuarios finales.

A.1. SERVICIO RELEVANTE

En primer lugar, las diversas formas en que el GLP es distribuido a los usuarios finales, así como las diferentes características de estos últimos, conforman mercados adicionales que no fueron distinguidos en la resolución. La distribución de medio mayoreo y menudeo que realizan los permisionarios de distribución a los usuarios finales (i.e., la venta de GLP a usuarios finales) se realiza a través de autotanques y camiones repartidores que descargan en:

- a) tanques de almacenaje; o,
- b) cilindros portátiles.

Los segmentos de mercado que reciben estas presentaciones son el industrial, comercial, servicios no financieros, casas habitación y estaciones de carburación para vehículos de transporte. Estas últimas pueden ser de autoabasto o de venta a terceros.¹⁰

Es fundamental destacar, además, que **el precio de venta del GLP puede variar en función del tipo de demanda de que se trate**. Es decir, los distribuidores pueden otorgar distintos descuentos sobre el precio máximo de venta fijado por el gobierno, los cuales dependerán del volumen de litros que pueden vender en una sola entrega, o bien, de la distancia que tengan que recorrer para entregar el GLP (menores costos).

Existen diversas referencias nacionales e internacionales que aluden a los diferentes tipos de demanda que existen dentro de este sector. Por ejemplo, la Agencia Internacional de Energía, en su "*World Energy Outlook*" de 2002, al analizar el sector del gas en México señala que "*Demand for gas in the residential and services sectors will increase rapidly as the gas distribution network expands, but this market remains small compared to the other sectors.*"¹¹ (énfasis añadido). De igual forma, al presentar estadísticas de 2005 sobre petróleo y sus derivados (incluyendo el GLP), la Agencia Internacional de Energía divide el consumo total final de GLP en diferentes consumidores, como se observa a continuación:

¹⁰ Schwartzman, Aarón, "Estudio Económico del Sector de la Distribución de Gas Licuado de Petróleo", Diciembre de 2005, páginas 14 y 15.

¹¹ International Energy Agency, "*World Energy Outlook 2002*", OECD/IEA, París, pág. 167.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

Oil in Mexico in 2005

	Crude Oil	Natural Gas Liquids	Refinery Feedstocks	Naphtha	Liquified Petroleum Gases	Motor Gasoline	Aviation Gasoline	Jet Kerosene	Other Kerosene	Gas/Diesel	Residual Fuel Oil
<i>Unit - 1000 tonnes</i>											
Production	175082	12123	0	967	1039	20399	2	3125	330	17157	20019
From Other Sources	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Imports	0	0	0	811	2426	9348	18	0	0	2098	1057
Exports	-100111	0	0	0	-56	-3061	0	-317	0	-194	-47
International Marine Bunkers	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-760	-106
Stock Changes	-73	0	0	0	-37	-88	0	35	-2	-205	54
Domestic Supply	74898	12123	0	1778	3372	26598	20	2843	328	18096	20977
Transfers	0	-12123	0	0	6537	2951	0	39	-39	0	0
Statistical Differences	0	0	0	-74	301	-1555	-2	-402	-35	-1310	-366
Energy Sector	0	0	0	0	190	290	0	0	0	680	1937
Distribution Losses	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total Final Consumption	0	0	0	1704	10020	27704	18	2480	254	15779	2756
Industry	0	0	0	0	795	0	0	0	19	1030	2672
Transport	0	0	0	0	1354	27704	18	2480	0	12487	84
Residential	0	0	0	0	6333	0	0	0	235	0	0
Commercial and Public Services	0	0	0	0	1337	0	0	0	0	88	0
Agriculture / Forestry	0	0	0	0	187	0	0	0	0	2174	0
Fishing	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Other Non-Specified	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Non-Energy Use	0	0	0	1704	14	0	0	0	0	0	0
of which Petrochemical Feedstocks	0	0	0	1704	14	0	0	0	0	0	0

FUENTE: http://www.ica.org/Textbase/stats/oildata.asp?COUNTRY_CODE=MX

Lo anterior, además, es reconocido por diversos agentes económicos involucrados, quienes en sus manifestaciones respecto al Dictamen Preliminar, ofrecieron los siguientes elementos de convicción respecto a los diferentes tipos de consumidores que existen dentro de la venta de GLP a los usuarios finales:

- GAS NIETO manifestó que “Existen diferentes mercados que no pueden tener un trato igualitario; tal es el caso del gas L.P. que se entrega al usuario final en



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

recipientes portátiles a través de comisionistas, transportistas o cualquier otra intermediación. El gas doméstico estacionario y el comercial o el industrial. Se trata indudablemente de mercados diferentes y no podría por lo mismo fijarse un control de precios genérico.” (énfasis añadido)

- BELLO GAS y OTROS conceden la existencia de diferentes consumidores, al afirmar que la información del Dictamen Preliminar “... *excluye a los clientes a quienes regularmente se otorgan los descuentos más grandes, que son los usuarios comerciales e industriales.*” (énfasis añadido)

El economista Aarón Schwartzman, ha señalado que las distancias máximas que viajan los equipos de autotransporte para distribuir el GLP al usuario final varían en función del tipo de presentación y segmento de mercado. “*En el caso de la presentación portátil, estacionario e industrial, el radio de acción máximo para la mayoría de las plantas [de distribución o permisionarios] es menor a los 100 kilómetros, siendo la más frecuente menor a los 60 kilómetros.*”¹² Además, también ha referido a la diferencia que existe en la densidad de ventas de GLP en función de si se trata de la presentación portátil o estacionaria.¹³

A pesar de las razones descritas, el numeral 48 de la resolución considera que los agentes económicos involucrados no aportaron elementos o razonamientos que apoyen la recomendación de que se segmente el servicio de venta de GLP a usuarios finales. Sin embargo, en mi opinión, tanto el razonamiento substancial como la práctica comercial utilizada por los agentes económicos son claros, y debieran bastar para que la Comisión las tomara en cuenta, sin que exigiera mayor amplitud o abundancia. Es relevante conocer que el propio cuestionario que la Comisión diseñó para requerir información a los agentes económicos -al solicitar las ventas por planta de distribución- segmenta el servicio de venta de GLP a usuarios finales en los servicios de: i) ventas residenciales; ii) ventas por mayoreo industrial, comercial, y de servicios; y, iii) ventas estaciones de carburación.

No pasa desapercibido que el numeral 48 de la resolución pretende justificar su determinación del mercado de venta de GLP a usuarios finales como el servicio relevante en base a que “*la sustituibilidad por el lado de la demanda y principalmente por el lado de la oferta... permite considerar los distintos segmentos de servicios de venta de GLP a usuarios finales... dentro de este concepto de servicio relevante.*” Sin embargo, la resolución pasa por alto que dicha sustituibilidad no era el único criterio que debió tomar en cuenta para determinar si el mercado de venta de GLP a usuarios finales podía o no dividirse a su vez en otros mercados que debieron ser analizados.

¹² Schwartzman, Aarón, “*Estudio Económico del Sector de la Distribución de Gas Licuado de Petróleo*”, Diciembre de 2005, páginas 16 y 17.

¹³ *Ibíd.*, páginas 58 a 61.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

Por ejemplo, y utilizando el mismo caso que se describió anteriormente en el tema de competencia efectiva, en la venta de GLP a usuarios finales industriales o comerciales (restaurantes, hoteles o tiendas de autoservicio), es viable para el distribuidor diferenciar precios, inclusive en presencia de precios oficiales. El distribuidor puede vender al usuario industrial o comercial a un precio más barato que el oficial una pipa que sólo requerirá recorrer una sola ruta y, por otro lado, puede vender más caro (con el “techo” del precio oficial) a varios usuarios finales residenciales, al tener que recorrer varias veces la misma ruta. **Por lo tanto, su mercado de venta -para el mismo producto- es distinto. Más aún, los propios usuarios finales -industriales o comerciales- debido a los altos volúmenes de compra, pueden tener la capacidad de presionar u obligar al distribuidor a que les venda más barato que el precio oficial o, de lo contrario, le comprarán a otro distribuidor que esté dispuesto a hacerles descuentos.**

Al respecto, Aarón Schwartzman señala que *“... la competencia por estos clientes [usuarios industriales] es muy fuerte en muchas regiones del país lo que ocasiona que éstos tengan múltiples opciones y puedan solicitar descuentos mayores. No se solicitó en el cuestionario el monto de los descuentos, ni tampoco si son selectivos y/o depredatorios pero sabemos que han sido mayores a los que se plantea en el modelo financiero...”*¹⁴ (Énfasis añadido)

Inclusive, en el documento referido se indica *“se nos ha comentado que el descuento a los grandes consumidores puede llegar a niveles cercanos al 15% del precio máximo autorizado... Una vez que inicia el descuento, éste se disemina rápidamente por todo el mercado siendo imposible eliminarlo. Esta situación que beneficia a los grandes usuarios acaba perjudicando las inversiones en plantas y más aún termina afectando a los usuarios de bajo volumen, ya que son los que se ven afectados con el incremento de margen que se solicita a las autoridades.”*¹⁵ (Énfasis añadido).

Es de señalarse que, en los Estados Unidos de América, se usa el término “*Mercado de Discriminación de Precios*” para este tipo de mercados en los que encontramos el mismo producto relevante con consumidores distintos; un ejemplo es el mercado de venta de productos que se destinan a tiendas departamentales frente a ventas a gobierno (*Ansell Inc. v. Schmid Laboratories*)¹⁶.

¹⁴ Schwartzman, Aarón, Op. cit, página 31.

¹⁵ *Ibid.*, página 62.

¹⁶ Gavil A., Kovacic W. and Baker J. “*Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*”, p. 479-481. *Horizontal Merger Guidelines*. US DOJ and FTC. 1.12. “*Product Market Definition in the Presence of Price Discrimination. The analysis of product market definition to this point has assumed that price discrimination –charging different buyers different prices for the same product, for example– would not be profitable for a hypothetical monopolist. A different analysis applies where price discrimination would be profitable for a hypothetical monopolist.*”



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

En virtud de lo anterior, estimo que el servicio relevante identificado por la resolución, i.e., la venta de GLP a usuarios finales, se encuentra incorrectamente determinado. Como se ha señalado, la venta de GLP a usuarios finales no se realiza a partir de un método único. Los distribuidores pueden vender el GLP descargándolo en tanques portátiles y/o de almacenamiento, y en cantidades que varían dependiendo del tamaño, las características y la ubicación geográfica de los usuarios finales, con lo que pueden –o no– otorgar descuentos sobre el precio oficial fijado por el Ejecutivo.

Con ello, me parece que la Comisión omitió realizar un estudio de las diferencias que existen entre los diferentes mercados, y pretende aplicar su análisis a *tabla rasa*, siendo que no tiene elementos para declarar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en la venta de GLP cuando menos a usuarios finales que sean grandes consumidores tales como hoteles, restaurantes, tiendas de autoservicio, o similares.

A.1.1. SUSTITUCIÓN

Resulta importante destacar que la resolución, en su numeral 144, reconoce la existencia de sustitutos en la venta de GLP a usuarios finales. “La venta de GLP a usuarios finales por permisionarios de planta de almacenamiento y ductos para distribución y estaciones de GLP para carburación tiene como posibles sustitutos: i) la venta de GN a usuarios finales por permisionarios de distribución de este combustible; ii) la venta final de otros hidrocarburos por los distribuidores de los mismos, entre los cuales se incluyen las gasolineras y, iii) el servicio público de electricidad. La sustitución varía según el uso de que se trate (residencial, servicios e industrial). Todo esto dentro de los límites y posibilidades señalados en los numerales 132 a 142 de esta resolución.”

Estimo que el Gas Natural (GN), en las zonas en las que está disponible, es un sustituto del GLP, debido a que el consumidor con una inversión relativamente menor puede sustituir el uso de GLP por el de GN. No obstante, y como se discutirá más adelante, al calcular los índices en las zonas donde hay permisionarios de GN, la resolución se olvidó de tomar en cuenta dicha participación.

A.2. DIMENSIÓN GEOGRÁFICA

Existing buyers sometimes will differ significantly in their likelihood of switching to other products in response to a “small but significant and non-transitory” price increase. If a hypothetical monopolist can identify and price differently to those buyers (“targeted buyers”) who would not defeat the targeted price increase by substituting to other products in response to a “small but significant and non-transitory” price increase for the relevant product, and if other buyers likely would not purchase that relevant product and resell to targeted buyers, the a hypothetical monopolist would profitably impose a discriminatory increase on sales to targeted buyers. This is true regardless of whether a general increase in price would cause such significant substitution that the price increase would not be profitable. The Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a “small but significant and non-transitory” increase in price.”



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

La resolución determina las 145 regiones utilizando únicamente como referencia el Acuerdo publicado en el DOF por la SE, el cual se basa, a su vez, en la fórmula utilizada por PEMEX para establecer los costos de transporte de GLP entre los centros embarcadores y las plantas de distribución. **No se realiza ningún otro análisis. No fueron considerados los costos de los distribuidores de GLP en la región que les corresponde conforme al Acuerdo de la SE, así como tampoco los diferentes tipos de usuarios finales que existen y sus diferentes patrones de consumo. Tampoco se evaluó la ubicación real de las plantas de distribución y si los distribuidores venden en un región de precios adicional a la en que se encuentra su planta de distribución.**

Si bien la resolución reconoce que *“La dimensión geográfica de los mercados de venta de GLP a usuarios finales está estrechamente relacionada con la logística de transporte y almacenamiento, la ubicación de los centros de consumo, los precios de venta de Pemex, la capacidad de las plantas de almacenamiento, la cobertura de las unidades o ductos de distribución y los precios de venta al usuario final.”*¹⁷, no realiza un análisis detallado de cada uno de los elementos citados.

En el periodo de investigación la Comisión emitió un requerimiento de documentación e información a los agentes económicos involucrados solicitando que presentaran información sobre las ventas de GLP a usuarios finales distribución por cada planta de distribución del permisionario. Concretamente, la pregunta 15 del cuestionario solicitaba proporcionar:

“15. Ventas anuales de gas LP a usuarios finales, por cada planta de distribución, para los años 2001, 2003, 2004, 2005 y 2006, de acuerdo con el formato incluido en los archivos F_Distrib_ViasGLP_Excel_2001-2005 y G_Distrib_ViasGLP_Excel_2006 que se encuentran en el disco magnético anexo (ver instrucciones para el llenado del formato en el propio archivo).”

A su vez, las instrucciones para el llenado del formato indicaban lo siguiente:

“VENTAS ANUALES POR PLANTA DE DISTRIBUCION, 2001 a 2005

No. permiso: _____ Ubicación de la Planta (municipio y estado): _____

Instructivo:

1. Este formato se debe repetir por cada planta de distribución permisionada (registrar solamente las ventas de una planta por formato)

2. El número de región de precios debe ser el que corresponda, según el Acuerdo por el que se modifica (...) que determina el precio máximo para el gas licuado de petróleo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 2001

3. Indicar el número de Región de Precios de que se trate, en el bloque marcado con amarillo

¹⁷ Numeral 151, página 98.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

4. Proporcionar las ventas anuales (en volumen y valor) para cada una de las regiones de precios relacionadas.”

De lo anterior puede desprenderse que la CFC en el cuestionario **no solicitó** claramente a los agentes económicos involucrados que le informaran **en qué regiones de precios venden, lo que se solicitó es que dijeran cuanto vende cada una de sus plantas**. La pregunta solamente estaba dirigida a conocer la participación de los distribuidores por región, partiendo erróneamente del supuesto de que el distribuidor únicamente vende en aquella región de precios en donde está ubicada su planta de distribución. Aún así, la resolución concluye lo siguiente:

“158. La información cuantitativa proporcionada por los permisionarios de distribución en el presente expediente indica que las plantas de distribución dirigen su oferta fundamentalmente a una sola región de precios máximos, principalmente a la región donde se ubican. En otras palabras, la participación de la planta de un permisionario en otras regiones es generalmente marginal, según la información cuantitativa aportada por los distribuidores requeridos en este procedimiento.”
(Énfasis añadido)

En efecto, la información cuantitativa proporcionada por los distribuidores indica el volumen de ventas de los distribuidores en la región donde se encuentra ubicada su planta de distribución. No podría ser de otra manera, ya que eso fue lo que la Comisión les preguntó. Los distribuidores no tendrían por qué proporcionar información que indicara que venden en regiones de precios distintas, simple y sencillamente porque eso no fue lo que se les preguntó con claridad. Además, no tendrían incentivos o razones para hacer lo contrario, sobre todo si al presentar dicha información pudiera demostrarse la existencia de arbitrajes entre regiones.

“... Cabe advertir que en sus respuestas a los requerimientos de información de esta Comisión, diversos distribuidores se refirieron a la competencia de plantas de distribución establecidas en otras regiones de precios máximos, sin aportar mayores elementos. En la gran mayoría de los casos estos dichos no son congruentes con la información cuantitativa sobre las ventas por región(es) aportadas por la propia industria. Cabe señalar que los casos de ventas interregionales de GLP a usuarios finales (es decir, de plantas ubicadas en una región a usuarios ubicados otra u otras regiones) son mínimos. Estos flujos interregionales fueron tomados en cuenta en los mercados relevantes de GLP a usuarios finales.”

159. ...

En cualquier caso, las transferencias entre plantas no significan cambios en la cobertura de las plantas de distribución, ni modifican el número de competidores que concurren por región.” (Énfasis añadido)

La resolución omite señalar cuántos distribuidores hicieron referencia a la competencia de plantas de distribución establecidas en otras regiones de precios, y tampoco acredita cómo



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

es que en la gran mayoría de los casos las afirmaciones de los distribuidores no son congruentes con la información que ellos mismos entregaron. De igual forma, la resolución no explica cómo fue que se tomaron en cuenta los flujos interregionales en el mercado relevante de venta de GLP a usuarios finales y, sin embargo, concluye que las transferencias entre plantas no significan cambios en la cobertura de las plantas de distribución, ni modifican el número de competidores que concurren por región.

Considero que la afirmación anterior es imprecisa. La resolución trata de enmendar la omisión en que incurrió la Comisión durante su investigación, al pretender interpretar que lo que en realidad solicitó en la pregunta 15 del cuestionario fue que los distribuidores proporcionaran las ventas dentro y/o fuera de la región de precios donde se ubican sus plantas. Si la pregunta hubiese sido puntual, clara y directa, no habría existido necesidad de explicarla aquí.

Ahora bien, la resolución simplemente “asocia” los supuestos 145 mercados relevantes de venta de GLP a usuarios finales con las regiones de precios que la SE definió. En el numeral 161 se señalan argumentos para llevar a cabo esa “asociación”; todos estos argumentos se basan en una metodología que es diseñada por PEMEX para maximizar sus recursos y minimizar sus costos. Es importante señalar que PEMEX reconoce en documentos -que obran en el expediente- que el proyecto de regionalización que contempla las 145 zonas de precios “tomó en cuenta el precio de venta de primera mano y los fletes a las plantas de distribución”.¹⁸ Entonces, aparentemente lo que se toma en cuenta para definir las regiones son los fletes de PEMEX a las plantas de distribución, no así los fletes de las plantas de distribución de los agentes económicos a los usuarios finales, es decir no se miden expresamente los costos de distribuir a los consumidores finales, sino los costos de PEMEX para distribuir el GLP a los distribuidores. Lo anterior entonces no concuerda con lo dispuesto por el artículo 12, fracción II de la LFCE.

Finalmente, coincido con la doctrina económica y la práctica que considera que para conocer el mercado geográfico mínimo se requiere preguntar qué pasaría si los precios fueran apreciablemente elevados o el volumen apreciablemente limitado para el producto en una determinada área geográfica, mientras que la demanda permanece constante, y si se esperaría que una oferta proveniente de otras fuentes entraría con la rapidez y en la cantidad suficiente para establecer el antiguo precio o volumen. Si la potencial oferta ingresara con la rapidez suficiente desde otras áreas geográficas, entonces el mercado definido no es suficientemente amplio en términos geográficos.

El mercado, entonces, es el mercado más reducido que sea el suficientemente amplio para que los productos de áreas adyacentes puedan competir con paridad en el mercado. El

¹⁸ Oficio SGLPB-03-104-2008, de PEMEX GAS Y PETROQUIMICA, Subdirección de Gas Licuado y Petroquímicos Básicos; fechado el 12 de marzo de 2008 y presentado ante la CFC el día 13 de marzo de 2008.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

ejercicio para determinar este mercado relevante de venta de GLP a usuarios finales ciertamente era mucho más complicado que tomar las regiones definidas por la SE y aplicarlas sin razonamientos suficientes. **El ejercicio implicaba analizar la localización de todas las plantas de cada uno de los agentes económicos, medir sus costos de transporte por kilómetro, analizar la cercanía con las plantas de sus competidores, medir la capacidad de las plantas de gas, medir la densidad de población, los caminos y rutas a disposición, hacer la distinción por mercado (grandes consumidores y residencial) así como por presentación cilindros o gas estacionario y tener claramente definidas las ventas que realizan cada una de las plantas y donde se realizan dichas ventas. Asimismo, se requería analizar la “rotación” de los clientes, pues así se podría conocer el nivel de competencia en las zonas analizadas.**

Lo anterior, además se tendría que haber realizado en el contexto de una regulación de precios ya existente que impide necesariamente conocer a cabalidad la realidad del mercado. ¿Cómo saber con exactitud los descuentos a grandes consumidores?, ¿Cómo poder tener certeza respecto a los precios de mercado ante una potencial desregulación de precios oficiales? Es de reconocer que la tarea no era fácil para la CFC y que, dados los plazos establecidos en el artículo 33 bis, reunir la información y analizarla resultaba sumamente complicado. No obstante, esa era la difícil labor que la Comisión debía realizar para cumplir con los criterios establecidos en la LFCE.

A.3. PODER SUSTANCIAL DE MERCADO

Para la determinación de existencia y poder de los competidores, el numeral 191 de la resolución establece que *“Se estima que en la distribución de GLP participan 818 empresas con operaciones comerciales; es decir, con ventas a los usuarios finales de este combustible”*. Sin embargo, la resolución concluye en el numeral 193 que solamente 451 de las citadas 818 empresas *“representan la parte sustancial de los participantes en los mercados relevantes de distribución de GLP”* y, además, que *“los demás oferentes de GLP a usuarios finales son sus clientes”*. Para llegar a esta conclusión, la resolución únicamente se basa en el hecho de que las 451 empresas citadas adquieren directamente el GLP de PGPB y que, con ello, participan en la totalidad de la oferta, ya sea como proveedores a otros permisionarios o como oferentes a usuarios finales.

Posteriormente, la resolución identifica la existencia de 42 grupos de interés económico, mismos que integran 262 empresas de distribución mediante planta de almacenamiento o ducto. Además de dichas empresas, la resolución detecta 269 agentes económicos independientes. Asimismo, de acuerdo con la resolución, en la determinación de los 145 mercados relevantes de venta de GLP a usuarios finales, se consideraron los grupos de interés económico y las empresas independientes, así como que también se calcularon los grados de concentración para cada mercado en términos del índice de concentración HH. El resultado de las estimaciones fue presentado en el Anexo 3 de la resolución.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

De acuerdo con las estimaciones citadas, la resolución manifiesta que los mercados relevantes correspondientes a las regiones 4, 33, 34, 35, 39, 42, 46, 92, 102, 104, 105 y 114 registran índices de concentración HH menores a 2,000 puntos; y que en todos los demás mercados relevantes se observan índices de concentración HH iguales o superiores al umbral mencionado. Con base en estos resultados, el inciso G del apartado de **CONCLUSIONES** de la resolución establece:

“G. El elevado grado de concentración observado en diversos mercados relevantes de ventas de GLP a usuarios finales, aunado a la existencia de diversas barreras a la entrada, limitan la competencia en dichos mercados. Los mercados relevantes con índices de concentración HH superiores a 2,500 puntos presentan los mayores riesgos a la competencia.” (Énfasis añadido)

Anteriormente, he señalado que no concuerdo con el análisis para determinar los supuestos 145 mercados relevantes, en virtud de que no tienen claro sustento. Sería imposible medir el poder sustancial sin conocer el mercado geográfico; no obstante, a continuación me referiré a la medición del poder sustancial suponiendo –sin conceder– que fuera válida la regionalización planteada por la resolución.

La determinación de que la simple aplicación de los índices de concentración HH da como resultado el conocimiento científico respecto a en qué mercados existen o no condiciones de competencia efectiva, es carente de sustento jurídico. Un alto índice de concentración es un indicador **de la probabilidad** de que exista un poder sustancial, pero **no es condición suficiente**. Los índices de concentración se calculan a partir de las participaciones de los agentes económicos en el mercado relevante; es decir, no toman en cuenta otra información necesaria para determinar el grado de competencia. De esta característica deriva su principal virtud, pero también su principal deficiencia. Proveen de un indicador cuantitativo bien definido, pero ignoran otras circunstancias sobre las condiciones del mercado. De ahí que sean considerados solamente como auxiliares, aunque importantes, en el análisis de la existencia de poder sustancial en el mercado relevante.¹⁹

Por ello, necesariamente, se debieron analizar las demás cuestiones señaladas en la LFCE y en su Reglamento, tales como barreras a la entrada, el poder de los competidores, el acceso a fuentes de insumo, el comportamiento reciente de los agentes, la capacidad de fijar precios (cuando menos en lo relativo a descuentos a grandes consumidores) y la existencia de diferenciales elevados en costos; así como los datos necesarios (densidad y tipo de consumidores, dispersión, condiciones geográficas, características de las vías de comunicación para el transporte, ubicación de los centros de distribución, mecanismos de distribución, etc.) **en cada uno de los supuestos 145 mercados relevantes identificados por la resolución, cosa que la Comisión no realizó**. Todo lo anterior permitiría realizar una evaluación correcta de las condiciones del mercado específico. De lo contrario, se

¹⁹ Pascual García Alba Iduñate, “Experiencias de una década en el análisis de competencia”, páginas 152-153.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

podría llegar a conclusiones erróneas –como es el caso– en cada uno de los mercados debido a falta de análisis adicional.

Además de no analizar de manera precisa e individual los supuestos 145 mercados relevantes identificados y las características de cada uno de los competidores que concurren en el mismo, la resolución se limita a realizar una valoración del número de competidores y su participación en el mercado comparado con el número total de empresas en la industria. Infundadamente, y sin proporcionar –nuevamente– una explicación o razonamiento al respecto, la resolución considera que en los mercados relevantes con índices de concentración HH de más de 2,500 puntos, no existen condiciones de competencia efectiva.

No pasa desapercibida la referencia contenida en la conclusión G de la resolución respecto a que, además del elevado grado de concentración, la existencia de barreras a la entrada resultan **limitantes a la competencia** en diversos mercados relevantes de ventas de GLP al usuario final. Precisamente, con base en dicha conclusión estimo que existen diversos errores e imprecisiones fundamentales en la resolución. En términos generales, la resolución falla al no poder determinar –utilizando los criterios previstos en los artículos 12 y 13 de la LFCE– la presencia de un agente económico con poder sustancial que pueda unilateralmente fijar los precios o restringir el abasto **en cada uno de los supuestos mercados relevantes donde declara la inexistencia de condiciones de competencia efectiva**. Asimismo, la resolución falla pues se limita a hacer un análisis de concentración de mercados, sin realizar un análisis de competencia que le permita motivar adecuadamente la determinación, tomando en cuenta las razones particulares y circunstancias especiales que le lleven a concluir que no existen condiciones de competencia efectiva en los supuestos mercados relevantes definidos.

La conclusión G de la resolución **arbitrariamente modifica el umbral de 2,000 puntos a 2,500 puntos, en franca contradicción con los criterios publicados por la Comisión** en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, “DOF”) el 24 de julio de 1998²⁰. Cabe resaltar que diversos agentes económicos manifestaron su oposición a que el Dictamen Preliminar modificara el umbral para medir los índices de concentración. De acuerdo con dichos agentes económicos, el umbral de 2,500 puntos *“contradice la resolución por la que la Comisión dio a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar la concentración que existe en el mercado relevante y los criterios para su aplicación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 1998.”*²¹

Sin embargo, la resolución estima que los agentes económicos involucrados *“... pierden de vista que el nivel de HH de 2,500 puntos, considerado en el DP como indicador de*

²⁰ “Resolución por la que la Comisión dio a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar la concentración que existe en el mercado relevante y los criterios para su aplicación” (en adelante, “la resolución de la Comisión”).

²¹ Numeral 60.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

*posibilidades de riesgo al proceso de competencia, es congruente con la resolución de la Comisión...*²² Como único razonamiento para sostener que el umbral fijado de 2,500 es congruente con la resolución de la Comisión, se señala que *“el DP toma el índice HH como un indicador de la estructura del mercado.”*²³ Más adelante, la resolución, en respuesta a una manifestación puntual sobre el Dictamen Preliminar, se limita a reiterar que *“La referencia de un índice HH de 2,500 puntos en el presente procedimiento no es incongruente con la metodología establecida por el Pleno de la Comisión en su resolución de julio mil novecientos noventa y ocho.”*²⁴ No obstante, **no funda ni motiva en ningún momento las razones que tuvo para modificar el umbral en 2,500 puntos.**

Analicemos algunos casos concretos, para dimensionar las consecuencias de fijar el umbral del índice HH en 2,500 puntos y tomar a este criterio como el único relevante para determinar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en un mercado relevante determinado. Tomemos la región 14 de Sonora que incluye a la ciudad de Hermosillo. En esa región, según el anexo 3, concurren cinco agentes económicos, con participaciones de mercado de 39%, 33%, 11%, 9% y 8% respectivamente. El índice HH nos da 2,862, no es evidente que exista en esa zona un agente que tenga la capacidad de unilateralmente poder fijar precios o restringir el abasto, sin que sus competidores puedan, actual o potencialmente contrarrestar dicho poder. En este caso, tampoco sería evidente que es posible un efecto Cournot. La resolución no da más elementos para considerar que no hay condiciones de competencia efectiva en Hermosillo y las localidades que cubre la región, simplemente no hay razones particulares ni circunstancias especiales o causas inmediatas que se señalen en la resolución y que se hayan tenido en consideración para tomar una decisión tan trascendente en ese supuesto mercado relevante.

Veamos otro caso, en la región 25, misma que incluye a la ciudad de Chihuahua, Chihuahua. En esa región se localizan cuatro competidores con 30%, 24%, 21% y 25% de participación cada uno. El índice HH es de 2,542, es decir 42 puntos arriba del arbitrario umbral de 2,500 puntos. En este caso tampoco es claro que un competidor tenga poder sustancial de mercado. Aún más, en ese mercado participa un proveedor de GN y según la resolución -si se le tomará en cuenta- el índice se reduciría a 2,046 HH, es decir abajo del arbitrario umbral. No obstante, aún en este caso extremo, la resolución decide que en Chihuahua no hay condiciones de competencia efectiva.

En la región 59 de San Luis Potosí, encontramos diez participantes, con 42%, 24%, 10%, 8%, 5%, 3%, 5%, 1%, 0.3%, y 3% de participación respectivamente. El índice HH es de 2,535 puntos. Sin mayor análisis respecto de las características de la zona, sin señalar

²² Ídem.

²³ Ídem.

²⁴ Numeral 75, inciso a)). Dicho inciso plantea la siguiente manifestación realizada por un agente económico: *“El índice de concentración HH es de 2,000 puntos, y modifica el umbral a 2,500 puntos, cuando la Comisión en su resolución de julio de 1998 determinó los parámetros del índice de Herfindahl ... indicativos del grado de concentración.”* (énfasis añadido)



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

donde están las plantas de los diez participantes y ponderar las respuestas ante sus respectivas reacciones, la resolución determina que en esta zona no existen condiciones de competencia efectiva.

En la región 71 de Michoacán, se registran cinco competidores con 31%, 25%, 20%, 16% y 9% del mercado, el índice HH marca 2,271 puntos. En esa región la resolución dice que si hay condiciones de competencia efectiva, a pesar de que se superan los 2,000 puntos que son tradicionalmente la referencia para llevar a cabo un análisis más profundo del mercado. No obstante, en la vecina región 75, también de Michoacán, se registran cuatro competidores con 30%, 24%, 20% y 27% de participación, el índice señala 2,562 puntos. En este último mercado se dice que no hay condiciones de competencia efectiva. Podemos suponer que estos dos mercados son muy parecidos, inclusive coinciden tres agentes económicos en los mismos, siendo que en la región 75 participa un agente económico de los denominados "independientes". A pesar de las evidentes similitudes -aparentemente sólo con base en los índices y en conclusiones generales que pudieran o no ser aplicables a estos dos mercados relevantes- la resolución señala que hay condiciones de competencia efectiva en la región 71 y no en la región 75 de Michoacán.

De estos ejemplos podemos concluir que efectivamente no es suficiente que el índice HH supere el arbitrario umbral de 2,500 puntos para declarar que no hay condiciones de competencia efectiva, se requería un análisis particular por cada mercado que fuera más profundo y que reflejara la realidad. Los ejemplos anteriores son claros para demostrar las carencias del análisis realizado y las consecuencias de usar estos instrumentos de la ciencia económica sin una mayor reflexión. Los mercados mexicanos son muy complejos y también son dinámicos; asimismo, el mercado de venta a usuarios finales de GLP en nuestro país esta lleno de distorsiones regulatorias creadas por el gobierno a través de la historia, llegar a conclusiones que realmente resuelvan algo implica un esfuerzo muy importante. Samuel Ramos decía que sobre los mexicanos pesa la *"responsabilidad de substraerse...del torbellino de la vida para explorar ésta o aquella región de la realidad mexicana. Grandes porciones...son perfectamente desconocidas...las tareas...deben reducirse a estas dos fundamentales: 1. Cómo es realmente tal o cual aspecto de la existencia mexicana, y 2. Cómo debe ser, de acuerdo con sus posibilidades reales"*²⁵. Mientras carezcamos de ese conocimiento de la realidad caeremos en la tentación de aplicar ideas extrañas que posiblemente vendrán a crear problemas más graves de los que es preciso resolver.

Para finalizar este apartado, conviene señalar que al analizar los índices de concentración en los supuestos 145 mercados relevantes tomando en consideración la sustitución determinada con el Gas Natural, la resolución indica lo siguiente.

²⁵ Ramos Samuel, *"El Perfil del Hombre y la Cultura en México"*, Espasa Calpe Mexicana, Colección Austral, México, D.F., p.136



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

“200. Los índices HH de los mercados relevantes se fundan exclusivamente en las participaciones de mercado de las empresas distribuidoras de GLP. En el caso de los mercados relevantes de GLP que coinciden con las ZDG, se toma en cuenta que la posible sustitución entre los dos combustibles no se efectuará en toda la extensión geográfica de los mercados relevantes de GLP coincidentes con las ZDG; en otras palabras, los distribuidores de GN sólo podrían afectar a los distribuidores de GLP en las áreas que cubren sus redes de ductos (véase Anexo 4). Asimismo se consideran las limitaciones en la sustitución entre GLP y GN, según los distintos usos señalados en los numerales 130 a 134.”

En este sentido, al revisar el Cuadro 7 que se incluye más adelante en la resolución, puede identificarse que los índices de concentración correspondientes a las regiones 11 (Cananea, Son.), 25 (Chihuahua, Chih.), y 93 (Toluca, Edo. de Méx.), se encontrarían por debajo del arbitrario umbral de los 2,500 puntos. De esta manera, cuando menos para ser congruente con su análisis, el segundo resolutivo de la resolución debería haberse modificado para determinar que en las tres regiones antes señaladas existen condiciones de competencia efectiva.

A.3.1. BARRERAS A LA ENTRADA

Respecto al Dictamen Preliminar, diversos agentes económicos ofrecieron los siguientes elementos de convicción en relación con las barreras a la entrada que existen dentro de la venta de GLP a usuarios finales:

“TOMZA “En el análisis de barreras a la entrada, habría que añadir que el dictamen es descriptivo; no identifica las barreras a la entrada para las 145 mercados relevantes del gas LP a usuarios finales.”

BELLO GAS “... omite señalar que el gran número de empresas existentes es prueba de que cualesquiera barreras que se hayan identificado no son suficientemente fuertes para impedir o desincentivar la entrada... En los numerales 128 a 131, donde se examinan las barreras a la entrada, la comisión no concluye sobre el efecto de las mismas sobre la competencia en el mercado, no obstante omite señalar que el gran número de empresas existentes es prueba de que cualesquiera barreras que se haya identificado no son suficientemente fuertes para impedir o desincentivar la entrada. Más aún omite considerar los efectos del anteproyecto de inminente publicación, pues que con él se eliminaría la principal barrera que provoca la regionalización del mercado.

ASOCIMEX “En el apartado de acceso a fuentes de insumos, la comisión concluye que las empresas o grupos identificados que adquirieron el 90% del gas lp, integran verticalmente el transporte y la distribución lo que se traduce en ventajas frente al resto de los competidores. Ahora bien, en el apartado sobre la supuesta existencia de barreras a la entrada, la comisión interpreta esta integración, a la par que otros aspectos de la logística de servicio (rutas, conocimiento del mercado, etc.), decidiendo que todo esto constituye una barrera a la entrada de nuevos participantes. En su parte final la comisión concluye tajantemente que es efectivamente una barrera a la entrada. Mi representada manifiesta que la integración es un aspecto consustancial en el mercado y en general, es un proceso pro competitivo que genera eficiencias. No hay ningún fundamento para establecer que un agente necesariamente debe depender de un tercero transportista, para que existan condiciones de competencia.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

La comisión con sus propios datos, puede confirmar que este es efectivamente el caso, es decir, los agentes pueden incursionar en una u otra región pues los requisitos legales para que esto suceda no son barreras infranqueables.” (Énfasis añadido)

Como única respuesta a las consideraciones anteriores, la resolución señala en su numeral 72 que “... *la prueba referida es notoriamente débil, ya que simplemente ignora que en los mercados relevantes con índices de concentración HH de más de 2,500 puntos se presentan principalmente estas situaciones: i) existen cuatro o menos competidores o, ii) se ha mantenido, acrecentado o ha disminuido insuficientemente la presencia del permisionario o permisionarios con mayores participaciones de mercado; en algunos casos gracias a la adquisición de algunas empresas pequeñas o por establecimiento de nuevas empresas permisionadas que pertenecen a tales agentes económicos. Más aún, la información contenida en el presente expediente señala que en las regiones donde existen nuevos entrantes, éstos se limitan generalmente a los grupos de interés económico establecidos en el país, que ya cuentan con escala, financiamiento, infraestructura y equipo.”*

Además de que ya ha sido señalada la infundada e inmotivada determinación sobre la fijación del umbral de los índices de concentración en 2,500 puntos, así como la referencia a la presencia de cuatro o menos competidores, la resolución pretende justificar como una barrera a la entrada el hecho de que los nuevos entrantes no sean agentes económicos independientes y, por el contrario, pertenezcan a un grupo de interés económico, lo cual en mi opinión no tiene sustento.

Asimismo, la referencia transcrita resulta carente de motivación pues no señala cómo, cuándo y dónde se observaron los referidos nuevos entrantes, situación que podría ser relevante para considerar las condiciones de competencia efectiva en los mercados donde se hubieran identificado nuevos agentes económicos. De la misma forma, la aseveración debe analizarse en conjunto con el inciso A del numeral VII “Conclusiones”, que señala que sólo se toman en cuenta para esta resolución la información de los mercados para el año 2006; lo anterior, en razón de que medir el impacto en los mercados respecto a nuevos entrantes con la información de un solo año puede no reflejar el dinamismo de los mercados específicos, es decir, puede ser que en un año existan pocos nuevos entrantes, pero en otros años pudiera haberse dado un movimiento mayor de salidas y entradas de agentes económicos.

La resolución olvida también considerar que ha identificado la existencia de al menos 42 grupos de interés económico, así como de al menos 269 agentes económicos independientes. Precisamente, la existencia de dicho número de grupos o agentes demuestra el ingreso de nuevos participantes a nuevos mercados. Más aún, si consideramos que las posibilidades económicas que tienen los agentes económicos involucrados para participar y competir en una determinada región son reales. Inclusive, el hecho de que esos participantes cuenten con escala, financiamiento, infraestructura y equipo, les permite



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

entrar a competir por los consumidores en mejores condiciones de calidad, oportunidad y servicio, y serán dichos consumidores los que se verán directamente beneficiados por la entrada de esas empresas.

Además de las consideraciones anteriores, los numerales 218 a 221 de la resolución no señalan ninguna otra barrera a la entrada que tenga una importancia sustancial tal que, unida a “los elevados índices de concentración”, constituyan limitantes a la competencia en cada uno de los mercados relevantes donde declara la inexistencia de condiciones de competencia efectiva. Es de señalarse también que las supuestas barreras a la entrada identificadas resultan ser tan generales que no es posible analizar con claridad su impacto en cada uno de los 145 supuestos mercados identificados.

A pesar de lo anterior, la conclusión H de la resolución determina lo siguiente:

“H. En los mercados relevantes de venta de GLP a usuarios finales, se presentan generalmente las siguientes barreras a la entrada:

a) La integración vertical entre el transporte y la distribución que caracteriza a diversos grupos de interés económico, así como a otras empresas independientes, implica ventajas en logística y costos que son difíciles de igualar para empresas que deben buscar la contratación del transporte mediante terceros. Cabe reiterar que el 90% de las ventas de Pemex corresponde a permisionarios que integran verticalmente las dos actividades citadas.

b) . Las empresas establecidas cuentan con rutas y el conocimiento de las necesidades de los usuarios en volumen y oportunidad. El costo, tanto en recursos como en tiempo, de establecer y desarrollar estos sistemas, junto con los requerimientos de infraestructura y el conocimiento del mercado, constituyen barreras a la entrada de nuevos participantes a los mercados relevantes de venta de GLP usuarios finales.

c) ...

d) El tamaño de los mercados relevantes correspondientes a centros de población pequeños y alejados o con consumos inferiores a la media nacional propician una mayor concentración y la participación de un número reducido de agentes económicos, lo que dificulta el proceso de competencia.

e) La aplicación de medidas reglamentarias y administrativas al uso de suelo, mediante criterios y procesos, en ocasiones, poco transparentes y discrecionales dificulta la entrada de nuevos competidores y, consecuentemente, la desconcentración de los mercados.”

Nuevamente, la resolución presenta las conclusiones anteriores sin ofrecer ninguna explicación o justificación que permita demostrar cuál fue el análisis que llevo a cabo, cuáles fueron las fuentes de donde obtuvo la información, y que metodología utilizó para afirmar las determinaciones aludidas.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

Por ejemplo, en el numeral 75 inciso c) de la resolución consta la siguiente manifestación formulada por un agente económico respecto a una afirmación realizada por la Comisión en el Dictamen Preliminar:

“c) “La afirmación de que las autoridades reguladoras del uso de suelo aplican procedimientos discrecionales es una apreciación subjetiva de la autoridad. Efectivamente, mientras no se demuestre lo contrario, las autoridades actúan con una presunción de legalidad, como se desprende analógicamente del art. 70 del Código Fiscal de la Federación. De lo anterior, no puede presumirse una actuación ilegal de las autoridades municipales de uso de suelo. La Comisión razona sobre ese particular en base a meras inferencias”.”

Como única respuesta al planteamiento anterior, la resolución señala que *“Existen elementos en los archivos de esta Comisión que sustentan la existencia del tipo de barreras a la entrada descritos.”* Como se puede observar, lo anterior carece de todo sustento y motivación. Nuevamente no se señala en cuales municipios se dan esas conductas y cómo ese actuar afectó la decisión para determinar que existen barreras a la entrada en esa ciudad o municipio específico; una simple referencia a *“elementos en los archivos de la Comisión”* no es suficiente y me obliga a señalar mi postura contraria a la mayoría. Lo mismo es de aplicarse para el supuesto conocimiento de rutas y *“necesidades de los usuarios”* en volumen y oportunidad, pues no se señalan las razones particulares, circunstancias especiales y causas inmediatas tomadas en cuenta para considerar a esa barrera como infranqueable o tan costosa en cada uno de los mercados donde se estimó que no existían condiciones de competencia efectiva, siendo que -por lo visto- no afecta en aquellos mercados en donde se estima que si existen condiciones de competencia efectiva.

Por las manifestaciones señaladas anteriormente, debe concluirse que la resolución no realiza un análisis exhaustivo de las barreras a la entrada que pudieran existir **en cada uno de los supuestos mercados relevantes donde declara la inexistencia de condiciones de competencia efectiva**, y que, por el contrario, **realiza afirmaciones y llega a conclusiones que respetuosamente estimo carecen de una debida fundamentación y motivación.**

B. Transporte de GLP mediante auto-tanque y semirremolque en el territorio nacional.

La resolución señala, en relación al servicio relevante de transporte de GLP por medio de auto-tanque y semirremolque:

“163... existen 151 permisionarios de transporte de GLP por auto-tanque y semirremolque...”

“164... se requiere permiso otorgado por la SCT, para la operación y explotación de los servicios de autotransporte de carga... el permiso de autotransporte de carga autoriza a sus titulares a realizar el transporte de GLP “en todos los caminos de jurisdicción federal...la dimensión geográfica del servicio de transporte es nacional””



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

"166. ...el servicio de transporte de GLP por auto-tanque y semirremolque tiene una dimensión geográfica nacional..."

"225. En el servicio de transporte de GLP por auto-tanque y semirremolque participan 151 empresas, de las cuales 47 pertenecen a 41 grupos de interés económico, que también incorporan empresas distribuidoras. Entre las empresas restantes, 35 integran verticalmente las dos actividades citadas y 69 transportistas no parecen estar vinculados a permisionarios de distribución.

Las empresas o grupos integrados verticalmente disponen de 1,982 unidades de transporte con una capacidad agregada de 91.4 millones de litros. Estas cifras representan el 77% de las unidades y capacidad del parque vehicular permisionado por la SENER..."
(Énfasis añadido)

"227. ...Cabe destacar lo siguiente:

- a) El 77% del parque vehicular (véase cuadro 10), perteneciente a empresas que forman parte de grupos de interés económico o a permisionarios que integran verticalmente el transporte y la distribución, está orientado a prestar servicios a estos agentes económicos. En términos agregados, se estima que del total transportado por dicho parque vehicular, el 79% corresponde a GLP destinado a las plantas de distribución de las empresas y permisionarios citados.
- b) La competencia entre los permisionarios de transporte con mayor participación en esta actividad está subordinada a la venta de GLP a usuarios finales del grupo de interés económico al que pertenecen o de la empresa distribuidora integrada verticalmente. La única excepción registrada en este expediente corresponde a un grupo de interés económico, cuya empresa transportista rebasa ampliamente la demanda de sus distribuidoras. En razón de este elevado grado de integración vertical, las posibilidades de competencia en el mercado de transporte de GLP por auto-tanque y semirremolque están estrechamente vinculadas a las condiciones de competencia en los mercados relevantes de venta de GLP a usuarios finales."

"234. La integración vertical entre transporte y distribución que caracteriza esta industria permite que los grupos de interés económico y las empresas que presentan dicha integración puedan considerar conjuntamente sus fletes y márgenes de comercialización en sus decisiones de precios.

La capacidad para fijar precios al usuario final, dentro de los límites que impone la regulación, facilita a los agentes económicos integrados verticalmente determinar la suma de los fletes y márgenes citados, en los mercados relevantes de ventas de GLP a usuarios finales con índices HH mayores a 2,500 puntos. En estas circunstancias no cabe esperar que estas empresas compitan en los servicios que prestan a terceros para transportar GLP a las plantas de distribución ubicadas en los mercados antes citados."

"236. ...No existen problemas de indivisibilidad en la inversión requerida para el transporte de GLP por auto-tanque, semirremolque o buque-tanque..."



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

"237. ...los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento y a la tecnología... no constituyen barreras a la entrada a los mercados relevantes de servicios de transporte por auto-tanques, semirremolques..."

"238. ... La realización del transporte de GLP está sujeta a permisos previstos en el RGLP, así como a diversas autorizaciones y requisitos establecidos en otras regulaciones..."

"240. ...se requiere permiso otorgado por la SCT para la operación y explotación del servicio federal de transporte de carga. En términos del artículo 9 del mismo ordenamiento, estos permisos se conceden a mexicanos o sociedades constituidas conforme a la legislación en la materia...para obtener el permiso para prestar el servicio de autotransporte de carga especializada de materiales, residuos, remanentes y desechos peligrosos, se debe presentar el listado de productos a transportar y la documentación que especifique el material con que fueron construidos los autotanques, según se establezca en las NOM, así como póliza de seguro de daños al medio ambiente."

"243. Las barreras a la entrada mencionadas en las fracciones IV, V, VI y VII del artículo 11 del RLFCE no resultan actualmente aplicables a los mercados de transporte de GLP."

De lo arriba señalado se puede desprender que **la resolución indica que existe un mercado con dimensiones nacionales y que en él participan 151 empresas (47 de las cuales pertenecen a su vez a 41 grupos de interés económico)**, que también incorporan empresas distribuidoras. Entre las empresas restantes, 35 integran verticalmente las dos actividades citadas y 69 transportistas no están vinculados a permisionarios de distribución. La resolución señala que los grupos integrados verticalmente disponen de 1,982 unidades de transporte con una capacidad agregada de 91.4 millones de litros y que estas cifras representan el 77% de las unidades y capacidad del parque vehicular permisionado por la Secretaría de Energía (en adelante, "SENER").

Es decir, **82 empresas controlan el 77% de la capacidad de transporte por semirremolque y autotanques y transportan el GLP a las cientos de plantas que existen en la República Mexicana. Quedan además 69 empresas independientes que transportan también el GLP a las plantas.**

Salvo por los permisos y costos de adquirir las unidades **no se observan barreras infranqueables en el mercado nacional que identifica la propia resolución.** No obstante, la resolución señala que la integración vertical del transporte de GLP -como insumo de la distribución de GLP, en los grupos de interés económico y empresas que participan en los mercados de ventas de GLP a usuarios finales-, permite maximizar los beneficios de ambas actividades como un solo negocio. Esto, en principio, no puede ser algo negativo para la competencia. No obstante, señala la resolución que bajo estas condiciones, la participación y realización de los beneficios bajo una dirección unificada se realiza en los mercados de venta a usuarios finales y que por eso la competencia en el transporte se asocia estrechamente a las condiciones de competencia en los mercados de ventas de GLP a usuarios finales.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

Por estas razones, la resolución estima que la supuesta sustancial participación de las empresas integradas verticalmente en el transporte y en los mercados de ventas de GLP a usuarios finales constituye un factor que disminuye la competencia en los mercados de transporte de GLP. **Este análisis superfluo del mercado que fue identificado como nacional lleva a la resolución a decretar en los resolutivos que:**

“TERCERO. No existen condiciones de competencia en el segmento del mercado relevante de servicios de transporte de GLP mediante auto-tanques y semirremolques correspondiente a los servicios de transporte con destino a las plantas de distribución que ofrecen GLP en los mercados relevantes citados en el párrafo anterior.” (Énfasis añadido)

Este análisis es contradictorio, pues declara la existencia de un mercado nacional, para después determinar que no existe competencia efectiva en “determinadas rutas”, que son aquellas a través de las cuales se transporta GLP a los mercados de venta a usuarios finales en los que se decretó la inexistencia de condiciones de competencia efectiva. Estimo que no es adecuado definir la existencia de un mercado geográfico nacional y después declarar que no hay competencia en “segmentos” de un mercado, mismos que no quedan claramente definidos. La resolución no indica cuales son las rutas en las que se identifica la falta de condiciones de competencia efectiva, y tampoco se hace un análisis de concentración en dichas rutas. De igual forma, la resolución no identifica las barreras de entrada en las rutas específicas, no identifica a los competidores potenciales y reales en esas rutas y, peor aún, no identifica qué agente económico tienen poder sustancial en el mercado relevante. En suma, no hace un análisis de competencia mínimo en ese “segmento” del mercado de transporte de GLP mediante auto-tanques y semirremolques.

La misma resolución en el numeral 75, inciso aa) reconoce que un agente económico manifestó que:

“No es consistente el análisis que hace la Comisión, pues no divide por regiones a los 153 permisionarios de transporte, que ofrecen el servicio de transporte que comprende la conducción de gas LP, entre plantas de almacenamiento para depósito y distribución del gas LP y el suministro y/o estaciones de gas LP para carburación. Reconoce que la empresa integrada verticalmente es capaz de proporcionar el servicio de transporte, bajo las características de seguridad acordes a las normas que establece la SCT, y con base en tales elementos concluye que la dimensión geográfica es nacional”.

No obstante, la resolución omite corregir el error y enmendar su análisis. Por al contrario, se aferra a él diciendo que no *“hay ninguna incongruencia. En términos de los criterios establecidos en el artículo 12 de la LFCE y del análisis de competencia, las dimensiones geográficas de los mercados relevantes de servicios de transporte por auto-tanque y semirremolque no tienen por qué dividirse por regiones, como lo sugieren los AEI, sin aportar razonamientos ni información alguna que apoye su punto de vista.”* Ante esto sólo queda señalar que no estoy de acuerdo con la resolución y que el análisis realizado, en mi opinión, carece de validez jurídica, por lo que no es procedente declarar la inexistencia de



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

condiciones de competencia efectiva en el mercado nacional de transporte de GLP mediante auto-tanques y semirremolques, en base al análisis presentado en la resolución.

3. OTROS TEMAS RELACIONADOS

El Control de Precios como elemento de distorsión en el mercado.

Diversos agentes económicos se refirieron a este elemento en los siguientes términos:

GAS COM *“En cada una de las regiones donde participa se encuentran 4 distribuidoras de gas lp, que se rigen por los precios establecidos por la SE. Esta situación ocasiona que las empresas del giro no desempeñemos nuestras actividades en iguales condiciones de competencia ya que la variable precio último consumidor, está fijado con base en el área de influencia de la empresa en su zona de distribución.” (Énfasis añadido).*

GAS METROPOLITANO Y OTROS *“En la determinación del precio máximo, conforme a la fórmula, una variable es precisamente la regionalización. El análisis que sustenta el dictamen parte de una segmentación por una autoridad distinta a la comisión para fijar precios máximos, de la cual se desconocen los criterios económicos para tal cambio, ya que no se analizan en términos económicos los efectos en la competencia y la determinación de la dimensión geográfica conforme a los criterios que cita la LFCE. Los márgenes de comercialización representan una prueba económica importante, toda vez que el dictamen no se evalúan las economías de escala y los costos de logística, para determinar que por la falta de inexistencia de competencia efectiva, los distribuidores de gas lp se acercan a los precios máximos que establece la regulación, y que necesariamente debe existir control de precios.” (Énfasis añadido).*

BELLO GAS. *“El procedimiento del cual forma parte el dictamen tendrá lugar como resultando probable la regulación de precios de gas lp al consumidor final a partir de 2008, cuando previsiblemente estará vigente el nuevo reglamento, la omisión citada resulta de particular gravedad. Esa comisión afirma que la igualdad generalizada entre los precios solamente es explicable en dos circunstancias específicas, sin embargo omite una tercera que es precisamente la aplicable a este caso y que es que los precios del gas lp están regulados, así como los del gas natural.” (Énfasis añadido).*

ASOCIGAS *“Más aún, al imponer sus precios máximos según estas regiones, la SE observa que en la fórmula para determinar el precio al consumidor final, existe un componente de gastos de flete, además del margen de comercialización, del impuesto y del costo del producto en la compra de primera mano. La comisión debe manifestarse sobre el problema de control de precios de segunda mano y, particularmente sobre los efectos que el establecimiento de un precio tope tiene sobre el proceso de competencia. Este es el gran tema ausente en el dictamen preliminar, aunque hay pasajes que podrían sugerir que el control de precios es adverso, no hay un análisis puntual sobre este aspecto tan relevante. Por el contrario, paradójicamente esta comisión emite un dictamen preliminar que, de confirmarse serviría precisamente para seguir controlando los precios y así, continuar impactando negativamente al proceso de competencia.” (Énfasis añadido).*

“A este respecto la comisión toma nota del hecho de que el control de precios ha creado incentivos negativos para una mayor competencia. El sistema de control de precios al



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

consumidor final impide, por su propia naturaleza, que los precios sirvan como señales de mercado para que los competidores puedan tomar decisiones de negocios.” (Énfasis añadido).

DISTRIBUIDORA POTOSINA DE GAS *“Basta con tomar cualquier libro de texto de economía de un aceptable nivel para identificar que el control de precios es un mecanismo para el control de mercados monopólicos, por tanto suponiendo sin conceder que hubiera un supuesto monopolio, duopolio u oligopolio, en materia de gas lp se encuentra implícito el control de tal manera que aún y cuando pudieran existir concentraciones por encima de las 2,000 unidades HH, estas concentraciones tienen implícitas en el control de precios, el esquema teórico y doctrinal del control y equilibrio del monopolio como si existiera un nivel de competencia perfecta.”*

TOMZA *“Es absurdo que la comisión haya iniciado la investigación, a efecto de fijar el precio máximo del gas LP, cuando dicho precio ya estaba fijado por la autoridad.”*

Es claro que el control de precios impuesto tiene un efecto en el comportamiento de las empresas. **El precio final no se determina por las fuerzas del mercado, se tiene que determinar en una oficina gubernamental. Esto ha ocasionado altos costos de transacción entre los regulados y el Gobierno Federal. El problema es saber cómo establecer parámetros operativos que reflejen la realidad cuando se desconocen las estructuras de mercado por cada planta y cómo influyen las diferentes presentaciones del GLP y las densidades de población para la venta. Resulta evidente que al final, para definir el margen de comercialización, se tiene que tomar en cuenta el costo de presentación más caro, que probablemente sea el portátil. Una vez autorizado el margen, podemos deducir que éste será más amplio para presentaciones menos caras como es el caso del GLP que se vende a grandes consumidores (hoteles, restaurantes o tiendas de autoservicio).**

Si esto sucede es posible que se den “guerras de descuentos” en el mercado de venta de GLP a grandes consumidores. No obstante, al existir un precio oficial, aún en esos mercados se crean distorsiones, pues el precio sirve de “techo” para negociar los descuentos y se crea un incentivo para la colusión entre los vendedores de gas, que saben cuál es el máximo a cobrar y en base a ello fijan sus descuentos. Esto facilita necesariamente la posibilidad de que los distribuidores de GLP puedan “acordar” los descuentos que se pueden otorgar a los citados grandes consumidores. Los sectores residenciales -aún los que usan el formato de gas estacionario- pueden no verse beneficiados, pues no están organizados y les sería difícil exigir los descuentos²⁶. **No obstante, los consumidores con menos recursos (los que usan el formato de cilindros), no pueden negociar el descuento y terminan pagando más por el GLP que usan. Es una distorsión perniciosa y cruel, las personas de más bajos ingresos pagan más por el GLP que las personas que tienen más ingresos.**

²⁶ No obstante, pueden existir excepciones: pensemos en un condominio grande con muchos usuarios. En este caso la administración de dicho condominio podría negociar un descuento.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: DC-01-2007

La pregunta es si la regulación de precios soluciona este problema. La respuesta es que no, de ninguna manera lo resuelve. Si se quisiera apoyar a la población con menos recursos lo que se podría llevar a cabo es la liberalización del precio y el otorgamiento de un subsidio fiscal bajo la infraestructura de los programas sociales que maneja el gobierno federal. Esto sería más transparente y lograría que se beneficiaran las personas con menores recursos. A la par de estas acciones, la CFC tendría que llevar a cabo una investigación de prácticas monopólicas absolutas en las que investigue si se han llevado a cabo discusiones entre los gaseros y probablemente PEMEX u otras oficinas gubernamentales, para determinar los descuentos que se dan a los grandes consumidores. Como se mencionó anteriormente, la posibilidad de que estos descuentos sean “acordados” se incrementa con el esquema de fijación de precios oficiales y podría mantenerse aún en el caso de que se desregulara el precio.

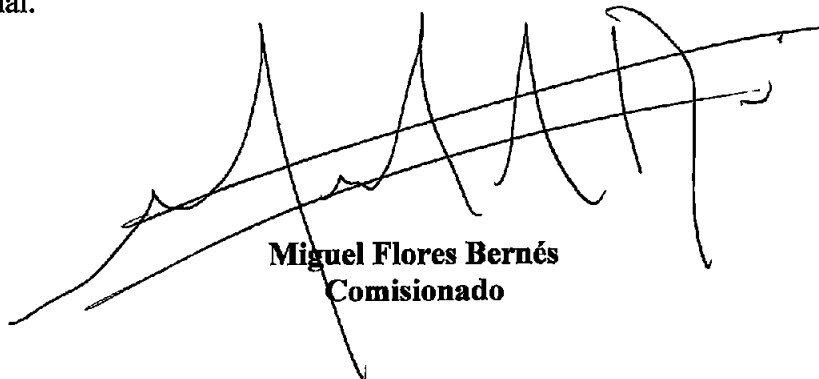
4.- CONCLUSIONES

- a) No concuerdo con los siguientes puntos resolutivos señalados en la propuesta de resolución:

Segundo. No existen condiciones de competencia efectiva en los mercados relevantes de venta de GLP a usuarios finales correspondientes a las regiones de precios máximos 1 a 3; 5 a 32; 36 a 38; 40 y 41; 43 a 45; 47 a 62; 64 a 70; 72 a 91; 93; 95 a 100; 103; 106 a 113; 115 a 145.

Tercero. No existen condiciones de competencia en el segmento del mercado relevante de servicios de transporte de GLP mediante auto-tanques y semirremolques correspondiente a los servicios de transporte con destino a las plantas de distribución que ofrecen GLP en los mercados relevantes citados en el párrafo anterior.

- b) Estimo que la CFC debió declarar fundados los argumentos señalados por diversos agentes económicos en contra del dictamen preliminar y reconocer que no cuenta con los elementos para emitir una declaratoria de “inexistencia de condiciones de competencia efectiva” en los mercados relacionados con la venta de GLP a usuarios finales y transporte de GLP mediante auto-tanque y semirremolque en el territorio nacional.



Miguel Flores Bernés
Comisionado