

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 primero de octubre de dos mil nueve, y respecto de la cual, por mayoría de votos, el Pleno de la Comisión decretó confirmar en sus términos la resolución emitida en el expediente CNT-093-2008, por considerar: i) que las propuestas de condiciones ofrecidas por los recurrentes no corregían o prevenían los posibles efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia que pudieran derivar de la concentración pretendida; y, ii) que los agravios expuestos por las recurrentes resultaban infundados, inoperantes e insuficientes.

En el presente voto se establecen las razones por las cuales, respetuosamente, voto en contra de la resolución anterior, al no compartir la decisión adoptada por la mayoría del Pleno de la Comisión. En mi opinión, tras el análisis efectuado a las propuestas de condiciones ofrecidas por Mexichem, he apreciado que éstas fueron presentadas en tiempo y forma, conforme al artículo 17 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, y son adecuadas, pues están directamente vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración en el mercado que se estudia, además de que guardan proporción con la corrección que se pretende. A continuación, expongo mis razones.

La propuesta de Mexichem consistía en realizar los actos necesarios para la eliminación de la cuota compensatoria a las importaciones de resina de PVC suspensión/masa provenientes de los Estados Unidos de América (EE.UU.), al considerar que la existencia de dicha cuota era la principal razón por la cual la Comisión impugnaba la concentración notificada. Asimismo, la solicitud de condicionamientos fue complementada por una prueba superveniente consistente en la solicitud de revisión de cuotas compensatorias –buscando su eliminación– presentada ante la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI). Dicha solicitud incluía un anexo en el que se refería una serie de compromisos y obligaciones a cargo de Mexichem.

De acuerdo con el resumen ordenado por acuerdo de 25 de septiembre de 2009, *"El Anexo en cuestión contiene compromisos específicos de las partes... que harían menos probable cualquier intento de Mexichem para iniciar procedimientos nuevos para el establecimiento de cuotas*

compensatorias para la importación de resinas de PVC, por un periodo que se estima suficiente para que empresas competidoras puedan establecerse y empezar a operar en territorio nacional”.

Ahora bien, en el análisis de la propuesta de condicionamientos ofrecidos por Mexichem debe valorarse que el treinta de septiembre de dos mil nueve, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la resolución que concluye el procedimiento de revisión de las cuotas compensatorias definitivas impuestas a las importaciones de policloruro de vinilo originarias de EE.UU., independientemente del país de procedencia, que la Secretaría de Economía inició de oficio.

De acuerdo con la referida resolución, “... debe privilegiarse el acceso de otros oferentes al mercado nacional, incluso mediante las importaciones de PVC originarias de Estados Unidos, lo que permitirá que los consumidores mexicanos puedan tener libre acceso a todos los proveedores en el mercado de América del Norte. Es por estos motivos que Mexichem y Polycyd solicitan la eliminación de las cuotas compensatorias y consienten los términos del Anexo 4 que contiene decisiones estratégicas que determinarán el comportamiento corporativo de Mexichem en el mediano plazo...”¹.

Considero que tanto la eliminación de la cuota compensatoria, como los compromisos que Mexichem consintió ante la UPCI y ofreció ante esta Comisión, tienen el efecto directo e inmediato de corregir o prevenir los posibles efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia que pudieran derivar de la concentración pretendida, los cuales fueron identificados en la resolución del expediente CNT-093-2008.

Lo anterior, en razón de que los supuestos incentivos de Mexichem para distorsionar el abastecimiento de la resina de PVC, o fijar precios, en detrimento de sus clientes (integración vertical en los mercados de producción de resina de PVC suspensión-masa y de producción de tubos de PVC), así como las posibles barreras de entrada a los insumos han desaparecido con la eliminación de la cuota compensatoria.

¹ Numeral 50 de la resolución.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: RA-27-2009

Y no sólo eso; los compromisos consentidos por Mexichem ante la UPCI y esta Comisión reducen significativamente la probabilidad de que dichas cuotas compensatorias pudieran volver a imponerse por un periodo que se estima suficiente para que empresas competidoras puedan empezar a operar en territorio nacional.

Ello, debido a que se ven alteradas las circunstancias especiales, razones particulares y causas inmediatas que constituían la motivación del análisis contenido en la resolución para impugnar la concentración notificada.

Ahora bien, de acuerdo con la resolución emitida en el expediente CNT-093-2008, la concentración notificada implicaba un incremento sustancial de la concentración en el mercado de tubería de PVC, acompañada además de barreras a la entrada que limitaban el ingreso y la expansión de otros competidores en tubería de PVC.

Las barreras identificadas fueron: i) costos de inversión significativos; ii) impedimentos económicos para sustituir el insumo principal (resina de PVC suspensión/masa) a compuestos de PVC, si es que se producía un aumento de precio o una falta de abasto de la resina de PVC; iii) impedimento de acceso a las importaciones de resina de PVC provenientes de los EUA afectadas por la cuota compensatoria; y, iv) insuficiencia de oferta de monómero de cloruro de vinilo (MCV) que hacía poco factible para los productores de tubos de PVC, o de cualquier otro producto derivado de la resina de PVC, el integrarse verticalmente hacia la producción de resinas de PVC.

La integración vertical de Mexichem derivada de ser productor de resina de PVC, con los compromisos presentados, dejaría de ser una preocupación para la libre competencia y competencia en el mercado de tubos. Efectivamente, con la eliminación de la cuota compensatoria, la participación de Mexichem en el mercado "aguas arriba" se reduce sustancialmente pues apenas alcanza la cifra de 4.2% en un mercado cuya dimensión geográfica abarca la región de América del Norte o -al menos- la producción y capacidad productiva conjunta de los agentes económicos ubicados en EE.UU. y México; ó de 6.1%, si se hubiera autorizado la concentración con POLYCID (expedientes RA-28-2009 y CNT-091-2008). Aún si excluyéramos el mercado de Canadá, la participación de Mexichem sólo alcanzaría 6.5% en un mercado EE.UU.-México.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: RA-27-2009

No existiría, entonces, incentivo ni posibilidad de distorsionar el abastecimiento de resina de PVC en detrimento de los competidores, pues éstos podrán acceder libremente a los insumos. Del mismo modo, Mexichem carecería de la capacidad de desplazar a clientes en el mercado de la producción y comercialización de tuberías de PVC, ya que al poder adquirir las resinas de PVC suspensión/masa de competidores ubicados, cuando menos, en EE.UU., Mexichem no tendría el poder de controlar la oferta, negar el suministro o vender a un precio más alto. En consecuencia, los productores de tuberías ya no enfrentarían la supuesta “doble barrera de entrada” identificada en la resolución del CNT-093-2008².

De igual forma, la insuficiencia de MCV en México se vuelve irrelevante, dado que desaparece la necesidad de los productores de tubos de resina de PVC de integrarse verticalmente hacia la producción de resinas PVC, ya que con la eliminación de la cuota compensatoria pueden importar libremente el insumo de EE.UU, siendo que los costos de transporte e internación del producto aludido no resultan significativos como para restringir el acceso (ver voto particular emitido por el suscrito en el expediente RA-28-2009).

Respecto a la supuesta elevada concentración que según la resolución provocaría la operación notificada (con los consecuentes riesgos a la competencia y a la libre concurrencia), debe tomarse en cuenta que, de haberse autorizado la operación, permanecerían cuando menos cuatro productores independientes de tubos de PVC en el mercado con las siguientes participaciones:

[EN BLANCO]

² Páginas 12 y 74 de la resolución del CNT-093-2008.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: RA-27-2009

<i>EMPRESA</i>	<i>VENTAS TUBOS DE PVC (toneladas)</i>	<i>% PARTICIPACIÓN</i>
AMANCO (TUBOS FLEXIBLES)	71,555	26.4
PLÁSTICOS REX	58,069	21.4
DURMAN	33,940	12.5
ADVANCE	18,802	6.9
EMSA	7,073	2.6
FORMOSA/PTM/URBACA/FUTURA	37,044	13.6
IMPORTACIONES	44,621	16.4
TOTAL	271,104	100.0

Fuente: Resolución del Pleno de la CFC respecto del expediente número CNT-093-2008, pág. 41.

Así que si bien la aprobación de la concentración hubiera implicado la salida de un productor independiente, permanecerían cuatro productores independientes con una participación que en conjunto alcanzaría 35.6% del mercado, sumado al 16.4% que representan las importaciones. De esta manera, la competencia no se vería afectada pues, como ya ha sido señalado, las barreras de entrada al mercado de tubería de PVC se habrían disminuido sustancialmente gracias a la ausencia de la barrera consistente en la integración vertical.

En relación a la presunta necesidad de realizar una inversión significativa en varias plantas ubicadas en diferentes partes de la República Mexicana a fin de poder tener una cobertura a nivel nacional con canales de distribución eficientes que disminuyan los costos de transporte del producto final, que señala la resolución³; cabe señalar que dicha circunstancia no está debidamente fundada ni motivada tanto en la resolución impugnada, como en la resolución adoptada por la mayoría, por lo que sólo se limita a ser una mera afirmación gratuita. Así, no existe prueba alguna para afirmar que es imposible competir regionalmente en el mercado de tubos de PVC; es decir, no hay evidencia de que la competencia en el mercado de tubos de PVC deba ser nacional. Hay que recordar que corresponde a la autoridad demostrar los riesgos o daños que se darían a la competencia y libre concurrencia para poder impugnar una concentración.

De hecho, los argumentos contenidos en la resolución del CNT-093-2008 para determinar la dimensión geográfica del mercado relevante como nacional resultaban de por sí cuestionables,

³ Página 44 de la resolución del CNT-093-2008.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: RA-27-2009

pues no existen barreras arancelarias o cuotas aplicables a estos productos y las importaciones en 2007 representaron el 16.4% de las ventas totales. La resolución realizó meras suposiciones que no se acreditaron debidamente, al sostener que la mayor parte de las importaciones se realizan para consumo exclusivo en la franja fronteriza norte y región fronteriza. Sin embargo, la información y la base de datos que utiliza la resolución para sustentar su afirmación no indicaron el destino exacto de los tubos importados o si efectivamente la mercancía fue consumida en esas regiones. La mera ubicación de las empresas importadoras no puede ser motivación suficiente para concluir que el consumo de los productos se realizó en la misma localidad. Si bien es cierto que los importadores deben cubrir costos de flete internacional y de transporte por internación, éstos no deben resultar tan significativos o relevantes como pretende respaldar la resolución, cuando existe información que podría evidenciar que las importaciones de tubos de PVC han aumentado⁴.

Lo anterior, revela que los costos de importación de tubos de PVC no son barreras al mercado, o cuando menos, no lo son en el norte del país (suponiendo, sin conceder, que la aseveración de la resolución fuera correcta). Conviene resaltar que no basta que la resolución del recurso de reconsideración que nos ocupa señale que la definición del mercado es nacional y que esto no puede cambiar debido a que supuestamente las recurrentes consintieron resoluciones relativas a otras concentraciones.

El anterior argumento es claramente contradictorio con lo señalado en la página cuarenta y tres de la propia resolución que refiere a análisis anteriores realizados por la CFC y que, según la resolución, han resultado superados debido a que: *“se demuestra también que no había similitudes en los expedientes debido a los dramáticos cambios sufridos por el mercado de tuberías de PVC y que por lo tanto, los elementos valorados anteriormente ya no eran válidos para el desarrollo del expediente CNT-093-2008”*⁵. Luego entonces, si los elementos valorados

⁴ De acuerdo con el Sistema de Información Arancelaria Vía Internet (SIAVI) de la Secretaría de Economía, el volumen total de las importaciones de la fracción arancelaria 3917.23.02 en el periodo enero-diciembre de 2008 fue de 112, 518,480 kg, (112, 518 toneladas), mientras que el volumen total de las importaciones de los productos correspondientes a la fracción arancelaria 3917.23.03, ascendió a 5, 960,547 kg (5, 960 toneladas) en el mismo periodo.

⁵ Página 43 de la resolución del RA-27-2009.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: RA-27-2009

anteriormente ya no eran válidos, resultaba correcto cuestionar la determinación de la dimensión geográfica en el presente expediente.

Ahora bien, según la información proporcionada por los promoventes, la inversión necesaria para construir una planta de tubería de PVC con una capacidad aproximada de veintiocho mil (28,000) toneladas, lo que representa el siete por ciento (7%) del consumo nacional, es de aproximadamente diez millones de dólares, pudiendo ser instalada y puesta en marcha en un periodo de catorce a dieciocho meses, lo cual no parece una barrera significativa. Cabe señalar que de acuerdo con los recurrentes, dicha inversión ya contempla la maquinaria necesaria para fabricar los compuestos de PVC.

En consecuencia, se insiste que ante la poca importancia que tenían las barreras analizadas en la resolución recurrida, resulta que la única que pudiera haberse considerado como significativa en el análisis de competencia era la relacionada con la integración vertical, la cual podría haber impedido el acceso al principal insumo para la producción de tubos de PVC, es decir, la resina de PVC.

Es por esta razón que la propuesta de compromisos presentada por los recurrentes efectivamente desmantelaba la principal preocupación de la Comisión, expresada en la resolución combatida en este expediente RA-27-2009:

"Décima Segunda. En conclusión, derivado de lo expuesto en esta resolución, se advierte que la transacción de mérito conferiría al adquirente, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los demás competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder por la elevada concentración que resultaría... .. de aprobarse la operación se incrementarían las barreras a la entrada en los mercados de tubería y conexiones de PVC como resultado de la necesidad de ingresar de forma simultánea al mercado de resina de PVC suspensión/masa, lo cual reduciría significativamente la probabilidad de que ocurra la entrada de nuevos competidores en los mercados de producción y comercialización de tubería y conexiones de PVC. Por último, la operación



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: RA-27-2009

incrementaría las posibilidades de que el agente económico que concentra pueda incurrir en conductas violatorias a la LFCE. Por todo lo anterior, resulta procedente prevenir el deterioro de las condiciones de competencia en los mercados relevantes.”⁶

Resulta entonces que la CFC relacionó los mercados de producción de resina de PVC con el de producción de tubos de PVC y, en base a dicha correspondencia, impugnó la concentración notificada. Por lo tanto, resultaría ilógico y contradictorio que la propia Comisión rechace un compromiso basándose en que se trata de mercados distintos. Pues si bien son distintos, se encuentran estrechamente relacionados en el análisis contenido en la propia resolución del CNT-093-2008. Por lo tanto, no es procedente señalar que los compromisos presentados no guardan relación con la “litis” en el presente asunto, pues es clara su estrecha vinculación, dado que la principal barrera identificada era la integración vertical y la fuerza de Mexichem como productor de resinas de PVC.

Conclusión

De acuerdo con la LFCE, la Comisión impugnará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia. En este sentido, el asunto que la Comisión tenía que resolver en el recurso presentado por Mexichem y Cydsa era si su propuesta de condicionamientos, unida a la eliminación de la cuota compensatoria, resultaban o no suficientes para evitar que como resultado de la concentración: i) el adquirente pudiera tener el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto en el mercado de tubos de PVC, sin que los competidores pudieran, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder; ii) si habría un desplazamiento indebido de otros agentes económicos o si habría un impedimento al acceso al mercado relevante, y iii) si se facilitaría sustancialmente el ejercicio de prácticas monopólicas.

Por las razones expuestas en este voto particular, considero que ninguno de los efectos antes aludidos podría llegar a materializarse. La Comisión debió haber aceptado imponer a los

⁶ Página 80 de la resolución del CNT-093-2008.

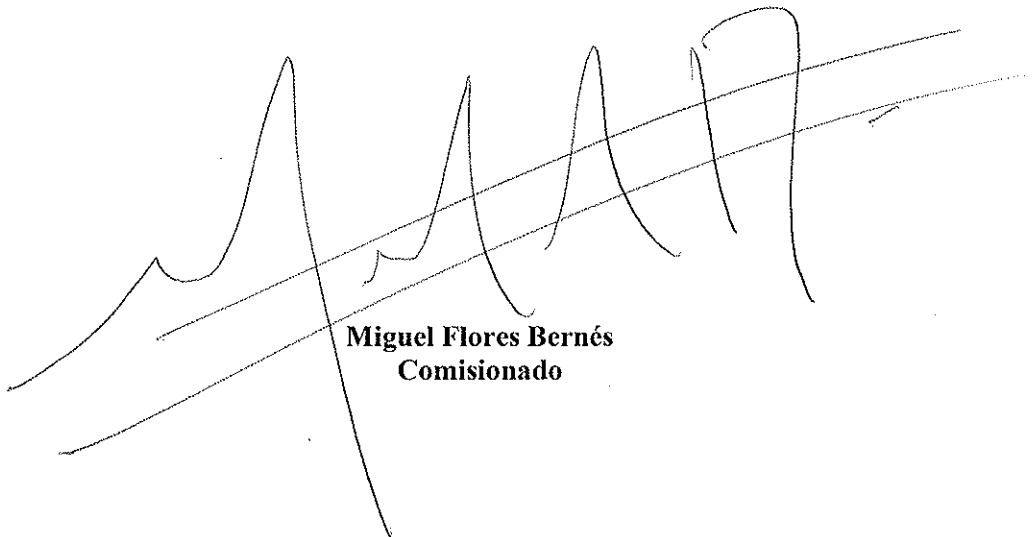


COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: RA-27-2009

recurrentes como condicionamiento las mismas conductas que éstos consintieron ante la UPCI, las cuales resultaban convenientes para prevenir los posibles efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia que pudieran derivar de la concentración pretendida.

Lo procedente era, en mi opinión, aceptar los compromisos y revocar la resolución recurrida, y tener por autorizada la concentración notificada sujeta, en términos del artículo 19, fracción I de la LFCE y 17, fracción I de su Reglamento, al cumplimiento de los condicionamientos citados.



Miguel Flores Bernés
Comisionado