

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

México, Distrito Federal, a veintidós de octubre de dos mil trece.- Visto el recurso de reconsideración interpuesto el ocho de agosto de dos mil trece por The Sherwin-Williams Company) y Avisep, S.A. de C.V., en contra de la resolución de once de julio de dos mil trece, emitida por la Comisión Federal de Competencia dentro del expediente CNT-095-2012. Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 28, párrafos primero, segundo, décimo tercero, décimo noveno, fracciones I y VI y vigésimo de la CPEUM, "Primero" y "Séptimo" transitorios del "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones", publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el once de junio de dos mil trece; 1º, 2º, 3º, 8º, 9º, fracción I, 23, 24, fracciones IV y XIX, 25 y 39 de la Ley Federal de Competencia Económica; 1º, 71 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica; así como 1º, 5º, fracción I, 10, 11, fracciones I y XVI, 12 y "Primero" y "Segundo" transitorios del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica publicado en el DOF el diecinueve de septiembre de dos mil trece, el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia Económica resolvió de acuerdo a los antecedentes, consideraciones de derecho y resolutivos que a continuación se expresan.

**GLOSARIO DE TÉRMINOS:**

Para los efectos de la presente resolución se entenderá por:

<b>ANAFAPYT</b>	Asociación Nacional de Fabricantes de Pinturas y Tintas, A.C.
<b>AVISEP</b>	Avisep, S.A. de C.V.
<b>AXALTA</b>	Axalta Coatings Systems
<b>BEREL</b>	Berel, S.A. de C.V.
<b>CFPC</b>	Código Federal de Procedimientos Civiles
<b>COMEX</b>	Consortio Comex, S.A. de C.V., Conaxe, S.A. de C.V. y sus subsidiarias, cuyo capital [REDACTED] por AVISEP y Bevisep, S.A. de C.V.
<b>COMISIÓN O CFC</b>	Comisión Federal de Competencia
<b>CFCE O COFECE</b>	Comisión Federal de Competencia Económica
<b>CONCENTRACIÓN</b>	Operación consistente en la adquisición por parte de SW, directa o indirectamente de AVISEP y de Bevisep, S.A. de C.V., de las acciones representativas del [REDACTED] capital social de COMEX.
<b>CPEUM</b>	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
<b>DENUE</b>	Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas del INEGI
<b>DOAL</b>	Pinturas Doal, S.A. de C.V.
<b>DOF</b>	Diario Oficial de la Federación
<b>ESTATUTO ORGÁNICO</b>	Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica
<b>EXPEDIENTE</b>	Los autos que integran el expediente CNT-095-2012. En lo sucesivo, las referencias a folios que se realicen en la presente resolución se



The Sherwin-Williams Company y  
 Awise, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

entenderán hechas respecto de dicho sumario, salvo que expresamente se establezca de otra forma.

<b>IMPI</b>	Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial
<b>INEGI</b>	Instituto Nacional de Estadística y Geografía
<b>LFCE</b>	Ley Federal de Competencia Económica
<b>MASCO CORP.</b>	Masco Corporation, fabricante de la marca de pinturas Behr
<b>OFICIALÍA</b>	Oficialía de Partes de la COMISIÓN
<b>OFICIO DICIEMBRE</b>	Requerimiento de información y documentos formulado por esta COMISIÓN a SW y AVISEP el veinte de diciembre de dos mil doce.
<b>OFICIO ENERO</b>	Requerimiento de información y documentos formulado por esta COMISIÓN a SW y AVISEP mediante oficio DGC-10-096-2013-002, emitido el veintinueve de enero de dos mil trece.
<b>OSEL</b>	Pinturas Osel, S.A. de C.V.
<b>PARTES</b>	SW y AVISEP actuando de manera conjunta
<b>PJF</b>	Poder Judicial de la Federación
<b>PLENO CFC</b>	El Pleno de la CFC
<b>PLENO COFECE O PLENO</b>	El Pleno de la COFECE
<b>PRESIDENTE CFC</b>	El Presidente de la CFC
<b>PRESENTACIÓN EJECUTIVA</b>	Presentación Ejecutiva de Venta de Agosto de 2012, documento presentado por SW y AVISEP el veinticuatro de junio de dos mil trece. Dicho documento también se denomina como "Project Super Bowl", elaborado por HSBC Securities (USA), Inc.
<b>PRISA</b>	Pinturas Prisa, S.A. de C.V.
<b>RESOLUCIÓN O</b>	Resolución emitida por el PLENO el once de julio de dos mil trece
<b>RESOLUCIÓN RECURRIDA</b>	dentro del EXPEDIENTE
<b>RICFC</b>	Reglamento Interior de la COMISIÓN publicado en el DOF el dos de noviembre de dos mil doce
<b>RLFCE</b>	Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica
<b>SCJN</b>	Suprema Corte de Justicia de la Nación
<b>SECRETARIO EJECUTIVO</b>	El Secretario Ejecutivo de la COMISIÓN
<b>SJF</b>	Semanario Judicial de la Federación
<b>SW</b>	The Sherwin-Williams Company, conjuntamente con sus filiales y subsidiarias
<b>THE HOME DEPOT</b>	The Home Depot
<b>VALSPAR</b>	Valspar Mexicana, S.A. de C.V.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el diecinueve de diciembre de dos mil doce ante la OFICIALÍA, SW y AVISEP notificaron una concentración. Dicha operación fue analizada dentro del expediente CNT-095-2012. La concentración notificada consiste en la adquisición por parte de SW, directa o indirectamente de AVISEP y de Bevisep, S.A. de C.V., de las acciones representativas del \* del capital social de COMEX.

**SEGUNDO.-** El veintiuno de diciembre de dos mil doce se notificó a SW y AVISEP la orden de no ejecutar la concentración hasta en tanto la COMISIÓN emitiera, en su caso, la resolución favorable en términos del artículo 20 de la LFCE.

**TERCERO.-** El once de julio de dos mil trece, el PLENO CFC emitió resolución dentro del expediente CNT-095-2012 mediante la cual determinó que no autorizaba la concentración notificada por SW y AVISEP, debido a que la transacción de mérito imponía riesgos reales y considerables a la competencia y libre concurrencia en el mercado de recubrimientos decorativos, lo que encuadra dentro de los supuestos jurídicos previstos en los artículos 16, 17, fracciones I, II y III y 18 de la LFCE.

**CUARTO.-** El ocho de agosto de dos mil trece, SW y AVISEP presentaron recurso de reconsideración en contra de la RESOLUCIÓN. Asimismo, mediante dicho escrito, SW y AVISEP presentaron una propuesta de compromisos con el fin de prevenir efectos potenciales contrarios al proceso de competencia en el mercado de recubrimientos decorativos.

**QUINTO.-** Mediante acuerdo de trece de agosto de dos mil trece, el PRESIDENTE CFC y el SECRETARIO EJECUTIVO admitieron a trámite el recurso interpuesto por SW y AVISEP. Asimismo, mediante dicho acuerdo se admitieron y desecharon diversas pruebas.

**SEXTO.-** El dieciséis de agosto y el cuatro de septiembre de dos mil trece, SW y AVISEP realizaron dos propuestas modificadas de "compromisos-condiciones" con el fin de prevenir efectos potenciales contrarios al proceso de competencia en el mercado de recubrimientos decorativos. Mediante acuerdo de cinco de septiembre de dos mil trece, se tuvieron por presentados los escritos referidos y por realizadas las manifestaciones de SW y AVISEP respecto a la modificación de los "compromisos-condiciones".

**SÉPTIMO.-** El diecinueve de agosto de dos mil trece SW y AVISEP presentaron un escrito mediante el cual realizaron diversas aclaraciones respecto a las pruebas presentadas mediante el escrito de ocho de agosto de dos mil trece y ofrecieron una prueba adicional. Asimismo, el seis de septiembre de dos mil trece SW y AVISEP presentaron un escrito mediante el cual ampliaron los argumentos y agravios de su escrito del recurso de reconsideración presentado el ocho de agosto de dos mil trece y presentaron una prueba adicional. Al respecto, mediante acuerdo de nueve de septiembre de dos mil trece se tuvieron por presentados los escritos señalados, se admitieron diversas pruebas ofrecidas por SW y AVISEP y se tuvo por oportunamente presentado el alcance al recurso de reconsideración de ocho de agosto de dos mil trece.

**OCTAVO.-** El veintiséis de agosto de dos mil trece se desahogó la prueba denominada "Inspección de páginas web" ofrecida por SW y AVISEP.

**NOVENO.-** Mediante escritos presentados el doce y trece de septiembre de dos mil trece, SW solicitó la admisión y desahogo de diversas copias del informe justificado que exhibió la COMISIÓN en el juicio de amparo tramitado dentro del expediente \*. Al respecto, mediante acuerdo de veinte de

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



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

septiembre de dos mil trece se señaló que no había lugar a acordar de conformidad su solicitud toda vez que las pruebas ofrecidas resultaban ociosas, ya que las manifestaciones y declaraciones contenidas en el informe justificado presentado dentro del juicio de amparo que corresponde al expediente \* constituyen información que ya obra en los archivos de la COFECE, por lo que constituye un hecho notorio para la autoridad.

DÉCIMO.- En sesión ordinaria del tres de octubre de dos mil trece, el PLENO CFCE calificó como infundada la excusa presentada ante la Secretaría Ejecutiva y el PLENO CFCE por el Comisionado Francisco Javier Núñez Melgoza el día primero de octubre de dos mil trece, toda vez que no se actualizó alguna de las causales de impedimento establecidas en el artículo 39 del ESTATUTO ORGÁNICO.

## II. CONSIDERACIONES DE DERECHO.

**PRIMERA. Competencia.** El PLENO COFECE es competente para resolver los recursos de reconsideración interpuestos en contra de las resoluciones emitidas por el PLENO CFC con anterioridad a la integración de aquélla, con fundamento en los artículos 28 de la CPEUM, 28, párrafos primero, segundo, décimo tercero, décimo noveno, fracciones I y VI y vigésimo de la CPEUM, “Primero” y “Séptimo” transitorios del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”, publicado en el DOF el once de junio de dos mil trece, así como en los artículos 1º, 2º, 3º, 12, 13, 16, 17, fracciones I, II y III, 18, 23, 24, fracciones IV y XIX, 25 y 39 de la LFCE; 1 y 71 del RLFCE; así como 1, 5, fracción I, 10, 11, fracciones I, VI y XVI y segundo transitorio<sup>1</sup> del ESTATUTO ORGÁNICO.

**SEGUNDA. Cuestiones previas.** En la presente resolución se estudian los agravios expuestos por las recurrentes, aclarando que no se transcriben literalmente ni se atiende al estricto orden expuesto por los mismos, toda vez que éstos se han agrupado conceptualmente con objeto de exponer de mejor manera las líneas de argumentación.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Los recursos de reconsideración interpuestos en términos del artículo 39 de la Ley y que se encuentren en trámite a la entrada en vigor del presente Estatuto continuarán hasta su conclusión. El Secretario Ejecutivo, a través de la Dirección General de Asuntos Jurídicos deberá continuar con su tramitación hasta presentar el dictamen correspondiente para que el Pleno emita la resolución respectiva.

<sup>2</sup> Lo anterior es posible, dado que, de conformidad con diversos criterios del PJJ, al realizar el estudio de los argumentos, no es obligatorio analizarlos en la forma o estructura en que se presenten, ya que lo importante es que se examinen todos y cada uno de los puntos controvertidos. Sirven de apoyo, por analogía, los criterios que a continuación se citan: 1) “**AGRAVIOS, EXAMEN DE LOS.** Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos puede causarse por la sola circunstancia de que los agravios se hayan estudiado en su conjunto, esto es, englobándolos todos ellos, para su análisis, en diversos grupos. Ha de admitirse que lo que interesa no es precisamente la forma como los agravios sean examinados, en su conjunto, separando todos los expuestos en distintos grupos o bien uno por uno y en el propio orden de su exposición o en orden diverso, etcétera; lo que importa es el dato sustancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, cualesquiera que sea la forma que al efecto se elija”. Registro: 241,958. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Séptima Época. Tercera Sala. SJF. Tomo: 48 Cuarta Parte. Página: 15, y 2) “**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS.** El hecho de que el Juez Federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposiciones de la Ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha o no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma”. Registro: 196,477. Jurisprudencia VI.2o. J/129.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

En este aspecto, debe precisarse lo siguiente:

- i) **Agravios gratuitos, abstractos o generales, y negación lisa y llana.** En varios de los agravios señalados por las recurrentes, se realizan una serie de manifestaciones genéricas y gratuitas, sin que en realidad se establezcan argumentos lógico-jurídicos o se especifiquen las situaciones que sustentan esos supuestos agravios. Cuando lo señalado por las recurrentes tenga esas características, se entenderá que resulta aplicable, por analogía, la tesis de jurisprudencia 81/2002, emitida por la Primera Sala de la SCJN, cuyo contenido es el siguiente:

*“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO. El hecho de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que proceda el estudio de los conceptos de violación o de los agravios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que aquéllos no necesariamente deben plantearse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello de manera alguna implica que los quejosos o recurrentes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente el porqué estiman inconstitucionales o ilegales los actos que reclaman o recurren. Lo anterior se corrobora con el criterio sustentado por este Alto Tribunal en el sentido de que resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos del acto o resolución que con ellos pretende combatirse”.*<sup>3</sup>

Por ello, deberá entenderse que dicha tesis se inserta a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exponga que los mismos resultan **gratuitos** o cuando se haga el señalamiento de que constituyen **afirmaciones generales** o **abstractas**, así como cuando se indique que únicamente es la **negación lisa y llana** de lo expuesto en la RESOLUCIÓN. Lo anterior, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

- ii) **Agravios que no combaten la RESOLUCIÓN.** Varios de los agravios de las recurrentes consisten en manifestaciones que en realidad no controvierten las razones y argumentos sostenidos en dicha resolución. Cuando lo señalado por las recurrentes tenga esas características, se entenderá que resultan aplicables, por analogía, los siguientes criterios:

- a) la siguiente jurisprudencia de la Tercera Sala de la SCJN:

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

Materia: Común. Novena Época. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. SJF. Tomo: VII, Abril de 1998. Página: 599 [Énfasis añadidos].

<sup>3</sup> Registro 185 425. [J]; 9a. Época; 1a. Sala; SJF y su Gaceta; XVI, Diciembre de 2002; Pág. 61.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*menos se trate de un caso en materia penal en que se hubiera juzgado al quejoso por una ley inexactamente aplicable”;*<sup>4</sup>

b) la jurisprudencia I.6o.C. J/21, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que señala:

**“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS NO PRECISAN CUÁLES FUERON LOS AGRAVIOS CUYO ESTUDIO SE OMITIÓ Y LOS RAZONAMIENTOS LÓGICO-JURÍDICOS TENDENTES A COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA.** No se puede considerar como concepto de violación y, por ende, resulta inoperante la simple aseveración del quejoso en la que afirma que no le fueron estudiados los agravios que hizo valer ante el tribunal de apelación, o que éste no hizo un análisis adecuado de los mismos, si no expresa razonamientos lógicos y jurídicos tendientes a demostrar que haya combatido debidamente las consideraciones de la sentencia recurrida y que no obstante esa situación, la responsable pasó por inadvertidos sus argumentos, toda vez que se debe señalar con precisión cuáles no fueron examinados, porque siendo el amparo en materia civil de estricto derecho, no se puede hacer un estudio general del acto reclamado”;<sup>5</sup> y

c) la tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, cuyo contenido es:

**“CONCEPTOS DE VIOLACION INOPERANTES, POR NO COMBATIR LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECLAMADA.** Si los argumentos expuestos por el solicitante de garantías, no contienen ningún razonamiento jurídico concreto tendiente a combatir los fundamentos primordiales en que se apoyó la responsable para emitir la sentencia reclamada que sirva para poner de manifiesto ante la potestad federal que dichos fundamentos del fallo de que se duele sean contrarios a la ley o a la interpretación jurídica de la misma, bien porque siendo aplicable determinado precepto no se aplicó, bien porque se aplicó sin ser aplicable, bien porque no se hizo una correcta interpretación jurídica de la ley, o bien porque la sentencia no se apoyó en principios generales de derecho si no hubiese ley que normara el negocio; procede determinar que los conceptos de violación expuestos en tales circunstancias, son inoperantes”;<sup>6</sup>

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

iii) **Agravios basados en premisas incorrectas.** En algunos de sus agravios las recurrentes realizan señalamientos que se basan en premisas erróneas. Cuando lo señalado por las recurrentes tenga esas características, se entenderá que resulta aplicable, por analogía la tesis IV.3o.A.66 A, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, cuyo contenido es el siguiente:

**“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL. LO SON AQUELLOS QUE SE SUSTENTAN EN PREMISAS INCORRECTAS.** Los agravios son inoperantes cuando parten de una hipótesis que resulta incorrecta o falsa, y sustentan su argumento en ella, ya que en tal evento resulta inoficioso su examen por el tribunal revisor, pues aun de ser fundado el argumento, en un aspecto meramente jurídico sostenido con base en la premisa incorrecta, a

<sup>4</sup> Registro 269 435. [J]; 6a. Época; 3a. Sala; SJF; Cuarta Parte, CXXVI; Pág. 27.

<sup>5</sup> Registro 188 864. [J]; 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; XIV, Septiembre de 2001; Pág. 1147.

<sup>6</sup> Registro 226 819. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; SJF; IV, Segunda Parte-I, Julio a Diciembre de 1989; Pág. 163.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*ningún fin práctico se llegaría con su análisis y calificación, debido a que al partir aquél de una suposición que no resultó cierta, sería ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida; como en el caso en que se alegue que la Sala Fiscal determinó que la resolución administrativa era ilegal por encontrarse indebidamente motivada, para luego expresar argumentos encaminados a evidenciar que al tratarse de un vicio formal dentro del proceso de fiscalización se debió declarar la nulidad para efectos y no lisa y llana al tenor de los numerales que al respecto se citen, y del examen a las constancias de autos se aprecia que la responsable no declaró la nulidad de la resolución administrativa sustentándose en el vicio de formalidad mencionado (indebida motivación), sino con base en una cuestión de fondo, lo que ocasiona que resulte innecesario deliberar sobre la legalidad de la nulidad absoluta decretada, al sustentarse tal argumento de ilegalidad en una premisa que no resultó verdadera”.*<sup>7</sup>

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

iv) **Agravios que no combaten la totalidad de las razones de la RESOLUCIÓN.** Varios de los agravios de las recurrentes consisten en manifestaciones que sólo combaten de forma parcial las razones y argumentos sostenidos en la RESOLUCIÓN. Cuando lo señalado por las recurrentes tenga esas características, se entenderá que resultan aplicables, por analogía, los siguientes criterios:

a) Tesis jurisprudencial número 19/2012 de la Décima Época, emitida por la Primera Sala de la SCJN:

**“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL. LO SON CUANDO LA SENTENCIA DE LA SALA SE SUSTENTA EN DIVERSOS MOTIVOS SI NO SE CONTROVIERTEN EN SU TOTALIDAD POR LA RECURRENTE.** Cuando la sentencia dictada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se sustenta en dos o más razones, que por sí mismas pueden soportar, en forma independiente, el sentido de la resolución, y en los agravios la autoridad recurrente no combate todas y cada una de ellas, los agravios planteados resultan inoperantes porque aun cuando fuesen fundados no podrían conducir a declarar fundado el recurso, en virtud de que la consideración o consideraciones no atacadas, deberán seguir rigiendo el sentido de la resolución”.<sup>8</sup>

b) La jurisprudencia V.2o. J/54 del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, misma que señala:

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

<sup>7</sup> Registro 176 047. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1769.

<sup>8</sup> Registro 159974 [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1347.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*fundamentos que la sostienen, y de ahí que devengan inoperantes los agravios que en su contra se hagan valer”.*<sup>9</sup>

c) La tesis I.6o.A.40 A del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que señala:

**“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL. LO SON CUANDO LA SENTENCIA DE LA SALA SE SUSTENTA EN DIVERSOS MOTIVOS SI NO SE CONTROVIERTEN EN SU TOTALIDAD POR LA RECURRENTE.** Cuando la sentencia dictada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se sustenta en dos o más razones, que por sí mismas pueden soportar, en forma independiente, el sentido de la resolución, y en los agravios la autoridad recurrente no combate todas y cada una de ellas, los agravios planteados resultan inoperantes porque aun cuando fuesen fundados no podrían conducir a declarar fundado el recurso, en virtud de que la consideración o consideraciones no atacadas, deberán seguir rigiendo el sentido de la resolución”.

<sup>10</sup>

d) La tesis II.A.62 A del Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, que señala:

**“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO.** Si en los conceptos de violación no se combaten o desvirtúan todos y cada uno de los razonamientos de la sentencia reclamada, aquéllos se consideran inoperantes, ya que aun cuando alguno fuera fundado, no sería suficiente para conceder el amparo solicitado, puesto que existen otras consideraciones de la sentencia que no se impugnaron y que este Tribunal Colegiado no puede estudiar, por ser el amparo en materia administrativa de estricto derecho; conclusión que hace innecesario el estudio de las infracciones que se aducen en los conceptos de violación, en virtud de que lo expresado en ellos carece de trascendencia jurídica, al subsistir la sentencia reclamada con base en los intocados razonamientos en que se apoya”.

<sup>11</sup>

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

Todos los supuestos anteriores constituyen agravios que deben calificarse de **inoperantes** debido a que se actualiza algún impedimento técnico que imposibilita el examen del planteamiento efectuado, lo cual deriva de situaciones como la falta de afectación a quien realiza el agravio, la omisión de la expresión precisa de los mismos o su formulación material incorrecta o el incumplimiento de las condiciones atinentes a su contenido, lo cual puede darse: a) al no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la RESOLUCIÓN; o b) en caso de reclamar infracción a las normas del procedimiento, al omitir patentizar que se hubiese dejado sin defensa al recurrente o su relevancia en el dictado de la RESOLUCIÓN; o, en su caso, de la concreción de cualquier obstáculo que se advierta y que impida a esta CFC el examen de fondo del planteamiento propuesto, como puede ser cuando se desatienda la naturaleza del procedimiento y del órgano que resuelve. Por tanto, respecto de dichos agravios, adicionalmente, deberá entenderse aplicable la jurisprudencia 188/2009 de la Segunda Sala de la SCJN, la cual expresamente indica:

<sup>9</sup> Registro 188 962. [J]; 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; XIV, Agosto de 2001; Pág. 1110.

<sup>10</sup> Registro 185 279. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; XVII, Enero de 2003; Pág. 1714.

<sup>11</sup> Registro 194 031. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; IX, Mayo de 1999; Pág. 1001.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

**“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS EN LOS QUE SE PRODUCE UN IMPEDIMENTO TÉCNICO QUE IMPOSIBILITA EL EXAMEN DEL PLANTEAMIENTO QUE CONTIENEN.** Conforme a los artículos 107, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 83, fracción IV, 87, 88 y 91, fracciones I a IV, de la Ley de Amparo, el recurso de revisión es un medio de defensa establecido con el fin de revisar la legalidad de la sentencia dictada en el juicio de amparo indirecto y el respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento, de ahí que es un instrumento técnico que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función jurisdiccional, cuya materia se circunscribe a la sentencia dictada en la audiencia constitucional, incluyendo las determinaciones contenidas en ésta y, en general, al examen del respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento del juicio, labor realizada por el órgano revisor a la luz de los agravios expuestos por el recurrente, con el objeto de atacar las consideraciones que sustentan la sentencia recurrida o para demostrar las circunstancias que revelan su ilegalidad. En ese tenor, la inoperancia de los agravios en la revisión se presenta ante la actualización de algún impedimento técnico que imposibilite el examen del planteamiento efectuado que puede derivar de la falta de afectación directa al promovente de la parte considerativa que controvierte; de la omisión de la expresión de agravios referidos a la cuestión debatida; de su formulación material incorrecta, por incumplir las condiciones atinentes a su contenido, que puede darse: a) al no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la sentencia; b) al introducir pruebas o argumentos novedosos a la litis del juicio de amparo; y, c) en caso de reclamar infracción a las normas fundamentales del procedimiento, al omitir patentizar que se hubiese dejado sin defensa al recurrente o su relevancia en el dictado de la sentencia; o, en su caso, de la concreción de cualquier obstáculo que se advierta y que impida al órgano revisor el examen de fondo del planteamiento propuesto, como puede ser cuando se desatienda la naturaleza de la revisión y del órgano que emitió la sentencia o la existencia de jurisprudencia que resuelve el fondo del asunto planteado”<sup>12</sup>.

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

Por otra parte, varios de los agravios de las recurrentes se basan en interpretaciones parciales o aisladas de la RESOLUCIÓN. En este aspecto, existen diversos criterios del PJJ según los cuales las sentencias o resoluciones deben ser entendidos como un todo integral, ya que todas las secciones que la conforman tienden a expresar la decisión que en ellos se plasma. Específicamente:

i) la tesis cuyo contenido es el siguiente:

**“SENTENCIAS, RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS.** Una sentencia no es sino una relación lógica de antecedentes dados, para llegar a una conclusión que resuelve la controversia sometida al juzgador; por lo mismo, la sentencia la constituyen tanto la conclusión lógica de sus antecedentes, como las proposiciones que fijan el sentido de tal relación, y no puede sostenerse que cuando se aclara la congruencia de los elementos del razonamiento que el Juez hace, para llegar a una conclusión, se viole la sustancia del fallo, sólo porque en razón de dicha congruencia, sea necesario aclarar el sentido de la proposición, pues **no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como es la resolutive, sin la relación de los hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la resolución**”<sup>13</sup>;

<sup>12</sup> Registro 166 031. [J]; 9a. Época; 2a. Sala; SJF y su Gaceta; XXX, Noviembre de 2009; Pág. 424.

<sup>13</sup> Registro 353 345. [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; SJF; LXX; Pág. 3764.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

ii) la tesis cuyo contenido es:

*“SENTENCIAS. RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS. Los puntos resolutive de una sentencia son el resultado de las consideraciones jurídicas que los determinan y sirven para interpretarlos, de acuerdo con el principio de congruencia interna de las sentencias, de modo que no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como lo es la resolutive, sin la relación de hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la determinación”.*<sup>14</sup>

Así, deberá entenderse que dichas tesis se insertan a la letra en cada una de las respuestas a los agravios que se contesten en donde se exprese que se realizan **lecturas, citas o interpretaciones** de forma **parcial** o **aislada** respecto de la RESOLUCIÓN. Lo anterior, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

**TERCERA. Análisis de los agravios.** Expuesto lo anterior, se atienden los agravios señalados por SW y AVISEP de la forma siguiente:

#### 1. CUESTIONES GENERALES APLICABLES A TODOS LOS AGRAVIOS

**SW Y AVISEP señalaron:**

La CFC fue omisa, imprecisa y careció de exhaustividad al analizar los hechos, elementos de convicción y consideraciones hechas valer por SW y AVISEP (i) en el escrito de notificación de la CONCENTRACIÓN; (ii) en los escritos presentados con anterioridad a la RESOLUCIÓN y en desahogo al OFICIO DICIEMBRE y OFICIO ENERO; (iii) al presentar información complementaria en desahogo de requerimientos verbales de información.

De igual forma, la CFC omitió (i) requerir información de terceros que sería útil para resolver la CONCENTRACIÓN,<sup>15</sup> (ii) hacer requerimientos integrales respecto de los competidores requeridos;<sup>16</sup> (iii) tomar en cuenta la existencia de otros competidores en productos decorativos,<sup>17</sup> entre otros. Asimismo la motivación (y en ocasiones la fundamentación) vertida en la RESOLUCIÓN es indebida e inclusive en algunos casos inexistente llevando a cabo aseveraciones conclusivas carentes de análisis alguno.

Dada la estrecha relación entre la falta de congruencia y exhaustividad, así como la ausencia o indebida motivación y fundamentación que tiene la RESOLUCIÓN, tales vicios se tratarán de manera conjunta. En ese sentido se realizara la expresión de agravios siendo el orden cronológico de la RESOLUCIÓN.

La fundamentación de un acto de autoridad consiste en la obligación que tienen todas las autoridades de señalar de forma precisa las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias en que se apoye para emitir el acto de molestia o de privación y debe especificar todos los preceptos que existen en el ordenamiento jurídico exactamente aplicables al caso concreto.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Registro 240 090. [TA]; 7a. Época; 3a. Sala; SJF; 199-204 Cuarta Parte; Pág. 44.

<sup>15</sup> Por ejemplo, AXALTA (cuya notificación fue resuelta por la CFC bajo el expediente CNT-059/2012), The Home Depot (y en su caso, Masco, Corp/Behr), Lowe's y ANAFAPYT.

<sup>16</sup> En el caso de BEREL, DOAL, OSEL y PRISA.

<sup>17</sup> Por ejemplo, Pinturas Acuario, Sayer, Adhler, Corev, Pintumex, Optimux, Pintex, entre otras posibilidades.

<sup>18</sup> Las recurrentes refieren el criterio de rubro: “**FUNDAMENTACIÓN LEGAL. CITA DE ORDENAMIENTOS GENÉRICOS**”.

Por su parte, la motivación legal implica la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general que sirve de sustento al acto de molestia y el caso específico. Es decir, la autoridad debe invocar hechos y razonamientos claros, inteligibles, ciertos y bastantes para provocar el acto de autoridad (valoración de los elementos de prueba), para que así se dé al gobernado la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.<sup>19</sup>

Las afirmaciones anteriores resultan **inoperantes**, toda vez que constituyen manifestaciones **genéricas** y **gratuitas**, ya que en realidad no se establecen argumentos lógico-jurídicos ni se relacionan elementos de convicción que especifiquen las situaciones concretas que sustenten los supuestos agravios.

SW y AVISEP se limitan a señalar que la RESOLUCIÓN carece de exhaustividad y congruencia, así como de la debida fundamentación y motivación, sin expresar de forma concreta: (i) cuáles fueron los elementos de convicción específicos, aportados por las recurrentes, que no se tuvieron en cuenta debidamente; (ii) cuáles son los motivos por los cuales consideran que la información que aportaron no se tuvo en cuenta debidamente; (iii) qué información se debió requerir a terceros y porqué era “útil” o “necesario” requerir dicha información adicional a terceros; (iv) de qué manera haber requerido dicha información a terceros habría cambiado el sentido de la resolución; (v) por qué considera que los requerimientos formulados no fueron “*integrales*” y cómo es que haber realizado requerimientos “*integrales*” habría cambiado el sentido de la RESOLUCIÓN; (vi) de qué manera haber tenido en cuenta la existencia de los agentes económicos que refieren como competidores habría cambiado el sentido de la RESOLUCIÓN, máxime cuando con su simple manifestación no expresan las razones por las cuales considera que tienen la capacidad para generar una presión competitiva efectiva o suficiente; (vii) cuáles son los supuestos “casos” en los que la motivación y fundamentación de la RESOLUCIÓN es indebida, inexistente o carente de análisis.

De esta manera, las manifestaciones referidas consisten en afirmar que la RESOLUCIÓN se encuentra viciada al haber cometido la COMISIÓN diversos errores y omisiones, sin sustentar sus afirmaciones y sin expresar las razones de su dicho. No basta que las recurrentes enuncien la supuesta falta de exhaustividad, congruencia, motivación y fundamentación, sino que deben narrar y acreditar el hecho en que fundan su defensa y deben explicar por qué consideran que los argumentos específicos de la COMISIÓN resultan insuficientes, incongruentes o carentes de la debida motivación y fundamentación.

Por otro lado, se señala que más adelante en su recurso de reconsideración SW y AVISEP realizan manifestaciones similares respecto a la supuesta falta de exhaustividad, congruencia, motivación y fundamentación de algunos puntos concretos y específicos contenidos en la RESOLUCIÓN y expresan en cierta forma las razones de su dicho. En estos casos, se analizan puntualmente los agravios, como se desprende del análisis que se realiza a continuación.

## 2. AGRAVIOS ESPECÍFICOS

SW Y AVISEP señalaron:

### I. Indebido análisis de la concentración CNT-095-2012

El artículo 16 de la LFCE establece que se deberán impugnar las concentraciones que “*tengan por objeto o efecto, disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia*”. Por su parte, el artículo 17 de la LFCE señala cuáles son los indicios que pueden *disminuir, dañar o impedir* la competencia y libre concurrencia. En este sentido:

<sup>19</sup> Las recurrentes refieren el criterio de rubro: “*FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN*”.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

(i) La CFC realizó un indebido análisis del artículo 17 de la LFCE, ya que: (a) no acreditó que la concentración pueda conferir a SW el poder para fijar precios unilateralmente o restringir el abasto; y (b) omitió analizar y acreditar que los competidores de SW y COMEX en realidad no tengan o potencialmente no puedan tener la posibilidad de contrarrestar dicho supuesto poder (artículo 17-I de la LFCE).

(ii) La RESOLUCIÓN omite analizar y acreditar que la CONCENTRACIÓN tenga o pueda llegar a tener cualquier indebido efecto de desplazamiento (artículo 17-II de la LFCE). Por el contrario, tal como acreditaron SW y AVISEP en el procedimiento de concentración y como se acredita en el presente recurso, la entrada y expansión de competidores en el mercado de productos es real y actual en México.

(iii) La RESOLUCIÓN es completamente omisa en motivar y acreditar que la concentración pudiera facilitar sustancialmente que SW pudiera realizar alguna de las prácticas monopólicas prohibidas por la LFCE (artículo 17-III de la LFCE). El artículo 17-III de la LFCE dispone expresamente que dicha posibilidad debe ser sustancial y no sólo posible o probable.

Así, la CFC realizó una indebida aplicación del artículo 17 de la LFCE pues omitió motivar y acreditar plenamente que la concentración actualiza plenamente los supuestos de dicho precepto.

La RESOLUCIÓN reconoce la indebida aplicación del artículo 17 de la LFCE cuando cita la sentencia de la SCJN, en el RA 2617/96. Contrario a lo argumentado por la CFC, la SCJN dispone que sólo pueden ser prohibidas las concentraciones que confieran un poder real sobre el mercado que permita dañar, disminuir o impedir la libre competencia o la competencia. Sin embargo, la RESOLUCIÓN es completamente omisa en motivar y acreditar un supuesto poder real que pudiera obtener SW con la adquisición de COMEX.

Por el contrario, la RESOLUCIÓN se basa en meras afirmaciones o párrafos conclusivos carentes de sustento. En parte alguna de la RESOLUCIÓN se sustenta y se acredita la existencia de un poder real que dañe, disminuya o impida el proceso de competencia y libre competencia, derivado de la CONCENTRACIÓN.

Como se demostrará a continuación, resulta evidente la ilegalidad e indebida motivación y fundamentación de la RESOLUCIÓN. Así, debe revocarse la RESOLUCIÓN para en su lugar emitir una nueva en la que se autorice la concentración notificada.

Lo señalado por SW y AVISEP es **infundado**, toda vez que es falso que la RESOLUCIÓN no haya analizado y acreditado: (i) los indicios y las razones por las cuales se consideró que la operación puede *disminuir, dañar o impedir* la competencia y libre competencia; (ii) los elementos que podrían conferir a SW el poder para fijar precios unilateralmente o restringir el abasto; (iii) los elementos tendientes a acreditar que los competidores de SW y COMEX no tienen o podrían no tener la posibilidad de contrarrestar el poder de mercado que deriva de la operación analizada; (iv) los elementos que corresponden a los posibles efectos de desplazamiento en el mercado relevante, así como los relacionados con la posible comisión de prácticas monopólicas prohibidas por la LFCE. En consecuencia, y conforme a los elementos de la RESOLUCIÓN que se citan a continuación, es falso

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

que la COMISIÓN haya sido omisa en analizar los requisitos y elementos previstos en los artículos 16 y 17 de la LFCE. La RESOLUCIÓN señaló:

*“Primera. [...] El artículo 16 de la Ley adopta como criterio para la impugnación de una concentración el que su objeto o efecto sea “(...) disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia (...)” por cualquier vía. El artículo 17 de la Ley establece como indicios de ese daño, el poder fijar precios o restringir el abasto, la posibilidad de desplazamiento indebido o impedir el acceso a los mercados y facilitar prácticas prohibidas por la misma Ley:*

*“Artículo 17.- En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa:*

*I.- Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;*

*II.- Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y*

*III.- Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.”*

*La evaluación de concentraciones ordenada por la Ley tiene un carácter preventivo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al revisar su constitucionalidad, reconoció las facultades preventivas concedidas por la LFCE al establecer:*

*“Por otra parte, tampoco es exacto que la ley sancione las concentraciones cuando el riesgo para la libre concurrencia o la competencia sea potencial, no real, pues el análisis detallado de los textos legales transcritos revela que las concentraciones se declaran prohibidas siempre que confieran a las partes un poder real sobre el mercado que les permita dañar, disminuir o impedir aquéllas [la libre concurrencia o la competencia].*

*Basta que esas operaciones confieran el poder de influir sobre el mercado con infracción a las reglas de la libre concurrencia, para que deba estimarse que la conducta queda comprendida en la hipótesis prevista en la parte final del artículo 28 constitucional en donde se establece que la ley castigará: “todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”, sobre todo si se advierte que el propósito del Constituyente ha sido combatir, no sólo en vía represiva, sino también preventiva, las conductas que pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela, con prescindencia de que los efectos lesivos sobre el mercado se actualicen en cada caso concreto, pues esperar a que ello ocurriera significaría permitir*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

que las conductas anticompetitivas produjeran consecuencias de grave perjuicio para la sociedad.”<sup>20</sup> [Énfasis añadido].

[...]

**Décima Primera.** El artículo 17 de la LFCE establece que en la investigación de las concentraciones, esta Comisión habrá de considerar como indicios de que una concentración tenga por objeto o efecto disminuir, dañar, o impedir la competencia y la libre concurrencia lo siguiente:

“I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.”

Considerando todos los elementos evaluados en el cuerpo de esta resolución, se prevé que de consumarse la operación, ésta conferiría a SW el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en los mercados relevantes, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

En particular, en el mercado de recubrimientos decorativos se identificó que la concentración podría tener efectos contrarios al proceso de competencia. Lo anterior, por las siguientes razones:

- Con la operación, SW-Comex, acumularía una participación de mercado de entre \* por ciento y hasta el \* por ciento en recubrimientos decorativos en México. Los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado de SW-Comex después de la concentración. Después de la concentración, SW-Comex tendría una participación \* y \* veces más grande a la participación de los competidores que le siguen: Berel y Osel, respectivamente. Los demás competidores tienen participaciones marginales.
- Los índices de concentración calculados se ubican por arriba de los umbrales establecidos por la Comisión para considerar poco probable que la operación suscite riesgos para el proceso de competencia y libre concurrencia.
- Aun considerando todos los recubrimientos, la Presentación Ejecutiva de Venta señala que Comex tiene un \* por ciento de participación de mercado en México. SW tendría una participación aproximada de \* por ciento, puesto que sus ventas son aproximadamente la \* parte de las de Comex. Aun bajo el escenario planteado por los promoventes de que todos los tipos de recubrimientos formarían parte de un solo mercado relevante, la participación que alcanzaría SW-Comex podría llegar a \* por ciento, lo que también es indicativa del importante posicionamiento que alcanzaría SW-Comex en el mercado mexicano.
- La operación también conllevaría a la acumulación, por parte de SW, del sistema de distribución más grande del mercado mexicano e, incluso, de América Latina, pues

<sup>20</sup> Resolución del Pleno de la SCJN de quince mayo de dos mil, emitida en el amparo en revisión 2617/96, promovido por la empresa Grupo Warner Lambert, S.A. de C.V.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Comex controla una red \* de venta al por menor constituida por \*  
\* tiendas y tiene una presencia en más \* puntos de venta en  
el canal moderno. Ningún competidor posee el sistema de distribución que tiene Comex.

- La operación significaría la acumulación, por parte de SW, del mayor portafolio de marcas con reconocimiento en la industria, que son las de Comex. Comex® es actualmente la marca \* en México. Sherwin Williams® sería la \* marca en el mercado con mejor posicionamiento en el país. La presencia y reconocimiento de Sherwin Williams® es mayor en el centro de la República Mexicana.
- En el mercado de recubrimientos decorativos se identifican importantes barreras a la entrada, pues un nuevo competidor necesitaría contar con plantas de producción y un sistema de distribución efectivo, incluso con una red \* de tiendas, lo que en el caso de Comex ha llevado décadas en desarrollarse, y es muy difícil de replicar en el corto plazo debido a la necesidad de formar una relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, y tener marcas bien posicionadas y que gocen de reconocimiento, lo cual sería altamente costoso e implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.

Asimismo, la capacidad ociosa de las plantas de Comex es muy alta y equivale a \* por ciento del volumen total de pintura comercializada.<sup>21</sup>

- Comex precisa que el fuerte conocimiento que tienen del consumidor y el reconocimiento de marca con el que cuentan permiten a la empresa anticipar y fijar tendencias en el mercado.
- Tampoco se identifican clientes con la capacidad de evitar que SW-Comex fije precios. Por ejemplo, en el canal tradicional las ventas de Comex se diluyen entre \* concesionarios. En el canal moderno, las grandes cadenas de tiendas de autoservicio, como \* podrían representar una limitante a la elevación de precios; sin embargo, este canal apenas representa aproximadamente el \* por ciento de las ventas de Comex.
- En el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación (desde enero de dos mil y hasta diciembre de dos mil once). Sólo en periodos cortos recientes (por ejemplo a partir de enero de dos mil doce) se observa que el precio de las pinturas evolucionó por debajo de la tasa de inflación.

\*  
\*

- Comex mostró en el periodo de enero dos mil ocho a diciembre dos mil doce la \*  
\*
- Esta situación se confirma con lo señalado en la Presentación Ejecutiva de Venta. En ese documento, se precisa que Comex, a pesar del aumento en los precios de las materias primas, ha podido mantener su margen bruto (excluyendo gastos de depreciación y

<sup>21</sup> Fuente: escrito presentado por las promoventes el veintidós de febrero de dos mil trece, Anexo 13.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

amortización) en el rango de [REDACTED] \* por ciento y que ha logrado obtener márgenes de beneficio superiores a los de sus competidores.

Así, se tiene que Comex, previo a la operación, es una empresa que ya tiene una participación de mercado elevada. Los datos de evolución de precios y la capacidad de mantener e incluso incrementar márgenes de ganancia en recubrimientos decorativos son evidencia que indica que Comex ya cuenta con la capacidad e incentivos de fijar precios.

La operación planteada tendría como resultado la adquisición, por parte de SW (el tercer competidor en importancia), de un agente con poder de mercado en el mercado nacional de recubrimientos decorativos: Comex. Asimismo, la operación conllevaría a la acumulación, por parte de SW, del sistema de distribución más grande del mercado mexicano e, incluso, de América Latina, así como de las marcas más reconocidas en territorio nacional y que pertenecen a Comex.

SW-Comex no enfrentaría restricciones competitivas que le impidieran aumentar precios si así lo deseara. Ninguno de los competidores tendría la capacidad de limitar un posible comportamiento anticompetitivo por parte del agente SW-Comex debido a las razones previamente expuestas. Asimismo, la existencia de barreras a la entrada impediría el ingreso de nuevos competidores con el tamaño suficiente como para contrarrestar el poder del agente concentrado.

Los promoventes no acreditaron cómo la existencia de eficiencias derivadas de la operación pudiera generar aportaciones al bienestar del consumidor suficientes para aminorar los efectos adversos que la transacción impone sobre las condiciones de competencia en los mercados.

Por todo lo anterior, se considera que, en caso de autorizarse la concentración planteada, ésta permitiría a SW consolidar o acrecentar el poder de mercado que Comex ya tiene en el mercado de recubrimientos decorativos en México, lo cual facilitaría a SW-Comex elevar unilateralmente los precios o restringir la oferta en el mercado de recubrimientos decorativos.

"(...) II.- Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y (...)

Como se ha precisado, la capacidad instalada de las plantas de Comex es superior al nivel de operación actual. Excluyendo a la planta KRHAL, dedicada a los recubrimientos en polvo, la capacidad promedio empleada por las plantas de Comex fue de [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento para dos mil diez, [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento para dos mil once y [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento para dos mil doce. Estos porcentajes de capacidad ociosa son elevados y representan [REDACTED] \* [REDACTED] \* millones de litros, lo que equivale al [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento del volumen total de pintura comercializada estimado por la CFC.

En caso de que se autorice la operación, la acumulación de la capacidad ociosa de Comex por parte de SW permitiría al agente que concentra tener la posibilidad de utilizar esa capacidad para disuadir la entrada de competidores potenciales. Por ejemplo, la acumulación de capacidad ociosa permitiría a SW-Comex expandir su

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

producción de forma rápida y reducir los precios de los recubrimientos decorativos ante la posibilidad de entrada de nuevos competidores o expansión de los existentes. La posibilidad de enfrentar pérdidas ante dicho comportamiento sería un factor que impediría el acceso al mercado relevante de competidores potenciales.

También se ha indicado que SW tiene

\*  
\* tiendas de distribuidores certificados en la República Mexicana. Con la adquisición de Comex, SW agregaría a su sistema la red de tiendas más importante de México, pues Comex controla una red \* de venta al por menor constituida por \* tiendas que están distribuidas a lo largo de todo el país. Asimismo, derivado de la operación SW acumularía el mayor portafolio de marcas con reconocimiento en la industria, que son las de Comex. Comex® es actualmente la marca \* en México. Sherwin Williams® sería la \* marca en el mercado con mejor posicionamiento en el país. La presencia y reconocimiento de Sherwin Williams® es mayor en el centro de la República Mexicana.

Por tanto, la operación notificada provocaría que Comex y SW acumularan la red más grande de tiendas de venta al por menor de recubrimientos decorativos; ello, junto con el mayor portafolio de marcas con reconocimiento, serían factores que podrían impedir el acceso al mercado relevante.

"(...) III.- Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley. (...)

Como ya se comentó, con la operación SW-Comex acumularía una participación de mercado de entre \* y hasta el \* por ciento en recubrimientos decorativos en México. Los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado de SW-Comex después de la concentración ya que después de la concentración, SW-Comex tendría una participación estimada de aproximadamente \* y \* veces más grande a la participación de los competidores que le siguen: Berel y Osel, respectivamente. Los demás competidores tienen participaciones marginales.

Adicionalmente, en el mercado de recubrimientos decorativos se identifican importantes barreras a la entrada, pues un nuevo competidor necesitaría contar con plantas de producción y un sistema de distribución efectivo, que podría requerir de una red \* de tiendas, y tener marcas bien posicionadas y que gocen de reconocimiento, lo cual sería altamente costoso e implicaría plazos importantes para impactar significativamente al mercado.

Por otra parte, no se identifican clientes con la capacidad de evitar que SW-Comex fije precios. Por ejemplo, en el canal tradicional las ventas de Comex se diluyen entre \* concesionarios, los cuales tienen obligaciones contractuales con Comex.

La operación planteada tendría como resultado la adquisición, por parte de SW (el tercer competidor en importancia), de un agente con poder de mercado en el mercado nacional de recubrimientos decorativos: Comex. Bajo este contexto y en caso de autorizarse la concentración planteada, ésta permitiría a SW consolidar o acrecentar el

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*poder de mercado que Comex ya tiene en el mercado de recubrimientos decorativos en México. Esta situación facilitaría sustancialmente a SW-Comex el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley, en particular las relacionadas con prácticas monopólicas relativas.” [Énfasis añadido]*

Como se desprende de la cita anterior, la COMISIÓN consideró todos los elementos e indicios que deben evaluarse conforme a los artículos 16 y 17 de la LFCE para impugnar una concentración; es decir, contrario a lo manifestado por las recurrentes, la COMISIÓN sí expuso las razones y los elementos de convicción por los que consideró que la operación debía ser impugnada debido a que su objeto o efecto implica un riesgo real de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. De hecho, dicho análisis se llevó a cabo no sólo respecto de cada una de las tres fracciones del artículo 17 de la LFCE, sino que la consideración de derecho “Décimo Primera” claramente remitió a los apartados de la RESOLUCIÓN en donde se analizan con detalle los razonamientos y elementos de convicción que sustentan la decisión de impugnar la CONCENTRACIÓN de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 18 de la LFCE. Lo anterior, conforme al siguiente cuadro:

Fundamento legal	Supuestos normativos analizados	Apartado y páginas de la resolución
Art. 18, fracción I	<i>El mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de la LFCE.</i>	“Sexta” consideración de derecho, páginas 26 a 51 de la RESOLUCIÓN.
Art. 18, fracción II	<i>La identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trata, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con el artículo 13 de la LFCE, y el grado de concentración en dicho mercado.</i>	“Séptima” consideración de derecho, páginas 51 a 94 de la RESOLUCIÓN.
Art. 18, fracción III	<i>Los efectos de la concentración en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, así como en otros mercados y agentes económicos relacionados.</i>	“Octava” consideración de derecho, páginas 94 a 110 de la RESOLUCIÓN.
Art. 18, fracción IV	<i>La participación de los involucrados en la concentración en otros agentes económicos y la participación de otros agentes económicos en los involucrados en la concentración, siempre que dichos agentes económicos participen directa o indirectamente en el mercado relevante o en mercados relacionados. Cuando no sea posible identificar dicha participación, esta circunstancia deberá quedar plenamente justificada.</i>	“Novena” consideración de derecho, página 110 de la RESOLUCIÓN.
Art. 18, fracciones V y VI	<i>Los elementos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración y que incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia; así como los demás criterios e instrumentos analíticos que prescriba el</i>	“Décima” consideración de derecho, páginas 111 y 112 de la RESOLUCIÓN.

<i>RLFCE (de acuerdo con lo que establece el artículo 16 del RLFCE).</i>
--

Al análisis referido en el cuadro anterior, así como el que corresponde a todos los elementos previstos en el artículo 17 de la LFCE (páginas 112 a 117 de la RESOLUCIÓN) se llevó a cabo sin que los ahora recurrentes establezcan mediante el presente agravio razones o elementos que controvertan de manera específica los argumentos lógico-jurídicos o los elementos de convicción contenidos al respecto en la RESOLUCIÓN.

Asimismo, es falso que la COMISIÓN haya sido omisa en motivar y acreditar el poder de mercado real que podría obtener SW con la adquisición de COMEX y que la concentración, de ser autorizada, podía disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en tanto que se actualizaban los supuestos establecidos en las tres fracciones del artículo 17 de la LFCE. Al respecto, SW y AVISEP se limitan a afirmar que el análisis de la autoridad es contrario a lo argumentado por la SCJN; sin embargo, las recurrentes descontextualizan el pronunciamiento que esta COMISIÓN realizó en la RESOLUCIÓN, concretamente en las consideraciones de derecho “Primera”, “Séptima” y “Décima Primera”. Al respecto, en la consideración de derecho “Primera”, la COMISIÓN claramente estableció que el criterio de la SCJN implicaba que la autoridad, para objetar la operación, debía acreditar la existencia de un poder real de mercado. Al respecto, el análisis en materia de la posibilidad real de adquirir y ejercer dicho poder se encuentra contenido en las consideraciones de derecho “Séptima”, “Octava” y “Décima Primera” de la RESOLUCIÓN, sin que las recurrentes señalen las razones por las cuales el contenido específico de dichos apartados resulta insuficiente para acreditar los extremos de la LFCE y el criterio de la SCJN.

Por otro lado, las afirmaciones de SW y AVISEP respecto a que: (i) la entrada y expansión de competidores en el mercado de productos es real y actual en México; y (ii) la RESOLUCIÓN se basa supuestamente en meras afirmaciones o párrafos conclusivos carentes de sustento, constituyen manifestaciones **genéricas** y **gratuitas**, ya que en realidad no se establecen argumentos lógico-jurídicos ni se relacionan elementos de convicción que especifiquen las situaciones concretas que sustenten los supuestos agravios. Ello toda vez que SW y AVISEP se limitan a señalar que la entrada y expansión de competidores es real y actual, o que la RESOLUCIÓN RECURRIDA contiene diversos errores y omisiones, sin sustentar sus afirmaciones y sin expresar las razones de su dicho.

## **II. Análisis y definición del Mercado Relevante.**

**SW Y AVISEP realizaron diversos argumentos para demostrar que en la RESOLUCIÓN se llevó a cabo un incompleto análisis para definir el mercado relevante, lo que, a su entender, trae por consecuencia la ilegalidad de la RESOLUCIÓN.**

En este aspecto, de conformidad con lo que establecen las fracciones II y III del artículo 12 de la LFCE, la CFC señaló los siguientes elementos en el análisis respecto a la definición de mercado: análisis de costos de flete,<sup>22</sup> bajo porcentaje de las importaciones en el caso de recubrimientos

<sup>22</sup> Página 49 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

decorativos,<sup>23</sup> diferencias significativas en la participación de las ventas representadas por productos importados dependiendo del tipo de recubrimiento de que se trate.<sup>24</sup>

Al respecto, las recurrentes no plantean argumentos específicos ni ofrecen pruebas que controvertan el análisis de dicha información o las conclusiones a las que arribó la CFC con base en la totalidad de los razonamientos y elementos analizados dentro del apartado que corresponde al análisis de mercado relevante. Por tanto, se advierte que, en general, sus manifestaciones **no combaten la totalidad** de los argumentos que sostienen esa parte de la RESOLUCIÓN, lo que hace que, en general, sean **inoperantes**.

En todo caso, la misma evidencia presentada por SW y AVISEP demuestra que los distintos tipos de recubrimientos no pueden considerarse como un solo mercado y que la definición utilizada por la RESOLUCIÓN no adolece de falta de motivación y fundamentación. A continuación se contestará cada uno de los argumentos que las recurrentes realizan al respecto:

**SW Y AVISEP señalaron:**

**La RESOLUCIÓN parte de un indebido e incompleto análisis para la definición del mercado relevante. Los vicios concretos de la RESOLUCIÓN son los siguientes:**

*(i) Mercado de recubrimientos.*

**En la página 11 de la RESOLUCIÓN, la CFC reproduce argumentos de SW y AVISEP bajo los que se sostiene que el mercado relevante es el de recubrimientos. La CFC descalifica dicha definición.**

**SW y AVISEP argumentaron y acreditaron con evidencia exhibida a lo largo de la CONCENTRACIÓN que la correcta definición del mercado relevante debe ser la del mercado de la fabricación y comercialización de recubrimientos. Tal circunstancia no sólo porque “todo tipo de recubrimientos representan una restricción competitiva entre sí, dado que sus procesos de manufactura son muy similares”, sino también porque además de la sustitución tecnológica desde el punto de vista de la oferta, se advierte un grado de sustitución importante de los recubrimientos desde el punto de vista de la demanda.**

**La ausencia de barreras a la entrada en el mercado de la fabricación y comercialización de todo tipo de recubrimientos para el tratamiento de superficies asegura la existencia de condiciones de competencia. La CFC no probó lo contrario.**

**En la página 17 de la RESOLUCIÓN se señala que:**

*“...la posibilidad técnica de fabricar diversos productos en los mismos equipos no satisfacen los supuestos de sustitución por el lado de la oferta porque no se demuestra que el cambio se da de manera inmediata ante un cambio de los principios relativos de forma que efectivamente sea capaz de disciplinar el mercado. Por ejemplo, una empresa que no produce recubrimientos decorativos pero tiene equipo que puede usarse para ello, no necesariamente entra al subir el precio de los recubrimientos decorativos ya que requiere de canales para comercializar su producto, de una marca reconocida para que sea factible la venta y ello no ocurre de manera inmediata”.*

<sup>23</sup> Páginas 49 y 50 de la RESOLUCIÓN.

<sup>24</sup> Dadas las diferencias en la participación de las ventas representadas por productos importados, en la RESOLUCIÓN se concluyó que la dimensión geográfica de los recubrimientos decorativos es nacional, mientras que la dimensión geográfica de otros recubrimientos (marinos, industriales, para protección, en polvo, etc.) es internacional. Página 50 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

De la misma forma, la página 22 de la RESOLUCIÓN dispone que el hecho de que la mayoría de los recubrimientos pueden ser fabricados mediante un mismo proceso de producción y utilizando el mismo equipo, supuestamente no es suficiente para concluir y determinar que el mercado relevante sea el de recubrimientos.

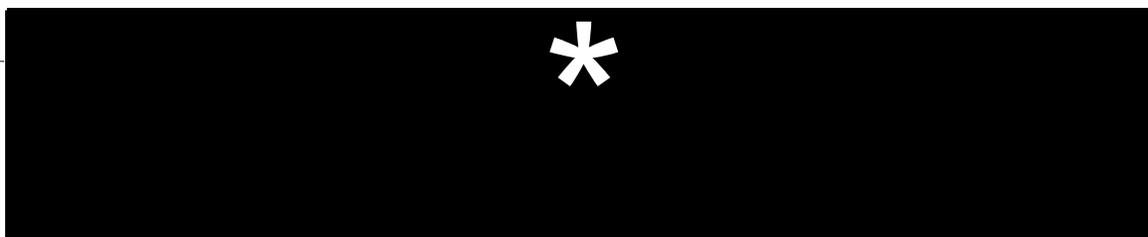
En primer lugar, la CFC indebidamente revierte la carga de la prueba a SW y AVISEP. La CFC estaba obligada a fundar y motivar debidamente, así como probar: (i) si los cambios en producción de diferentes recubrimientos se pueden realizar de manera inmediata, ante un cambio de precios, para disciplinar el mercado; (ii) por qué el cambio debe realizarse de manera inmediata, (iii) por qué los competidores no pueden utilizar los canales de distribución existentes o crear nuevos de manera efectiva; y (iv) por qué es necesario contar con una marca reconocida para comercializar de manera efectiva recubrimientos.

Aunado a lo anterior, desde el punto de vista de la teoría económica, la disputabilidad (“contestability”) de un mercado no requiere, necesariamente, que se dé un “cambio” ni tampoco que éste opere de manera “inmediata”. El sólo hecho de que exista la capacidad potencial de incursionar en un mercado carente de barreras puede ser suficiente para asegurar una restricción competitiva que disuada un incremento no competitivo de precios.<sup>25</sup> Es decir, el cambio real y actual no es necesario, sino únicamente la posibilidad de que dicho cambio pueda actualizarse. La teoría económica establece con relación a la disputabilidad de los mercados, que su grado depende de: (i) la ausencia de barreras a la entrada; (ii) la ausencia de costos hundidos; (iii) igualdad y libertad en el acceso a los mismos grados de tecnología para todos los competidores y competidores potenciales; y, (iv) ausencia de ganancias extra competitivas en el mediano y largo plazo.

En efecto, el grado de disputabilidad es función de la ausencia de barreras de entrada.<sup>26</sup> La CFC no identificó que hubiera costos hundidos en la industria. Más allá de eso, SW y AVISEP proveyeron pruebas suficientes para acreditar la existencia y disponibilidad de canales de distribución en el mercado de los recubrimientos.<sup>27</sup>

Tabla 1

Cuadro X- Canales de Distribución de Pinturas y Recubrimientos en México



<sup>25</sup> William Baumol, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure* (with R.D. Willig and J.C. Panzar), 1982, 1987; Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press Books, The MIT Press, Edition 1, Volume 1, Number 026220071, October, 1988.

<sup>26</sup> Lo que en este caso se actualiza tanto del lado de la producción como del lado de la distribución y comercialización.

<sup>27</sup> Estudio de Competencia presentado por las PARTES el veintiocho de enero de dos mil trece.



Incluso en competencia perfecta, la teoría económica dispone que la extinción de utilidades extra- normales como consecuencia de las variaciones en el precio no tiene por qué darse en el corto plazo, sino en el mediano y largo plazos. Es decir, en un mercado competido, el cambio no tiene por qué darse de manera “*inmediata*”, sino durante un periodo de tiempo.<sup>28</sup>

Asimismo, en la industria de recubrimientos existen ejemplos exitosos como el de Sayer Lack que ha transitado de la producción, distribución y comercialización de barnices y lacas para el cuidado de la madera, a la producción, distribución y comercialización de recubrimientos decorativos.<sup>29</sup>

De esta forma, es incorrecto considerar que “*No existe evidencia de que los distintos tipos de recubrimientos conformen un único mercado*”; pues tanto la CFC, como SW y AVISEP establecen que “*la mayoría de los productos que fabrican Comex y SW pueden ser fabricados mediante un mismo proceso de producción y usando el mismo equipo*”.<sup>30</sup>

El agravio anterior resulta **infundado** en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, las recurrentes señalan que se advierte una sustitución de recubrimientos tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda y además señalan que la CFC no probó la existencia de barreras a la entrada en el mercado de la fabricación y comercialización de todo tipo de recubrimientos para el tratamiento de superficies. Sin embargo, la CFC claramente señaló en la RESOLUCIÓN que “*si bien existe evidencia de que la mayoría de los productos que fabrican Comex y SW pueden ser fabricados mediante un mismo proceso de producción y usando el mismo equipo, como*

<sup>28</sup> William Baumol, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure* (with R.D. Willig and J.C. Panzar), 1982, 1987; Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press Books, The MIT Press, Edition 1, Volume 1, Number 026220071, October, 1988.

<sup>29</sup> Referirse a las siguientes páginas de internet: [http://www.gruposayer.com/productos/barnices\\_para\\_madera](http://www.gruposayer.com/productos/barnices_para_madera) y [http://www.gruposayer.com/productos/pinturas\\_arquitectonicas](http://www.gruposayer.com/productos/pinturas_arquitectonicas), mismas que se exhiben como Anexo 3.

<sup>30</sup> Página 22 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*se verá más adelante, esta situación no es suficiente para establecer que el mercado a analizar es el de recubrimientos*.<sup>31</sup>

En particular, en cumplimiento a lo ordenado en los artículos 18, fracción I, y 12, fracción I, de la LFCE,<sup>32</sup> la COMISIÓN analizó en la RESOLUCIÓN las posibilidades de sustitución de los distintos tipos de recubrimientos y señaló las siguientes razones como las principales causas por las que los distintos tipos de recubrimientos no pueden considerarse como un solo mercado:

- Los distintos tipos de recubrimientos tienen características diferentes: los usos y costos de aplicación derivados de estas características son distintos.
- Los clientes de los distintos tipos de recubrimientos son distintos.
- Los precios de los distintos tipos de recubrimientos son diferentes.
- El análisis de precios relativos no mostró un patrón de comportamiento uniforme y que fuera convergente a una línea constante, lo que representaría un indicio importante para determinar la existencia de sustitución entre dos productos.

Ahora bien, en varias ocasiones las recurrentes plantean que la CFC indebidamente revirtió la carga de la prueba a SW y AVISEP.

Al respecto, las recurrentes alegan que la RESOLUCIÓN no se encuentra debidamente motivada debido a supuestas insuficiencias en cuanto a la obligación de soportar la carga de la prueba (por ejemplo, en materia del análisis de sustitución por el lado de la demanda, en el análisis de sustitución por el lado de la oferta y en relación con el análisis y la determinación de la existencia de barreras a la entrada, tales como la extensión y la importancia de la red de distribución de COMEX). Al respecto, y con independencia de que en cada caso se acredita que dichas afirmaciones son falsas, debe señalarse que las recurrentes omiten considerar la naturaleza y el alcance del procedimiento de notificación de concentraciones.

En este sentido, el procedimiento de control de concentraciones previsto en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE es de carácter preventivo; no es un procedimiento de carácter sancionador.

De hecho, en la misma RESOLUCIÓN se citó el reconocimiento de la SCJN a la naturaleza preventiva del procedimiento de control de concentraciones:

*“La evaluación de concentraciones ordenada por la Ley tiene un carácter preventivo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al revisar su constitucionalidad, reconoció las facultades preventivas concedidas por la LFCE al establecer:*

*“Por otra parte, tampoco es exacto que la ley sancione las concentraciones cuando el riesgo para la libre concurrencia o la competencia sea potencial, no real, pues el análisis detallado de los textos legales transcritos revela que las concentraciones se declaran prohibidas siempre que confieran a las partes un poder real sobre el mercado que les permita dañar, disminuir o impedir aquéllas [la libre concurrencia o la competencia].”*

<sup>31</sup> Página 22 de la RESOLUCIÓN.

<sup>32</sup> Como se establece en la página 26 de la RESOLUCIÓN, la fracción I del artículo 18 de la LFCE señala que para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en términos de la LFCE, la COMISIÓN debe determinar el mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de dicha ley, mismo que instruye en su fracción primera que la COMISIÓN debe analizar: *“I.- Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución; (...).”*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*Basta que esas operaciones confieran el poder de influir sobre el mercado con infracción a las reglas de la libre concurrencia, para que deba estimarse que la conducta queda comprendida en la hipótesis prevista en la parte final del artículo 28 constitucional en donde se establece que la ley castigará: “todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”, sobre todo si se advierte que el propósito del Constituyente ha sido combatir, no sólo en vía represiva, sino también preventiva, las conductas que pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela, con prescindencia de que los efectos lesivos sobre el mercado se actualicen en cada caso concreto, pues esperar a que ello ocurriera significaría permitir que las conductas anticompetitivas produjeran consecuencias de grave perjuicio para la sociedad.”<sup>33</sup> [Énfasis añadido].”*

Mediante el procedimiento de control de concentraciones previsto en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE se analiza una expectativa de derecho que no tiene como punto de partida la realización de conductas ilícitas que puedan dar lugar a actos de privación a los particulares. Así lo ha reconocido la SCJN al resolver el amparo 226/2012:

*“[...] el artículo 21 de la Ley Federal de Competencia Económica establece un procedimiento que versa sobre una expectativa de derecho de los particulares de obtener una autorización para realizar alguna de las operaciones enunciadas en el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica, de donde se aprecia que es un procedimiento a través del cual se busca obtener un permiso o autorización para llevar a cabo un acto jurídico.*

*Por otro lado, el diverso procedimiento previsto en el Capítulo V de la Ley Federal de Competencia Económica, en particular, el establecido en los artículos 30 a 32, es un procedimiento que versa sobre la posibilidad de investigación (de oficio por parte de la Comisión Federal de Competencia) o, denunciar (a instancia de parte) de (sic) la comisión de una posible práctica monopólica, como podría ser el desplazamiento del mercado.*

*En ese tipo de procedimientos, en el caso de tratarse de denuncia por la parte que se estime afectada, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento de notificación de concentraciones, no se busca obtener una autorización por parte de la autoridad, sino que lo que se busca, es hacer del conocimiento de dicha autoridad –a quien corresponde la rectoría del Estado sobre la libre concurrencia económica–, de una conducta que considere contraria a la Ley Federal de Competencia Económica o constitutiva de prácticas monopólicas, como lo podrían ser concentraciones contrarias a la ley, o prácticas monopólicas relativas o absolutas, como el desplazamiento en el mercado.*

*Así, se advierte claramente que la naturaleza de uno y otro procedimiento (de notificación de concentraciones y de investigación), es distinta, porque mientras el previsto en los artículos 20 y 21 de la Ley Federal de Competencia Económica se refiere a la expectativa de derecho de los notificantes de la concentración que se busca se autorice, el otro, esto es, el contenido de los artículos 30 a 33 de la misma Ley, tiende a que se investigue por parte de la Comisión Federal de Competencia Económica la realización de posibles prácticas monopólicas o concentraciones contrarias a la Ley.”*

Resulta particularmente relevante, de acuerdo con lo señalado por la SCJN, que el procedimiento previsto en los artículos 20 y 21 de la LFCE se refiera a una expectativa de derecho de los notificantes de una concentración que los particulares buscan sea autorizada por la autoridad. Dicho criterio de la SCJN implica que, dados los supuestos establecidos en el artículo 20 de la LFCE, nadie tiene el derecho a concentrarse en condiciones contrarias al texto constitucional: la condición del nacimiento del derecho a concentrarse es que la operación no genere un riesgo real al proceso de competencia y

<sup>33</sup> Resolución del Pleno de la SCJN de quince mayo de dos mil, emitida en el amparo en revisión 2617/96, promovido por la empresa Grupo Warner Lambert, S.A. de C.V.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

libre concurrencia. El derecho a concentrarse (cuando la operación rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE) no es preexistente al orden jurídico, ni se encuentra exento de limitaciones constitucionales y condiciones legales: de la autorización de la concentración, en términos de los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE, depende el nacimiento del derecho a concentrarse.

Así, al negar la autorización a una concentración no se actualiza la expectativa de un derecho cuya existencia depende de la autorización de la autoridad. Ese es precisamente el sentido del criterio de la SCJN. Así, en caso de que mediante los razonamientos y elementos de convicción expresados en una resolución se acredite la existencia de un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia relacionado con la operación notificada, el pronunciamiento de la autoridad, negando la autorización a la concentración, implica que no se realiza ni actualiza la condición que determina la existencia del derecho de los particulares a acumular activos o capital social y/o a ejercer directa o indirectamente el control de hecho o de derecho de otro agente económico cuando dicha operación rebasa los umbrales que establece la LFCE.

Lo anterior tiene implicaciones fundamentales en materia de la obligación de la carga de la prueba que también se encuentran vertidas en normas vigentes, aplicables y exigibles a los particulares. En particular, para acreditar que la operación no implica un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia, los agentes económicos que notifican una operación que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE se encuentran obligados a presentar un cúmulo de información que se encuentra previsto en los artículos 21 de la LFCE, 21, fracciones I y II y 22 del RLFCE.

En realidad, el argumento de las recurrentes implicaría que tienen derecho a no presentar la información necesaria para que sea autorizada una concentración que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE. En sentido contrario a dicha pretensión, la normativa de competencia es clara respecto a que los notificantes deben presentar la información veraz y completa para dichos fines, pues el propio artículo 21 de la LFCE indica que se debe acompañar la información sobre la participación de mercado de los notificantes y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida (fracción I) e incluso se sanciona a quien entrega información falsa o declara falsamente ante la COMISIÓN (artículo 35, fracción III).

De hecho, la consecuencia de no presentar la información prevista en dichas normas es que la autoridad puede tener por no notificada la concentración (artículo 22 del RLFCE). Al respecto, en caso de que no se emita el acuerdo que tiene por no notificada una concentración se debe entender que el promovente presentó la totalidad de la información requerida. Así, la información presentada es el punto de partida para determinar los bienes o servicios en los que participan los agentes económicos que se pretenden concentrarse y de ahí determinar cuáles bienes o servicios conforman el mercado desde la dimensión de los bienes o servicios y la geográfica. Con base en la información presentada, la autoridad puede requerir información de tercero u obtener información pública que permita determinar el mercado relevante. Asimismo, con base en dicha información habrá de determinar si existe algún indicio que implique la no autorización de la concentración, pero la información presentada no significa que la operación no implique riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia o que los notificantes no tengan la carga de la prueba para demostrar que la operación notificada genera más beneficios que perjuicios al proceso de competencia y libre concurrencia, pues la LFCE es clara en establecer los supuestos para que una concentración no sea autorizada, sin que sea razón para autorizarla el que los agentes económicos señalen que no cuentan con información suficiente, como ocurrió en el presente caso.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Se insiste en que el derecho a concentrarse (cuando la operación rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE) no es preexistente al orden jurídico al tratarse de una expectativa de derecho, por lo cual los particulares deben demostrar que se encuentran en el supuesto de la norma (es decir, que la concentración no es contraria el proceso de libre competencia o, bien genera más eficiencias que ineficiencias) para que se pueda conceder la autorización.

En este sentido, y con independencia del hecho de que las recurrentes ni siquiera señalan en qué consiste la supuesta sanción o las supuestas obligaciones, cargas y consecuencias jurídicas que se les habrían impuesto, resulta fundamental entender que la resolución mediante la cual se niega la autorización a una concentración no sanciona a los solicitantes debido a que la condición del nacimiento del derecho a concentrarse mediante una operación que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE es precisamente el acto consistente en la autorización de la autoridad.

Adicionalmente, en materia de concentraciones, la información que proveen los notificantes es esencial para la resolución de la concentración. Si bien la CFCE puede requerir información a terceros, el principio de buena fe implica que los notificantes deben presentar información veraz. Sin duda a la CFCE le corresponde comprobar los señalamientos contenidos en la resolución.

Bajo estas consideraciones, las recurrentes olvidan que, en todo caso, a quien corresponde demostrar que existe un solo mercado de recubrimientos, tal como lo pretenden, es precisamente a ellas, sobre todo si en la RESOLUCIÓN se explican las razones y se relacionan los elementos de convicción por los cuales se acredita que en realidad existen distintos mercados de recubrimientos. Son las recurrentes quienes tendrían que demostrar que, contrario a lo que se señala en la RESOLUCIÓN, el tiempo para cambiar de producto a efecto de entrar al mercado de recubrimientos es lo suficientemente corto para considerar que disciplina al mercado; que el cambio del nuevo supuesto entrante puede realizarse a mediano o largo plazo y aun así disciplinar al mercado; cómo es que los competidores podrían utilizar los canales de distribución existentes o crear nuevos de manera efectiva, y cómo es que, a pesar de no contar con una marca reconocida, aun así existiría la posibilidad de nuevos entrantes que podrían competir efectivamente en el mercado y evitar un ejercicio de poder resultante de la concentración.

Al respecto, las recurrentes pretenden olvidar que fueron ellas las que presentaron la información para que la CFCE pudiera determinar el mercado relevante y el poder que podrían adquirir como resultado de la concentración. La determinación respecto del mercado relevante y poder de mercado es una observación del mercado a partir de los datos que presentan los notificantes y los que se recaban del mercado.

Asimismo, con el mero señalamiento consistente en que *“desde el punto de vista de la teoría económica”* no se requiere que exista un cambio de manera inmediata porque el solo hecho de que exista la capacidad potencial de incursionar en un mercado sin barreras puede asegurar una disuasión del incremento no competitivo de precios, no se desvirtúa lo señalado en la RESOLUCIÓN, pues ésta no únicamente se basa en el hecho de que el cambio tenga que ser inmediato, sino en el hecho de que para poder competir efectivamente en el mercado señalado es necesario tener los canales de distribución para ello y la existencia de una marca reconocida por los consumidores que permita que éstos acudan a comprar al nuevo entrante.

Al respecto, en sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes respecto de la disputabilidad de un mercado desde el punto de vista de la teoría económica, debe señalarse que la teoría de los mercados contestables es la versión multiproducto con costos fijos de la teoría de la competencia

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

perfecta (Spence 1983).<sup>34</sup> Dicha teoría expresa el principio de que las empresas son tomadoras de precios por entrada rápida y salida sin costo (*hit and run entry*). De tal forma que si alguien tiene beneficios por arriba de cero, alguien con la misma tecnología puede entrar y recortar precios de tal forma que los beneficios por arriba de cero se eliminen. Una característica fundamental de dicha teoría es que todas las empresas tienen acceso a las mismas marcas (es decir pueden producir exactamente el mismo producto). Esto no se cumple en el caso de la concentración analizada dentro de los expedientes CNT-095-2012 y RA-027-2013. De hecho, la marca se construye a través de un proceso largo de inversión en publicidad y servicio al usuario final, inversión que no se recupera sino a través de la venta del producto cuya marca se ha posicionado. En este sentido, la marca es activo intangible que no tiene muchos usos alternativos, (a menos que, por ejemplo, se considere que COMEX se puede convertir en una marca de coche y que el reposicionamiento no cueste). Resulta por lo tanto falso que el mercado sea contestable. Más aún, el hecho de que exista esa situación invalida uno de los supuestos cruciales para que la teoría de los mercados contestables funcione, este supuesto es el de la entrada y salida rápida. Por lo tanto, las predicciones de los mercados contestables no se cumplen en el caso la concentración que en este caso se analiza.

A mayor abundamiento, un mercado disputable o “contestable” es aquel en el que no cuesta nada ni salir ni entrar, aquel en el cual los costos hundidos son bajos o no existen. Las barreras a la entrada en el mercado de recubrimientos decorativos (o arquitectónicos) son, entre otras, la creación de una red de distribución, la capacidad ociosa y el reconocimiento de marca. Este último factor, como se dijo en el párrafo anterior, no se construye de manera inmediata ni sin incurrir en costos elevados; de hecho, requiere de inversiones y plazos significativos para su realización. Incluso, es claro que COMEX y SW han incurrido en costos tales como los gastos en mercadotecnia y publicidad para lograr su reconocimiento y posicionamiento de marca. También se encuentran presentes en este caso otros indicios de compromisos de permanencia en el mercado, como es la presencia de capacidad instalada ociosa o excesiva.<sup>35</sup> Además, un mercado disputable se caracteriza por beneficios o ganancias limitadas de las empresas en el mercado, porque, aunque no haya entrada, la sola ausencia de barreras a la entrada evita que los competidores existentes determinen precios que les permitan obtener ganancias por encima de los niveles competitivos. Al respecto, es claro que ese no es el caso de COMEX y SW según sus reportes de márgenes y utilidades. Para mayor detalle respecto del análisis de barreras a la entrada, se remite al apartado “IV. Análisis de barreras de entrada” de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

Asimismo, la posibilidad técnica de fabricar diversos productos en los mismos equipos no satisface los supuestos de sustitución por el lado de la oferta porque ninguno de los argumentos o de las pruebas presentadas por las recurrentes tiende a demostrar que el cambio (consistente en reemplazar la producción de un producto por otro mediante los mismos equipos) se da de manera inmediata ante un cambio de los precios relativos, de forma que la mera posibilidad de cambiar de productos sea capaz de disciplinar el mercado. Por ejemplo, una empresa que no produce recubrimientos decorativos, pero tiene el equipo que se requiere para fabricarlos, no necesariamente entra al mercado de recubrimientos decorativos al subir el precio de éstos, ya que requiere de canales para comercializar su producto, así como de una marca reconocida para que sea factible la venta y dicha situación no se produce de

<sup>34</sup> Spence, Michael (1983). Contestable Markets and the Theory of Industry Structure. *Journal of Economic Literature*. Vol 21, págs. 981-990.

<sup>35</sup> Véase al respecto el análisis contenido en el apartado denominado “(ii) Infraestructura de Producción- Capacidad instalada y utilizada” de la presente resolución.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

manera inmediata o automática y menos aun cuando las barreras a la entrada son altas, como ha quedado demostrado en el presente caso.

Finalmente, las recurrentes únicamente refieren el supuesto caso de Sayer Lack como un ejemplo de un competidor que comenzó en el mercado de recubrimientos decorativos; no obstante, no indican cuándo entró dicho competidor, cuánto tiempo le ha tomado entrar al mercado, cuál sería su participación y su trayectoria y cuáles son los canales de distribución que utiliza o el reconocimiento de marca que puede tener por parte de los consumidores. En otras palabras, las recurrentes no contextualizan ni dimensionan dicha entrada en términos de monto o volumen de ventas, participaciones de mercado, la existencia de barreras a la entrada como canales de distribución o marcas o cualquier otro indicador que permita evaluar el supuesto "ejemplo exitoso". Por último, resulta por demás contradictorio que las recurrentes insistan en que sólo existe un mercado de recubrimientos y, al mismo tiempo, señalen en su escrito de recurso de reconsideración que "*no se realiza agravio alguno respecto de los razonamientos y conclusiones de la CFC relacionadas con (i) las pinturas para repintado automotriz, (ii) recubrimientos marinos, (iii) recubrimientos de protección, (iv) otros recubrimientos industriales, (v) aerosoles, (vi) barnices industriales para madera, (vii) recubrimientos en polvo, (viii) solventes, (ix) adhesivos, y (x) productos auxiliares a los recubrimientos*".<sup>36</sup> Toda vez que si consideraban que formaban parte del mismo mercado relevante, su impugnación era mandatoria.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*(ii) Sustitución con materiales distintos a los recubrimientos.*

La CFC realiza un análisis indebido, parcial y tergiversado respecto de la sustitución entre los recubrimientos y otros materiales, para determinar si dichos otros materiales son sustitutos de los recubrimientos, para efectos de la definición del mercado relevante.

En primer lugar, las referencias que hicieron SW y AVISEP a la posibilidad de sustituir los recubrimientos con "*otros materiales*", se dieron en contexto del desahogo al OFICIO ENERO. En dicho desahogo, SW y AVISEP simplemente señalaron que ciertos productos pueden ser considerados como sustitutos de los recubrimientos.

De forma inmotivada, la CFC realiza una comparación ente diferentes productos y los recubrimientos, haciendo particular énfasis en los recubrimientos decorativos. Así, la CFC concluye reiteradamente que "*la pintura es la opción más barata*".<sup>37</sup> Asimismo, la página 35 de la RESOLUCIÓN señala que: "*En conclusión, la supuesta sustitución en términos de análisis de competencia entre los distintos tipos de recubrimientos propuestos por los promoventes y los recubrimientos decorativos no es evidente, ya que los precios y costos de instalación de los recubrimientos propuestos son sustancialmente superiores a los precios y costos de instalación de los recubrimientos decorativos*".

La CFC lleva a cabo una indebida comparación entre los recubrimientos y otros materiales (papel tapiz, azulejo, entre otros), ya que omite considerar que en el análisis de precios y costos que realiza, existen empalmes y coincidencias entre dichos materiales y pinturas. Por ejemplo, algunas pinturas de precio alto pueden coincidir con cierto papel tapiz de bajo precio y otros materiales. Así, el consumidor tiene diversas opciones entre las coincidencias

<sup>36</sup> Página 7 de su recurso.

<sup>37</sup> Páginas 31, 32, y 35 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

de dichos productos y, por tanto, sí existe cierto grado de sustitución entre los recubrimientos decorativos y otros materiales que la CFC omitió reconocer y analizar adecuadamente.

En efecto, la CFC omite analizar que existen diferentes rangos de precios de otros materiales y los recubrimientos decorativos, y que algunos materiales pueden ser sustitutos de los recubrimientos. Algunas de las pinturas de alto precio pueden coincidir con papeles tapiz de bajo precio o los de algunos otros materiales. El mismo criterio resulta aplicable al análisis correspondiente al tiempo y costo de aplicación de los otros materiales y los recubrimientos decorativos. La tabla 2 demuestra dicha posibilidad.<sup>38</sup>

a) Baños de veinticinco metros cuadrados:

MATERIAL	COSTO MATERIAL (pesos)	COSTO MANO DE OBRERA (pesos)	COSTO OTROS MATERIALES (pesos)	COSTO TOTAL (pesos)	TIEMPO APROXIMADO DE INSTALACIÓN (min)
PINTURA (esmalte base agua)			*		
PAPEL TAPIZ					
VIDRIO BLOCK					
AZULEJO <sup>38</sup>					

Fuente: escrito presentado por los promoventes el cuatro de junio de dos mil trece, folios 5598-5600.

La CFC hace referencias sin sustento o motivación respecto del potencial uso de los otros materiales. Por ejemplo, en la página 32 de la RESOLUCIÓN, la CFC sin sustento alguno concluye que *“el uso del papel tapiz en una cocina tiene el inconveniente de que se ensucia de cochambre más fácilmente que la pintura y es más difícil de limpiar”*. ¿Cuál es el análisis científico o las pruebas concretas para llegar a esta conclusión? El hecho de que alguno se pueda ensuciar o no más fácilmente no elimina la *posibilidad* de sustitución. El artículo 12-I de la LFCE no exige sustitución perfecta sino posibilidades de sustitución. Así, la CFC omitió motivar debidamente la RESOLUCIÓN y analizar, considerar y evaluar la posibilidad de sustitución de productos y materiales de los recubrimientos decorativos.

Es común que los recubrimientos tengan distintos precios entre sí, al variar en diversas características como textura, durabilidad, finalidad, composición de insumos y otros más. En efecto, los recubrimientos sirven distintas necesidades para diferentes tipos de consumidores que tienen múltiples opciones para satisfacer sus necesidades. Un número importante de las distintas modalidades de recubrimientos son sustituidas entre sí desde el punto de vista de la demanda, además de serlo desde el punto de vista de la oferta. La CFC es omisa en acreditar lo contrario.

El agravio anterior resulta **infundado** en virtud de las siguientes consideraciones:

<sup>38</sup> Incluida en la página 30 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En primer lugar, en relación con el análisis de las características, usos y clientes de los distintos tipos de recubrimientos, así como en materia de los costos relacionados con su aplicación, la RESOLUCIÓN señala lo siguiente:<sup>39</sup>

*“Quinta. Las principales características de los productos fabricados o comercializados por Comex y SW en territorio nacional son:*

PRODUCTO	DESCRIPCION
Recubrimientos decorativos (base solvente, acrílicos, esmaltes, texturizados, base agua, otro tipo de recubrimientos) <sup>39</sup>	Todo tipo de recubrimientos que son usados para la decoración y/o protección de hogares. Por ejemplo, pinturas para albercas, pinturas para pisos, para paredes interiores y exteriores de casas y edificios.
Pinturas para repintado automotriz (base solvente)	Todo recubrimiento empleado para repintar automóviles.
Marino (base solvente)	Todo recubrimiento empleado para la protección de barcos y de instalaciones marinas de la corrosión causada por el agua del mar. Por ejemplo, recubrimientos anti vegetativos.
Protección (base solvente y base agua)	Todo recubrimiento empleado para proteger instalaciones industriales de los efectos de la corrosión.
Otros recubrimientos industriales (base solvente y base agua)	Todo recubrimiento empleado como acabado para manufacturas originales.
Aerosoles (base solvente)	Todo recubrimiento, en forma de aerosol, que no se diluye con agua.
Barnices industriales para madera	Todo recubrimiento fabricado especialmente para recubrir superficies de madera. Por ejemplo, tintas, barnices y lacas.
Recubrimientos en polvo	Todo recubrimiento en forma de polvo, empleado como acabado para manufacturas originales.
Solventes	Todo material utilizado para disolver pintura. Por ejemplo, thinner o aguarrás.
Pegamentos	Todo material empleado como adhesivo. Por ejemplo pegamento blanco y adhesivos para yeso.
Productos auxiliares a los recubrimientos	Todo material utilizado en la aplicación de recubrimientos. Por ejemplo brochas, rodillos, espátulas y pistolas de aire comprimido.

**Proceso de producción.**

Los promoventes manifestaron que los procesos de producción para los recubrimientos presentan, en la mayoría de los casos, etapas y características iguales, las cuales son:

- \*
- 
- 
- 

<sup>39</sup> Páginas 17 a 22, 26 a 35 y 45 de la RESOLUCIÓN.

○  
○  
○

\*

Los promoventes señalan que en general los equipos en cada etapa se usan para la mayoría de los productos y familias, solo siendo necesario dedicar equipos para aquellos colores o familias químicas que por su naturaleza pueden causar contaminación o incompatibilidad con el resto de los productos.

[...]

Asimismo los promoventes señalan que los texturizados y la pintura en polvo son las líneas que por su naturaleza difieren en proceso y equipo a los recubrimientos en general, pues en los primeros se requiere de mezcladoras que homogenicen los componentes en una pasta muy espesa, como los utilizados en la industria de los morteros y en el segundo caso, el proceso es diferente requiriendo de mezcladores de polvos, extrusores y molinos de sólidos.

Respecto de los procesos de producción de los solventes y pegamentos, los promoventes señalan que los procesos de fabricación de estos productos no difieren en gran medida de los procesos utilizados en la fabricación de recubrimientos siendo únicamente necesario dedicar equipos distintos para aquellos colores o familias químicas que por su naturaleza pueden causar contaminación o incompatibilidad con el resto de los productos.

Si bien existe evidencia de que la mayoría de los productos que fabrican Comex y SW pueden ser fabricados mediante un mismo proceso de producción y usando el mismo equipo, como se verá más adelante, esta situación no es suficiente para establecer que el mercado a analizar es el de recubrimientos.

[...]

**Sustitución con materiales distintos a los recubrimientos.**

De acuerdo con la información proporcionada por los promoventes, los productos fabricados por Comex y SW tendrían como sustitutos los siguientes productos:

Familia	Tipo de Base	Aplicación	Superficie de aplicación	Resistencia	Principales clientes	Posibles sustitutos
Recubrimientos decorativos - Vinílicas	Agua	Interior / Exterior	Yeso, panel de yeso, ladrillo, muros y plafones de concreto, aplanados de cemento	Algas, hongos	Amas de casa, diseñadores y arquitectos	Papel tapiz, impermeabilizante para exteriores, esmalte
Recubrimientos decorativos - Esmaltes	Solvente / agua	Interior / Exterior	Metal, madera, yeso, paneles de yeso, concreto, aplanados de	Corrosión, humedad, algas moho	Amas de casa, diseñadores y arquitectos	Recubrimiento para madera, pintura vinílica

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

<i>Familia</i>	<i>Tipo de Base</i>	<i>Aplicación</i>	<i>Superficie de aplicación</i>	<i>Resistencia</i>	<i>Principales clientes</i>	<i>Posibles sustitutos</i>
			<i>cemento</i>			
<i>Repintado automotriz</i>	<i>Solvente</i>	<i>Exterior</i>	<i>Carrocerías de automóviles</i>	<i>Intemperie</i>	<i>Talleres de repintado automotriz</i>	<i>Laminado, plásticos</i>
<i>Recubrimientos marinos</i>	<i>Solvente</i>	<i>Exterior</i>	<i>Cascos de embarcaciones</i>	<i>Ambientes marinos</i>	<i>Navieras y marinas</i>	<i>Fibra de vidrio y plástico</i>
<i>Recubrimientos para protección</i>	<i>Solvente y agua</i>	<i>Exterior</i>	<i>Estructuras, tanques, pisos y plataformas</i>	<i>Ambientes corrosivos</i>	<i>Industria química y derivados</i>	<i>Lámina galvanizada</i>
<i>Recubrimientos para yates</i>	<i>Solvente</i>	<i>Exterior</i>	<i>Cascos de embarcaciones</i>	<i>Ambientes marinos</i>	<i>Navieras y marinas</i>	<i>Fibra de Vidrio y plástico</i>
<i>Recubrimientos para madera</i>	<i>Solvente y agua</i>	<i>Interiores y exteriores</i>	<i>Muebles y equipo de madera</i>	<i>Abrasión</i>	<i>Fabricantes de muebles</i>	<i>Laminados Plásticos</i>
<i>Recubrimientos en polvo</i>	<i>Polvo</i>	<i>Exterior</i>	<i>Cancelería, estanterías y piezas metálicas</i>	<i>Intemperie</i>	<i>Fabricantes de cancelería y maquinaria</i>	<i>Plásticos y lámina galvanizada</i>
<i>Otros recubrimientos industriales (ej. pintura vialidades)</i>	<i>Solvente y agua</i>	<i>Exterior</i>	<i>Carreteras, vialidades y mampostería</i>	<i>Abrasión</i>	<i>Contratistas y SCT</i>	<i>Extrusión de plásticos</i>

*Del cuadro anterior cabe mencionar que en la mayoría de los casos los promoventes en lugar de proponer sustitutos de los recubrimientos de Comex y SW proponen productos que sustituyen a la superficie de aplicación de los recubrimientos. Por ejemplo, para el repintado automotriz no proponen un producto que sustituya al recubrimiento sino laminados plásticos que sustituyen a la superficie de metal del auto al cual se le aplica el recubrimiento; la misma situación sucede para el caso de los recubrimientos marinos, para protección, yates, para madera y en polvo. Por lo cual, los promoventes señalan sustitutos a las superficies a las cuales son aplicados los recubrimientos y no sustitutos de los recubrimientos".*

Al respecto, la información referida respecto de las características, usos y clientes de los distintos tipos de recubrimientos, en particular el cuadro citado en las páginas 26 y 27 de la RESOLUCIÓN se elaboró con la información presentada el veintidós de febrero de dos mil trece por SW y AVISEP mediante los anexos identificados como "Anexo 2A" y "Anexo 2".<sup>40</sup> De acuerdo con dicha información, tanto las características como los usos y los clientes de los distintos tipos de recubrimientos son diferentes. Asimismo, como se señaló en la RESOLUCIÓN, SW y AVISEP no presentaron una propuesta de

<sup>40</sup> Folios 2791, 2827, 2829, 2830 y 2870.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

productos sustitutos de los recubrimientos, sino que propusieron productos que sustituyen a la superficie de aplicación.<sup>41</sup>

En lugar de combatir las consideraciones referidas, SW y AVISEP se limitan a señalar que la información que presentaron se dio en el contexto del desahogo de un requerimiento de información, sin expresar por qué ello es relevante o por qué la autoridad no debía tener en cuenta la información que ellos mismos presentaron. En este sentido, la información presentada por SW y AVISEP el veintidós de febrero de dos mil trece, mediante los anexos identificados como "Anexo 2A" y "Anexo 2" constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de quien lo presentó (SW y AVISEP, en este caso) conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203 y 210 del CFPC.

Según SW y AVISEP, mediante el desahogo al requerimiento de información al OFICIO ENERO únicamente señalaron que ciertos productos pueden ser considerados como sustitutos de los recubrimientos; no obstante, omiten considerar el señalamiento contenido en la RESOLUCIÓN según el cual no presentaron propiamente una propuesta de productos sustitutos de los recubrimientos, sino que propusieron productos que sustituyen a la superficie de aplicación.

Asimismo, en la RESOLUCIÓN se explicó por qué era relevante la información presentada por SW y AVISEP según la cual tanto las características como los usos y los clientes de los distintos tipos de recubrimientos son diferentes. Se reitera que las recurrentes no combaten dichos razonamientos. De hecho, en su recurso de reconsideración SW y AVISEP reconocen que los distintos tipos de recubrimientos tienen diversas características (texturas, durabilidad, finalidad, composición de insumos y otros más) y sirven distintas necesidades para diferentes tipos de consumidores.

El análisis respecto a los distintos usos, características y clientes de los recubrimientos constituye uno de los elementos que, junto con el análisis de precios y costos, permitió a la autoridad concluir que los distintos tipos de recubrimiento no pueden considerarse como un solo mercado. No obstante, se reitera que SW y AVISEP incluso reconocen que los clientes, las características y los usos de los recubrimientos son diferentes.

En segundo lugar, SW y AVISEP señalan que la CFC realizó de forma inmotivada una comparación entre los recubrimientos y otros materiales (papel tapiz, azulejo, entre otros) debido a que existen empalmes y coincidencias en el análisis de precios y costos, entre los materiales analizados (papel tapiz, azulejo, entre otros) y las pinturas. Asimismo, consideran que ello es relevante debido a que el consumidor tiene diversas opciones entre las coincidencias de dichos productos y, por tanto, sí existe cierto grado de sustitución entre los recubrimientos decorativos y otros materiales que la CFC omitió reconocer y analizar adecuadamente.

Al respecto, el artículo 12 de la LFCE establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 12.- Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:*

*I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;*

<sup>41</sup> Al respecto, en la página 27 de la RESOLUCIÓN se explicó que dicha situación se observaba en los casos del repintado automotriz, en el caso de los recubrimientos marinos, en los recubrimientos para protección, en los recubrimientos para yates, en los recubrimientos para madera y en los recubrimientos en polvo.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las posibilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; [...].”

Con independencia de que el precepto aplicable no refiere el término “grados de sustitución”, sino posibilidades de sustituir un bien por otro, resulta particularmente relevante tener en cuenta lo siguiente:

- a) Un recubrimiento que es originalmente elaborado para utilizarse como pintura decorativa podría ser utilizado, por ejemplo, como pintura automotriz; no obstante el desempeño de la pintura decorativa utilizado para pintar un automóvil no será comparable con el desempeño de un producto que se elabora para ser utilizado como pintura automotriz. Así, el hecho de que la pintura automotriz “pueda” usarse para pintar una casa (o el hecho de que se “pueda” pintar un carro con pintura decorativa) no significa que la pintura automotriz sea un sustituto de los recubrimientos decorativos: los distintos tipos de recubrimientos satisfacen distintas necesidades de los consumidores (de ahí que el concepto “grados de sustitución”, en la forma en que lo refieren las recurrentes, no tenga la precisión ni el contenido suficiente como para que su aplicación resulte relevante en el caso concreto).

Desde luego que el artículo 12, fracción I, de la LFCE no exige sustitución perfecta, como lo señalaron las recurrentes, ya que dicho precepto establece la obligación de un análisis respecto a las “posibilidades de sustitución” de los bienes y servicios que en cada caso se analicen; no obstante, el significado del concepto previsto en la norma no tiene el alcance pretendido por SW y AVISEP debido a que no basta, por ejemplo, que sea “posible” pintar un automóvil con pintura decorativa para considerar que los distintos tipos de recubrimientos son sustitutos.

La elección de un producto entre varios productos sustitutos por parte del consumidor se basa en los atributos que los caracterizan; uno de estos atributos es obviamente el precio pero no es el único. Existen otros atributos que tienen relevancia en la decisión del consumidor, entre ellos la calidad y la funcionalidad del producto. Es claro que para el recubrimiento externo ni el papel tapiz, ni el azulejo, ni el vidrio block constituyen un sustituto de la pintura: no se necesita ninguna prueba científica para concluir que los últimos no son sustitutos del primero, la calidad y la funcionalidad de los productos es absolutamente distinta y por tanto no son sustitutos. Ahora bien, para el recubrimiento interno, y siguiendo el ejemplo de los baños expuesto por las recurrentes en la Tabla 2, aplica el mismo razonamiento: no es necesario proveer una prueba científica que demuestre que el papel tapiz es de menor duración que la pintura a base agua para el caso de los baños constantemente expuestos a la humedad, por razones obvias (de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y el sentido común)<sup>42</sup> y debido a que es poco frecuente que un baño común se cubra totalmente con azulejo o vidrio block.

<sup>42</sup> Sirven de sustento los criterios contenidos bajo las tesis de rubro: “REGLAS DE LA LÓGICA Y LA EXPERIENCIA. LA FALTA DE DEFINICIÓN LEGAL PARA EFECTO DE LA VALORACIÓN DE PRUEBAS EN LA DECISIÓN JUDICIAL, NO INFRINGE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES”, “PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)”, “PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

De ahí la importancia del análisis, no controvertido, respecto de los distintos usos, características y clientes de los diferentes tipos de recubrimientos que se lleva a cabo en la RESOLUCIÓN.

- b) La CFC analizó las posibilidades de sustituir los recubrimientos decorativos, que son los productos más importantes dentro del portafolio de ventas de COMEX y SW con los distintos tipos de materiales propuestos por las recurrentes. Al respecto, se encontraron de forma consistente diferencias sustanciales en costos que indicaron que la supuesta sustitución (en términos de análisis de competencia) entre los distintos tipos de materiales propuestos por las promoventes y los recubrimientos decorativos no se había demostrado, ya que los costos de instalación y aplicación de los materiales propuestos son sustancialmente superiores a los precios y costos de instalación de los recubrimientos decorativos.<sup>43</sup>

Las recurrentes tratan de sostener el argumento de que existe cierto "grado de sustitución" por el hecho que pueden existir traslapes entre los precios/costos de instalación de diferentes recubrimientos. Sin embargo, el hecho de que puedan existir condiciones bajo las cuales recubrimientos diferentes tengan precios similares no los hace sustitutos, ya que deben considerarse los otros elementos señalados por la CFC, entre ellos, calidad y funcionalidad del producto. En todo caso, las recurrentes no demuestran que la posibilidad de sustitución en los rangos de traslape de los precios que mencionan en la tabla 2 para el caso de los baños sea suficiente para generar una disciplina en precios de los recubrimientos decorativos. Por el contrario, la existencia de un rango amplio de disparidad en los precios, junto con las diferencias en funcionalidad y calidad señala que no existe esta disciplina.

En otras palabras, el hecho de que existan algunas excepciones, como las apuntadas por las recurrentes, no cambia las conclusiones de la RESOLUCIÓN precisamente porque se trata de excepciones: en la gran mayoría de los casos los costos de instalación de los recubrimientos propuestos son superiores a los costos de instalación de los recubrimientos decorativos, considerando la información de costos que los mismos recurrentes presentaron mediante escrito de cuatro de junio de dos mil trece.<sup>44</sup>

Asimismo, se señaló en la RESOLUCIÓN que la información presentada por las ahora recurrentes hacía referencia a los costos de instalación o de aplicación de los diversos materiales (mismos que de forma consistente arrojan las diferencias apuntadas); pero no a otros elementos importantes como la durabilidad de los recubrimientos; es decir, no pueden considerarse como sustitutos productos que tienen características de duración distintas. En este sentido, su propuesta también resultó incompleta, además de ser indicativa de las significativas diferencias entre los materiales propuestos y los recubrimientos decorativos.

---

*SISTEMAS", "PRUEBA PRESUNCIONAL HUMANA. SU VALORACIÓN (CÓDIGO DE COMERCIO)", "INSPECCIÓN OCULAR. ES ILEGAL SU DESECHAMIENTO BAJO EL ARGUMENTO DE QUE EL ACTUARIO CARECE DE CONOCIMIENTOS TÉCNICOS", "PRUEBA CIENTÍFICA. SU JUSTIFICACIÓN Y VALIDEZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS".*

<sup>43</sup> Por ejemplo, los costos totales de colocar papel tapiz son superiores en porcentajes que van de [REDACTED] \* con relación al costo total de aplicar pintura. Por otro lado, los costos de la piedra laja son superiores en porcentajes que van de [REDACTED] \* con relación al costo total de aplicar pintura decorativa. Asimismo, el costo del azulejo es mayor entre [REDACTED] \* por ciento, con relación al costo total de aplicar pintura.

<sup>44</sup> Folios 5598 a 5600, 5603, 5604 a 5605 y 5608.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

- c) Las recurrentes reconocen que existen diferentes tipos de usos, características y clientes para diferentes tipos de recubrimientos, relegando la diferenciación desde el punto de vista de la demanda, como si lo único relevante fuera el análisis de sustitución desde el punto de vista de la oferta. No obstante, como se verá a continuación, ni siquiera desde esa perspectiva es posible arribar a la conclusión de que todos los tipos de recubrimientos constituyen el mismo mercado.
- d) Asimismo, de conformidad con la propia PRESENTACIÓN EJECUTIVA se advierte que COMEX habría tenido (como lo establece dicho documento fechado en dos mil doce y presentado ante la CFC por SW y AVISEP) **■\*** *de participaciones de mercado en el segmento de recubrimientos decorativos en México y un promedio de **■\*** de participación de mercado en el mercado mexicano de recubrimientos.*<sup>45</sup> Ello únicamente confirma que incluso entre las propias recurrentes existe un reconocimiento claro respecto a que existe un segmento diferenciable de los "recubrimientos" que distinguen claramente como el de recubrimientos decorativos.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

*(iii) Sustitución entre recubrimientos.*

A efecto de analizar la potencial sustanciación entre los distintos tipos de recubrimientos para determinar la definición del mercado relevante, la CFC realiza un análisis de precios relativos para distintos recubrimientos y análisis econométrico de co-integración para evaluar si los precios de los productos muestran un comportamiento estadísticamente similar y convergente.

Un análisis económicamente de co-integración puede ser indicativo de sustituibilidad, pero no es condición necesaria ni suficiente para determinarla con certeza. Ciertos productos pueden ser considerados sustitutos cercanos desde el lado de la oferta y demanda que pueden tener cambios de precios relativos en el tiempo.

En la página 36 de la RESOLUCIÓN, la CFC señala lo siguiente: "La Comisión realizó un análisis de precios entre los distintos productos de Comex y SW, para determinar si los recubrimientos pertenecen todos a un mismo mercado o cada uno de los tipos de recubrimientos conforman mercados distintos. Para ello, en primer término se analizaron las gráficas de los precios relativos de los productos de recubrimientos de Comex y SW. Posteriormente, se efectuó un análisis de co-integración de precios de los productos".

El primer paso para un análisis de co-integración con el objeto de estudiar sustituibilidad consiste en la construcción de precios relativos para el conjunto de productos que pretenden analizarse. Los precios relativos se construyen a partir del cociente de dos precios absolutos. La CFC seleccionó como denominador el precio de los recubrimientos decorativos con base en la importancia que tiene este segmento para el sector de recubrimientos. Posteriormente, la CFC procedió a definir un conjunto de precios relativos, con el precio de los recubrimientos decorativos como denominador, primero para COMEX y luego para SW.

Para la construcción de los "precios relativos" la CFC menciona al pie de página 38:

<sup>45</sup> De acuerdo con la traducción del documento PRESENTACIÓN EJECUTIVA realizada por SW y AVISEP.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*“Se tomó a los recubrimientos decorativos como numerario (sic) dada la importancia de estos recubrimientos respecto de los ingresos totales de COMEX, [REDACTED] por ciento de las ventas totales. Los precios utilizados en el análisis son precios implícitos, los cuales resultan de la mezcla de varios cientos o incluso miles de producto (SKU's) con que cuentan COMEX y SW en cada una de las categorías estudiadas. Los precios de Comex y SW utilizados para realizar los ejercicios de precios relativos y la co-integración, se encuentran en el Anexo que forman parte de la Resolución”.*<sup>46</sup>

La tabla que se exhibe como anexo 4, señala los precios implícitos calculados por la CFC con base en ingresos por segmento y volúmenes por segmento proporcionados por COMEX. Por “precio implícito” se entiende el cociente de las ventas totales por segmento sobre el volumen en litros. Es decir, el precio implícito es el precio promedio en términos absolutos del portafolio de productos vendidos por COMEX en el segmento que se refiera para cada mes entre enero de dos mil ocho y diciembre de dos mil doce.

Con base en esta información, la CFC construyó índices de “precios relativos” fijando como denominador el precio absoluto promedio de los recubrimientos decorativos de COMEX. La CFC utilizó este análisis para hacer inferencias del comportamiento de precios relativos y construyó series de “precios relativos” de repintado automotriz con respecto a decorativo, recubrimientos para protección con respecto a decorativo, barnices industriales para madera con respecto a decorativo y otros recubrimientos industriales con respecto a decorativo.

Asimismo, la CFC concluyó que, en el caso de recubrimientos de repintado automotriz respecto decorativo, “La gráfica muestra que durante el periodo evaluado los recubrimientos para protección cuestan entre [REDACTED] a [REDACTED] veces lo que los recubrimientos decorativos, es decir un diferencial de precios que va de [REDACTED] por ciento. Asimismo, que el precio relativo no muestra un patrón de comportamiento uniforme, sino importantes variaciones. Al respecto, las variaciones de la serie de los precios relativos respecto a la línea de tendencia permiten observar cómo dicha serie no converge hacia una constante”.

<sup>47</sup>

Más aún, la CFC señala que:

*“Tales elementos son indicativos de que los recubrimientos automotrices (sic) no serían productos sustitutos de los recubrimientos decorativos. En términos del análisis de precios relativos, un patrón de comportamiento relativamente uniforme y que sea congruente a [sic] una constante representaría un inicio importante para [sic] determinar la existencia de sustitución entre dos productos. Este patrón de comportamiento no se observa en la serie de precios relativos de recubrimientos automotrices (sic) y los recubrimientos decorativos”.*<sup>48</sup>

La CFC hizo un análisis similar para el resto de los precios de recubrimientos para protección con respecto a decorativos, barnices industriales para madera con respecto a decorativos, y otros recubrimientos industriales con respecto a decorativos. La CFC lo hizo tanto para COMEX, como para SW.

El análisis de “precios relativos” y el análisis econométrico de co-integración que hace la CFC son erróneos, como lo son también, en consecuencia sus conclusiones. El error consiste

<sup>46</sup> Páginas 119-144 de la RESOLUCIÓN.

<sup>47</sup> Las recurrentes citan la página 37, pero en realidad es la página 38 de la RESOLUCIÓN.

<sup>48</sup> Las recurrentes citan: “Página 38 y 39 [sic] de la RESOLUCIÓN”. En realidad son las páginas 37 y 38.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

en que: (i) los precios implícitos que calcula la CFC no son precios de recubrimientos, sino que son el precio promedio de un portafolio variable de recubrimientos, y (ii) los precios relativos entre recubrimientos para repintado automotriz, protección barnices industriales para madera y otros recubrimientos industriales, todos ellos con respecto a decorativos, no son tampoco precios relativos.

Al utilizar precios implícitos con una composición de portafolio variable, la CFC no calcula ni precios absolutos de recubrimientos ni tampoco sus precios relativos; por lo tanto, el análisis del comportamiento de los "*precios relativos*" no es respecto de tales porque el objeto analizado no es un precio relativo.

Un análisis de los precios implícitos de COMEX en el Anexo "*Análisis de Co-integración*" de la RESOLUCIÓN, muestra cambios significativos en el precio implícito de un mes a otro. Por ejemplo, \* en junio de dos mil ocho a \* de OTROS\_IND, y el \* al mes siguiente; otro ejemplo sería el \* de precios de decorativo en agosto de dos mil ocho a \* por litro y su \* del mes siguiente a \* uno más sería el \* de barnices industriales para madera en mayo de 2209 [sic] a \* por litro y el \* del mes siguiente \* pesos por litros. Esta excesiva variabilidad influye en la falta de convergencia de los "*precios relativos*" y en la ausencia de co-integración en las pruebas econométricas.

De hecho, si no se considerara a estos precios implícitos aparentemente anómalos, las gráficas de los "*precios relativos*" no tendrían los picos y los valles que le dan variabilidad a la serie y que le otorga esta característica visual de falta de uniformidad y congruencia. Aunado a lo anterior, la CFC no sustentó y acreditó que la canasta de productos que utilizó para sus estimaciones fuera constante.

El error de la CFC es haber usado precios implícitos cuando la canasta al interior de cada segmento es altamente variable. Esto se explica, como reconoce la propia CFC en su RESOLUCIÓN, debido a que "*los precios utilizados son precios implícitos, los cuales resultan de la mezcla de varios cientos o incluso miles de productos (SKU's) con que cuentan COMEX y SW en cada una de las categorías estudiadas*".<sup>49</sup> Es decir, la multiplicidad de sustitutos, al interior de cada empresa, con los que cuenta el consumidor para sus necesidades de recubrimientos resulta en contratos o portafolios de ventas variables en el tiempo que explican la varianza de los precios implícitos que es varias veces mayor (en orden de magnitud) que la varianza de los precios de venta para cada recubrimiento.

Resulta poco probable que el precio de los recubrimientos pueda variar de un mes a otro en estas magnitudes. De hecho, es perfectamente posible encontrar variabilidad en los precios implícitos calculados por la CFC sin que haya cambiado alguno, o cambios marginales en los precios de cada uno de los recubrimientos. Ello se debe a que la composición del portafolio de cada empresa puede variar.

En conclusión, los precios implícitos calculados por la CFC no son los precios de los recubrimientos, sino de portafolios variables de recubrimientos. Asimismo, los "*precios relativos*" calculados con los precios implícitos, no son precios relativos. En suma, la CFC no calculó precios relativos y, por lo tanto, la conclusión de la CFC de que no hay

<sup>49</sup> Pie de página 38 visible en la página 37 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

sustituibilidad en la oferta, y que el mercado relevante no puede ser el mercado de recubrimientos, es insostenible: (i) el análisis de “precios relativos” y (ii) el análisis de co-integración de “precios relativos” en el que indebidamente se concluye que los precios no se comportan de manera similar y no presentan convergencia, es incorrecto y no deben ser tomados en consideración.

El mismo análisis es aplicable respecto de los precios de SW.<sup>50</sup>

De esta forma, es incorrecto considerar que “No existe evidencia de que los distintos tipos de recubrimientos conformen un único mercado”, pues el análisis realizado por la CFC de “precios relativos” y econométrico de co-integración, es erróneo e insuficiente para rechazar la hipótesis de que el mercado relevante sea el mercado de recubrimientos.

El agravio anterior resulta **infundado** en virtud de las siguientes consideraciones:

La CFC realizó un análisis de precios entre los distintos productos de COMEX y SW, para determinar si los recubrimientos pertenecen todos a un mismo mercado o cada uno de los tipos de recubrimiento conforman mercados distintos. Para ello, en primer término se analizaron las gráficas de los precios relativos de los productos de recubrimientos de COMEX y SW. Posteriormente, se efectuó un análisis de cointegración de precios de los productos.

En relación con el análisis de precios relativos, en la RESOLUCIÓN se señaló que “*el precio relativo no muestra un patrón de comportamiento uniforme, sino importantes variaciones*”; es decir, el análisis de precios relativos no mostró un patrón de comportamiento uniforme y que fuera convergente a una línea constante, lo que representaría un indicio importante para determinar la existencia de sustitución entre dos productos. Al respecto, las recurrentes no aportan ningún razonamiento o elemento de convicción que permita modificar las conclusiones contenidas en la en la RESOLUCIÓN respecto al comportamiento de los precios relativos.

Asimismo, la CFC señaló en el pie de página 38 de la RESOLUCIÓN, lo siguiente:

*“Los precios utilizados en el análisis son precios implícitos, lo cuales resultan de la mezcla de varios cientos o incluso miles de productos (SKU's) con que cuentan Comex y SW en cada una de las categorías estudiadas”.*

En este sentido, las recurrentes no están señalando una situación del análisis de cointegración que la CFC desconociera, ya que ellas mismas lo señalaron, según se advierte del pie de página de referencia.

Adicionalmente, en todos los casos de los recubrimientos analizados se señaló que los elementos proporcionados por el análisis de cointegración eran **indicativos**, por tanto no conclusivos, de que no existía sustitución entre los productos evaluados.

Por otro lado, como se señaló en la RESOLUCIÓN, el análisis de cointegración, junto con el análisis de costos y el que corresponde a las distintas características, usos y clientes de cada uno de los productos analizados, constituyen elementos de convicción que se analizan en conjunto, administrando la información que fue proporcionada por SW y AVISEP, para poder concluir que los recubrimientos analizados no eran productos sustitutos de los recubrimientos decorativos.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Referirse al Anexo 5, que se adjunta con el Recurso.

<sup>51</sup> Página 45 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

A lo anterior se le añade que los clientes y los canales de distribución de los distintos tipos de recubrimientos son distintos.

Por tanto, con los distintos indicios adminiculados (y no con uno solo de ellos) se consideró que los recubrimientos para protección, marinos, para repintado automotriz, otros recubrimientos industriales y los barnices industriales para madera no pertenecían al mismo mercado relevante que los recubrimientos decorativos. Precisamente por ello, se señaló lo siguiente en la RESOLUCIÓN:

*“En consecuencia, derivado del análisis de los usos y aplicaciones de cada producto, de los precios de adquisición, los costos de aplicación para el caso de decorativos, del análisis de cointegración de los precios de los recubrimientos y de las características de cada tipo de producto fabricado y comercializado por SW y Comex; así como las características de los clientes y de las redes de distribución utilizadas para realizar las ventas a cada uno de ellos, la Comisión considera que cada tipo de recubrimiento constituye un mercado por sí mismo.”<sup>52</sup>*

Asimismo, en lo que se refiere al análisis econométrico, los recurrentes plantean una interpretación diferente del concepto de co-integración al que la literatura especializada utiliza usualmente. Así, la afirmación según la cual la “excesiva variabilidad” que se observa en el análisis de los precios implícitos de COMEX “*influye en la falta de convergencia de los ‘precios relativos’ y en la ausencia de co-integración en las pruebas econométricas*”, constituye una afirmación que malinterpreta el concepto de co-integración y de series de tiempo por raíces unitarias. Si la serie de precios implícitos no rechaza la prueba de raíz unitaria, su varianza es, por definición, infinita, porque estamos hablando de una caminata aleatoria. La idea de co-integración es que si tenemos dos series que se comportan como caminatas aleatorias (es decir, tienen varianza infinita), no importa qué tanto se muevan las dos series, en el largo plazo se mueven de manera paralela. Por lo tanto, la excesiva variabilidad de una serie no afecta la prueba de co-integración, de hecho podría ser una condición necesaria (en la medida en que una caminata aleatoria tiene varianza infinita y es no estacionaria).

Por otra parte, respecto al supuesto error que las recurrentes señalan que cometió la CFC al utilizar los portafolios de productos de COMEX y SW para cada categoría de producto, es conveniente señalar que las series de tiempo que utilizó la CFC para la construcción de las variables utilizadas fueron realizadas con base en los portafolios que las recurrentes identificaron que correspondían a cada categoría, por lo que de esta forma se crearon los precios implícitos de cada recubrimiento (decorativo, repintado automotriz, industrial, etc.). Por este motivo, es posible concluir que la construcción y utilización de dichas variables resulta correcta. Además, toda vez que las recurrentes no están cuestionando que los productos que conforman los portafolios sean sustitutos entre sí, sino que incluso plantean que todos los productos que están dentro del portafolio total del mercado que ellos denominan “recubrimientos” son sustitutos entre sí, no se considera que sea un error el utilizar los portafolios de productos para generar series de tiempo con los precios implícitos de dichos productos.

Las recurrentes sostienen que la CFC erróneamente usó precios implícitos cuando la canasta al interior de cada segmento es altamente variable. No obstante, el análisis de precios relativos y de co-integración se hace con la finalidad de comparar entre categorías de recubrimientos y no producto por producto dentro de cada categoría de recubrimientos. En este sentido, lo relevante es la variabilidad y la media de los precios implícitos por categoría y no la variabilidad y la media del precio implícito de cada producto dentro de cada categoría puesto que no se está cuestionando si cada producto dentro de cada categoría de recubrimiento es un mercado por sí mismo, sino si las distintas categorías de

<sup>52</sup> Página 47 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

recubrimientos lo son. Por lo tanto, con los precios implícitos calculados por categoría de recubrimiento se realiza correctamente tanto el análisis de precios relativos como el de co-integración.

De esta forma, se demuestra que los señalamientos de las recurrentes son **infundados**.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

*(iv) Definición geográfica del mercado.*

En las páginas 48 y 49 de la RESOLUCIÓN, la CFC reconoce que no existen aranceles ni cuotas aplicables a los recubrimientos. Asimismo, reconoce la existencia de bajos costos de transporte para los recubrimientos importados por las PARTES. También reconoce que no hay barreras a las importaciones de los recubrimientos.<sup>53</sup>

La CFC señala que las PARTES no exhibieron información relativa a las importaciones de cada uno de los segmentos de los recubrimientos sino sólo un rango estimado de dichas importaciones. La CFC indebidamente y sin sustento dispone que SW y AVISEP tenían la obligación de exhibir esta información con el detalle solicitado por la CFC. Al respecto, las PARTES no tuvieron posibilidad de exhibir información con detalle, simplemente porque no existe información relativa a las importaciones, siguiendo la segmentación artificial y definición propuesta por la CFC para realizar su análisis.

Así, la CFC concluye que el mercado geográfico para los recubrimientos decorativos, de repintado automotriz, solventes y pegamentos es nacional, considerando el porcentaje de rango inferior propuesto por SW y AVISEP y atendiendo a que las importaciones representan un bajo porcentaje del consumo de los recubrimientos. Dicha conclusión es incorrecta y contradictoria, por lo siguiente:

a) No existe fundamento para que la CFC considere el porcentaje de rango inferior del estimado de las importaciones. La CFC tiene la carga y debió haber realizado un análisis considerando todas las posibilidades, incluyendo el porcentaje de rango mayor de las importaciones propuestas por SW y AVISEP.

b) La CFC basó sus conclusiones en un estimado de las importaciones actuales. No obstante, debió considerar que el acceso a las importaciones es posible (existe y no presenta obstáculos). La fracción II del artículo 12 de la LFCE dispone claramente que el análisis se debe realizar tomando en cuenta los costos de distribución de los productos desde otras regiones o países, lo que implica la posibilidad de hacerlo, y no una prueba irrefutable de flujo de comercio.

Adicionalmente, la página 50 de la RESOLUCIÓN reconoce que los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local; sin embargo, no se realizó análisis respecto del impacto en la competencia, debido a que supuestamente SW y AVISEP no exhibieron información por localidad. Lo manifestado por la CFC no es correcto. SW y AVISEP coinciden con que hay presión competitiva a nivel local (de hecho de forma intensa). Como se menciona a continuación, SW y AVISEP sí exhibieron la información a la que tuvieron acceso respecto de la competencia y presión competitiva a nivel local, la cual no fue valorada ni tomada en cuenta por parte de la CFC.

<sup>53</sup> Referirse al capítulo IV "Análisis de barreras de entrada" del presente Recurso de Reconsideración.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

En primer lugar, el estudio de competencia<sup>54</sup> incluyó información relativa al número de tiendas de pintura por municipio en los que se venden los productos de SW y COMEX. Dicha información incluye (respecto de los municipios con más de cincuenta tiendas de pintura), el número de las tiendas concesionarias de COMEX y el número de tiendas de los distribuidores y de las tiendas propias de SW. Tal estudio demuestra que existe una gran variedad de opciones o puntos de ventas para adquirir recubrimientos decorativos para los consumidores y que la concentración de los puntos de venta entre SW y COMEX es baja. La CFC omitió analizar la información referida para evaluar la existencia de presión competitiva a nivel local.

De la misma manera, SW y AVISEP exhibieron una lista de los principales productores de pintura con presencia en cada estado del país. Esta información incluye una lista de diversos competidores, algunos (más de tres y menos de veintitrés), y otros con presencia nacional (incluyendo las compañías multinacionales).<sup>55</sup>

En adición, la CFC cuenta con las facultades necesarias para requerir información a terceros (que no está disponible para SW y AVISEP por no ser información pública), con el objeto de evaluar la presión competitiva a nivel local. Sin embargo, la CFC fue completamente omisa en requerir dicha información y realizar el análisis con todos los elementos adecuados.

Los agravios anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

En cuanto a una posible dimensión geográfica local, las recurrentes señalan que presentaron información en la que se indica el número de tiendas de pintura por municipio en los que se venden los productos de SW y Comex y que dicha información incluía (respecto de los municipios con más de cincuenta tiendas de pintura), el número de las tiendas de los concesionarios de COMEX, y el número de tiendas de los distribuidores y de las tiendas propias de SW.

Al respecto, las recurrentes omiten señalar que no presentaron indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda que pudieran ayudar a determinar de manera inequívoca la presión competitiva de cada competidor por municipio, ello a pesar de que le fue requerido a las recurrentes. De hecho, las recurrentes señalaron que dicha información era inexistente.

Por otra parte, la información referida por las recurrentes a nivel municipal carecía de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como referente de un indicador de competencia, ya que sólo se refería a municipios con más de cincuenta tiendas de pintura, dejando de lado a aquellos con menos. Asimismo, si bien las recurrentes presentaron una lista de los principales productores de pintura con presencia en cada estado del país, tampoco estas listas contienen indicadores de ventas, por valor o volumen, por estado que pudieran ayudar a determinar la presión competitiva de cada competidor por estado del país.

De hecho, incluso en el caso de que se hubiera tenido información de participaciones de mercado a nivel regional o local, la dimensión geográfica del mercado la determinan tanto la oferta como la demanda. Mientras que por el lado de la demanda, efectivamente la dimensión geográfica podrá ser local, ya que un consumidor no se desplaza de una ciudad a otra para encontrar su pintura favorita, por

<sup>54</sup> Véase la "Tabla VII" y "Cuadro IX" del escrito presentado el veintiocho de enero de dos mil trece.

<sup>55</sup> Véase el escrito exhibido por las PARTES ante la CFC con fecha ocho de julio de dos mil trece.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

el lado de oferta la dimensión del mercado es claramente nacional debido a que la red de distribución de las promoventes es nacional. Los argumentos de las recurrentes pretenden que el mercado relevante sólo incluye la comercialización al consumidor final; no obstante, olvidan que el mismo también comprende las actividades de fabricación y la distribución de recubrimientos decorativos. La RESOLUCIÓN correctamente sostiene que la dimensión geográfica del mercado es nacional, pues en esa dimensión compiten SW y COMEX en la fabricación y en la distribución de recubrimientos decorativos.

Asimismo, respecto al señalamiento de las recurrentes según el cual la presencia de numerosas tiendas es indicativa de la presión competitiva a nivel local, debe señalarse que, contrario a lo que suponen, cobra importancia el análisis desde la perspectiva de la oferta. Al respecto, si bien el consumidor accede a los beneficios de una red a través de un punto de acceso, el mercado geográfico es tan amplio como la propia red debido a que las decisiones de producción, política de precios, estándares de calidad, variedad, producción, publicidad, se toman de manera centralizada, a nivel corporativo de COMEX, es decir, con implicación nacional (no a nivel local) y con una perspectiva amplia que abarca la red completa y no meramente una localidad específica.

La dimensión geográfica es de hecho nacional porque, tomando como punto de partida la red, es claro que la posibilidad de que una nueva tienda se instale con el soporte de la red en una nueva localidad es suficiente para disciplinar al mercado en esa nueva localidad. Esto es así porque el extender la red es mucho menos costoso y con mayor probabilidad de éxito que abrir una nueva tienda independiente: entre otros beneficios, una red permite reducir los costos de producción, de publicidad y de capacitación.

Desde el punto de vista de la demanda, los costos de búsqueda disminuyen con la red porque es más fácil encontrar tiendas que de manera homogénea provean un servicio estandarizado en cuanto a calidad.<sup>56</sup> De esta manera una tienda especializada que pertenece a una red tiene ventajas respecto a tiendas también especializadas que se encuentran aisladas. Como es común en muchas redes, mientras más establecimientos estén integrados a la red, mayor valor tendrá la red para el consumidor.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse la incongruencia en la estructura lógica de la argumentación de las promoventes, ya que por un lado sostienen que la dimensión geográfica del mercado es internacional porque hay importaciones y por otro afirman que es regional o local.

Por tanto, en adición a las consideraciones señaladas, y toda vez que la información de participaciones de mercado presentada por las promoventes fue a nivel nacional y debido a que no existe evidencia

---

<sup>56</sup> La búsqueda no es trivial por la gran variedad de precios, calidades, aplicaciones y colores de los recubrimientos. El costo del consumidor para encontrar el material necesario para ejecutar su proyecto al menor costo incluye el costo de encontrar un establecimiento que ofrezca la variedad, la calidad y el servicio que requiere el consumidor. Se puede demostrar fácilmente que en términos de costos los consumidores preferirán aquellos establecimientos especializados en recubrimientos para procurar hacer una sola parada para satisfacer todas sus necesidades. Acudir a establecimientos multipropósito que también tienen una presencia importante como lo puede ser una ferretería implica el riesgo que no exista la variedad de pigmentos ni la diversidad de opciones que existen en una tienda especializada. Acudir a una tienda de mejoramiento del hogar que pudiera contar con la diversidad de productos necesarios puede resultar adecuado, sin embargo estos establecimientos son menos numerosos que los especializados, por lo que generalmente se encuentran ubicados a mayor distancia del consumidor individual. La menor densidad de tiendas de mejoramiento del hogar toma mayor relevancia en cuanto a costos si los proyectos implican vueltas repetidas, lo que tendería a favorecer la mayor densidad de tiendas especializadas. Es decir, como canal de distribución las tiendas especializadas cuentan con ciertas ventajas en costos. Cuando un canal de distribución tiene ventajas importantes sobre el resto, los precios en este tipo de establecimientos pueden ser mayores y aun así los consumidores estarían dispuestos a pagarlos, ya que generan ahorros por otros conceptos, como lo son los de búsqueda y traslado.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

concreta de que el mercado fuera internacional, regional o local se determinó que el mercado relevante tenía una dimensión geográfica nacional.

Así, la delimitación geográfica del mercado responde a las consideraciones en materia de la oferta y al hecho de las recurrentes presentaron información según la cual las importaciones representan un porcentaje menor del consumo. Al respecto, en la página 99 de la RESOLUCIÓN se señaló que *“De acuerdo con estimaciones de los promoventes, las importaciones podrían representar entre el [REDACTED] \* [REDACTED] por ciento del consumo de recubrimientos decorativos en dos mil doce.”*<sup>57</sup>

En adición a lo anterior y en relación con la supuesta dimensión geográfica internacional del mercado, las recurrentes señalan que la carga de la prueba corresponde a la CFC cuando en virtud de las consideraciones anteriores les correspondía a ellas aportar los elementos de convicción para acreditar que el mercado era local; en sentido contrario a la evidencia referida por la autoridad. No pasa desapercibido incluso que las mismas recurrentes señalaron que no existía información a la cual recurrir para determinar específicamente los montos que representaban las importaciones para cada uno de los productos en los que coincidieron COMEX y SW. Por ese motivo, y de acuerdo con su conocimiento del mercado, propio de la interacción que en él tienen COMEX y SW al llevar a cabo su negocio de manera cotidiana, los ahora recurrentes proporcionaron los rangos de importaciones que ellos consideraron apropiados para cada tipo de producto.

Por otro lado, la CFC tomó como referencia el rango inferior de importaciones de cada producto siendo consistente con el hecho de que, al no tener certeza sobre las cifras proporcionadas por las recurrentes, se consideró el escenario que podría ser más dañino a la competencia, ya que la naturaleza del procedimiento es precisamente prevenir los efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia. Dicha situación es razonable debido a que, como se señaló, el alcance de la obligación en materia de la carga de la prueba guarda una relación intrínseca con el hecho de que el procedimiento de control de concentraciones únicamente puede materializar una expectativa de derecho.

Al respecto, el argumento de las recurrentes implicaría entonces que tienen derecho a no presentar la información necesaria para que sea autorizada una concentración que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE. En sentido contrario a dicha pretensión, la normativa de competencia es clara respecto a que los notificantes deben presentar la información veraz y completa para dichos fines, pues el propio artículo 21 de la LFCE indica que se debe acompañar la información sobre la participación de mercado de los notificantes y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida (fracción I) e incluso se sanciona a quien entrega información falsa o declara falsamente ante la COMISIÓN (artículo 35, fracción III).

De hecho, la consecuencia de no presentar la información prevista en dichas normas es que la autoridad puede tener por no notificada la concentración (artículo 22 del RLFCE).

Las recurrentes señalan que la CFC debió de analizar la evidencia de la existencia de importaciones de recubrimientos realizadas en el pasado, sin identificar cuáles fueron éstas y en donde se encuentra dicha información al interior del expediente.

Así, los argumentos que se analizan resultan **infundados**.

**SW y AVISEP adicionalmente señalaron:**

<sup>57</sup> Fuente: escrito presentado por los promoventes el primero de abril de dos mil trece, folio 3877.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*v. Restricciones normativas.*

La página 51 de la RESOLUCIÓN reconoce que no existen restricciones normativas que puedan limitar el acceso a fuentes de abasto alternativo o el acceso de los productores a clientes alternativos. La CFC también reconoce la inexistencia de restricciones normativas respecto de patentes.

La CFC realiza ciertas manifestaciones en relación con las marcas. SW y AVISEP remiten a la CFC al capítulo IV (“Ausencia de barreras a la entrada”) de su recurso de reconsideración,<sup>58</sup> en relación con las supuestas barreras a la entrada como resultado de la combinación de los portafolios de marcas de SW y COMEX.

De todo lo anterior, se concluye que la CFC llevó a cabo un incompleto análisis para definir el mercado relevante, lo que trae por consecuencia la ilegalidad de la RESOLUCIÓN.

Las manifestaciones anteriores constituyen argumentos inoperantes que no combaten la RESOLUCIÓN de conformidad con los siguientes razonamientos:

Las recurrentes no explican en qué sentido haber concluido que no existen restricciones normativas significativas les produce algún perjuicio. En sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, la CFC únicamente señaló lo siguiente:

*“Los recubrimientos y pinturas deben cumplir o normalmente cumplen con ciertas normas especiales en materia de salud ambiental y requerimientos de calidad para pinturas industriales, tales como [diversas normas oficiales] que se listan a continuación:*

[...]

*De acuerdo con la información proporcionada por los promoventes no existen patentes que protejan las fórmulas de los recubrimientos decorativos, por lo que no considera que éstas se erijan como una barrera a la entrada.*

*Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, comúnmente los productores de recubrimientos decorativos desarrollan sus propias marcas, las cuales son registradas ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, de forma que ningún competidor pueda utilizar una marca igual o parecida a la de otro competidor. “*

En forma alguna lo anterior significa que la CFC haya señalado que las patentes constituyan restricciones normativas significativas en términos del análisis previsto en la fracción IV del artículo 12 de la LFCE. De hecho, las recurrentes no señalan por qué concluyen que “la CFC llevó a cabo un incompleto análisis para definir el mercado relevante, lo que trae por consecuencia, la ilegalidad de la RESOLUCIÓN” y, al referirse al análisis correspondiente a las restricciones normativas, únicamente remiten a los argumentos relacionados con barreras a la entrada contenido en su recurso de reconsideración, por lo cual no es posible realizar ningún razonamiento adicional al respecto en este apartado y, para evitar repeticiones innecesarias, se remite al apartado “IV. Análisis de barreras de entrada” de la presente resolución.

**III. Indebida determinación de poder sustancial.**

SW y AVISEP señalaron:

<sup>58</sup> El capítulo que refieren las recurrentes se realiza en el apartado “IV. Análisis de barreras de entrada” de la presente resolución.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

(i) *Indebido valor probatorio de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA*<sup>59</sup> /La PRESENTACIÓN EJECUTIVA tiene datos de dos mil once.

B. La CFC señaló que: “Comex tuvo en 2012 una participación de mercado de \* y SW una participación de 2 por ciento”. Asimismo, señaló que: “...Las partes no presentaron ninguna (sic) explicación respecto a qué se debía esta diferencia se procedió a realizar un ejercicio tomando como base los datos de la presentación ejecutiva de venta, y los datos de volumen de ventas de recubrimientos decorativos presentados por las partes y por las empresas requeridas por esta Comisión, a saber BEREL, DOAL, PRISA y OSEL”.<sup>60</sup>

En primer lugar, la información relativa a las supuestas participaciones de mercado de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA estuvo disponible para la CFC desde el veintidós de febrero de dos mil trece. No es cierto ni correcto que las supuestas participaciones de mercado obraron en el EXPEDIENTE por primera vez a partir del veinticuatro de junio de dos mil trece. Dicha información estuvo disponible para la CFC desde la respuesta que dieron SW y AVISEP a la pregunta 49 del OFICIO ENERO, en la que SW exhibió las presentaciones pptx que fueron materia de exhibición al Consejo Administrativo de SW, como parte de la operación SW- COMEX. Tales supuestas participaciones de mercado fueron tomadas de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

En cualquier caso, la información de las participaciones de mercado incluidas en el prospecto de venta de una compañía (como la Presentación Ejecutiva de HSBC), no tiene el carácter de un estudio o análisis de mercado. Por el contrario, constituye un dato contenido en un documento que se utiliza solamente como herramienta de venta y que tiene por objeto atraer y convencer (exaltando exageradamente)<sup>61</sup> a potenciales compradores en la adquisición, respecto de las cualidades del negocio de COMEX.

Constituye una práctica común que tanto los asesores financieros del vendedor como del comprador provean información incluida en este tipo de presentaciones, con la aclaración de que dicha información no ha sido confirmada ni completamente verificada y, por tanto, no puede tomarse como veraz, ni como una declaración contractual (representación). Al efecto, los potenciales compradores y terceros deben verificar la validez y veracidad de la información, motivo por el cual no puede ser tomada en consideración

<sup>59</sup> Estas mismas argumentaciones aplican para el análisis que realiza la CFC en las páginas 13 y 14 de la RESOLUCIÓN, en las que la CFC realiza un incorrecto y parcial análisis de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. De hecho, la CFC utiliza información aislada de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA para determinar un supuesto \* de participación de mercado en el mercado general de recubrimientos. Sin embargo, lo que la CFC realizó fue simplemente construir una participación de mercado artificial basada únicamente en un porcentaje aislado e impreciso, cuando en realidad las PARTES exhibieron información pública obtenida del INEGI (cuadro VI del estudio de competencia), que daba un resultado de menos de un \* de participación en el mercado de manera conjunta. La ausencia de motivación y valoración de la artificial construcción realizada por la CFC, no puede ser explicada, menos aun cuando es contraria a la información pública.

<sup>60</sup> Página 59 de la RESOLUCIÓN.

<sup>61</sup> El Código Civil Federal, en su artículo 1821, dispone que “las consideraciones generales que los contratantes expusieron sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia”. No se considerará como una intención fraudulenta la exageración como un “dolo bueno” o como exageraciones normales cuando se está tratando de atraer a potenciales compradores. Véase Manuel Bejarano Sánchez. Obligaciones Civiles. Quinta Edición. Oxford. 1999.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

indiscriminadamente. De hecho, en la página 2 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, se señala una aclaración específica de HSBC, en el siguiente sentido:

**“ADVERTENCIA IMPORTANTE.**

...

*El propósito de esta presentación es el asistir al lector para que realice su propia evaluación de Comex y decida si debe proceder con un mayor análisis de la transacción y con el entendimiento expreso de que será utilizada para dicho propósito...*

*Ni Comex ni HSBC Securities (EE.UU.) Inc. (“HSBC”) han verificado de forma independiente cualquiera de la información contenida en esta presentación, incluyendo las estimaciones y proyecciones de desempeño futuro financiero y operativo de la Compañía, o cualquier material de evaluación adicional disponible relacionado con cualquier investigación adicional de la transacción. Ni Comex ni HSBC hacen alguna declaración expresa o implícita o garantizan la exactitud o integridad de la información contenida en esta presentación o de cualquier material de evaluación adicional...Comex y HSBC rechazan expresamente cualquiera y toda responsabilidad que pudiera basarse en tal información, los errores en ella u omisiones en la misma...”*

**En conclusión:**

- a) La PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye una herramienta de venta que tiene el objeto de introducir a potenciales compradores a adquirir el negocio de COMEX, proveyéndoles información general que no ha sido verificada o confirmada.
- b) La PRESENTACIÓN EJECUTIVA no puede servir de base para determinar las participaciones de mercado de SW y AVISEP o de sus competidores, dado que está basada en estimaciones que no fueron verificadas por un experto a través de medios científicos. No constituye un estudio de mercado.
- c) COMEX y HSBC realizaron una aclaración expresa respecto de la veracidad y precisión de la información contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.
- d) La información relativa a las participaciones de mercado contenidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA se encontraban a la disposición de la CFC desde el veintidós de febrero de dos mil trece, fecha en la que SW exhibió las presentaciones ppx de agosto y octubre de dos mil doce, dirigidas al Consejo Administrativo de SW.<sup>62</sup>
- e) SW y COMEX específicamente exhibieron una respuesta a la pregunta 18 realizada por la CFC en el OFICIO ENERO para explicar las dificultades e imprecisiones para calcular verazmente las participaciones de mercado con base en la información pública disponible. El análisis a dicha respuesta (que es objeto de agravio concreto más adelante), expresa e implícitamente debió haber motivado que se cuestionara cualquier información de participaciones de mercado contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA o en cualquier otra fuente.

<sup>62</sup> Respuesta a la pregunta 49 del OFICIO ENERO.



f) La RESOLUCIÓN carece de una debida motivación y análisis, en virtud de haber utilizado como información veraz y confiable la contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Ésta se presentó bajo el contexto de un prospecto de venta para el negocio de COMEX.

Nada de lo anterior fue aclarado por la CFC en la RESOLUCIÓN.

B. La CFC sostiene que: "...en la Presentación Ejecutiva de Venta se muestra el entorno competitivo en México del mercado de recubrimientos arquitectónicos en el que se señala que Comex tuvo en 2012 una participación de mercado de \* y SW una participación de \*".<sup>63</sup>

Para este efecto, el Anexo 6 de nuestro recurso,<sup>64</sup> incluye una carta suscrita por el representante legal de HSBC, por medio de la cual HSBC confirma que, entre otras cosas, no hubo verificación o confirmación de la información incluida en la Presentación Ejecutiva de HSBC o COMEX. Tampoco HSBC o COMEX realizaron análisis económico alguno.

a) La CFC indebidamente cita y se basa en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA para medir y determinar las participaciones de mercado en el mercado de recubrimientos decorativos,<sup>65</sup> tanto de COMEX como de SW para el año dos mil doce. La CFC incorrectamente toma la información de las participaciones de mercado del mercado de recubrimientos decorativos, como si la misma correspondiera al año dos mil doce, cuando la PRESENTACIÓN EJECUTIVA está fechada en agosto de dos mil doce.

b) En otras palabras, ni COMEX ni HSBC pudieron proveer información confiable de COMEX en una respuesta o estrategia de ventas correspondiente a un año que ni siquiera había terminado a la fecha de elaboración de dicha propuesta de ventas (dos mil doce).

c) Si la PRESENTACIÓN EJECUTIVA data de agosto de dos mil doce, no podía existir información confiable de competidores (incluyendo SW) respecto de ese año. Adicionalmente, la información de competidores en México no es pública, y por ende, no puede ser confirmada por SW y AVISEP.

d) Asimismo, la CFC indebidamente citó y utilizó información de dos mil doce cuando (a pesar de su imperfección), la información corresponde al año dos mil once. La página 5 ("Comex at Glance") de la Presentación Ejecutiva establece que: "...En México, la Compañía [Comex] tiene \* [pie de página 1] de participación de mercado en el mercado de los recubrimientos decorativos... [1] Basado en estimaciones al año 2011".

e) También hay referencias al año dos mil once (y no al año dos mil doce como incorrectamente se estableció en la RESOLUCIÓN), en la página 13 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA:

"... [Comex tiene] \* de participaciones de mercado en el segmento de recubrimientos decorativos en México y un promedio de \* de participación de mercado en el mercado mexicano de recubrimientos [pie de notas 2].

<sup>63</sup> Ídem.

<sup>64</sup> Carta de fecha cinco de agosto de dos mil trece supuestamente suscrita por el apoderado de HSBC Securities, Inc.

<sup>65</sup> Las PARTES no consienten la existencia de un solo mercado de recubrimientos decorativos. No obstante, en el presente recurso se utilizará dicha terminología como fue utilizada por la RESOLUCIÓN, sin que ello signifique la aceptación de la circunstancia.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

[2] *Basado en estimaciones del año 2011*”.<sup>66</sup>

En consecuencia, las afirmaciones y la tabla referidas en la página 60 de la RESOLUCIÓN, que incorrectamente refieren información como si correspondiera al año dos mil doce debieron haberse descartado para extraer conclusión alguna de las participaciones de mercado de SW y AVISEP.<sup>67</sup>

En este contexto, la CFC no puede ni debe utilizar dicha información para medir el índice de concentración y el índice HHI, dado que está basada en información imprecisa. Cualquier conclusión en relación con los cambios de los índices de concentración y HHI – basados en dichas participaciones de mercado incorrectas, visibles en la página 60 de la RESOLUCIÓN-, debe ser revocada.

Lo anterior es **infundado**, por las razones siguientes:

En primer lugar, el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA respecto a las participaciones de mercado se encuentra confirmado por otros elementos de convicción que obran en el expediente, entre ellos otros documentos también presentados por SW.

Al respecto, mediante el OFICIO ENERO se requirió a SW y AVISEP diversa información relacionada con las participaciones de mercado de SW, Grupo Comex y sus competidores, así como información relacionada con la operación notificada. A continuación se refiere la información presentada por SW y AVISEP el veintidós de febrero de dos mil trece en respuesta a dicho requerimiento:

*[...] 13.- Proporcionar las participaciones de mercado en relación con las ventas totales y capacidad de producción (utilizada así como teórica y real) en México de Sherwin Williams, Grupo Comex y sus competidores durante el periodo enero de dos mil ocho a diciembre de dos mil doce, respecto de los siguientes productos: recubrimientos base solvente, recubrimientos acrílicos, esmaltes texturizados, recubrimientos con base agua, recubrimientos para la protección de madera, así como cualquier otro tipo de recubrimiento que fabriquen o comercialicen estas empresas además de los estipulados.*

[RESPUESTA de SW:] *Favor de referirse a la respuesta a la pregunta 18 más adelante en lo relativo a las participaciones de mercado. En lo que hace a la capacidad de producción se enfatiza que SW no cuenta con información precisa respecto de la capacidad de producción de sus competidores.*<sup>68</sup> [...]

[...]

[RESPUESTA de AVISEP:] *En relación con las participaciones de mercado solicitadas, se hace referencia a lo establecido en ese sentido en la respuesta 18 del presente escrito. Por otro lado, se informa a esa Comisión que Grupo Comex no cuenta con la información correspondiente a la capacidad de producción de sus competidores, por lo que el Anexo 13 únicamente presenta la capacidad de producción de Grupo Comex.*<sup>69</sup>

[...]

<sup>66</sup> Una situación similar sucede en la página 14 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA que refiere a que la información relacionada con el “mercado mexicano de recubrimientos decorativos” está “basado en estimaciones correspondientes al año 2011”.

<sup>67</sup> “Como consecuencia de lo anterior, las participaciones de mercado para el mercado de recubrimientos decorativos para el dos mil doce, serían: ...”.

<sup>68</sup> Folio 2793 del EXPEDIENTE.

<sup>69</sup> Folio 2834 del EXPEDIENTE.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

18.- *Proporcionar las participaciones de mercado respecto de las ventas totales y las capacidades de producción de Sherwin Williams, Grupo Comex y cada uno de sus competidores durante el periodo enero de dos mil ocho a diciembre de dos mil doce, respecto de los productos señalados en la pregunta 16 y de los solventes, pegamentos y cualquier otro producto similar que produzcan o comercialicen estas empresas.*

[RESPUESTA de SW:] *SW manifiesta que no cuenta con información definitiva o conclusiva en relación con las participaciones de mercado de las partes o sus competidores, especialmente conforme a la segmentación de la pregunta 16. SW establece que la información disponible subestima en forma significativa el tamaño del mercado (ANAFAPYT) o no realiza segmentación alguna como se solicita en la pregunta 16 (INEGI).*

*En este contexto y como se señaló en la Sección III del Estudio de Competencia presentado el 28 de Enero de 2013, con base las [sic] estimaciones internas de SW, respetuosamente se manifiesta que la participación de mercado combinada de SW y Comex por efecto de la concentración sería de entre el [REDACTED] y el [REDACTED] considerado un mercado general de recubrimientos.<sup>70</sup> [...]*

[...]

[RESPUESTA de AVISEP:] *Grupo Comex manifiesta que no cuenta con información definitiva o conclusiva en relación con las participaciones de mercado de las partes o sus competidores, especialmente conforme a la segmentación de la pregunta 16. Grupo Comex establece que la información disponible subestima en forma significativa el tamaño del mercado (ANAFAPYT) o no realiza segmentación alguna como se solicita en la pregunta 16 (INEGI).*

*En este contexto y como se señaló en la Sección III del Estudio de Competencia presentado el 28 de enero de 2013, con base las [sic] estimaciones internas de Grupo Comex, respetuosamente se manifiesta que la participación de mercado combinada de SW y Grupo Comex por efecto de la concentración sería de entre el [REDACTED] y el [REDACTED] considerando un mercado general de recubrimientos.<sup>71</sup> [...]*

[...]

49.- *Presentar copia de los documentos que hubieran sido presentados al Consejo de Administración de Sherwin Williams, para autorizar la oferta para adquirir el negocio de Grupo Comex.*

[RESPUESTA de SW:] *El documento que se adjunta el [sic] presente como Anexo 49 contiene copias de los documentos presentados al Consejo de Administración de SW para autorizar la adquisición de Comex. Estos documentos únicamente se refieren a la adquisición del negocio en México.<sup>72</sup>*

Asimismo, en el Anexo 49, contenido en el Disco Compacto presentado por SW el veintidós de febrero de dos mil trece, se observa la siguiente información contenida en una presentación elaborada por SW denominada "Project Comet":

<sup>70</sup> Folios 2796 y 2797 del EXPEDIENTE.

<sup>71</sup> Folios 2835 y 2836 del EXPEDIENTE.

<sup>72</sup> Folio 2805 del EXPEDIENTE.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

“En México, la Compañía [Comex] tiene una cuota de mercado del \* en el sector de recubrimientos arquitectónicos. [...] Fuente: Dirección de la compañía [...] Basado en estimaciones de la directiva a partir de 2011”.<sup>73</sup> [...]

En dicho documento, elaborado y presentado por SW, se señala también lo siguiente:

“[Comex tiene una] cuota de mercado de \* en el segmento arquitectónico en México y una participación de mercado del \* del mercado de recubrimientos total de México. El más cercano competidor en el segmento arquitectónico tiene una cuota de mercado del \* [...] Fuente: Dirección de la compañía, ANAFAPYT [...] Basado en estimaciones de la directiva a partir de 2011.”<sup>74</sup>

El veinticuatro de junio de dos mil trece, SW y AVISEP presentaron el documento identificado como la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, elaborado por HSBC Securities (USA), Inc. La PRESENTACIÓN EJECUTIVA contiene exactamente el mismo texto incluido en la presentación elaborada por SW denominada “Project Comet” que fue presentada por dicho agente económico el veintidós de febrero de dos mil trece; en particular, refiere exactamente las mismas participaciones de mercado, como lo señalan SW y AVISEP.<sup>75</sup>

En la página 5 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA (folio 5781) se establece:

“In Mexico, the Company has \* market share in the achitectural coatings sector. [...]: Source: Company management. Notes: [...] Based on management estimates as of 2011.”

De acuerdo con la traducción de dicho texto:

“...En México, la Compañía [Comex] tiene \* [pie de página 1] de participación de mercado en el mercado de los recubrimientos decorativos... [1] Basado en estimaciones al año 2011”.<sup>76</sup>

En la página 13 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA (folio 5789) se establece:

“[...] \* market share in the architectural segment in Mexico and an overall \* market share of the Mexican coatings market. Nearest competitor in the architectural segment has a

<sup>73</sup> El texto original en inglés es el siguiente: “In Mexico, the Company has \* market share in the achitectural coatings sector. [...]: Source: Company management. Notes: [...] Based on management estimates as of 2011.” Folio 2827 (Anexo 49). El contenido de dicho texto original en inglés es idéntico al texto que se encuentra en la “Presentación Ejecutiva” (folio 5781), cuya traducción fue ordenada mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece (folio 5995). Asimismo, las recurrentes presentan la siguiente traducción al español del texto referido, misma que se cita a continuación y no presenta diferencias sustantivas respecto a la traducción realizada por la CFC: “...En México, la Compañía [Comex] tiene \* [pie de página 1] de participación de mercado en el mercado de los recubrimientos decorativos... [1] Basado en estimaciones al año 2011”. (Véase al respecto la página 28 de su recurso de reconsideración, folio 024 del expediente RA-027-2013).

<sup>74</sup> El texto original en inglés es el siguiente: “[...] \* market share in the architectural segment in Mexico and an overall \* market share of the Mexican coatings market. Nearest competitor in the architectural segment has a \* market share. [...] Source: Company management, ANAFAPYT [...] Based on management estimates as of 2011.” Folio 2827 (Anexo 49). El contenido de dicho texto original en inglés es idéntico al texto que se encuentra en la “Presentación Ejecutiva” (folio 5789), cuya traducción fue ordenada mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece (folio 5997). Asimismo, las recurrentes presentan la siguiente traducción al español del texto referido, misma que se cita a continuación y no presenta diferencias sustantivas respecto a la traducción realizada por la autoridad: “... [Comex tiene] \* de participaciones de mercado en el segmento de recubrimientos decorativos en México y un promedio de \* de participación de mercado en el mercado mexicano de recubrimientos [pie de notas 2]. [2] Basado en estimaciones del año 2011” (Véase al respecto la página 28 de su recurso de reconsideración, folio 024 del expediente RA-027-2013).

<sup>75</sup> Véase la página 25 de su recurso de reconsideración, folio 21 del expediente RA-027-2013.

<sup>76</sup> Véase al respecto la página 28 de su recurso de reconsideración, folio 024 del expediente RA-027-2013.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

\* market share. [...] Source: Company management, ANAFAPYT [...] Based on management estimates as of 2011.”

De acuerdo con la traducción de dicho texto propuesta por SW y AVISEP:

“... [Comex tiene] \* de participaciones de mercado en el segmento de recubrimientos decorativos en México y un promedio de \* de participación de mercado en el mercado mexicano de recubrimientos [pie de notas 2]. [2] Basado en estimaciones del año 2011”<sup>77</sup>

En segundo lugar, el hecho de que las participaciones de mercado que se observan en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA hayan sido incluidas en un prospecto de venta o en un documento utilizado, en otro contexto, como herramienta de venta, no significa que dichas cifras sean falsas o que la COFECE pueda desestimarlas como “meras exageraciones”. Al respecto, SW y AVISEP señalan que las participaciones de mercado que ellos mismos incluyeron en dos documentos distintos (PRESENTACIÓN EJECUTIVA y “Project Comet”) presentados ante la CFC en fechas diferentes dentro del expediente CNT-095-2012 constituyen datos no verificados y “exageraciones” legítimas bajo la perspectiva de normas de derecho privado, como las que rigen la materia contractual. En particular, SW y AVISEP refieren el artículo 1821 del Código Civil Federal<sup>78</sup> y señalan que la supuesta “exageración” respecto de las cifras de participaciones de mercado que se observan en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA puede ser concebida como un “dolo bueno” o como una exageración “normal” cuando se está tratando de atraer a potenciales compradores.

No obstante, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de quien lo presentó (SW y AVISEP, en este caso) conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203 y 210 del CFPC.

En el presente caso, con base en la información presentada dentro del expediente CNT-095-2012, misma que incluye tanto la PRESENTACIÓN EJECUTIVA como el denominado “Project Comet”, SW y AVISEP buscaban convencer a la autoridad de que la operación cuya autorización solicitaron no debía ser impugnada ni condicionada debido a que los datos y la información presentada indicaba que la concentración no tendría el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia; no obstante, ahora señalan que la misma información contiene datos imprecisos y aislados, exageraciones “normales” que la autoridad debe obviar en un procedimiento de interés público.

Dicha solicitud es improcedente debido a que los artículos 16, 17, 18 y 19 de la LFCE establecen que el análisis en materia de la notificación y, en su caso, autorización de una concentración tiene un carácter preventivo cuya finalidad es identificar, prevenir, evitar y corregir los riesgos reales que la operación notificada por los particulares podría acarrear al proceso de competencia y libre concurrencia. Es decir, la autorización de una concentración es un acto que realiza la COMISIÓN en su carácter de autoridad administrativa y en ejercicio de las funciones de derecho público previstas en la LFCE y el RLFCE, en particular la protección al proceso de competencia y libre concurrencia establecida en el artículo 2º de la LFCE; no es, por lo tanto, un acto de gestión sujeto a normas de derecho privado, como las invocadas por las recurrentes.

<sup>77</sup> Véase al respecto la página 28 de su recurso de reconsideración, folio 024 del expediente RA-027-2013.

<sup>78</sup> Dicho precepto dispone que “las consideraciones generales que los contratantes expusieron sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia”.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En la autorización de una concentración no se puede hablar de una relación jurídica de naturaleza contractual aplicada al derecho administrativo, entre otras razones debido a que la autorización de una concentración no es un acuerdo de voluntades entre la autoridad y el solicitante, sino un acto de autoridad que tiene un fin vinculado con el interés público. Por dicho motivo, no es posible admitir que la información presentada ante la CFC con la finalidad de que se autorice una concentración sea valorada conforme a las normas que rigen la materia contractual en lugar de atender las normas aplicables al procedimiento de autorización de una concentración; es decir, las normas propias del derecho administrativo que establecen una clara supletoriedad, en materia de valoración de pruebas, con base en el CFPC.<sup>79</sup>

Por las razones expuestas, la autoridad no puede ignorar los datos y la información presentada por quienes solicitan la autorización de una concentración, bajo el argumento de que se trata de documentos que contienen datos “exagerados” cuyo supuesto propósito era “vender” precisamente la operación ahora notificada; menos aun cuando dicha información puede indicar la existencia de un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia. Es decir, la misma información que SW y AVISEP consideran útil para “atraer a potenciales compradores” –sin duda debe ser atractivo para un comprador enterarse del posible poder de mercado que tendría como resultado de la operación–, ahora pretenden sea ignorada por la autoridad que debe tenerla en cuenta para pronunciarse sobre los riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia que derivan precisamente de dicha información y de los demás datos que obran en el EXPEDIENTE. En este sentido, la manifestación de los representantes legales de SW y AVISEP según la cual la información contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA resulta “atractiva” para compradores, es también un señalamiento que tiende a corroborar el análisis en materia del riesgo que conlleva la operación.

Asimismo, no pasa desapercibido que de acuerdo con la cita de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA que presentaron SW y AVISEP y su traducción, la fuente de los datos sobre las participaciones de mercado es precisamente COMEX. Así, conforme a sus propias cifras, COMEX habría tenido (como lo establece la PRESENTACIÓN EJECUTIVA fechada en dos mil doce y presentada ante la CFC por SW y AVISEP) “\* de participaciones de mercado en el segmento de recubrimientos decorativos en México y un promedio de \* de participación de mercado en el mercado mexicano de recubrimientos.”<sup>80</sup>

En consecuencia, no es aceptable, y menos en un procedimiento de interés público, que el oferente presente una documental privada para demostrar la veracidad de sus asertos o afirmaciones y que, obviando la regla prevista en el artículo 210 del CFPC,<sup>81</sup> posteriormente sostenga que tal elemento de convicción contiene información que no es confiable, ni ha sido verificada por terceros, máxime cuando las participaciones de mercado contenidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y que las recurrentes pretenden negar constituye información que se encuentra confirmada o corroborada con otros medios probatorios.

La PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye un elemento de convicción que ha sido adminiculado con otras pruebas que refieren exactamente el mismo contenido respecto a las cifras de las participaciones

<sup>79</sup> La solicitud de autorización de una concentración que realizan los agentes económicos que notifican una concentración constituye un acto jurídico, entendido como la manifestación de voluntad hecha con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho o una obligación, pero ello no significa que la resolución que finalmente autoriza una concentración (sujeta o no al cumplimiento de determinadas condiciones de acuerdo con la LFCE y el RLFCE) sea un acto jurídico de formación bilateral o de naturaleza contractual.

<sup>80</sup> De acuerdo con la traducción del documento PRESENTACIÓN EJECUTIVA realizada por SW y AVISEP.

<sup>81</sup> Dicho artículo establece que el documento privado que un litigante presenta, prueba plenamente en su contra.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

de mercado de SW y COMEX; en particular la presentación denominada "Project Comet", misma que fue elaborada y presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece mediante el Anexo 49, contenido en el Disco Compacto que se encuentra en el folio 2827 del EXPEDIENTE, así como diversa información pública que obra en Internet.<sup>82</sup> La presentación "Project Comet" elaborada y presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de su autor, en este caso SW, conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203, 204, 206 y 210 del CFPC.<sup>83</sup>

De acuerdo con las manifestaciones de los representantes legales de SW y AVISEP, el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y de la presentación denominada "Project Comet" que fue presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece es el mismo. Asimismo, de acuerdo con las manifestaciones contenidas en la página 25 de su recurso de reconsideración, SW y AVISEP han ratificado el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA en el sentido de que dicho documento contiene las cifras de participación de mercado que se refieren en la RESOLUCIÓN y han reconocido que dicha información ha sido presentada en dos ocasiones distintas ante la CFC dentro del expediente CNT-095-2012.

Por otro lado, en la página de Internet de COMEX, en particular en el sitio identificado con la dirección [http://www.comex.com.mx/Infografia\\_mundo](http://www.comex.com.mx/Infografia_mundo), se encuentra la siguiente información:

[SIN TEXTO]

<sup>82</sup> Véase el sitio de Internet: [http://www.comex.com.mx/Infografia\\_mundo](http://www.comex.com.mx/Infografia_mundo)

<sup>83</sup> De acuerdo con el artículo 204 del CFPC se reputa autor de un documento privado al que lo suscribe. Asimismo, como una excepción a la regla prevista en el artículo 204 referido, el artículo 206 del CFPC señala que se considera autor de los libros de comercio, registros domésticos y demás documentos que no se acostumbren suscribir, a aquel que los haya formado o por cuya cuenta se hicieren. Al respecto, la presentación incluye el logo y el nombre comercial de Sherwin-Williams en el encabezado de todas y cada una de las páginas que la integran. Asimismo, en la primera lámina o página de la presentación se encuentra información que la caracteriza como una presentación ejecutiva elaborada para consumo interno de la empresa (SW Board of Directors/Excerpts of the Executive Presentation-August 2012). Lo anterior se corrobora con el señalamiento de SW según el cual dicha presentación constituye un documento "presentado al Consejo de Administración de SW para autorizar la adquisición de Comex".



Así, de acuerdo con la información pública disponible en el sitio de Internet de COMEX, dicha empresa tiene el 52% de participación de mercado en el mercado de recubrimientos decorativos; es decir, [REDACTED] PRESENTACIÓN EJECUTIVA [REDACTED]

[REDACTED] "Project Comet" que fue presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece.

La información contenida en la página de Internet de COMEX, [REDACTED] PRESENTACIÓN EJECUTIVA y el documento denominado "Project Comet", conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 93, fracción VII, 188, 197 y 210-A del CFPC.

Por otro lado, de conformidad con el análisis que se realiza en la consideración de derecho "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS", la carta supuestamente elaborada por HSBC de fecha cinco de agosto de dos mil trece, misma que fue presentada como Anexo 6 del recurso de reconsideración SW y AVISEP, no puede tener el alcance probatorio pretendido por los siguientes motivos: a) el documento no fue adminiculado con algún otro medio de convicción; es decir, SW y AVISEP, no ofrecieron alguna forma de confirmar que lo que aparece en dicho documento efectivamente sea cierto, máxime que existen otros elementos de convicción que contradicen el valor y alcance probatorio que las recurrentes pretenden atribuirle a dicho elemento probatorio (en particular, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y la



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

presentación elaborada por SW que fue presentada el veintidós de febrero de dos mil trece)<sup>84</sup>; b) el documento carece de una certificación debidamente traducida que incluya menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de fechas y autenticaciones de firmas; c) el documento no se encuentra acompañado ni avalado con la apostilla correspondiente a pesar de tener lo que aparenta ser el sello de un notario;<sup>85</sup> es decir, se incluye un sello con un breve texto en un idioma distinto al español, cuya traducción no fue presentada,<sup>86</sup>

<sup>84</sup> El artículo 203 del CFPC establece que la verdad del contenido de un documento privado debe demostrarse mediante pruebas adicionales. Asimismo, de acuerdo con el principio de libre valoración de las pruebas previsto en el artículo 197 del CFPC se señala que el elemento lógico y jurídico primario de validez sobre el que descansa la eficacia probatoria del documento es su autenticidad, circunstancia indispensable para poder fijar el alcance de la prueba, pues demostrada la legitimidad y originalidad de un documento, el juzgador cuenta, cuando menos, con la certeza de que lo plasmado en él ciertamente ocurrió, dependiendo, después de este paso, de su contenido, idoneidad, autoría, el alcance exacto que le dé el juzgador a los hechos que arroja el documento. En los sistemas de valoración de pruebas imperantes en el derecho nacional, por regla general los documentos privados son considerados imperfectos; esto es, ordinariamente llegan al juicio sin que la ley reconozca que por sí mismos demuestran su autenticidad, como por ejemplo sí ocurre con los documentos públicos que las legislaciones presumen auténticos, cuando se elaboran con los requisitos de ley, hasta que no se demuestre lo contrario. Ahora bien, para llenar esta imperfección (que no tienen los documentos públicos), las leyes generalmente prevén que el documento privado se relacione con otras probanzas, con cuya adminiculación es posible completarlo o perfeccionarlo; es decir, probar su autenticidad. Los medios más naturales reconocidos para completar la fuerza de convicción del documento privado son: el reconocimiento expreso y el reconocimiento tácito (en algunos ordenamientos procesales este reconocimiento tácito resulta de la falta de objeción de autenticidad, que no hace valer la contraparte del oferente en el término que para tal efecto señala la ley), aun cuando pueden aportarse otras probanzas aptas para perfeccionarlo, tales como la prueba pericial y la prueba testimonial. Las PARTES pueden ofrecer generalmente cualquier medio de prueba para demostrar sus pretensiones, en tanto la ley no excluya alguno de los medios probatorios precisados. Así, el valor de las pruebas documentales queda sujeto a que la fuerza de convicción de las mismas sea complementada a efecto de producir certeza y seguridad sobre su existencia y así excluir, en lo posible, la incertidumbre que multiplicaba los conflictos, el malestar general y la inestabilidad social, sin que ello pueda implicar una "carga" excesiva para quien interviene en algún procedimiento. En este sentido, la convicción proviene de dos hechos plenamente acreditados: i) el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA se encuentra corroborado por otros documentos (como la presentación denominada "Project Comet" que fue presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece), así como por las propias manifestaciones de SW y AVISEP en el sentido de que ambos documentos tienen el mismo contenido, el cual fue traducido por ellos mismos) y ii) el contenido de la carta supuestamente elaborada por HSBC de fecha cinco de agosto de dos mil trece, misma que fue presentada como Anexo 6 del recurso de reconsideración SW y AVISEP, no se encuentra confirmado ni corroborado con ningún medio probatorio adicional que haya sido ofrecido por las recurrentes.

<sup>85</sup> Respecto a los incisos b) y c) se remite al siguiente criterio del PJJ: **"PRUEBAS DOCUMENTALES PÚBLICAS. TIENEN ESE VALOR LAS CERTIFICACIONES OFICIALES PUESTAS SOBRE DOCUMENTOS PRIVADOS PROVENIENTES DEL EXTRANJERO Y QUE CUENTAN CON LA "APOSTILLA", DE ACUERDO CON LA CONVENCIÓN POR LA QUE SE SUPRIME EL REQUISITO DE LEGALIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL CATORCE DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO.** En lo que se refiere a las pruebas documentales provenientes del extranjero, como lo son las certificaciones puestas sobre documentos privados por notarios públicos (en que se contienen menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de fechas y autenticaciones de firmas), y que además se encuentran avaladas con la correspondiente "apostilla", es oportuno mencionar que la valoración que debe otorgarse a esos medios es la de pruebas documentales públicas, dada la jerarquía de que están revestidos los tratados internacionales en relación con la legislación secundaria, así como lo referente a la observancia que debe tenerse de los aludidos tratados, para catalogar así a las pruebas de que se habla (dotadas por la norma procesal aplicable, con pleno valor convictivo), pues al efecto el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los diversos numerales 543 y 546, ambos del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en el juicio de amparo, previenen la comentada jerarquización, cuya existencia toma sustento en la cooperación procesal internacional en la que México participa, máxime que en lo referente a la naturaleza de las pruebas documentales, debe tomarse en cuenta que por provenir del extranjero cuentan con la correspondiente formalidad (apostilla) a que se refieren los artículos 3, primer párrafo y 4, ambos de la Convención por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, concluida en la ciudad de La Haya el día

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

SW y AVISEP señalan que no es cierto ni correcto que las supuestas participaciones de mercado obraron en el EXPEDIENTE por primera vez a partir del veinticuatro de junio de dos mil trece. Al respecto, con independencia del hecho de que la fecha en que presentaron dicha información es completamente irrelevante, toda vez no cambió el estado procesal del expediente en las fechas referidas por las recurrentes, se señala que: (i) las recurrentes ni siquiera señalan en qué medida dicha situación habría cambiado el sentido de la RESOLUCIÓN; (ii) es falso que la RESOLUCIÓN incluya dicho señalamiento: en ninguna parte se dice que las participaciones de mercado que se refieren en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA “*obrarán por primera vez a partir del veinticuatro de junio de dos mil trece*”.

Por otro lado, es falso que la RESOLUCIÓN haya utilizado o referido los datos contenidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA de forma aislada, parcial o indiscriminada para determinar la participación de mercado de SW y COMEX en el mercado general de recubrimientos, pues con base en las estimaciones que a continuación se explican, la RESOLUCIÓN hace referencia a rangos, con base en dos ejercicios diferentes para calcular las participaciones de mercado de SW y COMEX, el primero de los cuales no utiliza en lo absoluto los datos provenientes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

Como se señala en las páginas 54 a 59 de la RESOLUCIÓN, el primer ejercicio se basó en la información proporcionada por las empresas Comex (AVISEP), SW, BEREL, PRISA, DOAL y OSEL. Asimismo, se calculó el volumen total del mercado de recubrimientos en el año dos mil doce considerando la participación de mercado y los volúmenes reportados por SW y AVISEP.<sup>87</sup> Dicha información tuvo en cuenta que SW y AVISEP calcularon las participaciones de mercado propias con base en sus datos de volúmenes de ventas y aplicando un factor de corrección a los datos de volúmenes de la ANAFAPYT,<sup>88</sup> lo cual les permitió calcular el volumen aproximado de ventas. El resultado de dicho ejercicio se refleja en el cuadro siguiente, incluido en la página 58 de la RESOLUCIÓN:

EMPRESA	VOLUMEN (LITROS)	PARTICIPACIONES
COMEX		*
SW		
BEREL		
PRISA		

cinco de octubre de mil novecientos sesenta y uno, dado que la aplicación de la mencionada convención, según el texto del numeral 1, inciso d), de la misma, recae sobre los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante, considerándose como documentos públicos en el sentido de la aludida convención, entre otros, precisamente a las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como las menciones de registro, las comprobaciones sobre la certeza de una fecha y las autenticaciones de firmas.” ([TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Diciembre de 2004; Pág. 1423).

<sup>86</sup> Véase el criterio del P.J.F: “**DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO. MEDIO DE PRUEBA EN MATERIA ADMINISTRATIVA.** En todo documento que se encuentre redactado en idioma extranjero y pretenda utilizarse como medio de prueba en materia administrativa, el interesado que lo ofrezca estará obligado a presentar la traducción al castellano, en caso contrario, carece de valor probatorio.” (Registro: 196779, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, Febrero de 1998, Materia(s): Administrativa, Tesis: II.A.23 A, Página: 492.)

<sup>87</sup> Mediante la información contenida en los escritos y anexos que fueron presentados el veintidós de febrero y el veinte de marzo de dos mil trece por SW y AVISEP.

<sup>88</sup> Dicha situación se explica en las páginas 54 a 57 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

DOAL	*
OSEL	*
OTROS *	*
TOTAL	*

De acuerdo con lo anterior, la concentración entre COMEX y SW llevaría a tener un nuevo agente económico con una participación en el mercado de recubrimientos decorativos de \* \*.

Asimismo, la información que aparece sombreada en el cuadro anterior corresponde a las cifras proporcionadas por SW y AVISEP así como a cálculos que se obtienen de dichas cifras realizando operaciones aritméticas elementales (multiplicaciones y divisiones o “regla de tres”<sup>89</sup>, una suma y una resta). Lo anterior es particularmente relevante, debido a que los datos de los volúmenes de ventas de SW y COMEX, así como sus porcentajes de participaciones de mercado y la cifra que representa el volumen total del mercado de recubrimientos en el año dos mil doce son atribuibles única y exclusivamente a los datos presentados por los ahora recurrentes.<sup>90</sup>

La única información proporcionada por terceros que se observa en dicho cuadro es la que corresponde a las cifras de los volúmenes de ventas de BEREL, PRISA, DOAL y OSEL, ya que los datos correspondientes a los “otros competidores” se obtienen mediante una simple resta: al volumen total del mercado calculado exclusivamente con los datos proporcionados por SW y AVISEP, se le restó la suma de los volúmenes reportados por COMEX, SW, BEREL, PRISA, DOAL y OSEL. También debe señalarse que el procedimiento para estimar la participación de mercado no fue exclusivo para SW, sino que se empleó el mismo procedimiento para todas las empresas indicadas en el cuadro.

Como se dijo, debido a las diferencias entre las cifras proporcionadas por SW y AVISEP, en las páginas 59 y 60 se realiza un segundo ejercicio respecto de las participaciones de mercado de SW y COMEX.

Al respecto, la RESOLUCIÓN claramente señala lo siguiente:

*“Toda vez que las participaciones señaladas en la Presentación Ejecutiva de Venta son distintas a las presentadas por los promoventes en el expediente de referencia y a que las partes no presentaron ninguna explicación respecto a qué se debía esta diferencia se procedió a realizar un ejercicio tomando como base los datos de la Presentación Ejecutiva de Venta, y los datos de volumen de ventas de recubrimientos decorativos presentados por las partes y por las empresas requeridas por esta Comisión, a saber Berel, Doal, Prisa y Osel.”*

<sup>89</sup> Para obtener la participación de mercado de SW se multiplicó el porcentaje de la participación de COMEX por el volumen de ventas de SW y se dividió entre el volumen de COMEX. Asimismo, para obtener el volumen total del mercado de recubrimientos en el año dos mil doce, se multiplicó el volumen de ventas de COMEX por cien y dicha cantidad se dividió entre el porcentaje de participación de mercado de COMEX.

<sup>90</sup> La cifra que asciende a \* respecto de la participación de mercado de COMEX fue presentada por SW mediante escrito de veinte de marzo de dos mil trece (Folio 3668). Por otro lado, las cifras de volúmenes de ventas de SW y COMEX fueron presentadas por SW y AVISEP mediante los anexos identificados con el número 17 en los escritos presentados por las recurrentes el veintidós de febrero de dos mil trece. Dichas cifras corresponden a volúmenes de venta para el año dos mil doce. Con base en esas cifras y a través de una simple operación consistente en una “regla de tres” se obtiene las cifras respecto al volumen total del mercado en el año dos mil doce y la participación de mercado de SW para el mismo año.

The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

El segundo ejercicio se distingue del primero principalmente en razón de que en el segundo no se emplean las participaciones de mercado para estimar la producción total, sino que se toma el dato del consumo *per capita*, se estima la producción total y finalmente se obtiene la participación de mercado de las empresas. Así, en el segundo ejercicio el porcentaje de participación de mercado de COMEX se obtiene con base en el mismo tipo de operaciones aritméticas referidas y a partir de las cifras de volúmenes de venta y consumo per cápita presentadas por SW y COMEX, así como con base en los datos del INEGI sobre población en México.<sup>91</sup> Con las cifras totales del volumen total de mercado (obtenidas a partir de los datos de población del INEGI y las cifras de consumo per cápita de pintura proporcionados por las recurrentes) y las cifras de volumen de ventas de SW y COMEX se obtiene una cifra de participación de mercado de \* para COMEX.<sup>92</sup>

Nuevamente, la única información proporcionada por terceros que se observa en dicho cuadro es la que corresponde a las cifras de los volúmenes de ventas de BEREL, PRISA, DOAL y OSEL, ya que los datos correspondientes a los “otros competidores” se obtienen mediante una simple resta: al volumen total del mercado calculado exclusivamente con los datos proporcionados por SW y AVISEP, se le restó la suma de los volúmenes reportados por COMEX, SW, BEREL, PRISA, DOAL y OSEL.

El resultado de dicho análisis se refleja en el cuadro siguiente, incluido en la página 60 de la RESOLUCIÓN:

EMPRESA	VOLUMEN (LITROS)	PARTICIPACIONES
COMEX		*
SW		
BEREL		
PRISA		
DOAL		
OSEL		
OTROS *		
TOTAL		

<sup>91</sup> En las páginas 59 y 60 de la RESOLUCIÓN se describe la operación que permitió calcular el volumen total del mercado a partir de los datos del consumo per cápita anual de pintura proporcionados por SW y AVISEP y las cifras de población provenientes del INEGI “[...] de acuerdo con la información proporcionada por los promoventes en la Presentación Ejecutiva de Venta de Agosto de dos mil doce preparada por HSBC [folio 5492], el consumo per cápita anual de pintura en México podría ser de \* kg lo cual, tomando como referencia lo señalado por los promoventes en el sentido de que \* kg equivalen a 1(un) litro, significa que el consumo per cápita de pintura en México podría ser de \* litros al año. De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda dos mil diez llevado a cabo por el INEGI [fuente: <http://www.censo2010.org.mx/>] la población total en la República Mexicana fue de 112.34 (ciento doce punto treinta y cuatro) millones de habitantes y tomando una tasa de crecimiento anual de la población de 1.4 (uno punto cuatro) por ciento, se tiene que para dos mil doce la República Mexicana contaba con 115.51 (ciento quince punto cincuenta y un) millones de habitantes. Lo anterior permite calcular que para dos mil doce el volumen total de pintura comercializada según el consumo per cápita y la población total señalados fue de \* litros.”

<sup>92</sup> Dicho porcentaje también se observa en la presentación denominada “Project Comet” que SW presentó el veintidós de febrero de dos mil trece por SW.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

Las cifras de \* de participación de mercado para COMEX y de \* para SW referidas en el cuadro anterior se obtienen con datos distintos a las participaciones de mercado contenidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. No obstante, las cifras fundamentalmente coinciden con ésta a pesar de que las fuentes son distintas: en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA se señala que la participación de mercado de COMEX asciende a \* y la de SW es de \* mientras que el ejercicio realizado en las páginas 59 y 60 de la RESOLUCIÓN –obtenido a partir de los datos de volúmenes de venta y consumo per cápita proporcionados por SW y AVISEP– arroja como resultado una participación de mercado de \* para COMEX y de \* para SW en el año dos mil doce.

En otras palabras, el resultado del segundo ejercicio es que la participación de mercado estimada por la COMISIÓN es consistente con los datos contenidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA respecto de la participación de mercado de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos. Eso es precisamente lo que se señala en la nota al pie número 64 que se observa en la página 60 de la RESOLUCIÓN.

De esta manera, las recurrentes no pueden alegar que se manipularon los datos para hacerlos coincidir con una participación de mercado mayor, ya que la RESOLUCIÓN no “toma” las participaciones de mercado referidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, no parte de ellas, ni las “utiliza”, sino que arriba a dicho resultado a través de una metodología propia y con datos diferentes (pues se observa una variación de menos de un punto porcentual, tanto en el caso de COMEX como en el de SW).

Lo anterior significa que el ejercicio realizado por la COMISIÓN fundamentalmente confirma y valida los datos contenidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Por ello mismo, es falso que la RESOLUCIÓN haya “tomado” o utilizado de forma “indiscriminada”, sin verificación o confirmación, las cifras de participación de mercado contenidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

En primer lugar, con base en las estimaciones que a continuación se explican, la RESOLUCIÓN hace referencia a rangos, con base en dos ejercicios diferentes para calcular las participaciones de mercado de SW y COMEX, el primero de los cuales no utiliza en lo absoluto los datos provenientes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

Se reitera que las diferencias e inconsistencias en la información presentada por SW y AVISEP constituye la razón por la cual en la RESOLUCIÓN se realizan los dos ejercicios referidos.<sup>93</sup> Por dichos motivos la RESOLUCIÓN hace referencia a un rango en los siguientes términos: “la concentración entre Comex y SW llevaría a tener un nuevo agente económico con una participación en el mercado de recubrimientos decorativos de entre \* por ciento y \* por ciento. El \* Berel, tendría una participación de mercado de entre \* por ciento y \* por ciento.”<sup>94</sup> [Énfasis añadido]

En otras palabras, ante las inconsistencias y diferencias que se observan en la información presentada por SW y AVISEP, la CFC hizo las correcciones y estimaciones que consideró necesarias para validar

<sup>93</sup> Como se dijo, las diferencias señaladas en dichos cuadros (tales como las cifras que corresponden al volumen total de pintura comercializada) obedecen a que en el primer cuadro se consideró la participación de mercado indicada por SW (la cifra que asciende a \* para COMEX) –asi como las cifras de ventas reportadas por las recurrentes–, para estimar la producción total, mientras que en el segundo cuadro no se emplean las participaciones de mercado para estimar la producción total, sino que se toma el dato del consumo *per capita*, para estimar la producción total y finalmente con ese dato se obtiene la participación de mercado de las empresas.

<sup>94</sup> Páginas 60 y 61 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

los datos y llegó a la misma conclusión: las diferencias sobre las participaciones que se observan en el rango no trascienden en la conclusión de la RESOLUCIÓN porque los índices de concentración en cualquiera de los dos casos exceden los umbrales para considerar poco probable que no se produzcan riesgos reales al proceso de competencia y libre concurrencia.

SW y AVISEP señalan que los datos de las participaciones de mercado que se observan en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA no han sido corroborados ni verificados respecto a su validez y veracidad, motivo por el cual la COMISIÓN no debe tomar en cuenta dicha información de forma "indiscriminada". No obstante, como se señaló, el análisis que se realiza en la RESOLUCIÓN respecto de los datos de participaciones de mercado refiere los datos provenientes de diversos documentos (entre ellos, los presentados por SW y AVISEP, así como la información presentada por otros competidores) para elaborar un análisis o un estudio en materia de las participaciones de mercado. Como quedó demostrado, los datos no se usaron de forma indiscriminada o arbitraria, pues se realizó un análisis que tuvo en cuenta diversa información que corroboró precisamente la validez de los datos referidos.<sup>95</sup> Adicionalmente, se reitera que el argumento de SW y Avisep en el sentido de que no hay que tomar en consideración la información que ellos mismos presentaron es insostenible. Conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203 y 210 del CFPC, un documento privado hace prueba plena en contra de quien lo presenta. En este sentido, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de quien lo presentó (SW y AVISEP, en este caso).

Como se dijo, el resultado de los dos ejercicios que se observan en la RESOLUCIÓN se manifiesta en un rango (participación conjunta de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos que varía entre \* y \*) cuyo origen se encuentra en ambos casos en participaciones de mercado que generan índices de concentración que superan los umbrales para considerar poco probable que la transacción notificada no produciría riesgos reales a la competencia. Se reitera que ante las inconsistencias y diferencias que se observan en la información presentada por las propias SW y AVISEP, la CFC hizo las correcciones y estimaciones que consideró necesarias para validar los datos y llegó a la misma conclusión: las diferencias sobre las participaciones que se observan en el rango no trascienden en el resultado de la RESOLUCIÓN porque los índices de concentración en cualquiera de los dos casos exceden los umbrales para considerar poco probable que no se produzcan riesgos reales al proceso de competencia y libre concurrencia.

Asimismo, de conformidad con lo señalado existen elementos de convicción adicionales que tienden a corroborar la veracidad de los datos que refieren las participaciones más altas de mercado (\* de participación de mercado para COMEX, \* para SW y \* de participación conjunta), en el mercado de recubrimientos decorativos.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*(ii) La CFC realizó indebidamente su análisis de las participaciones de mercado.<sup>96</sup>*

**a) Además, la CFC basa su indebido análisis en información diferente a la exhibida por SW y AVISEP.**

<sup>95</sup> Como se dijo, uno de los resultados del análisis realizado por la COMISIÓN es que la participación de mercado estimada por la autoridad es consistente con los datos contenidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA respecto de la participación de mercado de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos. Lo anterior significa que el ejercicio realizado por la COMISIÓN fundamentalmente confirma y valida los datos contenidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

<sup>96</sup> Página 57 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
Avissep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Al respecto, y con independencia del hecho de que las recurrentes no precisan cuál es la información específica a la que se refieren, ni señalan las razones por las cuales consideran que la COMISIÓN carece de facultades para allegarse de información adicional a la presentada por los solicitantes, resulta imposible entender cuál es el supuesto agravio que han sufrido SW y AVISEP toda vez que previamente se quejaron de la situación exactamente opuesta.

Efectivamente, al principio de su recurso de reconsideración SW y AVISEP señalan que la COMISIÓN omitió allegarse de elementos necesarios para el debido análisis y resolución de la concentración e incluso afirman que la autoridad debió requerir información de terceros (como AXALTA, THE HOME DEPOT, Masco Corp., Lowe's y ANAFAPYT) y señalan que los requerimientos que se hicieron a terceros no fueron lo suficientemente "integrales" (en particular, los que se realizaron a BEREL, DOAL, OSEL y PRISA). En este sentido, SW y AVISEP señalan agravios opuestos y contradictorios, consistentes, por un lado, en haber utilizado información diferente a la de las PARTES y, por el otro, en no haber requerido suficiente información a terceros. No obstante, se aclara que con fundamento en los artículos 1, 2, 3, 16, 20, 21, fracción II, 23, 24, fracciones I, IV y XIX de la LFCE y 21, fracciones IX, X y XI, y 22, fracción IV, del RLFCE, la COMISIÓN tiene facultad para allegarse de información adicional a la presentada por quienes solicitan la autorización de una concentración y para tenerla en cuenta al momento de resolver.

La única manifestación u objeción concreta respecto al uso de la información presentada por terceros que realizan SW y AVISEP consiste en señalar que la información de competidores en México no es pública, y por ende, no puede ser confirmada por SW y AVISEP. Al respecto, la única información de terceros competidores que se utilizó para el análisis de las participaciones de mercado son las cifras de ventas de DOAL, BEREL, PRISA y OSEL. Dicha información es confidencial en términos del artículo 31 bis de la LFCE. No obstante, SW y AVISEP pueden verificar que su participación de mercado se calculó de forma correcta debido a que los datos de los volúmenes de ventas de SW y COMEX, así como sus porcentajes de participaciones de mercado y la cifra que representa el volumen total del mercado de recubrimientos en el año dos mil doce son atribuibles exclusivamente a los datos presentados por los ahora recurrentes. Los datos correspondientes a los "otros competidores" se obtienen mediante una simple resta: al volumen total del mercado proporcionado por SW y AVISEP, se le restó la suma de las participaciones de COMEX, SW, BEREL, PRISA, DOAL y OSEL.

Por tanto, se advierte que los señalamientos que se analizan son inoperantes.

**SW y AVISEP adicionalmente señalaron:**

- b) La página 58 de la RESOLUCIÓN señala que la CFC determinó las participaciones de mercado que se mencionan en el "Tabla 3", utilizando la información ofrecida por SW y AVISEP:

EMPRESA	VOLUMEN (LITROS)	PARTICIPACIONES
COMEX	*	*
SW		
BEREL		
PRISA		
DOAL		
OSEL		
OTROS *		
TOTAL		

\* Se refiere a 42 competidores.<sup>97</sup>

Fuente: Elaboración de la Comisión con datos proporcionados por las empresas Comex, SW, Berel, Prisa, Doal y Osel.<sup>98</sup>

c) Basado en la información anterior, y sin consentir su validez, SW sería el [redacted] \* participante en el mercado de recubrimientos decorativos y no el [redacted] \* como indebidamente se señaló en la página 86 de la RESOLUCIÓN.

d) Asimismo, la CFC señaló que el análisis considera la existencia de cuarenta y dos competidores. No obstante, de conformidad con el pie de página 59 de la RESOLUCIÓN, SW y AVISEP señalaron que existían treinta y cuatro competidores (y no cuarenta y dos), miembros de la ANAFAPYT, que participan en el mercado de recubrimientos decorativos. No todos los competidores son miembros de la ANAFAPYT, tal y como fue señalado por SW y AVISEP a lo largo del proceso de concentración.

e) La CFC también comete un error y determina indebidamente las participaciones de mercado utilizando tanto la información proporcionada por SW y AVISEP como la contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Dicha determinación tiene diversas deficiencias que evidencian su invalidez, tal como sigue:

1. No queda claro cuál fue el año utilizado para la determinación del consumo *per cápita*.
2. No se clarifica si la palabra "*pintura*" se refiere únicamente a los recubrimientos decorativos, o sólo a un sub-segmento del mismo. Por ejemplo, ¿dicho término incluye a los productos impermeabilizantes?
3. Es altamente probable que la CFC no haya utilizado información relativa a las importaciones o exportaciones para la determinación del consumo nacional aparente *per cápita*.<sup>97</sup>

La siguiente Tabla 4, refiere las participaciones de mercado determinadas por la CFC, utilizando tanto la información de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA como su imprecisa metodología:

<sup>97</sup> Como se mencionó en la indebida determinación del mercado relevante, no hay posibilidad de obtener información relativa a las importaciones y exportaciones, con base en las segmentación de "*recubrimientos decorativos y otros*" que realizó la propia CFC.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

EMPRESA	VOLUMEN (LITROS)	PARTICIPACIONES
COMEX	[REDACTED]	*
SW		
BEREL		
FRISA		
DOAL		
OSEL		
OTROS *		
TOTAL		

\* Se refiere a 42 competidores

Fuente: Elaboración de la Comisión con datos proporcionados por las empresas Comax, SW, Berel, Frisa, Doal y Osel.<sup>63</sup>

En adición a los problemas señalados (la metodología dificulta utilizar el consumo *per cápita* de pintura, para estimar el total del mercado de recubrimientos decorativos), la estimación realizada por la CFC y referida en la tabla 4 anterior tiene un problema adicional: el volumen estimado correspondiente a los “*otros competidores*” implica una significativa disminución respecto de la producción de los “*otros competidores*” referida en la Tabla 3. Dicha circunstancia implica una disminución de [REDACTED] en dicho rubro.

Como consecuencia de dicha reducción, la participación de mercado de “*otros competidores*” disminuye indebidamente de un [REDACTED] litros] a un [REDACTED] litros].

La disminución que realiza la CFC respecto de la producción e información de “*otros competidores*”, no tiene otra explicación más que el hecho de que la CFC utilizó el concepto de “*otros competidores*” como una fórmula residual para tratar de ajustar y calcular indebidamente el 100% de participaciones del mercado de “*todos los participantes*”/ “*total*”.

Así, la CFC redujo el tamaño del mercado basada en la información de consumo nacional *per cápita* de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y modificó artificialmente el tamaño real de la categoría de “*otros competidores*”. Al hacer esto con la metodología imprecisa e incorrecta utilizada por la CFC, incrementó artificialmente las participaciones de mercado de las PARTES.

La CFC basó su análisis para los otros segmentos del mercado de recubrimientos considerando las participaciones de mercado ofrecidas por SW y AVISEP (aquellas estimadas con la misma metodología usada para obtener las participaciones de mercado en la página 57 de la RESOLUCIÓN), pero no basó su análisis para el mercado de recubrimientos decorativos en esa misma información.

Así, con base en los argumentos vertidos, debe revocarse la RESOLUCIÓN, en el sentido de que la combinación SW-COMEX supuestamente alcanzaría el [REDACTED] de las participaciones de mercado en el mercado de recubrimientos decorativos.

Lo anterior resulta infundado, pues las supuestas “inconsistencias”, “errores” o “disminuciones indebidas” señaladas por SW y AVISEP en relación con el análisis de las participaciones de mercado son manifestaciones que no refieren lo que realmente señala la RESOLUCIÓN, distorsionan su contenido o son el producto de las variaciones en los cálculos que provienen de realizar ejercicios con los distintos datos presentados por SW y AVISEP, como se observa a continuación:

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

- a) No existe el error que supuestamente se observa al comparar la tabla referida en la página 58 de la RESOLUCIÓN y la referencia que aparece en la página 86 de la RESOLUCIÓN respecto al posicionamiento de la marca de SW. Efectivamente, en las tablas referidas en las páginas 58 y 60 se ubica a SW como el [REDACTED]\* participante en el mercado de recubrimientos decorativos. Sin embargo, en la página 86 de la RESOLUCIÓN no se hace referencia a dichas tablas sino a las comparaciones que SW presentó mediante el anexo<sup>98</sup> al escrito presentado el veinticuatro de junio de dos mil trece y de acuerdo con la cual SW sería la [REDACTED]\* marca en el mercado con mejor posicionamiento. Lo anterior se desprende con toda claridad del contenido mismo de la RESOLUCIÓN:

*"Conforme a comparaciones de Comex, SW sería la [REDACTED]\* marca en el mercado con mejor posicionamiento, con [REDACTED]\* por ciento de top of mind y [REDACTED]\* por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa."*

De hecho, en la nota al pie de página que corresponde a la cita anterior claramente se señala el folio 5793 del EXPEDIENTE que corresponde exactamente al documento presentado por SW y AVISEP (la PRESENTACIÓN EJECUTIVA) según el cual SW es la [REDACTED]\* marca en el mercado con mejor posicionamiento. No es, por lo tanto, contradictorio ni incorrecto afirmar, por un lado, que SW se ubica como el [REDACTED]\* participante en el mercado de recubrimientos decorativos, conforme a las tablas que se encuentran en las páginas 58 y 60, y, por otro lado, que la marca de SW es la [REDACTED]\* con mejor posicionamiento. En realidad, el argumento de las recurrentes confunde un tema (*ranking* de participaciones de mercado) con otro totalmente distinto (*ranking* de posicionamiento de marcas) y, de esta manera, distorsiona el contenido de la RESOLUCIÓN.

- b) Por otro lado, las recurrentes afirman que en la RESOLUCIÓN se señaló la existencia de cuarenta y dos competidores. No obstante, la RESOLUCIÓN establece exactamente lo señalado por las recurrentes; es decir, no existe ningún punto controvertido. Desde que fue emitida la RESOLUCIÓN se concedió lo que ahora alegan las recurrentes: que existen treinta y cuatro competidores miembros de la ANAFAPYT más ocho competidores que no son miembros de la ANAFAPYT y, por lo tanto, existe cuarenta y dos competidores (de los cuales sólo treinta y cuatro son miembros de la ANAFAPYT). En ninguna parte de la RESOLUCIÓN se establece que los cuarenta y dos competidores sean miembros de la ANAFAPYT.
- c) Según SW y AVISEP, la COMISIÓN comete diversos errores al utilizar tanto la información proporcionada por ellos como la contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. En particular, señalan que dichas deficiencias son las siguientes: i) No queda claro, según las recurrentes, cuál fue el año utilizado para la determinación del consumo *per cápita*; ii) No se clarifica, según las recurrentes, si la palabra "*pintura*" se refiere únicamente a los recubrimientos decorativos, o sólo a un sub-segmento del mismo; y iii) Las recurrentes consideran altamente probable que la COMISIÓN no haya utilizado información relativa a las importaciones o exportaciones para la determinación del consumo nacional aparente *per cápita*.

En primer lugar, la referencia del consumo *per cápita* se obtuvo de la página 54 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA,<sup>99</sup> es decir, de la misma información presentada por las recurrentes.

<sup>98</sup> Dicho anexo es la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

<sup>99</sup> Folio 5830 del EXPEDIENTE.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

De acuerdo con el texto y la traducción de dicho documento, el mismo señala lo siguiente: “El consumo de pintura per cápita en México estimado para 2013 es de \* kg por persona, aproximadamente la mitad de la media del consumo promedio de los países desarrollados.”<sup>100</sup>

Por tanto, el dato se refiere a una proyección o estimación del consumo per cápita para el año dos mil trece, de acuerdo con la información presentada por los mismos recurrentes en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA que fue elaborada en agosto de dos mil doce.

Por otro lado, el uso del término “pintura” al que se refieren las recurrentes es exactamente el mismo uso que de dicho término se hace en el documento que ellos presentaron. Efectivamente, en la página 54 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA se observa que el término es utilizado como sinónimo de recubrimientos decorativos, como se utiliza también en la RESOLUCIÓN.

Asimismo, las cifras de consumo *per cápita* que se refieren corresponden textualmente a los datos referidos en la página 54 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Así, resulta irrelevante determinar si dicha cifra se compone o no con información relativa a las importaciones o exportaciones, toda vez que se trata de la misma cifra presentada por SW y AVISEP. Como se dijo, no es aceptable que el solicitante de autorización de una concentración presente una documental privada para demostrar la veracidad de sus asertos o afirmaciones y que, obviando la regla prevista en el artículo 210 del CFPC,<sup>101</sup> posteriormente sostenga que tal elemento de convicción contiene cifras cuya composición desconoce o no es confiable.

- d) Por otro lado, SW y AVISEP señalan que la metodología utilizada para calcular las participaciones de mercado dificulta utilizar el consumo *per cápita* de pintura para estimar el total del mercado de recubrimientos. Al respecto, la metodología utilizada para obtener el volumen total del mercado de recubrimientos en el año dos mil doce que se observa en la tabla contenida en la página 60 de la RESOLUCIÓN, se expuso en las páginas 59 y 60 de la RESOLUCIÓN en los siguientes términos:

“[...] de acuerdo con la información proporcionada por los promoventes en la Presentación Ejecutiva de Venta de Agosto de dos mil doce preparada por HSBC [folio 5492], el consumo per cápita anual de pintura en México podría ser de \* kg lo cual, tomando como referencia lo señalado por los promoventes en el sentido de que \* kg equivalen a 1(un) litro, significa que el consumo per cápita de pintura en México podría ser de \* litros al año. De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda dos mil diez llevado a cabo por el INEGI [fuente: <http://www.censo2010.org.mx/>] la población total en la República Mexicana fue de 112.34 (ciento doce punto treinta y cuatro) millones de habitantes y tomando una tasa de crecimiento anual de la población de 1.4 (uno punto cuatro) por ciento, se tiene que para dos mil doce la República Mexicana contaba con 115.51 (ciento quince punto cincuenta y un) millones de habitantes. Lo anterior permite calcular que para dos mil doce el volumen total de pintura comercializada según el consumo per cápita y la población total señalados fue de \* litros”.

Así, se utilizaron datos básicos para calcular mediante operaciones aritméticas elementales el total del mercado de recubrimientos que se muestra en la tabla contenida en la página 60 de la

<sup>100</sup> Dicha traducción obra en el folio 6007 del EXPEDIENTE. Al respecto, se señala que mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece, se elaboró la traducción de las partes relevantes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y se incorporó la misma dentro del EXPEDIENTE.

<sup>101</sup> Dicho artículo establece que el documento privado que una persona presenta, prueba plenamente en su contra.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

RESOLUCIÓN: cifras de volúmenes de venta y consumo per cápita presentadas por SW y COMEX y datos del INEGI sobre población en México. En lugar de controvertir el uso de dichos datos mediante las operaciones señaladas, SW y AVISEP se limitan a afirmar que “la metodología utilizada para calcular las participaciones de mercado dificulta utilizar el consumo per cápita de pintura para estimar el total del mercado de recubrimientos”; es decir, no exponen las razones por las cuales consideran que la metodología es incorrecta o por qué es “difícil” utilizar las cifras que ellos aportaron sobre el consumo per cápita para calcular el total del mercado de recubrimientos.

- e) SW y AVISEP afirman que el campo denominado “Otros (competidores)” referido en las tablas contenidas en las páginas 58 y 60 de la RESOLUCIÓN tiene un problema consistente en que la diferencia entre el volumen estimado correspondiente a los “*otros competidores*” en ambas tablas implica una disminución de \* en dicho rubro. Como consecuencia de dicha reducción, las recurrentes consideran que la participación de mercado de “*otros competidores*” disminuye indebidamente de un \* a un \*. Al respecto, se señala que la diferencia señalada obedece a que en el primer cuadro se consideró la participación de mercado indicada por SW (la cifra que asciende a \* para COMEX<sup>102</sup>) –así como las cifras de ventas reportadas por las recurrentes–, para estimar la producción total, mientras que en el segundo cuadro no se emplean las participaciones de mercado para estimar la producción total, sino que se toma el dato del consumo *per cápita*, proporcionado por las recurrentes, para estimar la producción total y con ese dato se obtiene la participación de mercado de las empresas. Resulta evidente que si el volumen de litros de pintura comercializada que se refiere en ambos cuadros es el mismo y las recurrentes presentan información que produce variaciones a la alza en la participación de mercado de COMEX y SW, por lógica tendría que disminuir tanto la cifra que corresponde al total del volumen del mercado de recubrimientos como la cifra correspondiente al campo denominado “Otros (competidores)” referido en las tablas contenidas en las páginas 58 y 60 de la RESOLUCIÓN.

Así, es falso que la COMISIÓN haya reducido artificialmente el tamaño del mercado basándose en la información de consumo nacional *per cápita* de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Es falso también que haya modificado artificialmente el tamaño real de la categoría de “*otros competidores*” y que haya incrementado artificialmente las participaciones de mercado de las PARTES. No debe quedar ninguna duda al respecto, el incremento de participaciones de mercado de SW y AVISEP que se observa entre las tablas referidas en las páginas 58 y 60 de la RESOLUCIÓN obedece única y exclusivamente a las diferencias en la información presentada por las recurrentes durante el procedimiento.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

(iii) *La RESOLUCIÓN es inconsistente cuando por un lado objeta la importancia de la existencia de un número total de 60,000 puntos de venta, sin embargo, acepta la existencia de dichos puntos de venta para analizar el segmento de los productos auxiliares.*

a) *En la página 69 de la RESOLUCIÓN, la CFC señala que: “... los productos auxiliares a los recubrimientos son vendidos en un gran número de establecimientos además de las tiendas*

<sup>102</sup> Véase el folio 3868 del EXPEDIENTE.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*especializadas en pintura como son ferreterías y tlapalerías. De acuerdo con el... 2012 del INEGI, en la República Mexicana existían 46,269 ferreterías y tlapalerías”.*

b) En la página 109 de la RESOLUCIÓN, la CFC señaló que: “... Comex que cuenta principalmente con \* distribuidores exclusivos tiene una participación de mercado de \* ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de Comex pueden ser mucho [sic], pero venden poco en comparación con los concesionarios de Comex, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente [pie de página 128]”.

c) En atención a los razonamientos anteriores, se advierte que en un mercado con un tamaño de \* de litros, en el que se sustraen los \* puntos de venta de COMEX-SW, resultaría eventualmente que pueden existir \* puntos de venta restantes.<sup>103</sup> Esto es significativo, y fue aceptado para los productos auxiliares a los recubrimientos, que son vendidos en los mismos lugares que se expende pintura.

d) La CFC improcedentemente realiza su análisis basado en un supuesto \* de participaciones de mercado de COMEX en el mercado de recubrimientos decorativos. Como se ha señalado, dichas participaciones de mercado son imprecisas e incorrectas.

e) Así, las conclusiones y tablas referidas en la página 69 a la 109 de la RESOLUCIÓN carecen de sustento, dado que la participación de mercado de COMEX no es del \* sino en todo caso y en el peor escenario, de \* en el mercado de recubrimientos decorativos.<sup>104</sup>

f) Más importante es el hecho de que la CFC haya aceptado la existencia de más de 60,000 puntos de venta cuando analizó lo relativo a los productos auxiliares a los recubrimientos, y que no haya seguido el mismo criterio cuando analizó en segmento de los recubrimientos decorativos –sin que haya mediado análisis adicional-, demuestra nuevamente la inconsistencia de la RESOLUCIÓN y su ilegalidad.<sup>105</sup>

g) Así, existen por lo menos \* puntos de venta (de los 60,000), en los que los consumidores pueden comprar recubrimientos decorativos, incluyendo tiendas de pintura, ferreterías, supermercados, tiendas de artículos para la mejora del hogar, entre otros.

SW y AVISEP señalan que la RESOLUCIÓN es inconsistente cuando por un lado objeta la importancia de la existencia de un número total de 60,000 puntos de venta, sin embargo, acepta la existencia de dichos puntos de venta para analizar el segmento de los productos auxiliares, lo cual es infundado por las razones siguientes:

Las recurrentes omiten considerar que la COMISIÓN realizó el análisis de índices de concentración para todos los mercados en los cuales las promoventes tenían participaciones cuya variación en el índice de Herfindahl fuera mayor a 75 puntos ( $2(q1*q2)$ ), situación que está indicada dentro de resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho, la cual señala que

<sup>103</sup> Referirse a la página 69 de la RESOLUCIÓN.

<sup>104</sup> Basado en las respuestas de las PARTES respecto de las pregunta 18 del OFICIO ENERO, en especial la del veinte marzo de dos mil trece.

<sup>105</sup> La CFC indebidamente le atribuye el total de las ventas a los concesionarios de COMEX cuando reconoce en las páginas 24, 72 y 73 de la RESOLUCIÓN que no todas las ventas son a través de ellos.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*“(…) La Comisión considera que una concentración tiene pocas posibilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando la concentración arroje alguno de los siguientes resultados: i) el aumento de IH sea menor de 75 puntos; ii) el valor de IH sea menor de 2,000 puntos; iii) disminuya el valor de ID; o iv) el valor de ID sea menor de 2,500 puntos (…).”*

Por tanto, no se considera que haya existido una variación indebida o injustificada en la metodología del análisis de los índices de concentración en los distintos mercados, toda vez que en el mercado de recubrimientos decorativos las participaciones de mercado referidas por SW y AVISEP, derivan en índices de concentración que superan los umbrales para considerar poco probable que no se producirían riegos a la competencia (por ello los dos ejercicios realizados a partir de diferentes datos proporcionados por los ahora recurrentes). Dicha situación es analizada con toda claridad en las páginas 57 a 61 de la RESOLUCIÓN respecto del mercado de recubrimientos decorativos. En sentido opuesto a lo señalado por las recurrentes, en la RESOLUCIÓN se refirieron las razones por las cuales al no existir datos que permitieran suponer efectos negativos sobre la competencia, se estimó innecesario profundizar en el estudio de algunos mercados, tal es el caso, entre otros, del mercado de recubrimientos en polvo y del mercado de productos auxiliares. Respecto de este último mercado, las promoventes manifestaron que no hay información disponible de participaciones de mercado. Por eso se evaluaron otros datos disponibles que permitieron concluir que la operación no tendría efectos contrarios a la competencia en dicho mercado.

Dicha situación se encuentra expresamente prevista por el artículo 11 del RLFCE, el cual señala que para determinar la participación de mercado a que se refiere la fracción I del artículo 13 de la Ley, se tomarán en cuenta *“indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la COMISIÓN determine”*. [Énfasis añadido]

Así, las diferencias observadas obedecen en primer lugar al hecho de que SW y AVISEP no presentaron o no tenían disponible toda la información necesaria para realizar el análisis en los mismos términos en que se hizo para el mercado de recubrimientos decorativos.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que medir la participación de mercado a partir de las cifras de ventas, así como calcular los índices de concentración con base en dichas participaciones de mercado es exactamente lo que ordena la norma aplicable, en particular los artículos 11 y 14 del RLFCE, así como de acuerdo con la metodología para calcular índices de concentración que fue publicada en DOF el veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho. Se reitera que el artículo 11 del RLFCE prevé expresamente la posibilidad de que se calculen las participaciones de mercado con distintos tipos de datos, como *“indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la COMISIÓN determine”*

En todo caso la metodología más completa y detallada (utilizada precisamente para confirmar y validar los datos) fue la que se aplicó en el análisis del mercado de recubrimientos decorativos.

Por otro lado, mediante su recurso de reconsideración SW y AVISEP plantean un argumento que ya fue analizado en la página 109 de la RESOLUCIÓN:

*“Los promoventes señalan que existen más de 60,000 puntos de venta de pinturas lo que conformaría una presión competitiva para Comex. Sin embargo, Comex que cuenta principalmente con [REDACTED] distribuidores exclusivos tiene una participación de mercado de [REDACTED] por ciento; ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de Comex pueden ser muchos, pero venden muy poco en*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

comparación con los concesionarios de Comex, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente.”<sup>106</sup>

Adicionalmente, en la RESOLUCIÓN se señaló lo siguiente:

“Según los datos proporcionados por los promoventes, resulta que las tiendas Comex manejan volúmenes de ventas mucho mayores que sus competidores. De acuerdo con la empresa, el \*  
\* por ciento de sus ventas totales se hicieron a través de las \*  
\* tiendas que operan sus concesionarios. Considerando solamente las ventas de recubrimientos decorativos de Comex, que representaron \*  
millones de litros en dos mil doce, el \* por ciento de ellas significa \*  
\* millones de litros, que divididos entre las \*  
\* tiendas Comex da un promedio de \*  
\* litros.”

Si efectivamente existen aproximadamente 60,000 (sesenta mil) establecimientos que comercializan recubrimientos decorativos como señalaron los promoventes, Comex tiene \*  
\* tiendas de concesionarios y SW tiene \*  
\* tiendas propias y \*  
\* de distribuidores certificados, resulta que los expendios distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW son aproximadamente \*  
\* Tomando en consideración un mercado con un tamaño de \*  
\* de litros, de acuerdo con los promoventes, resultaría que entre los \*  
\* expendios distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW comercializarían \*  
\* litros, esto es un promedio de \*  
\* litros al año. Esto significa que el volumen que cada tienda Comex expende es \*  
\* veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW.”<sup>107</sup>

Como se desprende de la cita anterior, la existencia de \* puntos de venta adicionales a los pertenecientes a COMEX y SW constituye un hecho reconocido por la RESOLUCIÓN. No obstante, entre las razones que la RESOLUCIÓN hizo notar se encuentra el hecho de que “Comex controla un sistema de distribución constituido por \* distribuidores exclusivos, que constituyen su principal canal de distribución y que es, por mucho, más grande que el que podría tener cualquiera de sus competidores”.<sup>108</sup>

Al respecto, las recurrentes no han presentado evidencia que acredite la existencia de un solo competidor que cuente con una red de distribución similar a la que tiene COMEX, la cual le permite, de acuerdo a lo señalado por SW y AVISEP.<sup>109</sup>

“Servir a los consumidores a través de concesionarios:

- Más de \* puntos de venta, la mayor red de tiendas de pintura en el país
- Más de \* transacciones por día
  - Acceso y conocimiento de \* clientes \* en México
- Establecedor de tendencias

<sup>106</sup> Véase la página 109 de la RESOLUCIÓN.

<sup>107</sup> Véase la nota al pie 128 contenida en las páginas 109 y 110 de la RESOLUCIÓN.

<sup>108</sup> Véase la página 109 de la RESOLUCIÓN.

<sup>109</sup> Dicha información se encuentra contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA Folios 5796 y 6001 del EXPEDIENTE.

[REDACTED] \*

*Sirviendo a los consumidores directamente*

- *Infraestructura excepcional que cubre a clientes* [REDACTED] \*

*-La colaboración con red de tiendas permite la penetración al cliente y el conocimiento local específico que ayuda a anticipar las necesidades del cliente a través de un amplio portafolio de productos*

- *La cobertura* [REDACTED] \* *permite soluciones a medida*

*-El desarrollo de soluciones específicas para los clientes a través de* [REDACTED] \*  
[REDACTED] \*

*Comex aprovecha su escala para entender a sus clientes y les ofrece soluciones a medida ilimitadas a través de un amplio portafolio de productos.”*

No obstante, SW y AVISEP no controvierten los argumentos vertidos en la RESOLUCIÓN en relación con la importancia de la red de distribución de COMEX como un factor que explica por qué los [REDACTED] \* puntos de venta que corresponden a marcas distintas a SW y COMEX difícilmente pueden generar una presión competitiva efectiva o suficiente. En el mismo sentido, omiten pronunciarse respecto de los elementos que acreditan que el “*volumen que cada tienda Comex expende es* [REDACTED] \* *veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW*”. Por tanto, en esa parte los argumentos que se analizan son **inoperantes**, pues **no combaten** lo establecido en la RESOLUCIÓN.

En adición a lo anterior, las PARTES se equivocan al decir que existen más de 60,000 puntos de venta en los que se venden pinturas ([REDACTED] \* puntos de venta que corresponden a marcas distintas a SW y COMEX), de acuerdo con la información del INEGI, específicamente la que corresponde al Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas (DENUE). El DENUE ofrece información sobre la identificación y ubicación de todos los establecimientos activos en el territorio nacional, es general e incluye diferentes tipos de comercios al por menor como son: ferreterías, tlapalerías, tiendas de pinturas, tiendas de materiales para construcción, tiendas de autoservicio especializadas y supermercados. Por dicho motivo, la afirmación de las recurrentes tendría que venir acompañada de elementos probatorios adicionales que demostraran que en los 60,000 puntos de venta efectivamente se vende algún tipo de pintura. En todo caso, los 60,000 establecimientos referidos sólo son posibles puntos de venta de recubrimientos decorativos.

Al respecto, en el apartado “IV. Análisis de barreras a la entrada” de la presente resolución se exponen razones adicionales por las cuales las redes de distribución, la capacidad instalada ociosa, el reconocimiento de marca y la inversión en publicidad constituyen barreras a la entrada que explican precisamente por qué la existencia de otros [REDACTED] \* puntos de venta que corresponden a marcas distintas a SW y COMEX no representa suficiente presión competitiva. Por ello, se remite a dicho apartado para evitar repeticiones innecesarias.

Por otro lado, SW y AVISEP señalan que las tablas referidas en la página 69 a la 109 de la RESOLUCIÓN también carecen de sustento, dado que la participación de mercado de COMEX no es del [REDACTED] \* sino en todo caso y en el peor escenario, sería de [REDACTED] \* en el mercado de recubrimientos decorativos. No obstante, como se ha señalado a lo largo del presente apartado, SW y AVISEP no han desvirtuado el análisis de participaciones de mercado que se realizó en la RESOLUCIÓN y no exponen razonamientos



The Sherwin-Williams Company y  
 Awise, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

lógico-jurídicos específicos para explicar por qué las tablas referidas en las páginas 69 a 109 de dicha RESOLUCIÓN son incorrectas, máxime cuando la base de las participaciones de mercado tienen su origen en la información presentada tanto por SW y AVISEP, como por otros competidores.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*iv) La CFC indebidamente reconoció que la determinación del total del mercado de recubrimientos decorativos (medido con base en volumen o valor) era una tarea imprecisa.<sup>110</sup>*

La CFC fue omisa en realizar un análisis adecuado de la respuesta dada por SW y AVISEP a la pregunta 18 del OFICIO ENERO (participaciones de mercado para el mercado de recubrimientos decorativos) y al análisis realizado en la misma, en atención a que basó sus conclusiones en el supuesto \* de participación de mercado previsto en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Dicho \* de participación de mercado debe ser completamente desestimado.

Lo anterior es **infundado**, debido a que la PRESENTACIÓN EJECUTIVA señala (en la nota al pie de las páginas o láminas que refieren las participaciones de mercado de COMEX correspondientes al \* en el segmento de recubrimientos decorativos en México y a \* de participación de mercado en el mercado total de recubrimientos en México) y que dichas cifras se encuentran basadas en estimaciones de la compañía (Comex) del año dos mil once. Ello, sin embargo, no constituye una razón suficiente para desestimar dicha información, por los motivos expuestos en el presente apartado y de conformidad con los siguientes razonamientos.

- a) La PRESENTACIÓN EJECUTIVA, como lo señalan SW y AVISEP, se encuentra fechada en agosto de dos mil doce.
- b) La PRESENTACIÓN EJECUTIVA, como lo señalan SW y AVISEP, constituye un documento utilizado como prospecto o herramienta de venta entre la fecha de su elaboración (agosto de dos mil doce) y la fecha en que su contenido fue presentado ante la CFC (febrero y junio de dos mil trece).<sup>111</sup>

Es decir, las participaciones de mercado referidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA se consideraron vigentes o suficientemente acertadas como para incluirlas en un prospecto de venta fechado en agosto de dos mil doce, cuyo contenido fue presentado ante la CFC en el año dos mil trece para acreditar, entre otras cuestiones, lo que hasta ese momento (febrero y junio de dos mil trece) se había presentado al Consejo de Administración de SW para autorizar la oferta para adquirir el negocio de COMEX.

- c) SW y AVISEP no presentan elemento de convicción alguno tendiente a acreditar que eran otras las cifras correctas de participación de mercado de COMEX o de consumo *per cápita* en el año dos mil doce, siendo que tampoco se manifiestan en contra del resto de la información que las recurrentes presentaron y que permitió confirmar o verificar que dichas cifras eran **fundamentalmente** correctas (por ejemplo, los volúmenes de ventas de SW y COMEX, las

<sup>110</sup> De ahí que cualquier conclusión basada en la participación de mercado, pueda estar viciada y equivocada, en virtud de la falta de información confiable y veraz.

<sup>111</sup> Es decir, febrero de dos mil trece, si se considera que la presentación "Project Comet" contiene exactamente la misma referencia respecto a las participaciones de mercado, como lo señalan SW y AVISEP, o junio de dos mil trece si se considera la fecha en que fue presentada ante la COMISIÓN la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

participaciones de mercado referidas en el primer cuadro y la cifra de \* de consumo *per cápita* referida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA).

La CFC emitió un requerimiento de información a OSEL, con fecha veintitrés de mayo de dos mil trece, en el que expresamente en la pregunta 3, le requirió información relativa a participaciones de mercado para el dos mil doce de OSEL y sus competidores. OSEL respondió el trece de junio de dos mil trece, lo siguiente: “Respecto de la información de participaciones de mercado requerida en la pregunta 3, es difícil estimar dichas participaciones, en virtud de que no existen fuentes de información confiables.<sup>112</sup> De acuerdo a nuestra percepción...”<sup>113</sup> [Énfasis Añadido].

La primera dificultad está en calcular el tamaño total del mercado de recubrimientos, pues se presenta la siguiente problemática que nunca fue analizada por la CFC.<sup>114</sup>

*“2. Dificultad para calcular la participación de mercado por segmento de Mercado den [sic] la industria de recubrimientos. El siguiente análisis muestra las imprecisiones al calcular las participaciones de Mercado en la industria de recubrimientos por segmento de mercado.*

*A. Retos en la metodología para calcular la participación de mercado por segmento de mercado. Calcular las participaciones de mercado por segmento de mercado implica diversos retos metodológicos:*

*(i) La clasificación de las ventas de un participante en el mercado, de conformidad con los segmentos de mercado solicitados por la [CFC].*

*(ii) Construir los segmentos de mercado solicitados por la [CFC].*

*(iii) Corregir la subestimación de ANAFAPYT del tamaño de mercado. Esta corrección se requiere debido a que ANAFAPYT es la única referencia al consumo de recubrimientos por segmentos de mercado en México (en términos del consumidor final del recubrimiento: decorativo, industrial, etc.). El cálculo de la participación de mercado por segmento de mercado se encuentra necesariamente vinculada con estas estimaciones, no obstante la subestimación identificada.*

*B. Cálculo de la participación de mercado de Comex y SW por segmento de mercado. El ejercicio llevado a cabo para determinar la participación de mercado de cada empresa por segmento de mercado considera únicamente los volúmenes de venta proporcionados por Comex y SW en los diferentes segmentos de mercado. Ambas empresas proporcionaron sus volúmenes de venta de conformidad con los segmentos que establece la ANAFAPYT y la clasificación propuesta por la [CFC].*

*(i) Cálculo del tamaño del segmento de mercado. El tamaño de los segmentos de mercado fue estimado de conformidad con la información reportada por ANAFAPYT. El primer paso en este ejercicio consistió en establecer una correlación entre el volumen total vendido por las empresas en cada uno de los segmentos de mercado de la Asociación y aquellos solicitados por la [CFC]. Posteriormente, el total del volumen de ventas de Comex fue*

<sup>112</sup> La CFC no consideró la manifestación realizada por un tercero no interesado (OSEL en escrito de trece de junio de dos mil trece) y que confiaba o que las PARTES señalaron respecto de la información imperfecta en relación con las participaciones de mercado.

<sup>113</sup> Ver folio 0005726 del Expediente CNT-095-2012, que contienen la respuesta de OSEL de fecha trece de junio de dos mil trece, al requerimiento de información realizado por la CFC con fecha veintitrés de mayo de dos mil trece.

<sup>114</sup> Referirse al escrito de veinte de marzo de dos mil trece que contiene la contestación de SW-COMEX a la pregunta 18 realizada en el OFICIO ENERO.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

utilizado en proporción al volumen total de ventas como el ponderador para expresar los valores de ANAFAPYT en términos de la segmentación solicitada por la [CFC].

(ii) *Factor de corrección aplicado en virtud de la subestimación del mercado de ANAFAPYT. Las discrepancias anuales explicadas en este análisis son utilizadas como factores de corrección en la estimación del consumo anual en México en los diferentes segmentos de mercado solicitados por la [CFC].*

*Todos los segmentos de mercado, con excepción de los recubrimientos para la protección de madera, han sido corregidos aplicando la corrección anual promedio determinada en el comparativo del tamaño total de mercado (EIMM vs. ANAFAPYT). Respecto a los recubrimientos para la protección de madera, un factor de corrección distinto fue utilizado en virtud de que una estimación específica se encuentra disponible para este sector. Tal circunstancia permite la aplicación de un factor de subestimación a este concepto.*

*La falta de puntos de referencia para comparar los volúmenes reportados por ANAFAPYT para cada segmento de mercado y para obtener factores de corrección específicos para cada segmento, implica el uso del promedio de subestimación del tamaño total de mercado para reestructurar los segmentos reportados por ANAFAPYT, así como para obtener participaciones de mercado por empresa en los segmentos solicitados por la [CFC] que sean consistentes con la realidad competitiva del mercado de recubrimientos mexicano.*

(iii) *Estimación de la participación de mercado de Comex y de SW por segmento de mercado. El cálculo estimado de la participación de mercado por segmento corregida de Comex y SW fue realizado utilizando la metodología que se establece anteriormente y cuyo resultado se puede observar en la siguiente tabla:*

*Estimaciones de participación de mercado del 2011*

	Comex	SW
a) Recubrimientos Decorativos		*

*Factor de corrección en relación a los volúmenes de ventas que pertenecen al código \** fabricación de pinturas y recubrimientos.

*No incluye los productos asociados y productos clasificados por el INEGI como "fritas".*

*\*La información del INEGI para pegamentos (EIMM, NAICS, registros relacionados: pegamentos y adhesivos fabricados con acetato poli vinil (pva), resinas sintéticas, epoxi, poliuretano y otros, no es considerado por ANAFAPYT, por lo que no es tomado en consideración para los cálculos de Participación Total realizados en esta tabla.*

*Los números relacionados con el comercio provienen de la Secretaría de Economía y corresponden a la clasificación de tarifas ANAFAPYT considera relevante para este sector. Se utilizó un factor de conversión de 0.6 kilos por cada litro.*

*El tamaño de mercado (valor) para la letra f) se corrige en base [sic] al estudio elaborado por el proveedor de insumos \* (ver anexo 18.b).*

### *3. Conclusión.*

*Este análisis demuestra la imprecisión para calcular las particularidades de mercado dentro de la industria de recubrimientos con base en las fuentes disponibles al público en general.*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*Utilizar dichas fuentes resulta en estimaciones que no son definitivas ni finales, ni reflejan la realidad de competencia dentro del mercado de recubrimientos”.*<sup>115</sup>

La CFC omitió incorrectamente tomar en cuenta la evidencia y argumentación referida, y en su lugar simplemente concluyó que las participaciones de mercado de la combinación de SW- COMEX ascenderían de un \* a un \*. El análisis y valoración realizado por la CFC debió tomar en cuenta, por lo menos, que cualquier análisis basado en las participaciones de mercado sería imperfecto y no conclusivo, y de ahí que otro tipo de análisis resultara necesario.

En primer lugar, SW y AVISEP señalan que la autoridad pudo haber referido o utilizado otros datos, también exhibidos o presentados por ellos, como la información pública proveniente del INEGI. Al respecto, señalan que esos datos habrían arrojado otros resultados (participación conjunta SW y COMEX menor al \*). No obstante, SW y AVISEP señalaron, tanto en su recurso de reconsideración como en el escrito presentado el veintidós de febrero de dos mil trece, que la información pública (en particular, la del INEGI y de la ANAFAPYT) es imprecisa y no es confiable.<sup>116</sup> En este sentido, sus afirmaciones resultan contradictorias: por un lado señalan que la autoridad debió tener en cuenta la información del INEGI y por otro lado afirman que dicha información no debe considerarse, ya que es información imprecisa que no permite calcular verazmente (según su dicho) las participaciones de mercado.

Dos afirmaciones opuestas y contradictorias no pueden tenerse por ciertas. SW y AVISEP no pueden aprovecharse de su propia torpeza o dolo, de conformidad con la doctrina de los actos propios que deriva del principio general de derecho que es la buena fe, según el cual no es posible “jurídicamente que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, por haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquel de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que fiado de esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio (Puig Brutau, José, “La doctrina de los actos propios”, en Estudios de Derecho Comparado, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 104-105).”<sup>117</sup> [Énfasis añadido]

Adicionalmente, tanto en el escrito presentado por SW el veinte de marzo de dos mil trece,<sup>118</sup> como en el recurso de reconsideración,<sup>119</sup> SW y AVISEP señalan que las participaciones de mercado en el año dos mil once en el mercado de recubrimientos decorativos ascendían a \* para COMEX y a \* para SW. Es decir, las recurrentes han señalado que la participación conjunta de SW y COMEX en el

<sup>115</sup> Escrito presentado por las PARTES el veinte de marzo de dos mil trece.

<sup>116</sup> En el escrito de veintidós de febrero de dos mil trece, SW y AVISEP específicamente señalaron que “la información disponible subestima en forma significativa el tamaño del mercado (ANAFAPYT) o no realiza segmentación alguna como se solicita en la pregunta 16 (INEGI)”. En su recurso de reconsideración, señalaron: “SW y COMEX específicamente exhibieron una respuesta a la pregunta 18 realizada por la CFC en el OFICIO ENERO, para explicar las dificultades e imprecisiones para calcular verazmente las participaciones de mercado con base en la información pública disponible”.

<sup>117</sup> Alejandro Romero Seguel, *El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios*, documento visible en la página de internet:

<http://www.google.com.mx/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdiagonalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2650443.pdf&ei=j18qUtiADIXO2QXIn4CQDg&usq=AFQjCNEaqo80rL-oR4m-Xg-Pb2D0iV1CQ>, fecha de consulta: seis de septiembre de dos mil trece.

<sup>118</sup> Véase el folio 3868 del EXPEDIENTE.

<sup>119</sup> Folio 030 del expediente RA-027-2013.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

mercado de recubrimientos decorativos fue de \* en el año dos mil once, por lo que la afirmación según la cual la participación conjunta SW y COMEX sería menor al \* simplemente no tiene sustento ni soporte probatorio.

SW y AVISEP señalan que la COMISIÓN indebidamente reconoció que la determinación del total del mercado de recubrimientos decorativos (medido con base en volumen o valor) era una tarea imprecisa, por lo que, según las recurrentes, cualquier conclusión basada en la participación de mercado, podría estar viciada y equivocada, en virtud de la falta de información confiable y veraz. Asimismo, SW y AVISEP señalan que la COMISIÓN omitió analizar adecuadamente tanto la respuesta dada por dichos agentes económicos el veinte de marzo de dos mil trece a la pregunta 18 del OFICIO ENERO, como la información proporcionada por OSEL, según las cuales existen diversas dificultades para estimar las participaciones de mercado dado que no existen fuentes de información confiables.

Al respecto, es falso que la COMISIÓN haya omitido analizar o considerar las dificultades técnicas y metodológicas señaladas para estimar las participaciones de mercado en el mercado de recubrimientos decorativos. En particular, dichas consideraciones planteadas por SW y AVISEP mediante el escrito de veinte de marzo de dos mil trece se citaron de forma extensa en las páginas 54 a 57 de la RESOLUCIÓN. Asimismo, precisamente debido a dichas dificultades se consideró apropiada la propuesta de SW y AVISEP de aplicar un factor de corrección a los volúmenes de la ANAFAPYT. No pasa desapercibido que las participaciones de mercado utilizadas para el cálculo de la dimensión de mercado referida en la página 58 de la RESOLUCIÓN fueron las que SW y AVISEP presentaron derivadas de sus propios cálculos, a los que fueron aplicados los factores de corrección que ellos mismos señalaron. Como se dijo, dichas cifras permiten calcular índices de concentración que superan los umbrales para considerar poco probable que no se producirán riesgos a la competencia.

Por otro lado, y con independencia de las dificultades para estimar las participaciones de mercado de todos y cada uno de los competidores, no debe perderse de vista que los datos de los volúmenes de ventas de SW y COMEX, así como las cifras del consumo *per cápita* anual, los porcentajes de sus participaciones de mercado y la cifra que representa el volumen total del mercado de recubrimientos en el año dos mil doce son atribuibles a los datos presentados por SW y AVISEP. La única información proporcionada por terceros que se observa en los cuadros incluidos en las páginas 58 y 60 de la RESOLUCIÓN es la que corresponde a las cifras de los volúmenes de ventas de BEREL, PRISA, DOAL y OSEL, ya que los datos correspondientes a los "otros competidores" se obtienen mediante una simple resta: al volumen total del mercado proporcionado por SW y AVISEP, se le restó la suma de las participaciones de COMEX, SW, BEREL, PRISA, DOAL y OSEL.

Se reitera que las recurrentes no pueden alegar que se manipularon los datos para hacerlos coincidir con una participación de mercado mayor, ya que la RESOLUCIÓN no "toma" las participaciones de mercado referidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, no parte de ellas, ni las "utiliza", sino que confirma dichas participaciones a través de una metodología propia y con datos diferentes (pues se observa una variación de menos de un punto porcentual, tanto en el caso de COMEX como en el de SW, entre el ejercicio realizado por la CFC y los datos referidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA).

Asimismo, se reitera que las cifras de volúmenes de venta y participaciones de mercado (es decir, tanto las que corresponden a \* para COMEX y \* para SW, como las cifras que señalan \* de participación de mercado para COMEX y \* para SW), derivan en el cálculo de índices de concentración que superan los umbrales para considerar poco probable que no se producirán riesgos a la competencia. En este sentido, dada la falta de certeza absoluta sobre la precisión en las cifras de

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

participaciones de mercado, la COMISIÓN consideró adecuado evaluar distintos escenarios (todos ellos contruidos a partir de los datos aportados por SW y AVISEP) y en ambos escenarios se observan resultados que muestran la existencia de un riesgo real para el proceso de competencia y libre concurrencia. Es, por lo tanto, falso que la haya omitido realizar análisis adicionales que corroboraran o confirmaran las conclusiones en materia de las participaciones de mercado de SW y COMEX.

Lo anterior significa que el ejercicio realizado por la COMISIÓN fundamentalmente confirma y valida los datos contenidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Por ello mismo, es falso que la RESOLUCIÓN haya “tomado” o utilizado de forma “indiscriminada”, sin verificación o confirmación, las cifras de participación de mercado contenidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

Asimismo, es falso que el análisis de las participaciones de mercado fuera “conclusivo”, toda vez que con ellas únicamente se calcularon los índices de concentración que superan los umbrales para considerar poco probable que no se producirían riesgos a la competencia. En realidad, se analizaron en la RESOLUCIÓN otros elementos y aspectos adicionales previstos en la normatividad para efectos de emitir un pronunciamiento concluyente sobre la actualización de riegos reales al proceso de competencia y libre concurrencia; entre ellos, la existencia de barreras a la entrada, el posicionamiento de competidores y los posibles efectos que podrían disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en caso de que la operación se llevara a cabo. Lo anterior se desprende no sólo de la lectura integral de los apartados de la RESOLUCIÓN en los que se analizan dichos elementos adicionales,<sup>120</sup> sino del hecho de que también fueron impugnados mediante el recurso de reconsideración.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*(v) La RESOLUCIÓN es inconsistente respecto al uso de la metodología de las partes para el análisis de otros mercados.*

Al realizar el análisis para otros “mercados” (industrial, protección, etc.), la CFC reconoció la metodología propuesta por las PARTES en la respuesta a la pregunta 18 del OFICIO ENERO. No obstante, para el análisis realizado para el denominado mercado de recubrimientos decorativos, la CFC utilizó la información de mercado contenida en la Presentación Ejecutiva.

La CFC reconoció que en la RESOLUCIÓN al analizar “*otros mercados*” que:

- Ante la ausencia de información de importaciones y de información relativa a las participaciones de mercado, se advierte que las participaciones de mercado de SW y COMEX podrían estar sobre-estimadas.<sup>121</sup>
- Los competidores internacionales que tienen presencia en México también tienen una fuerte capacidad económica y reconocimiento.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> Dichos elementos se analizan en las páginas 70 a 117 de la RESOLUCIÓN.

<sup>121</sup> Referirse a la página 96 de la RESOLUCIÓN. Las estimaciones de las PARTES refieren que entre el \* de las ventas totales en México son resultado de las importaciones. No obstante, el hecho de que la marca “Behr” (perteneciente a la compañía Masco, Corp., con base en Estados Unidos de América) haya exitosamente penetrado en el mercado mexicano de los recubrimientos decorativos en la cadena de tiendas de Home Depot, demuestra la creciente importancia que tienen las importaciones y que seguirán teniendo en un futuro, en el mercado de los recubrimientos.

<sup>122</sup> Refiérase a la página 99 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

- Algunos de los consumidores de los productos de recubrimientos son compañías que podrían tener el poder de negociar las condiciones comerciales de sus proveedores, como por ejemplo, grandes cadenas de supermercados, compañías constructoras de vivienda o cadenas de hoteles.

De conformidad con lo expuesto en relación con el hecho de que existen bajas barreras a las entrada desde el punto de vista de la oferta, el mercado mexicano de recubrimientos en general cuenta con diversos grupos internacionales y bien reconocidos que participan en el territorio mexicano, y que cuentan con la capacidad y posibilidad de cambiar y expandir su presencia en el mercado de recubrimientos decorativos, tales como:

1. Valspar [Valspar Mexicana, S.A. de C.V.],
2. AXALTA (antes Dupont) -Axalta Coatings Systems;
3. Akzo- Nobel, N.V. [Akzo- Nobel Chemicals, S.A. de C.V., Akzo-Nobel Inda, S.A. de C.V., y Compañía Mexicana de Pinturas International, S.A. de C.V.];
4. PPG Industries, Inc. [PPG Industries de México, S.A. de C. V., y Amercoat Mexicana S.A. de C.V.];
5. RPM International, Inc. [Corgrate Fiberglass Systems, S.A. de C.V., Eucomex, S.A. de C.V., Grupo StonCor, S.A. de C.V., Juárez Inmobiliaria, S.A., Plasite, S.A. de C.V., México, Productos DAP de México, S.A. de C.V., Stonhard de México, S.A. de C.V., TCI Power Coatings de México S.A. de C.V.];
6. Hempel A/S [Pinturas Hempel de México, S.A. de C.V.];
7. Jotun A/S,
8. Henkel AG & Co.,
9. BASF SE [BASF Coatings de México, S.A., y BASF Mexicana, S.A. de C.V.]
10. Masco, Corp.- A través de importaciones.

Diversas pruebas fueron ofrecidas por SW y AVISEP en relación con cada una de las anteriores empresas y su participación en el mercado mexicano. Más adelante se exhibe información actualizada de algunas de dichas compañías (AXALTA, Masco Corp., y Lowé's), misma que fue obtenida de sus páginas web o de otras fuentes públicas.

En conclusión, la RESOLUCIÓN se basa principalmente en las participaciones de mercado (y específicamente en las participaciones de mercado nacionales) para determinar indebidamente que COMEX supuestamente cuenta con poder sustancial. Así, la CFC también indebidamente concluye que cualquier adición a dichas participaciones –por mínimas que sean–, reforzarían dicho supuesto poder sustancial.<sup>123</sup> Dicha determinación se basó en el hecho de que, también supuestamente, la combinación SW-COMEX adquiriría una participación de un \* a un \* en el mercado de los recubrimientos decorativos.<sup>124</sup>

<sup>123</sup> Referirse a la página 115.

<sup>124</sup> Referirse a la página 60 de la RESOLUCIÓN.

En este sentido, aun tomando en consideración la incorrecta información y determinación de las participaciones de mercado de la CFC, se advierte la existencia de un número significativo de competidores que ofrecen más de la mitad del volumen total del mercado (litros). Muchos de estos competidores pertenecen a grupos multinacionales, que ya están presentes en México o cuentan con los recursos económicos y tecnológicos para cambiar o expandir su producción.

Al respecto, se señala lo siguiente:

- (a) Es falso que la metodología utilizada para analizar el mercado de recubrimientos decorativos sólo haya tenido en cuenta la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Como se acredita en los párrafos anteriores del presente apartado, así como en los apartados “I. Análisis y definición del mercado relevante” y “IV. Análisis de barreras a la entrada” de la presente resolución, el análisis del mercado de recubrimientos decorativos está basado en una gran cantidad de fuentes de información distintas a la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.
- (b) Si bien es cierto que en la página 96 de la RESOLUCIÓN se establece que en el mercado de recubrimientos para protección las participaciones de mercado de SW y COMEX podrían estar sobreestimadas por la carencia de cifras de importaciones y participaciones de mercado en una dimensión geográfica más amplia, también es cierto que la COMISIÓN estableció otras razones por las cuales se consideró que existían elementos que pueden evitar que la operación notificada tenga efectos negativos sobre el mercado de recubrimientos para protección. En primer lugar, se señaló que si bien las participaciones de mercado de COMEX y SW ascendían a \* y \* respectivamente, también había razones (como las cifras de importaciones que sí se encontraban disponibles) que indicaban que el mercado de recubrimientos para protección podría ser internacional. En segundo lugar, se indicaron los siguientes elementos que podrían evitar efectos negativos en el mercado:

“[...]”

*ii) Los clientes de este tipo de productos son empresas, contratistas o instituciones gubernamentales, por lo que es probable que las adquisiciones se efectúan mediante licitaciones públicas o privadas en las que participan competidores nacionales e internacionales.*

*iii) Los clientes suelen establecer requerimientos técnicos y de calidad sobre los productos a adquirir.*

*iv) Los principales competidores a nivel internacional en este tipo de productos son PPG, Akzo Nobel, Dupont y BASF, que son grupos con una amplia capacidad económica y reconocimiento.*

\*

*Derivado de lo anterior no se prevé que la operación tenga efectos negativos sobre la competencia y la libre concurrencia en este mercado.<sup>125</sup>*

<sup>125</sup> Véanse las páginas 96 y 97 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

En este sentido, en la RESOLUCIÓN se explicaron las razones por las cuales se consideró que existían elementos que pueden evitar que la operación notificada tenga efectos negativos sobre el mercado de recubrimientos para protección. Por otro lado, y contrario a lo manifestado por las recurrentes, en la RESOLUCIÓN sí se explicaron las circunstancias por las cuales se consideró que sólo había un caso exitoso de una marca importada con presencia en México en el mercado de recubrimientos decorativos. Dicho análisis se cita a continuación:

*“De acuerdo con estimaciones de los promoventes, las importaciones podrían representar entre el [REDACTED] \* por ciento del consumo de recubrimientos decorativos en dos mil doce.<sup>126</sup> Sin embargo, el único caso exitoso de una marca importada con presencia en la República Mexicana acreditado por los promoventes es el de Behr, que penetró el mercado mexicano a través de las tiendas Home Depot y reemplazó la marca Dutch Boy de Sherwin Williams. Si tomamos como referencia las ventas de Dutch Boy en 2011 entonces probablemente la presencia de Behr sea de aproximadamente [REDACTED] \* por ciento de las ventas totales de recubrimientos decorativos. Los promoventes informaron que otras marcas importadas son Valspar y Grace, que atienden a los seis establecimientos de la cadena Lowes en el norte de la República Mexicana. La presencia de estas marcas probablemente es muy inferior a la de Behr, toda vez que Lowes es una cadena competidora de Home Depot, que únicamente tiene seis establecimientos, en contraste con las ciento un tiendas de Home Depot. En conclusión, los promoventes no aportaron elementos para acreditar un porcentaje de importaciones significativo, que fuera incluso superior al cinco por ciento del consumo nacional, por lo se analizó el mercado en una dimensión geográfica nacional.”*

En relación con lo anterior, las recurrentes únicamente manifiestan que “el hecho de que la marca “Behr” (perteneciente a la compañía Masco, Corp., con base en Estados Unidos de América) haya exitosamente penetrado en le [sic] mercado mexicano de los recubrimientos decorativos en la cadena de tiendas de Home Depot, demuestra la creciente importancia que tienen las importaciones y que seguirán teniendo en un futuro, en el mercado de los recubrimientos”.

No obstante, dicha manifestación no contradice el reconocimiento que se hace en la resolución respecto de la presencia de importaciones en México, ni controvierte el análisis respecto de la importancia relativamente baja que tienen dichas importaciones. La manifestación según la cual la presencia de BEHR en Home Depot “demuestra la creciente importancia que tienen las importaciones” no acredita que el volumen de importaciones en el mercado de recubrimientos sea mayor al indicado en la RESOLUCIÓN. Lo anterior se corrobora mediante al análisis contenido en la consideración de derecho “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” en donde se explica por qué las pruebas presentadas por SW y AVISEP únicamente permiten acreditar la existencia de otros competidores, más no su importancia relativa en términos de acreditar una participación de mercado lo suficientemente relevante como para ejercer presión competitiva sobre SW y COMEX.

- (c) En relación con la manifestación según la cual los competidores internacionales tienen presencia en México, así como una fuerte capacidad económica y reconocimiento, se remite a la cita de la RESOLUCIÓN contenida en el inciso b) en la cual se explicaron las razones por las cuales la COMISIÓN consideró que la presencia de otras marcas distintas a BEHR es muy

<sup>126</sup> Fuente: escrito presentado por los promoventes el primero de abril de dos mil trece, folio 3877.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

inferior a la de ésta y poco significativa. Como lo señala la RESOLUCIÓN, la participación de los competidores de COMEX-SW en el mercado de recubrimientos se encuentra atomizada entre muchas empresas con participaciones pequeñas, siendo algunas de las más importantes BEREL, PRISA, DOAL y OSEL, sin que ello niegue la existencia de más competidores.

Asimismo, la información proporcionada por las recurrentes no permite identificar a competidores internacionales que tuvieran una participación significativa en el mercado de recubrimientos decorativos. De hecho, de conformidad con el análisis incluido en la consideración de derecho "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS" SW y AVISEP no han demostrado la importancia relativa de los competidores internacionales en términos de una participación de mercado específica, una capacidad económica (incluyendo su capacidad de expandir su presencia) o una presencia de marca lo suficientemente relevantes como para ejercer presión competitiva sobre SW y COMEX.

En virtud de lo anterior, las manifestaciones sobre la "*fuerte capacidad económica*" e "*importancia*" de los competidores internacionales que tienen presencia en México en el mercado de recubrimientos decorativos no son más que manifestaciones **gratuitas** y, por tanto, **inoperantes**. Dichas marcas han estado en México durante muchos años y no han entrado de forma significativa al mercado de recubrimientos decorativos; tampoco hay evidencia de que lo vayan a hacer.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

La CFC reconoció que el segmento de los recubrimientos decorativos es demandado localmente (página 50 de la RESOLUCIÓN). Así, se advierte que las participaciones de mercado a un nivel nacional son irrelevantes. La CFC debió haber tomado en cuenta y analizado la presencia de competidores locales, la presión o disciplina competitiva a nivel local y la baja concentración de puntos de venta en municipios donde los productos de las PARTES están presentes. Tales cuestiones fueron omitidas por las CFC.

A lo largo del proceso de análisis de la concentración, SW y AVISEP exhibieron información: (i) respecto de los competidores que tienen presencia en cada estado del país, identificando aquellos presencia local (presentes en uno o dos estados), presencia regional (presencia por lo menos en tres estados pero en menos de veintitrés), y aquellos con presencia nacional (presentes en veinticuatro estados o más), y (ii) del número de tiendas de pinturas de las PARTES (o de sus distribuidores y/o concesionarios) y de sus competidores en los municipios con mayor grado de concentración. No obstante, la CFC indebidamente omitió analizar esta información, lo que resulta nuevamente inconsistente con su conclusión de que el mercado de los recubrimientos decorativos es demandado a un nivel local.

Las participaciones de mercado elevadas a nivel nacional no son importantes; por el contrario, el análisis debe considerar esencialmente: (i) qué tan competido o disputable es el mercado; (ii) si existen o no costos hundidos; y (iii) si existen o no bajas barreras a la entrada.

*"La teoría económica señala que las participaciones de mercado, no deben ser vistas, en ningún caso, como la única respuesta. Si bien pueden ser un buen indicador del impacto que tiene una compañía en el mercado, dichas participaciones de mercado no pueden considerar*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*otras características del mercado que resultan cruciales para evidenciar la fuerza de la competencia potencial. Esto incluye a las barreras de entrada y salida. Tomar en consideración de manera conjunta a los existentes y potenciales competidores, otorga un conocimiento y comprensión total de las restricciones de mercado que puede afectar una compañía”.*<sup>127</sup>

*“Un mercado disputable es aquel en el que un monopolista hipotético no tiene poder de mercado, por la inexistencia de costos hundidos y las barreras son tan bajas que la posibilidad de entrada es suficiente para constreñir al incumbente... la simple posibilidad o amenaza de competencia en mercados que parecen estar concentrados o monopolizados es suficiente para llevar los precios a un nivel competitivo...”*<sup>128</sup>

*“Si las barreras a la entrada son significativamente bajas, aún con la combinación o concentración de un ente con altas participaciones de mercado estará constreñido bajo amenaza de entrada. ... La ausencia de cualquier costo hundido de entrada, puede potencialmente proporcionar un incremento en el rango de contestabilidad del mercado, lo que significa que aún una elevada o 100% de participaciones de mercado derivadas de una concentración, puede no construir una disminución sustancial de competencia...”*<sup>129</sup>

Los requerimientos señalados con anterioridad para considerar la existencia de un mercado contestable, se actualizan en la concentración, tal como sigue:

- a) La existencia de bajas barreras a la entrada. No existe la necesidad de contar con patentes,<sup>130</sup> el acceso a los insumos es fácil,<sup>131</sup> los costos para recurrir una planta no son altos,<sup>132</sup> no hay necesidad de contar con autorizaciones regulatorias,<sup>133</sup> no existen barreras a las importaciones,<sup>134</sup> se requiere una modesta inversión necesaria para abrir nuevos puntos de venta, la existencia de costos financieros no significativos, entre otros elementos, conforman la baja existencia de barreras a la entrada.
- b) La existencia de costos hundidos. La RESOLUCIÓN no identifica (ni menciona) la existencia de algún costo hundido en el segmento de los recubrimientos decorativos.
- c) La existencia de suficientes e importantes competidores. Como se señaló en el presente Recurso, existen (a) 377 establecimientos para la producción de recubrimientos en México, de conformidad con información del INEGI; (b) un número importante de competidores en cada estado del país, incluyendo compañías locales, regionales, nacionales y multinacionales; (c) competidores nacionales<sup>135</sup> e internacionales que fácilmente pueden

<sup>127</sup> Referirse a “Economist for Competition Lawyers”. Gunnar Niels, Helen Jerkins y James Kavanagh. Oxford University Press. Reprinted 2011. Pages 123-124.

<sup>128</sup> Ibidem, página 138.

<sup>129</sup> Ibidem, página 348.

<sup>130</sup> Tal y como reconoció la CFC en la página 78 de la RESOLUCIÓN.

<sup>131</sup> Tal y como reconoció la CFC en las páginas 23, 88 a 91 de la RESOLUCIÓN.

<sup>132</sup> Referirse a las páginas 73 a 75 de la RESOLUCIÓN.

<sup>133</sup> Referirse a las páginas 77 y 86 de la RESOLUCIÓN.

<sup>134</sup> Referirse a las páginas 86 y 93 de la RESOLUCIÓN. En adición, se advierte la reciente entrada de las importaciones de los productos Masco Corp., A través de la marca “Behr” a las tiendas de Home Depot (Behr es la marca número uno en el segmento de los recubrimientos decorativos en Estados Unidos de América) y su declaración en el sentido de que se convertirá en la [REDACTED] marca más importante en segmento de recubrimientos decorativos después de la combinación SW-COMEX, así como la confirmación de BEREL de que las importaciones están disponibles. Referirse al capítulo IV del presente Recurso de Reconsideración.

<sup>135</sup> Se exhibe como Anexo 7, información relativa a los competidores de nacionalidad mexicana.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

cambiar y expandir su producción y comenzar a producir recubrimientos decorativos en caso de la combinación SW-COMEX incrementara precios por encima de los niveles competitivos; (d) 60,000 puntos de venta de recubrimientos a nivel nacional; (e) más de 12,000 tiendas de pintura; (f) la creciente importancia de las tiendas para mejora del hogar (THE HOME DEPOT, Lowe's, etc.).

(d) Existen fuertes compradores. SW y AVISEP exhibieron pruebas que demuestran que en el segmento de recubrimientos decorativos existen fuertes compradores/consumidores con alto poder de compra de esta clase de productos: (a) [redacted] \* requiere por lo menos 2 proveedores y SW-COMEX sería considerando como un proveedor, dejando espacio para un segundo proveedor distinto a la combinación de SW y AVISEP; de la misma manera, [redacted] \* es una empresa con políticas de bajo costo; (b) la demanda gubernamental requiere de licitaciones públicas y bajo la CPEUM, el precio es un factor primordial de decisión; (c) los grandes grupos corporativos, incluidas las grandes cadenas hoteleras (por ejemplo, [redacted] \* tienen el suficiente poder de negociación para requerir precios competitivos como factor de decisión; y (d) un conjunto de [redacted] \* concesionarios que como unidad representa una fuerte presión negociadora si COMEX quisiera abusar de ellos. Asimismo, SW y AVISEP exhibieron ante la CFC información relativa a proyectos importantes ganados por sus competidores, que definen la dinámica de una parte del mercado, en el que los clientes buscan diferentes opciones para satisfacer sus necesidades de recubrimientos decorativos y basan su decisión de compra no en una marca, sino en el análisis de precio- calidad- servicio ofrecido. Sin embargo, La CFC tampoco analizó dichas pruebas.

En conclusión, las pruebas exhibidas demuestran que:

1. La CFC no identificó la existencia de costos hundidos,
2. Las barreras a la entrada son bajas (como se detalla más adelante),
3. Existen suficientes competidores –actuales o potenciales, locales, regionales, nacionales o internacionales-, que sirven como presión competitiva en cada municipio en el que los productos de las PARTES están presentes,
4. Existen fuertes compradores que incluso “en el caso de que un [redacted] \* se considerara como [sic]” un alto porcentaje de participación de mercado, hace que el mercado de los recubrimientos decorativos se mantenga contestable, y
5. Dado que la necesidad de los recubrimientos son satisfacer a nivel local, las participaciones de mercado a nivel nacional son irrelevantes.

Dichos señalamientos son inoperantes, por lo siguiente:

SW y AVISEP manifiestan que en la RESOLUCIÓN (página 50) se reconoce que el segmento de los recubrimientos decorativos son demandados localmente. En su opinión, esto demuestra que las participaciones de mercado a un nivel nacional son irrelevantes. Por ello, SW y AVISEP consideran que la COMISIÓN debió haber tomado en cuenta y analizado la presencia de competidores locales, la presión o disciplina competitiva a nivel local y la baja concentración de puntos de venta en municipios donde los productos de las PARTES están presentes. Asimismo, SW y AVISEP señalan que la COMISIÓN omitió analizar la información que presentaron respecto de: (i) los competidores que tienen presencia en cada



1290

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

estado del país, identificando aquellos con presencia local (presentes en uno o dos estados), presencia regional (presencia por lo menos en tres estados pero en menos de veintitrés), y aquellos con presencia nacional (presentes en veinticuatro estados o más), y (ii) el número de tiendas de pinturas de las PARTES (o de sus distribuidores y/o concesionarios) y de sus competidores en los municipios con mayor grado de concentración.

Respecto de las supuestas omisiones de la autoridad en relación con la información presentada por SW y AVISEP, en primer lugar, la COMISIÓN les requirió de forma oportuna, a través de la pregunta 80 contenida en el OFICIO ENERO que "*Respecto de la Tabla VIII y el Cuadro IX del Estudio de Competencia, especifique los municipios a los cuales se refiere la información presentada*".<sup>136</sup> Es decir, se requirió a SW y AVISEP que señalaran los municipios en los que se ubicaban las tiendas señaladas en la tabla y el cuadro que presentaron las promoventes en el documento denominado "Estudio de competencia". Al respecto, las recurrentes omiten mencionar que la información que presentaron por municipio no incluye indicadores de ventas, por valor, volumen o por tienda. Dichas omisiones impiden determinar de forma inequívoca la presión competitiva de cada competidor por municipio.

En realidad, la información presentada por las recurrentes y que ahora refieren carecía de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como un indicador o referente para evaluar la presión competitiva a nivel local, ya que sólo se refiere a municipios con más de cincuenta tiendas de pintura dejando de lado a aquellos municipios con menos de cincuenta tiendas.

Asimismo, si bien las recurrentes presentaron una lista de los principales productores de pintura con presencia en cada Estado del país,<sup>137</sup> tampoco esa lista contiene indicadores de ventas, por valor o volumen, por Estado que pudieran ayudar a determinar la presión competitiva de cada competidor por Estado del país.

Por tanto, no fue posible realizar un análisis a nivel local o municipal con base en la información presentada por SW y AVISEP, ya que no contiene los datos suficientes para establecer la posible presión competitiva que tendrían COMEX y SW en estas dimensiones geográficas.

Con independencia de lo anterior, resulta incorrecto afirmar que debido a que los consumidores satisfacen su necesidad de recubrimientos de manera local, el número de tiendas es irrelevante en el proceso de compra del consumidor y, por lo tanto, no existe la barrera a la entrada identificada por la CFC.

Por el contrario, debido a que los consumidores se abastecen a nivel local, se genera la necesidad para un competidor nuevo de tener acceso a los puntos de venta locales a lo largo del país para poder satisfacer la demanda de consumidores ubicados en las distintas localidades que lo componen. La RESOLUCIÓN determina la existencia de una barrera a la entrada que consiste en la necesidad de contar con una red de distribución eficiente precisamente para atender este aspecto de la demanda. Para conseguirlo, las marcas ofrecidas a través de la red de distribución deben ser reconocidas, lo que implica una inversión considerable en publicidad de manera que se pueda enfrentar la competencia de marcas de agentes establecidos.

<sup>136</sup> Folio 02780 del EXPEDIENTE.

<sup>137</sup> Véase el escrito presentado el ocho de julio de dos mil trece (folios 5979 a 5990).



571

1291

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

Más aun, las recurrentes se contradicen cuando argumentan que el número de tiendas a nivel nacional es irrelevante mientras que en el argumento previo sostienen que existe una gran alternativa de canales de distribución de los recubrimientos para que haya competencia efectiva en el mercado.

Por otro lado, de conformidad con el análisis incluido en la consideración de derecho "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS" SW y AVISEP no han demostrado la importancia relativa de competidores actuales o potenciales, locales, regionales o internacionales; es decir, no han acreditado que dichos competidores detentan una participación de mercado específica, una capacidad económica concreta (incluyendo su capacidad de expandir su presencia) o una presencia de marca que sean lo suficientemente relevantes como para ejercer presión competitiva sobre SW y COMEX.

SW y AVISEP afirman que las barreras al mercado de recubrimientos decorativos son bajas. En particular, señalan que: (i) no existe la necesidad de contar con patentes; (ii) el acceso a los insumos es fácil; (iii) los costos para recurrir una planta no son altos; (iii) no hay necesidad de contar con autorizaciones regulatorias; (iv) no existen barreras a las importaciones; (v) se requiere una modesta inversión necesaria para abrir nuevos puntos de venta; (vi) los costos financieros no son significativos. En relación con dichas manifestaciones, se remite al apartado "IV. Análisis de barreras a la entrada" para evitar repeticiones innecesarias.

SW y AVISEP afirman que la RESOLUCIÓN no identifica (ni menciona) la existencia de algún costo hundido en el segmento de los recubrimientos decorativos. Al respecto, se señala que si bien efectivamente no se caracterizó el desarrollo de marcas y la capacidad ociosa como costos hundidos en la RESOLUCIÓN, ello no significa que no se hayan considerado precisamente dichos elementos, junto con otros como la importancia de contar con una red de distribución, como importantes barreras a la entrada. En relación con las barreras a la entrada cuya existencia se encuentra acreditada, de conformidad con el análisis que exigen los artículos 13 de la LFCE, así como 12 y 13 del RLFCE, se remite al apartado "IV. Análisis de barreras a la entrada" de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

Asimismo, SW y AVISEP manifiestan que algunos de los consumidores de los productos de recubrimientos son compañías que podrían tener el poder de negociar las condiciones comerciales de sus proveedores, como por ejemplo, grandes cadenas de supermercados, compañías constructoras de vivienda o cadenas de hoteles. En particular, señalan: i) [REDACTED] requiere por lo menos dos proveedores (SW-COMEX serían considerando como un proveedor) y afirman que [REDACTED] es una empresa con políticas de bajo costo; ii) la demanda gubernamental requiere de licitaciones públicas y el precio es un factor primordial de decisión de acuerdo con la CPEUM; iii) los grandes grupos corporativos, incluidas las grandes cadenas hoteleras (por ejemplo, [REDACTED] tienen el suficiente poder de negociación para requerir precios competitivos como factor de decisión; y iv) existe un conjunto de [REDACTED] concesionarios que como unidad representa una fuerte presión negociadora si COMEX quisiera abusar de ellos. Asimismo, SW y AVISEP señalan que exhibieron información relativa a proyectos importantes ganados por sus competidores, los cuales, en su opinión, definen la dinámica de una parte del mercado, en el que los clientes buscan diferentes opciones para satisfacer sus necesidades de recubrimientos decorativos y basan su decisión de compra no en una marca, sino en el análisis de precio- calidad- servicio ofrecido.

Al respecto, su argumento no tiene sustento a la luz de lo manifestado por SW y AVISEP tanto en el expediente CNT-095-2012 como en el mismo escrito del recurso de reconsideración. Efectivamente, SW y AVISEP han manifestado que COMEX no realiza ventas directas a los grandes compradores que



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

mencionan, sino a sus concesionarios,<sup>138</sup> los cuales (ya sea que vendan directamente en las tiendas o que entreguen el producto a sus clientes en una localidad específica) enfrentan precios que son establecidos directamente por COMEX, por lo que no es entendible la forma en que el supuesto poder de negociación de los grandes consumidores mencionados por las recurrentes pueda incidir en los precios establecidos por COMEX.

Por otro lado, la afirmación respecto a la existencia de un conjunto de [REDACTED] \* [REDACTED] que como unidad representa una fuerte presión negociadora, no tiene sustento y no combate los razonamientos y elementos de convicción referidos en la RESOLUCIÓN en esta materia. Al respecto, en las páginas 114 y 117 de la RESOLUCIÓN se explicó que no se han identificado clientes con la capacidad de evitar que SW-Comex fije precios. En particular, se hizo notar que, en dicho canal, las ventas de COMEX se diluyen entre [REDACTED] \* [REDACTED] concesionarios (es decir, el supuesto poder de compra está diluido en esos concesionarios que no están agrupados o asociados en ningún tipo de "unidad": en sentido contrario a la afirmación de las recurrentes, el elevado número de concesionarios pulverizados dificulta en realidad su capacidad para defender sus intereses en conjunto).<sup>139</sup>

Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado en la página veinticuatro de la RESOLUCIÓN los principales canales de distribución de COMEX son: a) canal concesionarios; b) canal tradicional y c) canal moderno.

El canal concesionarios consiste en tiendas que no pertenecen a COMEX sino a terceros independientes que distribuyen de forma [REDACTED] \* [REDACTED] los productos COMEX. En este rubro COMEX cuenta con [REDACTED] \* [REDACTED] tiendas. Por canal tradicional se entiende la distribución en ferreterías; mientras que el canal moderno consiste en tiendas de autoservicio.

Las ventas de COMEX se concentran principalmente en el canal concesionarios. El canal concesionarios se encuentra constituido por [REDACTED] \* [REDACTED] tiendas que son operadas por [REDACTED] \* [REDACTED] concesionarios y representan [REDACTED] \* [REDACTED] por ciento de las ventas totales de Comex (véase la página noventa y dos de la RESOLUCIÓN).

De lo anterior se destaca que en el principal canal de ventas de COMEX (canal concesionarios), las ventas se fragmentan entre [REDACTED] \* [REDACTED] concesionarios, por lo que no se identifica que existan consumidores con poder de negociación en ese canal. (Véase la página 114 de la RESOLUCIÓN)

Asimismo, en la RESOLUCIÓN se hizo notar que los concesionarios tienen obligaciones contractuales con COMEX, situación que también podría dificultar o incidir en su capacidad de evitar que SW-Comex fije precio.

Por otro lado, en el canal moderno, COMEX ha llevado a cabo contratos de comodato de sistemas tintométricos mediante los cuales se lleva a cabo la mezcla químicos que permiten dar distintos colores

<sup>138</sup> AVISEP señaló mediante el escrito de veintidós de febrero de dos mil trece que a través del anexo 20 adjuntaba un listado sobre la ubicación de las tiendas de pinturas operadas por los concesionarios de Grupo Comex en el territorio nacional. Al respecto, adicionalmente manifestó que Grupo Comex no opera directamente ninguna tienda de pintura, por lo que la totalidad de las tiendas corresponden a sus concesionarios.

<sup>139</sup> Los grupos con menos miembros suelen encontrar menos dificultades que los grupos mayores para resolver problemas de coordinación y conflictos de interés. En los grupos chicos la persuasión e interacción entre sus miembros es más directa (resultan, en general, más claras e identificables las diferencias o las aportaciones de sus miembros), es más eficaz la rendición de cuentas (ya que es más fácil saber quién coopera). Véase, por ejemplo, *Olson, Mancur, La lógica de la acción colectiva*, Limusa, Grupo Noriega Editores, México 1992.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

a la pintura base blanca marca \* de COMEX. Al respecto, COMEX tiene contratos \*

Por tanto, si en cualquier momento \*

\* (Véanse las páginas 71 y 72 de la RESOLUCIÓN). A pesar de lo anterior, la RESOLUCIÓN considera que las grandes cadenas de autoservicios como \* no representan agentes con poder de negociación ante COMEX debido a que las ventas a través del canal moderno únicamente representan el \* por ciento de las ventas totales de COMEX. Dicha situación se explicó en la página 114 de la RESOLUCIÓN.

En lugar de exponer argumentos por los cuales consideran que la RESOLUCIÓN contiene un error respecto a dichas apreciaciones, las recurrentes omiten referirse a los razonamientos y elementos de convicción referidos por la autoridad y, en su lugar, realizan afirmaciones gratuitas y sin sustento sobre la supuesta existencia de clientes con capacidad para evitar que SW-Comex fije precios.

En este sentido, de acuerdo con el análisis incluido en la consideración de derecho "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS", SW y AVISEP no han demostrado la existencia de consumidores con poder de negociación suficiente para requerir precios competitivos.

*(vi) Argumentos adicionales en materia del análisis sobre poder sustancial.*

En su escrito presentado el seis de septiembre de dos mil trece, SW Y AVISEP señalaron que: (i) la RESOLUCIÓN no es exhaustiva y congruente respecto de los hechos, consideraciones y pruebas exhibidos por las PARTES en su escrito de notificación; (ii) la CFC omite investigar y allegarse de los elementos necesarios para el debido análisis y resolución de la concentración; (iii) La RESOLUCIÓN se encuentra indebidamente fundada y motivada y existe una indebida valoración de los elementos de prueba aportados; (iv) se violan los artículos 17, 18 en todas sus fracciones, 21, fracciones ii y v de la LFCE, 222 y 352 del CFPC y 1º, 14, 16, 17 y 28 de la CPEUM. En específico, SW Y AVISEP señalaron lo siguiente:

En alcance a los argumentos y agravios de nuestro recurso respecto de la nota al pie número nueve que obra en la página once de dicho escrito,<sup>140</sup> ampliamos y complementamos nuestros agravios en los siguientes términos:

<sup>140</sup> En la nota al pie contenida en la página 11 del escrito presentado el ocho de agosto de dos mil trece, SW Y AVISEP señalaron lo siguiente: "Las Partes destacan que aun cuando los compromisos presentados fueran aceptados, y por los agravios expuestos, las Partes no consienten la determinación de que Comex tenga poder sustancial de mercado. Dicho sea de paso, se señala que el procedimiento de concentración no es el procedimiento previsto en la LFCE para declarar la existencia de poder sustancial por parte de un agente económico determinado, y el que se haya realizado de esta manera por parte de la CFC, afecta la esfera jurídica de las Partes, principalmente de Comex, en tanto que con dicha determinación de poder sustancial se cambia y afecta la situación jurídica de las Partes." Las recurrentes señalaron que consideran aplicable el criterio de rubro "CONCESIONARIOS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES. TIENEN INTERÉS



**A. Indebida determinación de existencia de poder sustancial/Ausencia de fundamentación y motivación en la determinación de poder sustancial**

En contravención a lo dispuesto por los artículos 16, 17, 18, 30, 31 y 33 bis de la LFCE, la CFC determinó en la RESOLUCIÓN que aún con independencia de la CONCENTRACIÓN, COMEX supuestamente cuenta con poder sustancial en el supuesto mercado de recubrimientos decorativos.<sup>141</sup>

***(i) Artículos 16, 17 y 18 de la LFCE***

El procedimiento de concentración previsto en el capítulo III de la LFCE no constituye la vía legal para que la CFC declare y determine si un agente económico determinado cuenta o no con el poder sustancial. El artículo 17 de la LFCE no otorga a la CFC facultades para que en un procedimiento de concentración, la CFC determine y declare la existencia de poder sustancial de un determinado agente económico. Por el contrario, dicho precepto únicamente refiere a que en el procedimiento de concentración, la CFC habrá de considerar si la concentración objeto del procedimiento, confiere o puede conferir al adquirente el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante.<sup>142</sup> Por su parte, el artículo 18 de la LFCE tampoco faculta a la CFC para determinar y declarar la existencia de poder sustancial sin el desarrollo de un procedimiento adecuado en el que se garantice el derecho fundamental de audiencia previa. Así, la LFCE no faculta a la CFC a realizar tal determinación en un procedimiento de concentración.

La CFC declaró ilegalmente en la RESOLUCIÓN que COMEX tiene poder sustancial en el mercado, confundiendo así el procedimiento de concentración con el procedimiento de declaración de dominancia establecido en el artículo 33 bis de la LFCE. Sin embargo, el procedimiento de concentraciones (previsto en los artículos 16 a 20 de la LFCE) difiere sustancialmente del procedimiento de declaración de dominancia (previsto en el artículo 33 bis de la LFCE) y de los procedimientos contenciosos y sancionatorios establecidos por los artículos 30, 31 y 33 de la LFCE, pues persiguen objetivos distintos y se rigen por normas distintas, por lo que por ningún motivo pueden ser confundidos. El objetivo del procedimiento de concentraciones no es determinar la existencia de poder sustancial de

---

**JURÍDICO PARA INTERPONER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y 71 DE SU REGLAMENTO, CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LOS DECLARA AGENTES ECONÓMICOS CON PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE**. Por otro lado, SW Y AVISEP señalan que *“incluso, tanto la LFCE como su Reglamento, son omisos en conferir al Director General de Concentraciones, facultad alguna para durante el trámite y desarrollo del procedimiento de concentración, declarar o determinar la existencia de poder sustancial alguno. Por tal motivo, expresamente las Partes solicitan a la CFC revoque la Resolución y apruebe la Concentración”*.

<sup>141</sup> Por ejemplo, en la página 115 se señala: *“los datos de evolución de precios y capacidad de mantener e incluso incrementar márgenes de ganancia en recubrimientos decorativos son evidencia que indica que Comex ya cuenta con la capacidad e incentivos de fijar precios”, y “[...] que en caso se autorizarse la concentración planeada, ésta permitiría a SW consolidar o acrecentar el poder de mercado que Comex ya tiene en el mercado de recubrimientos decorativos en México [...]”*.

<sup>142</sup> *“Artículo 17.- En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa: 1.- Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder; [...]”*.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

mercado, sino aprobar, condicionar o en su caso rechazar la concentración notificada. Al determinar en un procedimiento de concentración que COMEX tiene poder de mercado, la CFC transgredió la finalidad y esencia de dicho procedimiento.

La CFC actuó en exceso de las facultades que le confieren los artículos 16 a 20 de la LFCE. De cierta manera, con tal ilegal determinación de poder sustancial, nos sancionó e impulso obligaciones, cargas y consecuencias jurídicas, en lugar de limitarse a resolver si se autorizaba o negaba la CONCENTRACIÓN.<sup>143</sup>

(ii) Artículo 33 bis de la LFCE

El artículo 33 bis de la LFCE establece un procedimiento concreto para determinar y declarar la existencia de poder sustancial en un mercado relevante.<sup>144</sup> Dicho artículo prevé determinados requisitos y reglas para garantizar el derecho de debida audiencia y defensa a los interesados, pues dicha declaratoria genera una afectación a la esfera jurídica del gobernado.

La Segunda Sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis número 290/2011 determinó que la sola declaración de poder sustancial en el mercado efectuada por la CFC produce una afectación a la esfera jurídica del gobernado que le otorga interés jurídico para combatir tal determinación. Esta resolución emanó de una controversia derivada del

<sup>143</sup> Las recurrentes transcriben el siguiente criterio del PJP: "COMPETENCIA ECONÓMICA. LA RESOLUCIÓN QUE SE DICTE EN EL PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO LA CONCENTRACIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2006, SÓLO COMPRENDE LA DETERMINACIÓN RELATIVA A SU AUTORIZACIÓN O NEGATIVA, SIN QUE PUEDA IMPONER SANCIONES O CONDICIONES. El artículo 21 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 28 de junio de 2006, establece un procedimiento para llevar a cabo la concentración de agentes económicos en el que el solicitante debe notificar por escrito a la Comisión Federal de Competencia el acto jurídico de que se trate, precisándose en su fracción I las formalidades con que deberá presentarse el escrito relativo; por su parte, dicha comisión puede solicitar datos o documentos adicionales que los interesados deben proporcionar (fracción II), hecho lo cual, debe emitir una resolución debidamente fundada y motivada dentro del plazo de cuarenta y cinco días naturales siguientes a la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada, en el entendido de que, si concluido dicho plazo no lo ha hecho deberá considerarse que no tiene objeción alguna (fracción III). Asimismo, dicho precepto prevé en su fracción IV que, en casos excepcionales, el presidente de la citada comisión puede ampliar el plazo para solicitar documentos, exhibirlos y dictar resolución, hasta por sesenta días naturales; de lo que se concluye que la resolución que se dicte en el procedimiento referido sólo comprende la determinación relativa a la autorización o negativa de la concentración notificada por el particular, sin que pueda imponer sanciones o condiciones porque, para ello, es necesario sustanciar el diverso procedimiento contencioso previsto expresamente en la propia ley".

<sup>144</sup> "Artículo 33 bis. 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 [...] En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento: [...] V. Concluida la investigación correspondiente y si hay elementos para determinar la existencia de poder sustancial o que no hay condiciones de competencia efectiva, u otros términos análogos, la Comisión emitirá un dictamen preliminar y publicará un extracto en los medios de difusión de la Comisión y publicará los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación; VI. Los agentes económicos que demuestren ante la Comisión que tienen interés en el asunto podrán manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer los elementos de convicción que estimen pertinentes ante la Comisión, dentro de los veinte días siguientes al de la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar en el Diario Oficial de la Federación, y VII. Una vez integrado el expediente en un plazo no mayor a treinta días, el Pleno de la Comisión emitirá la resolución que corresponda, misma que se deberá notificar a la autoridad competente y publicará en los medios de difusión de la Comisión y los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación [...]"



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

procedimiento de declaración de dominancia prevista en el artículo 33 bis, el cual se insiste es el procedimiento correspondiente para declarar la existencia de poder de mercado.<sup>145</sup>

Así, el hecho de que la CFC haya declarado la existencia de poder sustancial de mercado en un procedimiento inadecuado, en el que no se nos garantizó el respeto a nuestros derechos fundamentales de debida audiencia y defensa, nos causa agravio y resulta suficiente para revocar la RESOLUCIÓN en cuanto a tal indebida determinación.

*(iii) Artículos 30, 31 y 33 de la LFCE*

La SCJN resolvió en la contradicción de tesis 290/2011 que la LFCE establece cuatro procedimientos: (i) el procedimiento de concentración, previsto en el capítulo III de la LFCE, que tiene como propósito autorizar o no a las concentraciones notificadas a la CFC; (ii) el procedimiento de investigación, previsto en los artículos 30 y 31 de la LFCE y que tiene como finalidad emitir un oficio de probable responsabilidad en caso de concentraciones prohibidas; (iii) el procedimiento administrativo sancionatorio, previsto en el artículo 33 de la LFCE y que tiene como finalidad determinar y sancionar la responsabilidad de los agentes económicos; y (iv) el procedimiento del artículo 33 bis de la LFCE, que tiene como finalidad resolver sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos.<sup>146</sup>

Dicha determinación de la SCJN confirma la existencia de un procedimiento *ex profeso* para determinar la existencia de poder sustancial de mercado que es distinto del procedimiento de concentraciones. La CFC no siguió el procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE. Por el contrario, sin la existencia de una rigurosa investigación previa y en violación de los derechos fundamentales de debido proceso, así como de previa audiencia de COMEX, la CFC determinó ilegalmente que COMEX tiene poder sustancial en el mercado de recubrimientos decorativos.<sup>147</sup>

<sup>145</sup> Las recurrentes citan la jurisprudencia emitida con motivo de tal contradicción de tesis: "*CONCESIONARIOS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES. TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA INTERPONER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y 71 DE SU REGLAMENTO, CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LOS DECLARA AGENTES ECONÓMICOS CON PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE. Los mencionados concesionarios declarados agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante del sector correspondiente, en la resolución culminatoria del procedimiento que prevé el artículo 33 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, tienen interés jurídico para interponer, contra dicha declaratoria, el recurso de reconsideración establecido en los numerales 39 de la Ley y 71 de su Reglamento, hayan o no intervenido en el procedimiento, pues con independencia de que éste no se instaure contra algún agente económico en lo particular y la declaración relativa no produce en sí misma una afectación material, ésta no sólo es declarativa de la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, sino también constitutiva, pues produce un nuevo estado jurídico de los agentes económicos, cuyos efectos se proyectan hacia el futuro, en la medida en que por virtud de ella, la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes pueden ejercer las facultades previstas en los artículos 9-A, fracción XI, y 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, consistentes en imponer a dichos concesionarios obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información*".

<sup>146</sup> Referirse al criterio jurisprudencial con rubro: "*COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 21, 31, Y 33 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, SON DIFERENTES Y AUTÓNOMOS ENTRE SÍ (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2006)*". Con motivo de la reforma a la LFCE, del año 2006, se incluyó un nuevo procedimiento previsto en el artículo 33 bis de la LFCE.

<sup>147</sup> Incluso, la Dirección General de Concentraciones de la CFC carecería de facultades para llevar a cabo un procedimiento para declarar que un agente económico tiene poder de mercado.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Se concluye que el procedimiento de concentraciones no constituye el procedimiento o vía legal para que la CFC declare que COMEX tiene poder sustancial de mercado, por lo que la RESOLUCIÓN deviene ilegal y nos causa agravio, por lo que deberá revocarse.

Asimismo, la CFC es omisa en fundamentar y motivar por qué COMEX supuestamente tiene poder sustancial de mercado. Asimismo, la CFC es omisa en fundar y motivar por qué realiza dicha determinación de poder en un procedimiento de concentraciones, ajeno a los procedimientos previstos en los artículos 33 y 33 bis de la LFCE. Por tal motivo, la RESOLUCIÓN es ilegal y debe revocarse.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

- i) La COMISIÓN no determinó en la RESOLUCIÓN que COMEX tuviera poder en el mercado de recubrimientos decorativos en términos de lo que establece el artículo 33 bis de la LFCE o para efectos de cualquier otro procedimiento distinto al que corresponde al análisis de concentraciones.

En efecto, en la RESOLUCIÓN no se realizó una declaración de dominancia o una declaratoria de poder sustancial en términos del artículo 33 bis de la LFCE, sino el análisis del poder de los agentes económicos que abastecen el mercado relevante para determinar si la concentración notificada debía o no ser autorizada.

Dicho análisis se llevó a cabo en cumplimiento a lo ordenado en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE, mismos que se refieren en la RESOLUCIÓN al ser los que corresponden al procedimiento que se tramitó dentro del expediente CNT-095-2012, ya que por disposición expresa de la LFCE son los que debía utilizar la CFC para analizar las concentraciones sometidas a su consideración por parte de los agentes económicos:

*“Artículo 16.- Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.”*

*“Artículo 17.- En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa:*

*I.- Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;*

*II.- Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y*

*III.- Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.”*

*“Artículo 18.- Para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en los términos de esta Ley, la Comisión deberá considerar los siguientes elementos:*

*I.- El mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de esta Ley;*

*II.- La identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con el artículo 13 de esta Ley, el grado de concentración en dicho mercado;*

*III.- Los efectos de la concentración en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, así como en otros mercados y agentes económicos relacionados;*



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

*IV.- La participación de los involucrados en la concentración en otros agentes económicos y la participación de otros agentes económicos en los involucrados en la concentración, siempre que dichos agentes económicos participen directa o indirectamente en el mercado relevante o en mercados relacionados. Cuando no sea posible identificar dicha participación, esta circunstancia deberá quedar plenamente justificada;*

*V.- Los elementos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración y que incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.*

*El Reglamento de esta Ley establecerá los términos y condiciones para presentar ante la Comisión los elementos a que se refiere el párrafo anterior, y*

*VI.- Los demás criterios e instrumentos analíticos que prescriba el Reglamento de esta Ley.”*

*“Artículo 20.- Las siguientes concentraciones deberán ser notificadas a la Comisión antes de que se lleven a cabo:*

*[...]*

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

En la RESOLUCIÓN se determinó que el procedimiento correspondiente a la solicitud planteada por SW y AVISEP era el previsto precisamente en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE. Lo anterior se estableció con toda claridad en la RESOLUCIÓN, en los siguientes términos:

*“La Comisión tiene a su cargo la prevención, investigación y combate de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados en los términos de la LFCE; asimismo cuenta con facultades para sancionar administrativamente violaciones a la LFCE, de conformidad con lo establecido por el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el artículo séptimo transitorio de la reforma a la CPEUM, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece, así como por los artículos 1, 2, 3, 12, 13, 16, 17, fracciones I, II y III, 18, 20, fracción II, 21, 23 y 24, fracciones I, IV y XLX de la LFCE.*

*Por lo anterior, la Comisión está facultada para prevenir, impugnar y sancionar aquellas concentraciones y actos jurídicos derivados de éstas, cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios en la República Mexicana, respecto de bienes y servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados, así como para emitir resolución respecto de las concentraciones notificadas ante la Comisión que actualicen alguno de los supuestos contemplados en el artículo 20 de la LFCE.*

*El mandato constitucional y legal establecido en el segundo párrafo del artículo 28 de la CPEUM y en el Capítulo III de la Ley en materia de prevención de concentraciones es contundente e inequívoco. El marco legal mexicano sobre concentraciones establece una evaluación integral, centrada en sus efectos y preventiva respecto de las solicitudes de autorizaciones que se presenten ante la Comisión. Asimismo, dicho marco legal concede amplias facultades a la Comisión, a fin de evitar concentraciones que puedan disminuir, dañar o impedir la competencia, antes de que estas concentraciones nazcan a la vida jurídica.*

*El artículo 16 de la Ley adopta como criterio para la impugnación de una concentración el que su objeto o efecto sea “(...) disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia (...)” por cualquier vía. El artículo 17 de la Ley establece como indicios de ese daño, el poder fijar precios o restringir el abasto, la posibilidad de desplazamiento indebido o impedir el acceso a los mercados y facilitar prácticas prohibidas por la misma Ley [...].*

*El artículo 20 de la LFCE señala [...].*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

La operación notificada actualiza la fracción II del artículo 20 de la Ley, toda vez que consiste en la adquisición de más del \* por ciento de Consorcio Comex, S.A. de C.V., empresa que reportó activos en dos mil doce por \* cantidad superior a 18 millones de veces en SMGVDF, \$1,121.94 (un mil ciento veintiuno punto noventa y cuatro) millones de pesos.

[...]

La fracción I del artículo 18 de la LFCE señala que para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en términos de la LFCE, la Comisión debe determinar el mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de la LFCE [...].

El artículo 18, fracción II, de la LFCE en correlación con el artículo 15 del Reglamento de la LFCE instruye que para determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionada en términos de la LFCE se deben identificar a los principales agentes económicos que concurren al mercado relevante de que se trate. Asimismo, en correlación con el artículo 13 de la LFCE se deberá realizar el análisis de su poder en el mercado e identificar el grado de concentración en el mismo. [...]

Para determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionada de conformidad con la fracción III, del artículo 18 de la LFCE, la Comisión deberá considerar [...].

La fracción IV del artículo 18 de la LFCE señala que para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en términos de la LFCE, la Comisión debe considerar [...].

La fracción V del artículo 18 de la LFCE señala que, para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en términos de la LFCE, la Comisión debe considerar [...].

Por su parte, para determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionada de conformidad con la fracción VI, del artículo 18 de la LFCE, esta Comisión deberá considerar [...].”

Como se desprende de la cita anterior, los preceptos aplicados en la RESOLUCIÓN son los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE, mismos que a su vez ordenan que se lleve a cabo el análisis para determinar el mercado relevante en términos del artículo 12 de la LFCE, así como el análisis del poder de los agentes económicos que abastecen el mercado relevante, en términos del artículo 13 de la LFCE.

La aplicación de dichos supuestos normativos no conlleva la aplicación del artículo 33 bis de la LFCE o la realización de una declaración de dominancia o una declaratoria de poder sustancial en términos de ese artículo. Tampoco se refiere a la determinación de un poder sustancial como presupuesto de la existencia de prácticas monopólicas relativas.

- ii) En ninguna parte de la RESOLUCIÓN se cita o aplica el artículo 33 bis de la LFCE y, en sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, no existe en la RESOLUCIÓN una declaración en ese sentido.

El hecho de que el análisis previsto en el artículo 33 bis de la LFCE, en un procedimiento de naturaleza distinta, exija también un análisis en términos del artículo 13 de la LFCE no significa que la autoridad haya emitido una declaración de dominancia o de poder sustancial respecto de COMEX. En realidad, las recurrentes confunden la naturaleza y los efectos de procedimientos distintos.

El procedimiento en materia de la autorización de una concentración, en términos de los artículos 16, 17, 18 y 20 de la LFCE tiene por objeto analizar una expectativa de derecho consistente en una concentración que los notificantes pretenden llevar a cabo, mientras que la declaratoria de poder sustancial en términos del artículo 33 bis de la LFCE señala la existencia de una situación

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

fáctica (poder sustancial), como un presupuesto para la imposición de regulación en cuanto a precios, calidad e información.

El procedimiento de control de concentraciones previsto en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE tiene una naturaleza preventiva, consistente en evaluar los posibles efectos reales de la operación notificada, con el ánimo de asegurar que el proceso de competencia y libre concurrencia no se vea afectado por la concentración. Lo que se busca evitar, como lo establece el artículo 17 de la LFCE es: (i) que la operación confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o al agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto en el mercado relevante, sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder; (ii) el desplazamiento indebido de los competidores que participan en el mercado relevante; (iii) que la concentración genere restricciones a la entrada de otros potenciales competidores; (iv) que la operación tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en la concentración el ejercicio de prácticas monopólicas absolutas o relativas.

El alcance preventivo de los efectos que se buscan evitar en un procedimiento de control de concentraciones ha sido reconocido en varias ocasiones por la SCJN. En particular, como lo señala la SCJN, la declaración de ilicitud de una concentración “[...] *no atiende a la celebración misma de actos de concentración, sino a los efectos que ellos producen en el mercado, en cuanto reducen o pretenden reducir la concurrencia de competidores. [...] el propósito del Constituyente ha sido combatir, no sólo en vía represiva, sino también preventiva, las conductas que pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela, con prescindencia de que los efectos lesivos sobre el mercado se actualicen en cada caso concreto, pues esperar a que ello ocurriera significaría permitir que las conductas anticompetitivas produjeran consecuencias de grave perjuicio para la sociedad.*”<sup>148</sup>

Así, cuando el objeto de la concentración implica la creación de un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia, la LFCE prevé los mecanismos para evitar que dicho riesgo real se actualice. De hecho, en la misma RESOLUCIÓN se citó el reconocimiento de la SCJN a la naturaleza preventiva del procedimiento de control de concentraciones:

*“La evaluación de concentraciones ordenada por la Ley tiene un carácter preventivo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al revisar su constitucionalidad, reconoció las facultades preventivas concedidas por la LFCE al establecer:*

*“Por otra parte, tampoco es exacto que la ley sancione las concentraciones cuando el riesgo para la libre concurrencia o la competencia sea potencial, no real, pues el análisis detallado de los textos legales transcritos revela que las concentraciones se declaran prohibidas siempre que confieran a las partes un poder real sobre el mercado que les permita dañar, disminuir o impedir aquéllas [la libre concurrencia o la competencia].*

*Basta que esas operaciones confieran el poder de influir sobre el mercado con infracción a las reglas de la libre concurrencia, para que deba estimarse que la conducta queda comprendida en la hipótesis prevista en la parte final del artículo 28 constitucional en donde se establece que la ley castigará: “todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva*

<sup>148</sup> Extracto de la ejecutoria emitida por el Pleno de la SCJN al resolver el amparo en revisión 2617/96 en sesión del quince de mayo de dos mil (quejoso: Grupo Varner Lambert México, S.A. de C.V.)

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”, sobre todo si se advierte que el propósito del Constituyente ha sido combatir, no sólo en vía represiva, sino también preventiva, las conductas que pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela, con prescindencia de que los efectos lesivos sobre el mercado se actualicen en cada caso concreto, pues esperar a que ello ocurriera significaría permitir que las conductas anticompetitivas produjeran consecuencias de grave perjuicio para la sociedad.”<sup>149</sup> [Énfasis añadido].”*

Así, conforme a lo establecido por la SCJN, el análisis en materia de la notificación y, en su caso, autorización de una concentración tiene un carácter preventivo cuya finalidad es identificar, prevenir, evitar y corregir los riesgos reales que la operación notificada por los particulares podría acarrear al proceso de competencia y libre concurrencia.

En sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, el análisis del poder de mercado en un procedimiento de control de concentraciones se realiza en términos de lo dispuesto por la fracción II del artículo 18 de la LFCE para determinar si la concentración debe ser impugnada. Dicho pronunciamiento nada tiene que ver con otros procedimientos previstos en la LFCE, tales como el procedimiento de declaración de dominancia o de poder sustancial, previsto en los artículos 33 bis y 24, fracción V; o el procedimiento en materia de prácticas monopólicas relativas o de investigaciones de concentraciones prohibidas, previstos en los artículos 10 y 35 de la LFCE, por otra parte. Estos procedimientos tienen una naturaleza y un alcance completamente distintos, como se establece a continuación.

El procedimiento de declaración de dominancia o de poder sustancial tiene por objeto activar la regulación de las autoridades sectoriales (fijación de tarifas, obligación de proporcionar información o de otorgar cierta calidad en el servicio y otras obligaciones específicas). En particular, de acuerdo con el artículo 33 bis de la LFCE, “*cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que debe resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda*”.

Si bien el precepto citado está relacionado con la existencia de poder sustancial, lo cierto es que tal declaración sólo procederá cuando la normativa (diversa a la LFCE o el RLFCE) establezca, como requisito previo para establecer cierta regulación, que se declare a algún agente económico con poder sustancial. El procedimiento de concentraciones tiene por objeto analizar si la operación notificada puede tener efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia y no declarar si un agente económico cuenta con poder sustancial para que un regulador sectorial pueda, eventualmente, imponerle obligaciones específicas.

Por otro lado, los artículos 10, 33 y 35 de la LFCE establecen los supuestos normativos para analizar y sancionar conductas que implican la comisión de prácticas monopólicas relativas. Estas conductas sólo son sancionadas cuando quien las realiza: (i) detenta poder sustancial en un mercado relevante, de conformidad con los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE, y (ii) se realizan con el objeto y/o efecto de desplazar a otros agentes económicos del mercado, impedir sustancialmente el acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas. Así, los preceptos que corresponden al análisis de prácticas monopólicas relativas

<sup>149</sup> Resolución del Pleno de la SCJN de quince mayo de dos mil, emitida en el amparo en revisión 2617/96, promovido por la empresa Grupo Warner Lambert, S.A. de C.V.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

también se encuentran relacionados con la existencia de poder sustancial; sin embargo, el análisis en este caso se encuentra delimitado por la existencia de conductas que constituyan un abuso del ejercicio de dicho poder sustancial.

Así, el procedimiento de sanción por la comisión de prácticas monopólicas relativas se distingue del procedimiento de control de concentraciones por dos cuestiones fundamentales: (i) el hecho de realizar un análisis *ex post* de conductas específicas que pueden caracterizarse como abuso de poder sustancial en un mercado relevante; y (ii) el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas relativas puede concluir con una resolución mediante la cual se sancionen, a través de una multa, las conductas ilícitas.

En realidad, los procedimientos sancionatorios (es decir, los procedimientos de investigación y sanción de prácticas monopólicas absolutas y prácticas monopólicas relativas) difieren de forma evidente del procedimiento de control de concentraciones, ya que éste último al ser de carácter preventivo implica un análisis *ex ante* de una expectativa de derecho que no tiene como punto de partida la realización de conductas ilícitas que puedan dar lugar a actos de privación a los particulares (como una multa). Así lo ha reconocido la SCJN al resolver el amparo 226/2012, cuyo criterio se citó en el apartado “II. Análisis y definición del Mercado Relevante” de la presente resolución, por lo que se remite al mismo para evitar repeticiones innecesarias.

De acuerdo con el argumento de SW y AVISEP, la autoridad no tendría facultades para analizar el poder de mercado de los agentes económicos más que en el contexto de un procedimiento de declaración de dominancia o de poder sustancial, o mediante los procedimientos de naturaleza contenciosa y sancionatoria (como los que corresponden al análisis de prácticas monopólicas relativas).

Lo anterior es, en primer lugar, completamente falso, pues los artículos 18 y 13 de la LFCE facultan a la autoridad para evaluar si la concentración notificada debe o no ser autorizada con base en el análisis del poder de los agentes económicos que abastecen el mercado relevante. Ello no implica de forma alguna que se realice una declaración de dominancia o de poder sustancial para efectos de algún otro tipo de procedimiento establecido en la LFCE. De hecho, el mismo criterio de la SCJN invocado por SW y AVISEP reconoce dicha posibilidad al señalar que se trata de procedimientos diversos; es decir, procedimientos con naturaleza y alcance distinto a pesar de que durante el desahogo de algunos de ellos se apliquen normas comunes (como lo es el artículo 13 de la LFCE):

*“[...] la Ley Federal de Competencia Económica como norma reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene por objeto en términos de su artículo 2º, proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. Luego, a fin de cumplir con el objetivo precitado, la legislación de referencia prevé la existencia de cuatro procedimientos diversos, a saber: 1. El procedimiento relativo a la concentración de agentes económicos previsto en el artículo 21, mismo que tiene como propósito autorizar o no por parte de la Comisión Federal de Competencia las concentraciones que se le notifiquen. 2. El procedimiento de investigación previsto en el artículo 31, que tiene como finalidad emitir un oficio de presunta responsabilidad en caso de que existan elementos suficientes para sustentar la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas por la ley de la materia. 3. El procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 33 de la Ley de la materia, que tiene lugar cuando concluida la fase de investigación, existan elementos para determinar la probable responsabilidad del agente económico investigado, y 4. El procedimiento previsto en el artículo 33 bis, que tiene como finalidad resolver sobre*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos [...].”*

El hecho de que exista un procedimiento *ex profeso* para la emisión de declaratorias de dominancia o de poder sustancial no elimina la posibilidad ni hace inconstitucional o ilegal la aplicación de los demás procedimientos en la LFCE que exigen el análisis de poder de mercado (como lo es el procedimiento de control de concentraciones o el procedimiento sancionatorio de prácticas monopólicas relativas).

Según las recurrentes, *“el objetivo del procedimiento de concentraciones no es determinar la existencia de poder sustancial de mercado, sino, aprobar, condicionar o en su caso rechazar la concentración notificada”*; sin embargo, al mismo tiempo SW y AVISEP, señalan que el artículo 17 de la LFCE *“únicamente refiere a que en el procedimiento de concentración, la CFC habrá de considerar si la concentración objeto del procedimiento, confiere o puede conferir al adquirente, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante”*. [Énfasis añadido]

Es decir, SW y AVISEP, reconocen que el artículo 17 de la LFCE obliga a la autoridad a realizar un análisis de poder de mercado. Dicho análisis, como lo señala el artículo 18, debe realizarse en términos del artículo 13 de la LFCE, mismo que establece los criterios y elementos que deben tenerse en cuenta en cualquier procedimiento de la LFCE que implique el análisis del poder de quienes participan en un mercado relevante.

De hecho el análisis que SW y AVISEP señalan correspondía realizar en el caso concreto es exactamente el previsto en la fracción I del artículo 13 de la LFCE, es decir, el precepto que establece los elementos que deben analizarse para determinar la existencia del poder de quienes participan en un mercado relevante.

Además, las recurrentes pierden de vista que la determinación del mercado relevante y el análisis respecto al poder de mercado son herramientas que prevé la LFCE para evaluar los riesgos reales que la operación notificada tendría en materia de competencia económica.

- iii) SW y AVISEP señalan que mediante la RESOLUCIÓN se les *“sancionó e impuso obligaciones, cargas y consecuencias jurídicas, en lugar de limitarse a resolver si se autorizaba o negaba la CONCENTRACIÓN”*. Dicha manifestación, en primer lugar, es falsa pues lo único que determinó la autoridad fue negar la concentración: no se impuso ninguna sanción, obligación o carga a SW y AVISEP. De hecho, la manifestación es completamente gratuita, ya que las recurrentes no señalan en qué consiste la supuesta sanción o las supuestas obligaciones, cargas y consecuencias jurídicas que dicen sufrir.

En segundo lugar, como se explicó en el inciso anterior, el procedimiento de control de concentraciones previsto en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE es un procedimiento de carácter preventivo; no es un procedimiento de carácter sancionador, ni un procedimiento de declaratoria de poder sustancial emitido en términos del artículo 33 bis de la LFCE.<sup>150</sup>

<sup>150</sup> Dado que en el presente caso no se emitió una declaratoria de poder sustancial en términos del artículo 33 bis de la LFCE, no resulta aplicable el criterio invocado por las recurrentes que refiere el cambio de situación jurídica en una declaratoria de poder sustancial emitida con base en dicho precepto. (En particular, el criterio invocado por las recurrentes tiene el rubro *“CONCESIONARIOS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES. TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA INTERPONER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 39 DE LA LEY FEDERAL DE*

No debe perderse de vista que de acuerdo con lo señalado por la SCJN el procedimiento previsto en los artículos 20 y 21 de la LFCE se refiere a la expectativa de derecho de los notificantes de la concentración que los particulares buscan sea autorizada por la autoridad.

En realidad, las recurrentes olvidan que nadie tiene el derecho a concentrarse en condiciones contrarias al texto constitucional: la condición del nacimiento del derecho a concentrarse es que la operación no genere un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia. El derecho a concentrarse (cuando la operación rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE) no es preexistente al orden jurídico, ni se encuentra exento de limitaciones constitucionales y condiciones legales: de la autorización de la concentración en términos de los artículos 16, 17 y 18 de la LFCE depende el nacimiento del derecho a concentrarse. Al negar la autorización a una concentración no se actualiza la expectativa de un derecho cuya existencia depende de la autorización de la autoridad. Ese es precisamente el sentido del criterio de la SCJN. Así, en caso de que se acredite la existencia de un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia relacionado con la operación notificada, el pronunciamiento de la autoridad, negando la autorización a la concentración, implica que no se realiza ni actualiza la condición que determina la existencia del derecho de los particulares a acumular activos o capital social y/o a ejercer directa o indirectamente el control de hecho o de derecho de otro agente económico.

En este sentido, y con independencia del hecho de que las recurrentes ni siquiera señalan en qué consiste la supuesta sanción o las supuestas obligaciones, cargas y consecuencias jurídicas que se les habrían impuesto, resulta fundamental entender que la resolución mediante la cual se niega la autorización a una concentración no sanciona a los solicitantes debido a que la condición del nacimiento del derecho a concentrarse es precisamente el acto consistente en la autorización de la autoridad.

- iv) En la resolución se utiliza la expresión “poder sustancial” en seis ocasiones.<sup>151</sup> En todas ellas, la expresión se utiliza para referir el contenido del análisis que la autoridad debe llevar a cabo en términos de los artículos 13 y 18 de la LFCE en un procedimiento de control de concentraciones.

---

*COMPETENCIA ECONÓMICA Y 71 DE SU REGLAMENTO, CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LOS DECLARA AGENTES ECONÓMICOS CON PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE”).*

<sup>151</sup> En la página 7 de la RESOLUCIÓN se refiere el concepto “poder sustancial” en los siguientes términos: “Para el análisis de la concentración notificada, en la presente resolución la Comisión define los mercados relevantes de conformidad con la LFCE y su Reglamento [...]. Posteriormente, esta Comisión evalúa la participación de los agentes involucrados en la operación, la existencia de barreras a la entrada, la existencia y poder de sus competidores, el acceso a fuentes de insumo, así como su comportamiento reciente, a fin de determinar si tienen poder sustancial en los mercados relevantes. Asimismo, se analizan los efectos que la concentración generaría y en su caso los elementos de eficiencia que se hubieran acreditado por los promoventes.” En la página 52 de la RESOLUCIÓN se refiere el concepto “poder sustancial” en dos ocasiones, dentro de una cita textual del artículo 13 de la LFCE. Lo anterior, para señalar la correlación que existe entre el artículo 18, fracción II, de la LFCE, los artículos 11 y 15 del RLFCE y el artículo 13 de la LFCE. En la página 70 de la RESOLUCIÓN se señala que “la fracción II del artículo 13 de la LFCE en correlación con el artículo 12 del Reglamento de la LFCE, instruye que para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante deberá considerar la existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder”. En la página 87 de la RESOLUCIÓN se señala que “la fracción III del citado artículo 13 de la LFCE, requiere que en el análisis para determinar si un agente económico tiene poder sustancial, se considere: ‘III. La existencia y poder de sus competidores.’” Asimismo, en la página 92 de la RESOLUCIÓN se refiere el concepto “poder sustancial” en los siguientes términos: “Finalmente, la fracción VI del artículo 13 de la LFCE, en correlación con el Reglamento de la LFCE, en su artículo 13, fracción I, instruye que, para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, también deberá considerarse: ‘I. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante.’”

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Es decir, la autoridad únicamente refiere los fundamentos legales que le corresponde citar de acuerdo con el análisis de los supuestos normativos que está obligada a colmar. La RESOLUCIÓN no señala que COMEX tenga poder en el mercado de recubrimientos decorativos o en cualquier otro mercado para efectos distintos que los estrictamente indispensables que la legislación de competencia económica ordena, para el análisis de una concentración.<sup>152</sup>

El estudio que se realiza en la RESOLUCIÓN consiste en analizar la participación de mercado de SW y AVISEP antes de la concentración, así como proyectar la participación de mercado después de que se pudiese concretar dicha operación. Con base en dichas participaciones se calcularon índices de concentración. Asimismo, la única conclusión que deriva de dicho análisis es que los índices de concentración calculados superan los umbrales para considerar poco probable que la operación no producirá riesgos a la competencia, pero en realidad, se analizaron en la RESOLUCIÓN otros elementos y aspectos adicionales previstos en la normatividad para efectos de

<sup>152</sup> En la RESOLUCIÓN se señala que los notificantes tienen o podrían tener “poder de mercado” en los siguientes términos: i) página 70: “[...] No se detectaron barreras específicas respecto de costos financieros, acceso limitado al financiamiento o a la tecnología; sin embargo, sí se observó que los canales de distribución pueden constituir una barrera de entrada. A continuación se describen los canales de distribución de Comex y SW”; ii) página 76: “Esta elevada capacidad ociosa podría constituir una barrera a la entrada, más aun si consideramos el hecho de que varios competidores de Comex han contratado sus servicios de manufactura para la producción de productos de otras marcas y su distribución mediante la red de Comex. La capacidad ociosa le otorga a Comex el poder de incrementar su producción y disminuir sus precios ante la entrada de un nuevo competidor”; iii) página 107: “Cabe mencionar que el hecho de que Comex y SW tengan márgenes elevados y que Comex tenga un EBITDA mayor que empresas similares no es por sí mismo evidencia de existencia de poder de mercado, pues no existe un umbral que relacione márgenes con poder. Cada industria produce márgenes distintos que se relacionan con las características de los productos, su diferenciación, costos de inversión, gastos en innovación, intensidad de competencia y demás variables. Lo destacable desde el punto de vista de competencia, es que en un entorno de elevación de los precios de los insumos, Comex ha sido capaz de mantener márgenes altos e incluso ha podido incrementar su EBITDA, lo cual es indicativo de poder de mercado”; iv) página 110: “Comex ha sido capaz de mantener sus márgenes e incluso ha podido incrementar su EBITDA en un entorno de elevación de precios de los insumos, lo cual es indicativo de poder de mercado”; v) página 113: “Considerando todos los elementos evaluados en el cuerpo de esta resolución, se prevé que de consumarse la operación, ésta conferiría a SW el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en los mercados relevantes, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. [...] Los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado de SW-Comex después de la concentración”; vi) página 115: “La operación planteada tendría como resultado la adquisición, por parte de SW (el tercer competidor en importancia), de un agente con poder de mercado en el mercado nacional de recubrimientos decorativos: Comex. Asimismo, la operación conllevaría a la acumulación, por parte de SW, del sistema de distribución más grande del mercado mexicano e, incluso, de América Latina, así como de las marcas más reconocidas en territorio nacional y que pertenecen a Comex. --- SW-Comex no enfrentaría restricciones competitivas que le impedirían aumentar precios si así lo deseara. Ninguno de los competidores tendría la capacidad de limitar un posible comportamiento anticompetitivo por parte del agente SW-Comex debido a las razones previamente expuestas. Asimismo, la existencia de barreras a la entrada impediría el ingreso de nuevos competidores con el tamaño suficiente como para contrarrestar el poder del agente concentrado. [...] Por todo lo anterior, se considera que, en caso de autorizarse la concentración planteada, ésta permitiría a SW consolidar o acrecentar el poder de mercado que Comex ya tiene en el mercado de recubrimientos decorativos en México, lo cual facilitaría a SW-Comex elevar unilateralmente los precios o restringir la oferta en el mercado de recubrimientos decorativos”; página 117: “Los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado de SW-Comex después de la concentración ya que después de la concentración, SW-Comex tendría na participación estimada de aproximada [...] La operación planteada tendría como resultado la adquisición, por parte de SW (el tercer competidor en importancia), de un agente con poder de mercado en el mercado nacional de recubrimientos decorativos: Comex. Bajo este contexto y en caso de autorizarse la concentración planteada, ésta permitiría a SW consolidar o acrecentar el poder de mercado que Comex ya tiene en el mercado de recubrimientos decorativos en México. Esta situación facilitaría sustancialmente a SW -Comex el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley, en particular las relacionadas con prácticas monopólicas relativas”.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

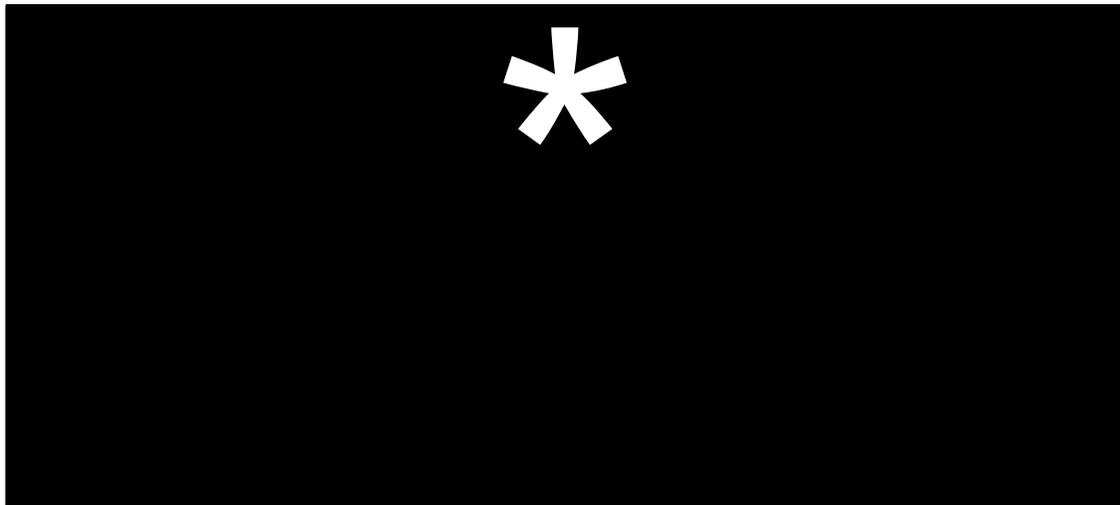
emitir un pronunciamiento concluyente sobre la actualización de riesgos reales al proceso de competencia y libre concurrencia, entre ellos la existencia de barreras a la entrada, el posicionamiento de competidores y los posibles efectos que podrían disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en caso de que la operación se llevara a cabo. Lo anterior se desprende no sólo de la lectura integral de los apartados de la RESOLUCIÓN en los que se analizan dichos elementos adicionales,<sup>153</sup> sino del hecho de que también fueron impugnados mediante el recurso de reconsideración.

Lo anterior es exactamente lo que exige la LFCE. Resulta evidente que sería materialmente imposible que la autoridad analizara la viabilidad de una concentración sin analizar las participaciones de mercado que tienen los agentes que pretenden fusionarse o concentrarse en el momento en el que formulan la solicitud; es decir, antes de que se lleve a cabo la operación, pues ello impediría saber si la operación genera un problema de competencia en el mercado. Por lo tanto, es infundado que se les cause agravio al estudiar el poder de mercado que tienen antes de la operación o al realizar una proyección sobre la participación conjunta que resultaría en caso de que fuera aprobada la concentración. El objeto del procedimiento es precisamente ese: las concentraciones deben ser analizadas y sometidas a la autorización de la CFC antes de llevarse a cabo.

- v) Por otro lado, mediante escrito presentado el doce de noviembre de dos mil doce, SW señaló lo siguiente:

*"SW ofrece por medio del presente escrito, como prueba superveniente, el informe justificado que exhibieron con fecha 4 de septiembre de 2013, tanto el Presidente como la totalidad del Pleno de la Comisión Federal de Competencia (CFC) en el juicio de amparo<sup>154</sup> interpuesto por Consorcio Comex, S.A. de C.V. [...]."*

*A fojas 17 y 23 del informe justificado, entre otras cosas, el Pleno de la CFC realizó las siguientes manifestaciones:*



De conformidad con lo anterior, se reitera que la COMISIÓN no determinó en la RESOLUCIÓN que COMEX tuviera poder de mercado, para efectos de cualquier otro procedimiento distinto al análisis de

<sup>153</sup> Dichos elementos se analizan en las páginas 70 a 117 de la RESOLUCIÓN.

<sup>154</sup> Dicho juicio de amparo se tramita ante el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, bajo el número de expediente \*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

concentraciones, en el mercado de recubrimientos decorativos, ni antes ni después de considerar su participación conjunta con SW en el mercado. Se insiste en que la CFC utilizó el marco de análisis que establece la normativa de competencia para determinar si debía o no autorizar la concentración notificada.

Se reitera que el procedimiento tramitado bajo el expediente CNT-095-2012 tuvo por objeto analizar una expectativa de derecho consistente en una concentración que los notificantes pretendían llevar a cabo y que el análisis de poder de mercado realizado por el PLENO CFC, dentro de la resolución del expediente referido, tuvo como único objeto establecer si tal operación debía o no ser autorizada: no se les impusieron obligaciones o cargas a SW y/o AVISEP, ni se modificó su situación jurídica.

SW y AVISEP adicionalmente señalaron:

**B. Indebido uso de nuestra información en contravención con lo dispuesto por el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que viola los principios de no autoincriminación, presunción de inocencia y uso indebido de pruebas ilícitas.**

La CFC utilizó en forma ilegal la información contenida en el EXPEDIENTE para determinar que supuestamente COMEX tiene poder sustancial en el mercado de recubrimientos decorativos.

Así, la CFC actuó en contravención de los principios del derecho penal -aplicables al derecho administrativo sancionador<sup>155</sup> de no autoincriminación, inocencia y uso indebido de pruebas ilícitas, así como del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos que reconoce que las garantías judiciales resultan aplicables a todas las materias y procedimientos materialmente jurisdiccionales.

La CFC determinó indebida y supuestamente existencia de poder sustancial por parte de COMEX, basada en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, que fue presentada en idioma inglés ante la propia CFC. Sin embargo, en virtud de que la PRESENTACIÓN EJECUTIVA no se encuentra en el EXPEDIENTE debidamente traducida al español, la CFC se encontraba impedida legalmente para utilizar dicha información. En atención a lo dispuesto por el artículo 5 del RLFCE,<sup>156</sup> la CFC está impedida de tomar en consideración tal información que se encuentra en idioma distinto al español, sin que obre la traducción correspondiente de la misma. Si deseaba válidamente utilizar información nos debió haber requerido su traducción y/o haber utilizado una traducción certificada de la misma.

<sup>155</sup> Conforme a lo dispuesto por la SCJN en la acción de inconstitucional 4/2006 y el siguiente criterio jurisprudencial: "DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO".

<sup>156</sup> "Artículo 5º.- Las actuaciones y documentos se deben presentar en idioma español. El promovente puede presentar documentos en idioma distinto al español y, bajo su responsabilidad, puede acompañar la traducción de los aspectos que estime relevantes, sin perjuicio de que la Comisión pueda solicitar al promovente se amplíe o se realice en su totalidad la traducción, cuando lo considere pertinente. En caso de que la Comisión tenga dudas sobre la traducción, a costa del promovente, puede requerir que la realice un perito traductor.

En caso de que un documento no se presente con la traducción, la Comisión puede prevenir al promovente para que, en un plazo de cinco días, prorrogable por una sola vez, presente la traducción correspondiente.

La Comisión no tomará en consideración el texto de los documentos que estén en idioma distinto al español".



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Tal interpretación fue corroborada por la propia CFC, -por medio de la DGAJ- en el acuerdo admisorio de trece de agosto de dos mil trece, en el que en la página 13, desechó diversas pruebas que ofrecimos, en tanto que consideró que las mismas no se ofrecieron conforme a derecho pues *“se presentaron en idioma diverso al español y de los anexos que acompañan a su escrito no se observa traducción total o parcial al español de los textos correspondientes”*. Así, la CFC resolvió que *“el ofrecimiento de dichas pruebas no se realizó conforme a derecho, toda vez que las oferentes no observaron los requisitos y reglas que para tal efecto exige la LFCE, el RLFCE y CFPC, por lo es procedente su desechamiento”*.

Al no obrar en el EXPEDIENTE traducción al español del contenido analizado y utilizado de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, resulta claro que la CFC no debe ni puede utilizar dicha información como pruebas en la RESOLUCIÓN.

En virtud de lo anterior, solicitamos a la CFC que revoque la RESOLUCIÓN y que emita una nueva que apruebe la CONCENTRACIÓN, especialmente considerando que COMEX no tiene poder sustancial en el supuesto mercado de los recubrimientos decorativos.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA sí se encuentra en el EXPEDIENTE debidamente traducida al español, pues mediante acuerdo de veintiséis de junio de dos mil trece, el Director General de Concentraciones señaló que se tenía por recibida la PRESENTACIÓN EJECUTIVA presentada por SW y AVISEP y ordenó traducir las partes relevantes a fin de que éstas pudieran ser tomadas en consideración para la emisión de la resolución que habría de emitirse en el EXPEDIENTE. En consecuencia, mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece,<sup>157</sup> se elaboró la traducción de las partes relevantes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y se incorporó la misma dentro del EXPEDIENTE.

No obstante, SW y AVISEP afirman que la PRESENTACIÓN EJECUTIVA no obra dentro del expediente debidamente traducida al español, sin mencionar o cuestionar en forma alguna los actos de autoridad mediante los cuales se ordenó, elaboró e incorporó al expediente dicha traducción. En realidad, SW y AVISEP no expresan un solo razonamiento lógico-jurídico respecto a los fundamentos legales y los motivos expresados en dichos actos de autoridad.

En virtud de las consideraciones expuestas, la traducción de las partes relevantes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA obra dentro del expediente debidamente traducida y dicha traducción puede ser considerada al momento de resolver, de conformidad con lo que establece el artículo 5º del RLFCE.

Adicionalmente, mediante su escrito de recurso de reconsideración SW y AVISEP presentaron una traducción al español de las partes relevantes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA que refieren las participaciones de mercado de SW y COMEX.

Las recurrentes presentan la siguiente traducción al español del texto referido contenido en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA:

*“...En México, la Compañía [Comex] tiene \* [pie de página 1] de participación de mercado en el mercado de los recubrimientos decorativos... [1] Basado en estimaciones al año 2011”*.

<sup>157</sup> Incorporado en los folios 5992 a 6007 del EXPEDIENTE

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

“... [Comex tiene] \* de participaciones de mercado en el segmento de recubrimientos decorativos en México y un promedio de \* de participación de mercado en el mercado mexicano de recubrimientos [pie de notas 2]. [2] Basado en estimaciones del año 2011.”<sup>158</sup>

Dicha traducción coincide sustancialmente en cuanto a su contenido con la traducción elaborada por la COMISIÓN mediante el acuerdo de ocho de julio de dos mil trece, como se expresó en el inciso i) incluido en el apartado “III. Indebida determinación del poder sustancial” de la presente resolución, al cual se remite para evitar repeticiones innecesarias.

Incluso si se tomara en cuenta únicamente la traducción al español propuesta por SW y AVISEP en nada cambiarían las conclusiones a las que arribó la COMISIÓN, debido a que, como se señaló en el inciso xiii) incluido en el apartado “III. Indebida determinación del poder sustancial” de la presente resolución, la RESOLUCIÓN no “tomó” las participaciones de mercado referidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, no parte de ellas, ni las “utiliza”, sino que arriba fundamentalmente a las mismas cifras referidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA (e, incluso, en el mismo recurso de reconsideración presentado por SW y AVISEP) a través de una metodología propia y con datos diferentes. En este sentido, el ejercicio realizado por la COMISIÓN fundamentalmente confirma y valida los datos contenidos en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. Por ello, se reitera que la RESOLUCIÓN no “tomó” o utilizó de forma “indiscriminada”, sin verificación o confirmación, las cifras de participación de mercado contenidas en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

Por otro lado, como se señaló, el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA en relación con las participaciones de mercado que aparecen en dicho documento se encuentra \* por diversos documentos y elementos de convicción que obran dentro del EXPEDIENTE, así como en diversas fuentes de información pública. Al respecto, se remite al apartado “III. Indebida determinación del poder sustancial”, en el cual se explica, entre otras cuestiones, que la PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye un elemento de convicción que ha sido adminiculado con otras pruebas que refieren \* respecto a las cifras de las participaciones de mercado de SW y COMEX, en particular la presentación denominada “Project Comet”, misma que fue elaborada y presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece mediante el Anexo 49, contenido en el Disco Compacto que se encuentra en el folio 2827 del EXPEDIENTE, así como diversa información pública que obra en Internet.<sup>159</sup>

Asimismo, de acuerdo con las manifestaciones de los representantes legales de SW y AVISEP, el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y de la presentación denominada “Project Comet” que fue presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece, es el mismo. SW y AVISEP han ratificado el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA al señalar que dicho documento contiene las cifras de participación de mercado que se refieren tanto en el documento denominado “Project Comet” como en la RESOLUCIÓN, así como al haber presentado su traducción al español y al haber reconocido que dicha información ha sido presentada en dos ocasiones distintas ante la CFC dentro del expediente CNT-095-2012.

Por otro lado, no se actualiza la supuesta violación a los principios de no autoincriminación y presunción de inocencia, ya que los principios penales que refiere no son aplicables al presente procedimiento de conformidad con los siguientes razonamientos.

<sup>158</sup> Véase al respecto la página 28 de su recurso de reconsideración. Folio 024 del expediente RA-027-2013.

<sup>159</sup> Véase el sitio de Internet: <http://eleconomista.com.mx/industrias/2012/11/12/sherwin-williams-compra-comex-us2340-millones>



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

Si bien los principios invocados tienen una relación estrecha con la protección de derechos fundamentales, dichos principios aplicables en materia penal no tienen el mismo alcance en un procedimiento en el cual se analiza una notificación de concentración. Se insiste en que la naturaleza del procedimiento de control de concentraciones que se establece en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE es preventiva y tiene por objeto el análisis de una expectativa de derecho. En este sentido, conforme a dichos preceptos de la LFCE, mediante un procedimiento de control de concentraciones no se pueden imponer sanciones ni puede declararse la responsabilidad de una persona por una conducta ilegal.

Por las razones expuestas, se reitera que la información contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA que se incluyó en la RESOLUCIÓN, es referida de forma congruente con otra información que obra dentro del expediente y que tiende a corroborar su contenido.

En segundo lugar el derecho a la no autoincriminación implica la libertad de una persona a declarar, o lo que es lo mismo el derecho a no declarar en su contra; es decir, el derecho a la no autoincriminación debe entenderse como la garantía que tiene todo inculpado a no ser obligado a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan. Lo anterior, de conformidad con los criterios del PJJ identificados bajo los rubros "**DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**" y "**GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SU EJERCICIO NO PUEDE CONSTITUIR UN INDICIO PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD DEL SENTENCIADO**". No obstante, en el procedimiento de notificación de una concentración dicho derecho no tiene el alcance pretendido porque no existe un procedimiento que termine con una sanción privativa de libertad, ni existe una decisión sobre la comisión de un ilícito, como sucedería en el caso del derecho penal al cual le es aplicable dicho principio precisamente porque el artículo 20 de la CPEUM se refiere a esa materia.

Adicionalmente, el argumento de las recurrentes implicaría entonces que tienen derecho a no presentar la información necesaria para que sea autorizada una concentración que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE. En sentido contrario a dicha pretensión, la normativa de competencia es clara respecto a que los notificantes deben presentar la información veraz y completa para dichos fines, pues el propio artículo 21 de la LFCE indica que se debe acompañar la información sobre la participación de mercado de los notificantes y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida (fracción I) e incluso se sanciona a quien entrega información falsa o declara falsamente ante la COMISIÓN (artículo 35, fracción III).

De esta manera, el derecho de no autoincriminación (cuya aplicabilidad a este tipo de procedimientos las recurrentes no demuestran) no implica que los documentos privados presentados por una persona dentro de un procedimiento que no tiene naturaleza jurisdiccional no puedan tener valor y alcance probatorio en su contra (ya que el procedimiento de control de concentraciones es un procedimiento administrativo de autorización que analiza una expectativa de derecho). De esta manera, la interpretación de las recurrentes es incorrecta y simplemente ajena al sistema de valoración de pruebas que resulta aplicable. Se reitera que conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203 y 210 del CFPC, un documento privado hace prueba plena en contra de quien lo presenta. En este sentido, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de quien lo presentó (SW y AVISEP, en este caso).

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En virtud de las consideraciones referidas, es falso que la autoridad haya utilizado indebidamente pruebas ilícitas o que haya violado el supuesto derecho a la no autoincriminación o el derecho a la presunción de inocencia que alegan las recurrentes.

**IV. Análisis de barreras de entrada.**

SW Y AVISEP señalaron:

*(i) Canales de Distribución*

En la página 70 de la RESOLUCIÓN, la CFC realizó un indebido, inconsistente y contradictorio análisis de las barreras a la entrada que supuestamente existen, especialmente con relación al mercado de los recubrimientos decorativos. Como se menciona a continuación, la RESOLUCIÓN en este rubro también carece de una debida motivación.

La CFC reconoce que no existen barreras, en relación con los costos financieros, o el limitado acceso a financiamientos o tecnología. No obstante, la RESOLUCIÓN sostiene indebidamente que los canales de distribución pueden constituir una barrera a la entrada. En este sentido, la CFC basa sus conclusiones en una errónea (y contradictoria) premisa de que el número de tiendas de los concesionarios de COMEX y una presencia a nivel nacional, son necesarios o requiere replicarse un modelo similar para competir.

En primer lugar, tal como la CFC reconoció en la página 50 de la RESOLUCIÓN, los consumidores adquieren los recubrimientos localmente. Dicha manifestación confirma que el número de tiendas a nivel nacional o la presencia de puntos de venta a lo largo del país, no es un factor para determinar el proceso de decisión de compra de los consumidores, pues dicha decisión se toma a nivel local. La única conclusión lógica que se deriva de la manifestación de la CFC es que los consumidores buscarán opciones para adquirir sus recubrimientos de manera local (como puntos de venta por localidad o municipio), sin importar el número de tiendas que determinada empresa pueda tener a lo largo del país para distribuir sus productos. En otras palabras, la presión competitiva se advierte desde cualquier punto de venta local, y de ahí que los competidores de las PARTES no tengan necesidad alguna de replicar el modelo de distribución de COMEX para competir de manera efectiva.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el razonamiento de las recurrentes confunde los elementos de análisis de dos etapas del estudio del impacto de las concentraciones: la definición geográfica del mercado relevante y la determinación de barreras a la entrada.

La dimensión geográfica del mercado relevante se determina tanto por la demanda como por la oferta. Por un lado, debe identificarse la presión competitiva con base en la capacidad de sustitución por el lado de la demanda, por lo que resulta relevante el ámbito de la decisión de compra de un consumidor individual y la viabilidad económica de que éste se traslade a otra zona geográfica para abastecerse de un producto. Así, desde la perspectiva de la demanda, el consumidor podría considerar en el costo de las pinturas decorativas que desea adquirir, el costo de transportar las cubetas de pintura decorativa desde otro pueblo o estado, y si le resultara conveniente, se consideraría que el mercado geográfico, desde la perspectiva de la demanda, incluye esa otra localidad.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

En la página 50 de la RESOLUCIÓN, la CFC señaló que los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local y les resultaría costoso desplazarse a una localidad distinta para adquirirlos.

Así, de acuerdo con la RESOLUCIÓN, pero también conforme a lo señalado por las recurrentes, los consumidores que realizan un proyecto de pintura decorativa acuden a establecimientos relativamente cercanos, de tal manera que la demanda se puede caracterizar como local. Determinar que la demanda es local es indicativo de que los costos de búsqueda, traslado y transporte son altos relativos al costo del producto. Es muy difícil que para satisfacer la demanda generada por un proyecto relativamente pequeño un consumidor se desplace lejos de su localidad para encontrar menores precios.

El consumidor buscará encontrar el material necesario para ejecutar su proyecto al menor costo posible.<sup>160</sup> El costo incluye el costo de encontrar un establecimiento que ofrezca la variedad, la calidad y el servicio que requiere el consumidor.

Adicionalmente, y en sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes respecto a que las redes de distribución no constituyen barreras a la entrada debido a que es posible advertir presión competitiva desde cualquier punto de venta local, debe tenerse en cuenta que, en términos de costos, los consumidores preferirán aquellos establecimientos especializados en recubrimientos para procurar hacer una sola parada para satisfacer todas sus necesidades. Acudir a establecimientos multipropósito que también tienen una presencia importante como lo puede ser una ferretería implica el riesgo que no exista la variedad de pigmentos ni la diversidad de opciones que existen en una tienda especializada.<sup>161</sup> Acudir a una tienda de mejoramiento del hogar que pudiera contar con la diversidad de productos necesarios puede resultar adecuado, sin embargo estos establecimientos son menos numerosos que los especializados, por lo que generalmente se encuentran ubicados a mayor distancia del consumidor individual. La menor densidad de tiendas de mejoramiento del hogar toma mayor relevancia en cuanto a costos si los proyectos implican vueltas repetidas, lo que tendería a favorecer la mayor densidad de tiendas especializadas. Es decir, como canal de distribución las tiendas especializadas cuentan con ciertas ventajas en costos.

Cuando un canal de distribución tiene ventajas importantes sobre el resto, los precios en este tipo de establecimientos pueden ser mayores y aun así los consumidores estarían dispuestos a pagarlos, ya que generan ahorros por otros conceptos, como lo son los de búsqueda y traslado.<sup>162</sup>

Adicionalmente, los planteamientos de las recurrentes respecto a que los consumidores podrían satisfacer sus necesidades en cualquier punto de venta no son correctos debido a que, desde el punto de vista de la demanda, una red de tiendas especializadas acentúa las ventajas que gozan este tipo de establecimientos especializados y crea otras. Los costos de búsqueda disminuyen con la red porque es más fácil encontrar tiendas que de manera homogénea provean un servicio estandarizado en cuanto a calidad. De esta manera una tienda especializada que pertenece a una red tiene ventajas respecto a tiendas también especializadas que se encuentran aisladas. Como es común en muchas redes, mientras más establecimientos estén integrados a la red, mayor valor tendrá la red para el consumidor. Por el

<sup>160</sup> La búsqueda no es trivial por la gran variedad de precios, calidades, aplicaciones y colores de los recubrimientos.

<sup>161</sup> En este sentido los 60 mil posibles puntos de venta que dicen los promoventes que potencialmente pueden vender recubrimientos enfrentan una seria desventaja.

<sup>162</sup> En algunas jurisdicciones cuando las ventajas de acceder a un determinado canal de distribución supera sustancialmente al resto de tal manera que pueden fijar un precio significativamente mayor frecuentemente se define ese canal de distribución como mercado relevante propio.



1313

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

lado de la oferta, la creación de una red también ofrece beneficios porque permite reducir los costos de producción, de publicidad, de capacitación, etc.

En términos de competencia la relevancia de una red es que las ganancias que genera tienden a beneficiar a los consumidores solo en la medida que exista una fuerte competencia en el mercado, de lo contrario, la falta de presión competitiva contribuirá a que las ganancias de la red se las apropie el dueño de la red.

Las presiones competitivas se mantendrán intactas si existe la posibilidad de entrar al mercado de manera fácil, rápida y sustancial. En efecto, cualquier persona con capital relativamente bajo podría instalar una tienda especializada en recubrimientos, pero sería muy difícil que tenga un impacto importante en el mercado, ante las ventajas que presenta otra que pertenezca a una red.

De acuerdo con este razonamiento, la mejor manera de lograr un efecto sustancial es teniendo acceso a numerosos puntos de distribución y, mejor aún, a una red. Por la experiencia propia de COMEX y de SW es fácil corroborar que la creación de una red propia que pueda eventualmente introducir presiones competitivas importantes toma mucho tiempo y dinero, de manera que la red se convierte en una barrera de entrada. Tal vez lo más notable de la red de COMEX es que es una red en la cual la inversión la realizan de manera compartida COMEX y sus concesionarios: COMEX participa en la producción, publicidad y soporte; los concesionarios participan con el punto de venta.

De manera reiterada, las promoventes insisten en señalar que la dimensión geográfica del mercado relevante es local. No obstante, en presencia de redes, la dimensión geográfica del mercado debe atender a dicha situación, por lo que en este caso cobra importancia el análisis desde la perspectiva de la oferta.

Lo anterior debido a que si bien el consumidor accede a los beneficios de una red a través de un punto de acceso, el mercado geográfico es tan amplio como la propia red debido a que las decisiones de producción, política de precios, estándares de calidad, variedad, producción, publicidad, se toman de manera centralizada, a nivel corporativo de COMEX, es decir, con implicación nacional (no a nivel local) y con una perspectiva amplia que abarca la red completa y no meramente una localidad específica.

La dimensión geográfica es de hecho nacional porque tomando como punto de partida la red, es claro que la posibilidad de que una nueva tienda se instale con el soporte de la red en una nueva localidad es suficiente para disciplinar al mercado en esa nueva localidad. Esto es así porque el extender la red es mucho menos costoso y con mayor probabilidad de éxito que abrir una nueva tienda independiente.

De conformidad con lo anterior, mientras que por el lado de la demanda un consumidor no se desplaza de una ciudad a otra para encontrar su pintura favorita, por el lado de oferta la dimensión del mercado es claramente nacional debido a que la red de distribución de las promoventes es nacional y debido a que las decisiones de precios, calidad, variedad, producción, publicidad, entre otras, se toman a nivel corporativo con implicación nacional y no a nivel local.

En todo caso, el hecho de que para los consumidores no sea factible desplazarse a grandes distancias para abastecerse de pintura decorativa refleja la importancia de contar con una red de distribución eficiente (propia o de terceros): el competidor nuevo debe contar con múltiples tiendas o puntos de venta a lo largo del país que le permitan llegar de manera eficiente a sus clientes potenciales. Por ese motivo, la dimensión geográfica por el lado de la oferta es nacional, entre otras razones, debido a la



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

importancia de los canales de distribución. Adicionalmente, la CFC consideró que el mercado de recubrimientos decorativos es nacional debido a que las importaciones representan un porcentaje menor del consumo. De acuerdo con la información presentada por las promoventes, las importaciones representan entre <sup>\*</sup> y <sup>\*</sup> por ciento del consumo nacional.

Por otro lado, el análisis en materia de la dimensión geográfica del mercado no es equivalente ni puede sustituir al análisis en materia de barreras a la entrada. El análisis de barreras a la entrada se refiere a la decisión para entrar al mercado de un oferente (oferta). En esta decisión, el agente considera los distintos costos en los que deberá de incurrir para poder entrar a competir, el precio al que ofertará su producto y el tamaño del mercado (entre otros factores). En el caso del mercado de recubrimientos, deben tenerse en cuenta aquellos elementos que inciden en la decisión de un inversionista para entrar al mercado, como lo es incurrir en gastos en instalaciones para la fabricación de pintura, el desarrollo de portafolios de marcas reconocidas, la necesidad de contar con canales para distribuir su producto, es decir, para llegar a sus potenciales consumidores y poder competir.

Asimismo, a partir de los datos proporcionados por las promoventes, la RESOLUCIÓN establece que en el mercado de recubrimientos decorativos existen significativas barreras a la entrada, entre otras razones debido a: (i) el extenso número de tiendas que venden de manera <sup>\*</sup> a nivel nacional (concesionarios independientes, tiendas propias o distribuidores certificados); (ii) la asociación entre la imagen de las tiendas <sup>\*</sup> y las marcas: en el caso de COMEX, todas las tiendas deben tener los colores y logotipos que los identifican como concesionarios de COMEX; (iii) la inversión en publicidad y tiempo necesario para desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas que gocen de reconocimiento a nivel nacional entre sus principales consumidores, como son pintores y amas de casa, de manera que puedan enfrentar la competencia de marcas de agentes establecidos; (iv) la relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores que toma décadas en desarrollarse; (v) el tiempo y el costo que implica desarrollar un sistema de distribución eficiente; (vi) la capacidad de producción ociosa.

Lo anterior no significa que la RESOLUCIÓN haya establecido que la única manera de competir sea estableciendo o replicando una red similar a la de COMEX, sino que la operación conferiría a SW el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante de recubrimientos decorativos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder, entre otras razones, debido a que sería altamente costoso replicar una red de distribución tan eficiente como la de COMEX con productos altamente posicionados mediante marcas que gozan de reconocimiento por su calidad y porque ello implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.

Si bien es cierto que una red de distribución como la de COMEX pudiera ser replicada o sustituida mediante otros modelos de distribución, la realidad es que ningún competidor ha replicado dicha red de distribución y ningún otro competidor tiene las participaciones de mercado que tiene COMEX con la ayuda de cualquier otro modelo o sistema de distribución. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las marcas ofrecidas a través de la red de distribución nacional deben ser reconocidas, lo que implica una inversión considerable en publicidad de manera que se pueda enfrentar la competencia de marcas de agentes establecidos. En otras palabras, el análisis en materia de la importancia de contar con una red de distribución eficiente no es ajeno ni puede analizarse de forma aislada e independiente del tema del reconocimiento de marcas bien posicionadas.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

De conformidad con el análisis incluido en los párrafos anteriores, incluso suponiendo que la presión competitiva se advierta desde cualquier punto de venta local,<sup>163</sup> es incorrecto afirmar, como señalan las promoventes, que: i) no importa el número de tiendas o puntos de venta que una empresa tenga a lo largo del país y ii) no tiene relevancia contar con un modelo de distribución eficiente, como el de COMEX, para competir de manera efectiva. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el análisis de barreras a la entrada se analiza en el contexto de determinación de poder de mercado realizado de conformidad con el artículo 13 de la LFCE. En dicho análisis se consideró que un entrante sólo podrá competir con éxito en el mercado relevante si posee una red de distribución a nivel nacional, que el establecimiento de esa red requiere de una inversión significativa en términos de tiempo y dinero, y que el desarrollo de la red está asociado al manejo de marcas bien posicionadas en la mente de los consumidores.

En sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes respecto a que para los consumidores lo único importante es encontrar opciones para adquirir sus recubrimientos de manera local, implicando con ello que la red de distribución a nivel nacional no es relevante, es posible señalar que una muestra de la dificultad de entrar de manera significativa al mercado es la decisión de BEHR de colocar sus productos a través de una red existente, la que corresponde a THE HOME DEPOT. En lugar de construir su propio canal de distribución, BEHR utiliza uno ya existente, lo que implica que no se está ampliando la oferta sino solo hubo una sustitución de proveedores de THE HOME DEPOT (BEHR en lugar de SW). Es decir, aunque existe un nuevo jugador en el mercado la presión competitiva en el mercado es similar a la previa. La entrada de BEHR es indicativa de que el cuello de botella es claramente la red de distribución, la cual se convierte en barrera de entrada.

Asimismo, THE HOME DEPOT tiene por sí sola reconocimiento y presencia en las principales ciudades de la República Mexicana, mas no necesariamente en la venta de recubrimientos decorativos exclusivamente, sino en el mercado de autoservicios para mejora del hogar, cuyo mercado pudiera ser un nicho actualmente mucho más pequeño que el mercado de recubrimientos decorativos donde COMEX y SW compiten. BEHR puede no contar con tiendas propias y no necesita producir en México gracias a que cuenta con la red de THE HOME DEPOT y ésta es, por sí misma, una marca reconocida y un lugar de opción de compra reconocido por los consumidores.

La misma encuesta proporcionada por las promoventes aplicada en doce ciudades a distintos tipos de consumidores de recubrimientos señala a THE HOME DEPOT como lugar de opción de compra, como se verifica en las páginas 82 a 85 de la RESOLUCIÓN. Por lo tanto, el ejemplo de la entrada de BEHR no desvirtúa la existencia de barreras a la entrada señaladas por la CFC, sino que por el contrario las confirma. Para entrar, BEHR tuvo que remontar estas barreras, red de distribución, reconocimiento de marca, relación con las tiendas y, a pesar de ello, su entrada no es significativa respecto del volumen de ventas totales del mercado de pinturas decorativas. Como se señala en la RESOLUCIÓN, BEHR reemplazó la marca Dutch Boy de SW. No obstante, si se toma como referencia las ventas de Dutch

<sup>163</sup> Al respecto, SW y AVISEP, no presentaron indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda que pudieran ayudar a determinar de manera inequívoca la presión competitiva de cada competidor por municipio, ello a pesar de que le fue requerido a las recurrentes. Asimismo, la delimitación geográfica del mercado responde a las consideraciones en materia de la oferta y al hecho de las recurrentes presentaron información según la cual las importaciones representan un porcentaje menor del consumo. Al respecto, en la página 99 de la RESOLUCIÓN se señaló que *"De acuerdo con estimaciones de los promoventes, las importaciones podrían representar [REDACTED] del consumo de recubrimientos decorativos en dos mil doce."*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Boy en dos mil once, probablemente la presencia de BEHR sea únicamente de aproximadamente \* por ciento de las ventas totales de recubrimientos decorativos.

La concentración entre COMEX y SW creará una sola red de distribución entre las dos empresas, cuando antes había dos, disminuyendo sustancialmente la presión competitiva que enfrentará la empresa fusionada, estructura competitiva que no se restablecerá automáticamente por la existencia de barreras de entrada significativas.

De conformidad con lo anterior, debido a que los consumidores se abastecen a nivel local, se genera la necesidad para un competidor nuevo de tener acceso a los puntos de venta locales a lo largo del país para poder satisfacer la demanda de consumidores ubicados en las distintas localidades que lo componen. La RESOLUCIÓN determina la existencia de una barrera a la entrada que consiste en la necesidad de contar con una red de distribución eficiente precisamente para atender este aspecto de la demanda. Para conseguirlo, se reitera que las marcas ofrecidas a través de la red de distribución deben ser reconocidas, lo que implica una inversión considerable en publicidad de manera que se pueda enfrentar la competencia de marcas de agentes establecidos.

En este sentido, si bien los consumidores no se fijan en el número de tiendas que una empresa pueda tener a nivel nacional, para ellos es muy importante el reconocimiento de marca. Como ya se mencionó en la RESOLUCIÓN de acuerdo con la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, COMEX es la marca de recubrimientos \* en México con la presencia de reconocimiento más alta: \* por ciento de reconocimiento *top of mind* entre pintores y \* por ciento *top of mind* entre amas de casa.

Por lo tanto, para generar presión competitiva, un nuevo competidor requiere contar con un sistema de distribución eficiente y con marcas reconocidas, lo que en el caso de COMEX ha llevado décadas en desarrollar. Dicho sistema de distribución es muy difícil de replicar en el corto plazo debido a la necesidad de formar una relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores. Además, se requiere tener marcas bien posicionadas y que gocen de reconocimiento, lo cual sería altamente costoso e implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado. Este fue el razonamiento que la CFC utilizó al analizar las barreras a la entrada en las páginas 70 a 77 de la RESOLUCIÓN, de conformidad con lo previsto en la fracción II del artículo 13 de la LFCE, y en las fracciones I y II del artículo 12 del RLFCE.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**En segundo lugar, la CFC asume indebidamente que la única manera de competir en el mercado es estableciendo una plataforma de distribución similar a la de COMEX. Esto es incorrecto. La CFC no prueba tal circunstancia. Por otro lado, como la misma CFC reconoció, los consumidores satisfacen sus necesidades de recubrimientos de manera local, y de ahí que éstos busquen opciones cercanas a sus casas, edificios, oficinas, hoteles, proyectos, etc. Por otro lado, los proveedores en el mercado eligen diferentes estrategias para distribuir sus productos y competir en el mercado.**

**En tercer lugar, como se advierte del Anexo 8<sup>164</sup> que se exhibe junto con el presente recurso, muchos competidores eligen competir en mercados específicamente locales o regionales, y otros prefieren hacerlo a nivel nacional. Por lo que hace a los canales de**

<sup>164</sup> Exhibido por las PARTES el ocho de julio de dos mil trece.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

**distribución, algunos competidores distribuyen sus productos a través de tiendas propias, otros a través de tiendas de pintura propiedad de terceros; otros mediante las plataformas de las tiendas para mejora del hogar, otros a través de las ferreterías, otros eligen realizar ventas directas y distribuir los productos en los lugares de los proyectos. Finalmente, otros eligen combinaciones de los diferentes canales mencionados, ya sea de manera nacional o puramente regional (de estado a estado, de municipio a municipio, etc.).**

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo que establece la fracción I del artículo 12 del RLFCE, en las páginas 70 a 73 la RESOLUCIÓN se analiza como una posible barrera a la entrada “*el acceso limitado a los canales de distribución eficientes*”. Esto se verifica a lo largo de la resolución, pero en particular en la sección sobre barreras a la entrada.

Al respecto, y a partir de los datos proporcionados por las promoventes sobre sus propias redes de distribución, la RESOLUCIÓN establece que, en conjunto con el análisis sobre la importancia del contar con marcas posicionadas, los canales de distribución pueden constituir una barrera a la entrada, entre otras razones, debido a: (i) el extenso número de tiendas [REDACTED]\* (sean concesionarios independientes, tiendas propias o distribuidores certificados); (ii) la asociación entre la imagen (y marcas) de la empresa con las tiendas (relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, a través de marcas bien posicionadas y que gozan de reconocimiento); y (iii) el tiempo que implica desarrollar el sistema de distribución. Lo anterior no significa que la RESOLUCIÓN haya establecido que la única manera de competir sea estableciendo una red similar a la de COMEX: la RESOLUCIÓN básicamente establece que la operación conferiría a SW el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante de recubrimientos decorativos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder, entre otras razones, debido a que sería altamente costoso replicar una red de distribución tan eficiente como la de COMEX y porque ello implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.

Para llegar a dichas conclusiones, el análisis que se realiza en las páginas 70 a 73 de la RESOLUCIÓN establece las razones por las cuales la autoridad consideró que los canales de distribución sí pueden constituir una barrera a la entrada; lo anterior a partir del análisis sobre la importancia de los canales de distribución de COMEX y SW. En particular, en el caso COMEX la RESOLUCIÓN explica: (i) las principales características de los contratos que establece con sus concesionarios [REDACTED]\* (ii) los contratos de comodato de los sistemas tintométricos que establece con clientes en el canal moderno (tiendas de autoservicio) y (iii) el tamaño y costo de sus centros de distribución. En el caso de SW, la RESOLUCIÓN explica el tamaño y características de las dos modalidades de tiendas (tiendas propias y distribuidores certificados), así como el tamaño y costo estimado de un centro de distribución.

Para entrar e impactar significativamente en el mercado, un nuevo competidor requiere: contar con plantas de producción, desarrollar un sistema de distribución efectivo, lo cual puede implicar, como en el caso de COMEX, desarrollar una relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, además de desarrollar un amplio portafolio de marcas reconocidas. Lo anterior exige inversiones importantes y no hay elementos que acrediten que se podría replicar en el corto plazo.

De esta manera, es claro que cada productor puede elegir su estrategia de distribución, sin embargo esto no desvirtúa lo que la autoridad estableció en cuanto a que los canales de distribución constituyen



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

una barrera a la entrada, ya que se requiere, entre otros aspectos, acceso a canales de distribución eficientes, junto con el desarrollo de un portafolio de marcas bien posicionadas, para competir de manera efectiva a nivel nacional, como se constata a partir de la información proporcionada por los mismos recurrentes durante el procedimiento de autorización de la concentración analizada en el expediente CNT-095-2012.

Por otro lado, en relación con la información contenida en el Anexo 8, según la cual muchos competidores *“eligen competir en mercados específicamente locales o regionales, y otros prefieren hacerlo a nivel nacional”*, se reitera que información no contiene datos suficientes para establecer la posible presión competitiva que tendrían COMEX y SW en estas dimensiones geográficas. En particular, las recurrentes omiten mencionar que la información que presentan no incluye indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda y/o por Estado. Dichas omisiones impiden determinar de forma inequívoca la presión competitiva de cada competidor a nivel local o regional. En realidad, la información presentada por las recurrentes y que ahora refieren carece de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como un indicador o referente para evaluar la presión competitiva a nivel local. Asimismo, el hecho de que existan o puedan existir competidores locales o regionales aislados no implica que tengan la capacidad suficiente para ejercer presión competitiva frente a un sistema de distribución a nivel nacional.

SW y AVISEP adicionalmente señalaron:

**En cuarto lugar, la CFC es nuevamente omisa en valorar y analizar la manera y vías en las que los competidores participan en el mercado y los distintos canales de distribución con los que cuentan para ello. Así, la CFC simplemente se limita a concluir indebidamente que, para competir de manera efectiva, se necesitan replicar los modelos de distribución de COMEX. Si esto fuera cierto, no existirían nuevos competidores entrando al mercado (con altas expectativas)<sup>165</sup> y muchos otros competidores hubieran tenido que abandonar el mercado, cuestiones que no fueron abordadas ni acreditadas por la CFC.**

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

En sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, en las páginas 15, 16 y 24 de la RESOLUCIÓN se reconoció que las promoventes manifestaron que existen diversos canales de comercialización que abastecen a todo tipo de consumidores como son: el canal concesionarios, el canal tradicional, el canal moderno y los nuevos canales de comercialización (ventas directas) que han surgido como resultado de los cambios tecnológicos (páginas de internet, correos electrónicos, ventas por catálogos o atención vía telefónica). Asimismo, en la RESOLUCIÓN se hizo notar, de acuerdo con lo señalado en el escrito de notificación de la concentración, que las ventas directas son pequeñas en relación con el valor total del mercado. De hecho, los canales de comercialización más importantes (el tradicional, el moderno y el canal concesionarios), fueron debidamente analizados por esta COMISIÓN a partir de la forma en que COMEX y AVISEP participan en dichos canales. Al respecto, con base en la información presentada por SW y AVISEP el veintidós de febrero de dos mil trece, en las páginas 24, 70 y 71 de la RESOLUCIÓN se señaló lo siguiente:

*“Los principales canales de distribución de Comex son: a) canal concesionarios; b) canal tradicional; y c) canal moderno.*

<sup>165</sup> Por ejemplo Masco Corp., con la marca Behr —a través de The Home Depot— o Axalta Coatings que es la escisión del negocio de recubrimientos de Dupont Performance Coatings.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

El canal concesionarios consiste en tiendas que no pertenecen a Comex sino a terceros independientes que distribuyen de forma [redacted] los productos Comex.<sup>166</sup> En este rubro Comex cuenta con [redacted] tiendas.

Por canal tradicional se entiende la distribución en ferreterías; mientras que el canal moderno consiste en tiendas de autoservicio.

En cuanto a SW, ésta cuenta con: a) tiendas de pintura propias; b) distribuidores certificados; y c) clientes minoristas (tiendas de autoservicio y centros para el hogar). Asimismo, SW realiza ventas de sus productos en forma directa.

SW tiene [redacted] certificados en la República Mexicana.

[...]

Comex cuenta con un sistema de distribución de sus recubrimientos decorativos que consta de [redacted] tiendas propiedad de concesionarios [redacted] las cuales están ubicadas en los distintos estados de la República Mexicana.

Estas tiendas son establecidas mediante contratos entre Comex y sus concesionarios [redacted] en los cuales se estipula que los concesionarios no son empleados de Comex y que las tiendas son entidades independientes de Comex.

[redacted]

Estos concesionarios son el principal canal de venta de Comex y la mayoría de ellos tiene décadas siendo concesionarios de Comex. En sus tiendas se ofrecen soluciones integrales para la aplicación de recubrimientos ya que en ellas se pueden adquirir tanto los recubrimientos como los accesorios para su aplicación, así como productos complementarios como pueden ser solventes, pegamentos, brochas, rodillos, etc.

[redacted]

Adicionalmente, los concesionarios de Comex forman una parte importante de la imagen que esta empresa tiene en el mercado ya que todas las tiendas deben tener los colores y logotipos que los identifican como concesionarios de Comex.

El desarrollar el sistema de distribución con que cuenta actualmente Comex le ha llevado décadas; de acuerdo con lo señalado en la Presentación Ejecutiva de Venta, en los años setenta Comex apenas contaba con [redacted]

De esta forma, la CFC reconoció todos los canales de distribución señalados por las recurrentes, tanto los empleados por ellos, como los empleados por los competidores.

<sup>166</sup> El término "independientes" se refiere a que no tienen ninguna dependencia corporativa o laboral con COMEX.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

La CFC no señaló que replicar los modelos de distribución de COMEX sea la única manera de poder competir. Lo que la RESOLUCIÓN señala es que un nuevo competidor necesitaría, para poder contrarrestar el poder de mercado que tendrían SW y AVISEP, contar con un sistema de distribución eficiente, así como desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas: lo anterior se ilustró con el caso de COMEX para dar cuenta del tiempo y costo que esto puede implicar.

En la página 87 de la RESOLUCIÓN se menciona el monto de la inversión necesario para replicar el sistema de comodato de COMEX, mismo que se refiere al establecido en las tiendas de autoservicio (canal moderno), no a la red de concesionarios (canal concesionarios) como señalan las recurrentes. De igual manera se señala el largo plazo que se requiere para desarrollar un sistema de distribución similar al de COMEX.

Más adelante, en la página 114, la RESOLUCIÓN resume lo referente a las barreras a la entrada de la siguiente manera:

*"En el mercado de recubrimientos decorativos se identifican importantes barreras a la entrada, pues un nuevo competidor necesitaría contar con plantas de producción y un sistema de distribución efectivo, incluso con una red [REDACTED] de tiendas, lo que en el caso de Comex ha llevado décadas en desarrollarse, y es muy difícil de replicar en el corto plazo debido a la necesidad de formar una relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, y tener marcas bien posicionadas y que gocen de reconocimiento, lo cual sería altamente costoso e implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado."*

Respecto de los nuevos competidores que han ingresado al mercado, las promoventes señalan que AXALTA y BEHR han entrado al mercado con altas expectativas. En lo que se refiere a AXALTA, se reitera lo dicho en la RESOLUCIÓN, respecto de que las PARTES no proporcionaron información o evidencia fehaciente que acredite que AXALTA efectivamente haya entrado al mercado con la participación suficiente (en términos del volumen de ventas, por ejemplo) para imponer disciplina de precios. Adicionalmente, se señala que entrar al mercado con "altas expectativas" no implica que exista presión o disciplina competitiva. En este sentido, la RESOLUCIÓN no se sustenta en las altas expectativas o los planes de expansión "posibles" de una o de varias empresas, sino en la evaluación de la situación actual del mercado (es decir, en una evaluación de las participaciones de mercado y las ventas actuales de los participantes que hoy concurren en el mercado), así como en la proyección sobre la participación conjunta que resultaría en caso de que fuera aprobada la concentración (es decir, una proyección basada precisamente en el objetivo de la operación notificada, no en las eventuales decisiones comerciales de terceros).

En el caso de BEHR, las PARTES tampoco mostraron datos sobre participación de mercado que respalden que su entrada al mercado ha sido exitosa, pero incluso suponiendo sin conceder que BEHR haya entrado con éxito, su entrada es en condiciones particulares, pues BEHR entra al mercado como producto exclusivo de THE HOME DEPOT, con quien tiene una relación comercial de décadas en los Estados Unidos: BEHR es la marca de pinturas más vendida a los consumidores en EUA y Canadá,<sup>167</sup> con un reconocimiento de marca y calidad connotado, asociado a su presencia en el mercado a través de THE HOME DEPOT. Dicha relevancia se constata mediante la información de la empresa en México:

<sup>167</sup> De acuerdo con lo que se señala en la página 16 de la RESOLUCIÓN respecto de las manifestaciones de las propias recurrentes.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*“Behr es un socio orgulloso de The Home Depot. Esta sociedad comenzó en 1978, cuando Behr tomó la decisión de vender sus productos a un mercado más amplio a través de The Home Depot, el primer almacén para mejorar el hogar y un minorista especializado. Desde el inicio esta relación fue beneficiosa para las dos corporaciones. A lo largo de los años, el vínculo se ha hecho más fuerte, ya que las decisiones estratégicas en conjunto han llevado a un crecimiento continuo, una expansión global en el mercado y un reconocimiento mayor de la marca para ambas compañías. Esta sociedad exitosa ha sido reconocida y ha recibido premios en múltiples ocasiones; por ejemplo, Behr ha sido nombrado “Socio del Año” por The Home Depot diez veces. The Home Depot es el minorista con el crecimiento más rápido en la historia de Estados Unidos. En 1981 la compañía cotizó en la bolsa NASDAQ y se trasladó a la Bolsa de Valores de Nueva York en 1984. Hoy en día, The Home Depot es el minorista especializado en mejorar el hogar más grande de Estados Unidos”<sup>168</sup>*

*“Behr nunca pone en juego la calidad de sus productos.*

*Para garantizar el óptimo desempeño de sus productos de recubrimiento, Behr ha desarrollado las fórmulas más avanzadas de recubrimientos arquitectónicos, utilizando materias primas de alta calidad. Además, Behr recibe las innovaciones con los brazos abiertos para elevar aún más los estándares de calidad. Behr fue de las primeras en usar la nanotecnología en sus recubrimientos y en incorporarla a una fórmula de pintura y primer en uno. Hoy en día, nuestra competencia en Estados Unidos aún está luchando para igualar a BEHR con su tecnología. Nuestras grandes fábricas automatizadas en Estados Unidos cuentan con la certificación ISO9000 y siguen un proceso de producción que se supervisa rigurosamente para cumplir con los estándares de más alta calidad. Gracias a todos estos esfuerzos, BEHR ha ganado consecutivamente desde el 2003 hasta el 2011 el 1.er lugar en el Índice de Calidad y Valor de importantes estudios del consumidor en Estados Unidos.”<sup>169</sup>*

THE HOME DEPOT tiene por sí sola reconocimiento y presencia en las principales ciudades de la República Mexicana, mas no necesariamente en la venta de recubrimientos decorativos exclusivamente, sino en el mercado de autoservicios para mejora del hogar, cuyo mercado pudiera ser un nicho actualmente mucho más pequeño que el mercado de recubrimientos decorativos donde COMEX y SW compiten. La misma encuesta proporcionada por las promoventes aplicada en doce ciudades a distintos tipos de consumidores de recubrimientos señala a THE HOME DEPOT como lugar de opción de compra, como se verifica en las páginas 82 a 85 de la RESOLUCIÓN. Por lo tanto, el ejemplo de la entrada de BEHR no desvirtúa la existencia de barreras a la entrada señaladas por la CFC, sino que por el contrario las confirma. Para entrar, BEHR tuvo que remontar estas barreras, red de distribución, marca, relación con las tiendas y, a pesar de ello, su entrada no es significativa respecto del volumen de ventas totales del mercado de pinturas decorativas. Como se señala en la RESOLUCIÓN, BEHR reemplazó la marca Dutch Boy de Sherwin Williams. No obstante, si se toma como referencia las ventas de Dutch Boy en 2011, probablemente la presencia de BEHR sea únicamente de aproximadamente \* por ciento de las ventas totales de recubrimientos decorativos.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

<sup>168</sup> Información disponible en:

<http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vnextoid=f959bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>, consultada el 03 de septiembre de 2013.

<sup>169</sup>

Información

disponible

en:

<http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vnextoid=f6b9bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>, consultada el 03 de septiembre de 2013.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

En quinto lugar, como consta en el expediente, la información del INEGI (DENUE) demuestra que existen más de 12,000 tiendas de pintura a lo largo del país (en donde las tiendas de concesionarios de COMEX sólo representan el \* de las tiendas de pinturas en México) y más de 60,000 puntos de venta en los que se venden pinturas (incluyendo ferreterías, tiendas para mejora del hogar y supermercados). De ahí, se advierte la existencia de una gran alternativa de canales de distribución de los recubrimientos. El sistema de distribución de COMEX no requiere ser replicado para que exista competencia efectiva en el mercado, y la CFC no probó lo contrario. Los competidores cuentan con múltiples opciones para distribuir sus productos y los consumidores cuentan con diversas opciones para satisfacer sus necesidades de recubrimientos.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Es falso que la RESOLUCIÓN hubiera señalado que la única forma de competir con COMEX sea replicar su sistema de distribución, como se demuestra en las respuestas a los argumentos previos. Por otro lado, resulta conveniente añadir que la existencia de numerosos puntos de venta no es evidencia suficiente para establecer que no es necesario contar con un canal de distribución eficiente para competir en el mercado.

Al respecto, en la página 109 de la RESOLUCIÓN señala lo siguiente:

*"Comex controla un sistema de distribución constituido por \* distribuidores \* que constituyen su principal canal de distribución y que es, por mucho, más grande que el que podría tener cualquiera de sus competidores. Los promoventes señalan que existen más de 60,000 puntos de venta de pinturas lo que conformaría una presión competitiva para Comex. Sin embargo, Comex que cuenta principalmente con \* \* distribuidores \* tiene una participación de mercado de \* \* por ciento; ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de Comex pueden ser muchos, pero venden muy poco en comparación con los concesionarios de Comex, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente."*

Esta cita demuestra que la CFC sí consideró los argumentos de las ahora recurrentes y señaló las razones por las cuales los puntos de venta a los que aluden las recurrentes no generan presión competitiva suficiente frente a una red de concesionarios \* como la de COMEX.

Por otro lado, las PARTES se equivocan al decir que existen más de 60,000 puntos de venta en los que se venden pinturas, de acuerdo con la información del INEGI, específicamente la que corresponde al Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas (DENUE). El DENUE ofrece información sobre la identificación y ubicación de todos los establecimientos activos en el territorio nacional, es general e incluye diferentes tipos de comercios al por menor como son: ferreterías, tlapalerías, tiendas de pinturas, tiendas de materiales para construcción, tiendas de autoservicio especializadas y supermercados. Por dicho motivo, la afirmación de las recurrentes tendría que venir acompañada de elementos probatorios adicionales que demostraran que en los 60,000 puntos de venta efectivamente se vende algún tipo de pintura. En todo caso, los 60,000 establecimientos referidos sólo son posibles puntos de venta de recubrimientos decorativos.

Si efectivamente existen 12,000 tiendas de pintura a lo largo del país, como argumentaron las promoventes, la concentración COMEX y SW representaría el \* por ciento de tiendas de pintura, considerando las \* tiendas de los concesionarios COMEX, las \* tiendas propias de SW y las \* tiendas de

distribuidores certificados de SW. En términos del volumen de ventas, dichas tiendas y puntos de venta exclusivos corresponden a una participación de mercado que varía entre [REDACTED] \* por ciento y el [REDACTED] \* por ciento en recubrimientos decorativos. En virtud de lo anterior, y dada la importancia del posicionamiento de las marcas, la diferenciación de un amplio portafolio de marcas reconocidas, el costo y el tiempo que requiere el desarrollo de un sistema de distribución eficiente, mediante la RESOLUCIÓN se explicó por qué los competidores actuales o potenciales de SW y COMEX no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado después de la concentración.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

En sexto lugar, el hecho de que el sistema de distribución de COMEX haya tomado décadas para desarrollarse deviene irrelevante. La CFC no consideró que existen distintas alternativas de distribución que son utilizadas de manera efectiva y exitosa por parte de los competidores, así como el hecho de que los consumidores de recubrimientos satisfacen sus necesidades a nivel local.

De manera incorrecta y sin sustento, la CFC considera que el sistema de distribución de COMEX constituye una barrera de entrada, principalmente: (i) debido al número de tiendas a nivel nacional, (ii) que los concesionarios de COMEX venden sus productos de manera [REDACTED] \* y, (iii) en general, los términos de la relación comercial entre COMEX y sus concesionarios. La CFC soslayó que el Contrato de distribución de COMEX<sup>170</sup> establece que los concesionarios de COMEX tienen el derecho de [REDACTED]

Los argumentos anteriores resultan inoperantes debido a que **no combaten la totalidad** de los razonamientos y elementos señalados en la RESOLUCIÓN, conforme a los siguientes razonamientos:

En primer lugar, la RESOLUCIÓN establece que la necesidad de contar con una red de distribución eficiente puede constituir una barrera a la entrada, junto con la necesidad de desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas, entre otras razones, debido a: (i) el extenso número de tiendas que venden de manera [REDACTED] \* a nivel nacional (concesionarios independientes, tiendas propias o distribuidores certificados); (ii) la asociación entre la imagen de las tiendas [REDACTED] \* y las marcas: en el caso de COMEX, todas las tiendas deben tener los colores y logotipos que los identifican como concesionarios de COMEX; (iii) la inversión en publicidad y tiempo necesario para desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas que gocen de reconocimiento a nivel nacional entre sus principales consumidores, como son pintores y amas de casa, de manera que puedan enfrentar la competencia de marcas de agentes establecidos; (iv) la relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores que toma décadas en desarrollarse; (v) el tiempo que implica desarrollar el sistema de distribución; (vi) la capacidad de producción ociosa. Lo anterior no significa que la RESOLUCIÓN haya establecido que la única manera de competir sea estableciendo una red similar a la

<sup>170</sup> Lo que aplica a todas sus modalidades.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

de COMEX: la RESOLUCIÓN básicamente establece que la operación conferiría a SW el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante de recubrimientos decorativos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder, entre otras razones, debido a que sería altamente costoso replicar una red de distribución tan eficiente como la de COMEX y porque ello implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.

En todo caso, el hecho de que sea posible [REDACTED] no modifica en forma alguna el análisis en materia de barreras a la entrada incluido en la RESOLUCIÓN a lo largo de las páginas 70 a 87. Al respecto, la facilidad [REDACTED] no acredita la existencia o posible existencia de presión competitiva debido a que, como se establece en las páginas 70 y 71 de la RESOLUCIÓN, los concesionarios de COMEX únicamente pueden [REDACTED] COMEX y, de no cumplir con dicha obligación, se actualiza [REDACTED] por lo que un nuevo competidor no tendría acceso a dicha red de distribución y tendría que desarrollar una red propia, a menos que establezca convenios de distribución como los que se señalan en la RESOLUCIÓN. Esto da cuenta de las limitaciones para tener acceso a una red de distribución en términos de sus costos y el tiempo para desarrollar el sistema y posicionar las marcas.

Por otro lado, no debe perderse de vista que en dicho canal las ventas de COMEX se diluyen entre [REDACTED] \* [REDACTED] concesionarios (es decir, el supuesto poder que representan dichos concesionarios se encuentra diluido o pulverizado en [REDACTED] \* [REDACTED] concesionarios que no están agrupados o asociados en ningún tipo de "unidad").

En todo caso, la facilidad [REDACTED] no desvirtúa el hecho de que COMEX desarrolló su red a lo largo de décadas, ni tampoco el hecho de que muchos concesionarios tienen décadas siendo concesionarios de COMEX.

Así, el argumento es ineficaz para demostrar que no existen limitaciones para que un nuevo competidor tenga acceso a sistemas de distribución eficientes o para desvirtuar que existe dicha barrera a la entrada.

Por otro lado, el hecho de que el sistema de distribución de COMEX haya tomado décadas para desarrollarse es relevante porque sirve como ejemplo de la dificultad que tendría un nuevo competidor en desarrollar una red eficiente de distribución a nivel nacional en el corto plazo. Contrario a lo que afirman las PARTES, la CFC sí consideró las distintas alternativas de distribución que existen en el mercado. Al respecto, en las páginas 15 y 16 de la RESOLUCIÓN la CFC transcribe las manifestaciones de SW y AVISEP respecto de la existencia de diversos canales de distribución:

*"Canales de distribución: En el esquema tradicional de distribución en la compra de materiales de construcción y productos para la mejora del hogar, incluyendo recubrimientos, históricamente se da en un mercado muy fragmentado con un número significativo de pequeños detallistas con una selección limitada de productos y baja o nula asistencia técnica (el canal tradicional al menudeo).*

*47. México ha evolucionado hacia un sector de ventas moderno como lo prueba el crecimiento acelerado de las tiendas departamentales, supermercados, clubes de precios, tiendas especializadas en productos para la mejora del hogar, tiendas de pinturas y tiendas de conveniencia a lo largo y ancho del país. Un ejemplo reciente de penetración en el canal moderno, es la incursión de Behr al mercado mexicano como resultado de la cancelación de la*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

distribución por la cadena The Home Depot México de un producto de SW (Dutch Boy) para incluir esta nueva marca que no se encontraba presente en México (un negocio con un valor de \* millones de dólares anuales, aproximadamente).<sup>171</sup>

48. Las opciones y canales de distribución, tanto modernos como tradicionales, pueden ser cuantificados por el número de tiendas que venden o pueden servir como punto de venta de recubrimientos en el país. Actualmente, existen más de 60,000 establecimientos que venden o podrían vender estos productos.

49. Finalmente, nuevos canales de comercialización han surgido como resultado de la tecnología. Según lo reporta el INEGI, actualmente existen establecimientos que ofrecen y venden recubrimientos y tintas por medios electrónicos, como páginas de internet y correos electrónicos. Adicionalmente, existe una tendencia creciente de ventas directas por internet a través de catálogos o atención al cliente vía telefónica (call centers), como es el caso de Grainger (www.grainger.com.mx). Aún y cuando estas ventas son aún pequeñas en relación al valor total del mercado, aportan elementos adicionales para concluir que cualquier empresa establecida o un potencial nuevo participante en el mercado, no enfrentará barreras significativas a la entrada para competir y expandir su presencia en México (...).<sup>172</sup>

Asimismo, en la página 24 de la RESOLUCIÓN se describen los canales de distribución que son empleados específicamente por COMEX y SW:

"Los principales canales de distribución de Comex son: a) canal concesionarios; b) canal tradicional; y c) canal moderno.

El canal concesionarios consiste en tiendas que no pertenecen a Comex sino a terceros independientes que distribuyen de forma \* los productos Comex. En este rubro Comex cuenta con \* tiendas.

Por canal tradicional se entiende la distribución en ferreterías; mientras que el canal moderno consiste en tiendas de autoservicio.

En cuanto a SW, ésta cuenta con: a) tiendas de pintura propias; b) distribuidores certificados; y c) clientes minoristas (tiendas de autoservicio y centros para el hogar). Asimismo, SW realiza ventas de sus productos en forma directa.

SW tiene \*  
\* en la República Mexicana."

De esta forma, la CFC reconoció todos los canales de distribución señalados por las recurrentes, tanto los empleados por ellos, como los empleados por los competidores.

Además la CFC sí consideró el hecho de que los consumidores de recubrimientos satisfacen sus necesidades a nivel local, puesto que en la página 50 de la RESOLUCIÓN se señala: Los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local y les resultaría costoso el desplazarse a una localidad distinta para adquirirlos. Sin embargo, no es posible realizar el análisis del impacto en la competencia de la operación, pues los promoventes no proporcionaron la información para realizar el análisis a nivel de localidad".

<sup>171</sup> La marca BEHR® es la marca de pinturas más vendida a los consumidores en Estados Unidos y Canadá, cuenta con tecnología de punta y es pionera en la mercadotecnia digital del color.

<sup>172</sup> Fuente: escrito de notificación, páginas 12 y 13, folios 12 y 13.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Como se dijo, el hecho de que los consumidores demanden los recubrimientos decorativos localmente no significa que la dimensión geográfica del mercado relevante, por el lado de la oferta, sea local. Asimismo, el análisis de barreras a la entrada es distinto al análisis que corresponde a la dimensión geográfica del mercado relevante, por lo que el hecho de que los consumidores demanden localmente los recubrimientos decorativos, por sí mismo, no constituye un argumento que combata los razonamientos contenidos en la RESOLUCIÓN respecto al análisis de barreras a la entrada.

SW y AVISEP adicionalmente señalaron:

Por otra parte, los competidores también cuentan con un número relevante de distribuidores. Tal es el caso de BEREL, que cuenta con más de mil puntos de venta, lo que nuevamente demuestra que no existen barreras a la entrada en el sector. Lo anterior se puede observar en la página de internet de dicho agente económico, donde manifiesta:

*“La cercanía con el cliente ha sido clave para entender sus necesidades y así alcanzar la calidad en el servicio que él espera. Contar con producto disponible y siempre a la mano, brinda al usuario la seguridad y respaldo en sus proyectos. Por todo esto, hemos construido una extensa red de más de 1,000 puntos de venta en toda la República, respaldados por 9 centros de distribución estratégicamente ubicados, asegurando con ello una cobertura que facilite un rápido abastecimiento de cualquiera de nuestros productos”*<sup>173</sup> [Énfasis añadido].

Aunado a lo anterior, la penetración de mercado de marcas de la competencia en algunas regiones del país indica que los contratos de distribución [REDACTED] no impiden, y menos sustancialmente, la participación de competidores en el mercado.

Lo anterior se desprende de la publicación de la empresa PRISA en su página de Internet, donde afirma que:

*“En la actualidad, nos hemos consolidado como la empresa fabricante de pinturas más importante en el Occidente del país”*.<sup>174</sup>

No hay razón para que este fenómeno no se repita en el resto del país. En este orden de ideas, si los contratos de distribución [REDACTED] que celebra COMEX fueran una limitante para la penetración de los productos de los competidores, éstos tendrían una alta presencia en el canal moderno y ferreterías, situación que no se cumple.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Es falso que la CFC haya establecido que los contratos de distribución [REDACTED] de COMEX impidan por sí mismos y con independencia de otros elementos, como el reconocimiento de marcas, la penetración de los productos de los competidores. Una vez más se aclara que la barrera a la entrada más significativas que identificó la CFC en la RESOLUCIÓN consisten en la existencia de limitantes para tener acceso a canales de distribución eficientes, y esto está dado por la extensión de la red requerida, el tiempo que toma desarrollarla y la necesidad de desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas.

Los señalamientos de las recurrentes sobre la presencia de BEREL y su red de distribución confirman lo que la COMISIÓN ha argumentado en relación a la importancia de contar una red de distribución que

<sup>173</sup> <http://www.Berel.com.mx/distribucion.ph>

<sup>174</sup> <http://www.prisa.com.mx/empresa>

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

tenga presencia a nivel nacional y que esto se erige como una barrera a la entrada. En este caso, como ya se mencionó en la RESOLUCIÓN, BEREL es el [redacted] competidor con mayor participación en el mercado de recubrimientos decorativos. Por su parte, las recurrentes indican que BEREL cuenta con una extensa red de 1000 puntos de venta, de tal forma que BEREL es [redacted] competidor gracias a que también controla la [redacted] red [redacted] de ventas al por menor. De acuerdo con la información que obra en su página de internet, es posible que el desarrollo de dicha red haya tomado más de setenta años, dado que la empresa surgió en 1937.<sup>175</sup>

En el caso de la empresa PRISA, estableció la RESOLUCIÓN que es la [redacted] marca con mayor participación de mercado en recubrimientos decorativos, con una participación entre [redacted] [redacted] por ciento y [redacted] [redacted] por ciento. PRISA es señalada por las recurrentes como una empresa importante en el Occidente del país. Lo anterior confirma el argumento de esta COMISIÓN respecto de la importancia de tener presencia a nivel nacional. Debido a que PRISA es un competidor que ha sido capaz de incursionar en el mercado de recubrimientos decorativos de una manera local o regional, ha tenido un impacto limitado en el mercado nacional, ya que la participación de mercado de PRISA es marginal comparada con la participación de mercado que tiene COMEX.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

**La supuesta barrera de entrada que aduce la CFC es inexistente en virtud de lo siguiente:**

**a) Los consumidores de recubrimientos satisfacen sus necesidades a nivel local. Como se mencionó anteriormente, la propia CFC reconoció que los consumidores satisfacen sus necesidades de recubrimientos de manera local. Eso sencillamente significa que el número de tiendas a nivel nacional es irrelevante en el proceso de decisión de compra del consumidor.**

A lo largo del proceso de Concentración, SW y AVISEP proporcionaron información relativa al número de tiendas de pintura en cada municipio con más de 50 tiendas de pintura,<sup>176</sup> en los que los concesionarios de COMEX, o SW o los distribuidores de SW tienen tiendas. Esto demuestra la existencia de un número significativo de opciones para el consumidor y que existe una baja concentración del mercado. Adicionalmente, el presente recurso de reconsideración incluye diferentes mapas geográficos<sup>177</sup> que demuestran, con base en información del INEGI, la concentración de tiendas de pintura y puntos de venta de pinturas, en diez diferentes municipios en los que hay mayor presencia de tiendas de productos arquitectónicos de SW.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se reitera que la CFC sí consideró el hecho de que los consumidores de recubrimientos satisfacen sus necesidades a nivel local. En particular, en la página 50 de la RESOLUCIÓN se señala que *“los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local y les resultaría costoso el desplazarse a una localidad distinta para adquirirlos.”*

No obstante, el hecho de que los consumidores demanden los recubrimientos decorativos localmente no significa que la dimensión geográfica del mercado relevante, por el lado de la oferta, sea local.

<sup>175</sup> Véase la página de Internet: [http://www.berel.com.mx/quienes\\_somos.php](http://www.berel.com.mx/quienes_somos.php).

<sup>176</sup> Referirse al estudio de competencia “Tabla VII” y Anexo 9 exhibido junto con el presente recurso.

<sup>177</sup> Se adjunta dicha información como Anexo 10.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

Asimismo, el análisis de barreras a la entrada es distinto al análisis que corresponde a la dimensión geográfica del mercado relevante, por lo que el hecho de que los consumidores demanden localmente los recubrimientos decorativos, por sí mismo, no constituye un argumento que combata los razonamientos contenidos en la RESOLUCIÓN respecto al análisis de barreras a la entrada.

Asimismo, se hace énfasis una vez más que no fue posible para esta COMISIÓN realizar el análisis del impacto de la operación en la competencia a nivel local, pues las promoventes no proporcionaron la información para realizar el análisis a nivel de localidad, tal como se mencionó tanto en la decisión recurrida como a lo largo de la presente resolución.

Por otro lado, es incorrecto afirmar que debido a que los consumidores satisfacen su necesidad de recubrimientos de manera local, el número de tiendas a nivel nacional es irrelevante en el proceso de compra del consumidor. Por el contrario, debido a que los consumidores se abastecen a nivel local, se genera la necesidad para un competidor nuevo de tener acceso a los puntos de venta locales a lo largo del país para poder satisfacer la demanda de consumidores ubicados en las distintas localidades que lo componen. La RESOLUCIÓN determina la existencia de una barrera a la entrada que consiste en la necesidad de contar con una red de distribución eficiente precisamente para atender este aspecto de la demanda. Para conseguirlo, las marcas ofrecidas a través de la red de distribución deben ser reconocidas, lo que implica una inversión considerable en publicidad de manera que se pueda enfrentar la competencia de las marcas de los agentes establecidos. Más aun, las recurrentes se contradicen cuando argumentan que el número de tiendas a nivel nacional es irrelevante mientras que en el argumento previo sostienen que existe una gran alternativa de canales de distribución de los recubrimientos para que haya competencia efectiva en el mercado.

Es incorrecta la afirmación según la cual la información de tiendas de pintura en cada municipio con más de cincuenta tiendas en donde COMEX y SW tienen tiendas demuestra la existencia de un número significativo de opciones para el consumidor. Lo anterior debido, en primer lugar, a que los recurrentes no demuestran que en todos los puntos de venta que refieren efectivamente se venden pinturas, toda vez que la información del INEGI es general y considera diferentes tipos de comercios al por menor como ferreterías, tlapalerías, tiendas de pinturas, tiendas de materiales para construcción, etc. En todo caso lo único que se puede afirmar de la información del INEGI es que se trata de posibles puntos de venta, mas no se acredita que en todos esos puntos se vendan recubrimientos decorativos.

En segundo lugar, la información respecto de los municipios que cuentan con más de cincuenta tiendas de ninguna manera demuestra la existencia de una baja concentración de mercado. La información proporcionada en el anexo 9 (así como en la tabla denominada "Tiendas de Pintura por Municipio", incluida dentro del recurso de reconsideración) incluyen sólo el número de tiendas y no las ventas (en volumen o valor monetario) de recubrimientos decorativos. De esta manera la información presentada no refleja la importancia de cada una en las respectivas localidades. La concentración en un mercado se mide a través de índices de concentración como los que fueron analizados de forma detallada en la RESOLUCIÓN.

En relación con lo anterior, el Anexo 9 refiere supuestas participaciones de mercado a partir de cifras correspondientes al número de tiendas. Dicho ejercicio no es suficiente para arribar a las conclusiones que pretenden las recurrentes toda vez que la información correspondiente al número de tiendas no es idónea, por sí misma, para realizar dicha estimación. El dato de participación de mercado basado en el número de tiendas no permite establecer el grado de competencia entre productores comercializadores de recubrimientos decorativos que es donde se darán los efectos de la operación. Un tienda de pintura



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

puede vender marcas de uno, dos o más productores, y esto no se puede conocer con el simple dato del número de tiendas por localidad. Más aun, la información presentada no permite conocer qué productores efectivamente tienen presencia en las localidades señaladas en el estudio ofrecido por las recurrentes. Por lo tanto, el cálculo de participaciones de mercado basado en el número de tiendas es un indicador inválido e insuficiente respecto del nivel de competencia a nivel local.

En particular, el artículo 11 del RLFCE establece que se deberán tomar en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la CFC (ahora la COFECE) determine. En el presente caso, la autoridad refirió cifras e indicadores específicos de ventas para calcular las participaciones de mercado que se refieren en la RESOLUCIÓN.

Las recurrentes no expresan un solo motivo por el cual consideran que el número de tiendas puede considerarse como un indicador válido o viable para calcular de forma acertada las participaciones de mercado, ni mucho menos explican cómo es que a partir del número de tiendas sería posible determinar con certeza la existencia plena de competencia en un mercado y por consiguiente, que la participación de mercado determinado por la autoridad fuese incorrecta o ilegal. De hecho, el planteamiento de las recurrentes omite considerar que lo relevante es la capacidad para fijar precios o restringir el abasto: un agente económico que detente el 60% o más de las tiendas en un mercado no tendría, por ese sólo hecho, poder de mercado, ya que podría enfrentar la competencia de un agente económico con una elevada participación de mercado en términos de ventas.

SW y AVISEP no presentaron cifras ni datos concretos respecto de las ventas, la relevancia de los clientes, la capacidad productiva (o la posibilidad de expansión) de los supuestos competidores que, según ellos, podrían disciplinar o contrarrestar el poder de mercado de SW-COMEX después de la concentración.

Así, la información contenida en la tabla denominada "Tiendas de Pintura por Municipio", incluida dentro del Estudio de Competencia y también referida en el recurso de reconsideración y presentada como Anexo 9, no contiene la información suficiente para arribar a las conclusiones propuestas.

Precisamente por dicho motivo, las recurrentes no demuestran que la autoridad hubiera actuado de forma ilegal al no considerar dicha tabla como un indicador confiable de participaciones de mercado.

En ningún precepto la LFCE o el RLFCE establece que es una obligación de la autoridad tener en cuenta aquella información que resulta irrelevante o no idónea para realizar el análisis que corresponde llevar a cabo en términos de los artículos 13, fracción I, de la LFCE, 11 del RLFCE y la resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.

En cumplimiento a lo ordenado en dichos preceptos, en las páginas 52 a 61 de la RESOLUCIÓN se analizaron las participaciones de mercado de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos y se arribó a la conclusión de que los índices de concentración superan los umbrales para considerar poco probable que no se produjeran riesgos reales a la competencia. En particular, dicho análisis permitió concluir que *"la concentración entre COMEX y SW llevaría a tener un nuevo agente económico con una participación en el mercado de recubrimientos decorativos de entre*

*\* por ciento y \* por*  
*ciento. El \* Berel, tendría una participación de mercado de entre \**  
*\* por ciento y \* por ciento."*



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

Esta diferencia en participaciones es indicativa de la poca capacidad, incluso del [redacted]\* competidor, para contrarrestar el poder de mercado de las PARTES en caso de concentrarse, lo cual se corrobora posteriormente en la RESOLUCIÓN cuando se analizan los efectos de la concentración en el mercado relevante, de acuerdo con la fracción III del artículo 18 de la LFCE. En este análisis se señala que *“considerando la evolución de los precios de recubrimientos decorativos (en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación), así como los importantes márgenes obtenidos por COMEX, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado.”*

En relación con el Anexo 10 dicho documento señala el supuesto número de tiendas de SW, COMEX, Distribuidores de SW y otros competidores. En general, conforme a esa información se advierte que en esas localidades habría muchos puntos de venta de los competidores; sin embargo, ese señalamiento no combate lo establecido en la RESOLUCIÓN, pues ésta en su página 109 indica con claridad que según las recurrentes existen más de sesenta mil puntos de venta en México, pero que ello no es en realidad una presión competitiva para COMEX, en tanto que ésta *“cuenta principalmente con [redacted]\* [redacted]\* distribuidores exclusivos tiene una participación de mercado de [redacted]\* por ciento; ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de Comex pueden ser muchos, pero venden muy poco en comparación con los concesionarios de Comex, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente”*<sup>178</sup> así como que *“según los datos proporcionados por los promoventes, resulta que las tiendas Comex manejan volúmenes de ventas mucho mayores que sus competidores”*.

Asimismo, las recurrentes no aportan en el anexo 10 participaciones en el mercado local de recubrimientos decorativos, ni datos que permitan identificar el tamaño de las tiendas en cada municipio en términos de sus ventas.

En la nota 128 de la RESOLUCIÓN, a partir de los datos proporcionados por las promoventes, se estima que una tienda COMEX vende en promedio [redacted]\* litros al año de recubrimientos decorativos. Considerando que el universo de establecimientos que comercializan recubrimientos decorativos ascendiera a 60,000, los [redacted]\* expendios distintos a concesionarios de COMEX y tiendas SW comercializan [redacted]\* litros, es decir un promedio de [redacted]\* litros al año. Esto demuestra que aun cuando existan muchos expendios que potencialmente vendan recubrimientos decorativos, cada uno vende poco en comparación con los concesionarios de COMEX y SW. Así se demuestra que el supuesto alto número de expendios no refleja por sí mismo la presión competitiva que los recurrentes alegan. Por el contrario, para dichos fines se calculan índices de concentración a partir de los datos de ventas, como se realizó en la RESOLUCIÓN (páginas 57 a 61).

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron que la barrera a la entrada señalada por la CFC es inexistente en virtud de lo siguiente:**

- b) Los clientes compran en pocas tiendas. De manera consistente con la conclusión realizada por la CFC en el sentido de que las necesidades de los recubrimientos se satisfacen a nivel local, SW realizó un análisis de los hábitos de compra de los clientes de las tiendas propias de SW. Hay aproximadamente [redacted]\* clientes que compran productos en las tiendas propias de SW. Al evaluarse las compras realizadas por el [redacted]\* de todos los clientes de SW, dichos clientes realizan el [redacted]\* de sus compras en [redacted]\* tiendas o menos. Así las**

<sup>178</sup> Véase la página 109 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

cosas, desde el punto de vista de una plataforma/ red de distribución, no es necesario contar con un gran número de tiendas para lograr ser competitivo. Adicionalmente, desde el punto de vista de la entrada al mercado, el costo de entrar al mercado con dos o menos tiendas es insignificante, como se ha demostrado. El Anexo 11 que se adjunta al presente, incluye el análisis realizado por SW respecto a sus clientes.

En otras palabras, desde el punto de vista del cliente, el que se adquiriera un mayor número de tiendas no hace la diferencia. Es decir, los consumidores no utilizan ni necesitan un número extendido de tiendas, ni ponen algún valor o beneficio alguno en dicho número. Los consumidores compran en un número limitado de tiendas y lo hacen conforme a la opción que esté más cercana a ellos.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Los datos referidos por las recurrentes, basados en una población con características particulares (todos son clientes de las tiendas propias de SW), no constituye una muestra aleatoria y representativa con la que se puedan hacer inferencias a nivel nacional.

Las recurrentes construyen un argumento falaz al inferir que un nuevo competidor que establezca ■■ tiendas a nivel nacional puede tener una entrada exitosa en el mercado y generar presión competitiva a COMEX, con base en la información que reportan sobre el comportamiento de los clientes de SW. La deducción que hacen —según la cual el costo de entrar al mercado con ■■ tiendas es insignificante— sólo se podría sostener si todas las compras de los ■■ clientes de SW se hicieran en las mismas ■■ tiendas. En este caso sería absurdo que SW mantuviera una red de distribución de ■■ tiendas propias y ■■ distribuidores certificados cuando podría realizar el ■■ de las ventas (del ■■ por ciento de clientes incluidos en el estudio) en ■■ tiendas. La realidad es que SW mantiene su red de tiendas en un amplio número de localidades para poder satisfacer la demanda de esos ■■ clientes. En este sentido, el surgimiento de un nuevo competidor local o regional con ■■ tiendas o menos tendría un impacto marginal en el mercado nacional de recubrimientos decorativos, por lo que estas ■■ tiendas no representarían un canal de distribución eficiente que le permita competir en el mercado nacional de recubrimientos decorativos.

El Anexo 11 que citan las promoventes y que lleva por título “Análisis de uso de tiendas por clientes de SW”, contiene una tabla con cinco columnas y siete renglones que no incluye la más mínima explicación o descripción de los datos expresados. Los títulos de las columnas son: “Pintura Tipo de ingreso”, “Número de clientes”, “Ventas en tiendas 1 y 2”, “2012 Ventas en tiendas 3+” y “Total”.

La primera columna que versa sobre el tipo de ingreso cuenta con una subdivisión en cinco intervalos que van de ■■ \*

En este caso, no es posible saber si los ingresos son por ventas de pintura o si corresponden a los ingresos que registran los distribuidores de acuerdo a la cantidad de pintura que le compra cada tienda; además, no es posible entender si los ingresos son diarios, semanales, mensuales o anuales.

La segunda columna representa el número de clientes que corresponden a cada subdivisión: de esta columna se puede inferir que a ■■ ingreso ■■ número de clientes. Sobre las dos columnas siguientes: “Ventas en tiendas 1 y 2” y “2012 Ventas en tiendas 3+”; no se entiende cómo se obtienen tales cifras, cuáles son esas tiendas 1, 2 y 3+; ni mucho menos a qué se refieren las cifras negativas. Finalmente, la columna denominada “Total” representa la suma de la tercera y cuarta columna. Por lo tanto, la tabla del Anexo 11 no permite corroborar lo que las PARTES pretenden. Sólo se desprende que



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

las ventas de las tiendas 1 y 2 son [REDACTED] \* que las de las tiendas 3+. Se podría presumir que la elección de las tiendas 1, 2 y 3+ repercute en este resultado.

Además, las recurrentes omiten considerar que para ingresar al mercado no es suficiente con instalar las tiendas, sino que se requieren varios elementos como: una planta de producción, publicidad, portafolio de marcas, entre otros elementos señalados de manera detallada en las páginas 70 a 86 de la RESOLUCIÓN.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron que la barrera a la entrada señalada por la CFC es inexistente en virtud de lo siguiente:**

**e) Ausencia de barreras de entrada en el canal de distribución: (i) el costo para abrir tiendas adicionales es muy bajo, según se demostró durante el proceso de concentración, ya que sólo se requiere de un espacio comercial (que puede ser arrendado), estantes y un inventario inicial, (ii) también el tiempo requerido para abrir una tienda de pinturas es muy corto. La CFC reconoció que la apertura de tiendas nuevas no es cara y es fácil de llevar a cabo. De ahí que no existan barreras a la entrada,<sup>179</sup> en tanto que existen otras alternativas para la distribución de los recubrimientos, incluyendo las ventas a través de las tiendas para mejora del hogar, ferreterías y supermercados, así como ventas directas y/o la combinación de cualquiera de las opciones anteriores.**

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

El hecho de que los costos de instalación de una tienda sean bajos, o que el tiempo para dicha instalación sea muy corto, no permite concluir que no existen barreras a la entrada. Suponiendo que un nuevo competidor puede ingresar al mercado con pocas tiendas, esto no significa que el acceso a canales de distribución eficientes no sea una limitante para ser un competidor efectivo a nivel nacional.

La existencia de canales alternativos para la distribución de recubrimientos como ferreterías, supermercados o ventas directas no exime a un entrante potencial de incurrir en costos e invertir tiempo para colocar sus productos en dichos nichos. Particularmente los supermercados y las tiendas para la mejora del hogar, no son canales abiertos, sino sujetos a fuerte competencia debido a que generalmente imponen condiciones que pudieran resultar onerosas para un entrante que no cuente con el respaldo de una marca que le garantice cierto nivel de rentabilidad a la tienda. Abrir una tienda (sin considerar su viabilidad en el mercado) no implica que por ese sólo hecho sea posible contrarrestar o disciplinar el poder que tendría SW de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado de recubrimientos decorativos en caso de que se consumara la operación.

Además, las recurrentes omiten señalar que para ingresar al mercado no es suficiente con instalar las tiendas, sino que se requiere de varios elementos como una planta de producción, publicidad, portafolio de marcas, entre otros elementos señalados de manera detallada en las páginas 70 a 86 de la

<sup>179</sup> Caso CNT-017-2011. En este caso, la CFC concluyó que aun cuando los índices de concentración rebasan los umbrales establecidos por la CFC, no se advirtió que la concentración pudiera tener efectos contrarios a la competencia en las distintas localidades/ regiones en los que se llevó a cabo el análisis, debido a que: (i) la instalación de una tienda sólo requiere un espacio comercial, que normalmente es arrendado, así como estándares y adquisición de un inventario; (ii) la instalación de la tienda no es costosa; (iii) tiendas similares requieren de una inversión de [confidencial] dólares más el costo de inventario, y (iv) el periodo de instalación de una tienda es relativamente corto, de seis a ocho semanas a partir de la fecha en la que el espacio comercial es arrendado. Este caso constituye un hecho notorio para la CFC.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

RESOLUCIÓN. En particular, como se señala en la página 74 de la RESOLUCIÓN, según la información proporcionada por COMEX, la construcción y puesta en marcha de una fábrica de recubrimientos llevaría [REDACTED] y es necesario invertir [REDACTED]. Lo anterior no toma en cuenta el costo del terreno para establecer la planta, el desarrollo de una marca y el sistema de distribución de los recubrimientos.

Sobre el análisis realizado por la CFC en el procedimiento de concentración tramitado dentro del expediente CNT-017-2011 se señala lo siguiente:

1. Las resoluciones emitidas por la CFC no resultan vinculantes para la CFCE, entre otras razones debido a que se trata de órganos distintos. Al respecto, la CFCE tiene plena jurisdicción para decidir cuáles de los criterios emitidos por la CFC (órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía) se encuentran vigentes y resultan aplicables para la CFCE (órgano constitucional autónomo).
2. Es cierto que la operación analizada dentro del expediente CNT-017-2011 fue autorizada a pesar de que en algunos mercados los índices de concentración superaban los parámetros establecidos por la CFC. Asimismo, también es cierto que en el análisis incluido en dicha resolución se señaló que la instalación de las tiendas era relativamente bajo y que el periodo de acondicionamiento de las tiendas era corto. No obstante, de acuerdo con las circunstancias particulares de los mercados relevantes analizados en dicho expediente, no se identificaron barreras a la entrada que pudieran limitar la capacidad de otros competidores (o de competidores potenciales) de contrarrestar el poder de mercado de los notificantes, razón por la cual la autoridad señaló que no preveía que la concentración pudiera tener efectos contrarios a la competencia. En este sentido, cada concentración se analiza con base en las particularidades de los mercados relevantes analizados y el resultado de dicho análisis depende, entre otros factores, de la propia estructura de mercado y de la existencia de barreras a la entrada. Al respecto, los recurrentes no acreditan que los casos sean análogos en términos de la estructura de los mercados analizados o la existencia de barreras a la entrada. Asimismo, se remite a las recurrentes al apartado que contiene el análisis de las pruebas que ofrecieron como hechos notorios de la presente resolución.

**d) Los consumidores no tienen costos por cambiar de proveedores. Los consumidores pueden cambiar de proveedores (tiendas o marcas) en cualquier tiempo. No hay necesidad para el consumidor en comprar un nuevo equipo o aprender nuevas técnicas para usar los recubrimientos de los competidores. La RESOLUCIÓN no sustenta evidencia alguna de la existencia de un efecto de atadura (*Lock-in*) del mercado de recubrimientos.**

Los argumentos anteriores resultan inoperantes en virtud de que no combaten los razonamientos de la RESOLUCIÓN.

La CFC nunca señaló que los costos de cambio de proveedor por parte de los consumidores representaba una barrera a la entrada. En ninguna parte de la RESOLUCIÓN se menciona o considera un efecto de atadura (*lock-in*) respecto de los consumidores. De acuerdo con el análisis de los elementos previstos en el artículo 12 del RLFCE, la RESOLUCIÓN identificó otras barreras a la entrada, tales como al acceso limitado a un sistema de distribución eficiente, los tiempos para establecer plantas de producción o la importancia del posicionamiento de la marca. El hecho de que no exista una barrera a



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

la entrada específica (como los efectos de *lock-in* que describen las recurrentes) no excluye la posibilidad ni demuestra que no existan otras barreras a la entrada, como las que se han descrito de manera detallada tanto en la RESOLUCIÓN, como en el presente recurso de reconsideración.

e) Los Concesionarios de COMEX tienen la posibilidad de cambiar de proveedor en cualquier momento sin costo de cambio. Como se ha dicho y como lo reconoce la CFC, los contratos celebrados entre COMEX y sus concesionarios pueden ser \*

\*  
 \*

\* Los concesionarios de COMEX son distribuidores independientes. Así, el concesionario sencillamente puede cambiar de proveedor en cualquier momento. A este respecto, como se demostró a lo largo del presente recurso, existen diversos competidores a nivel local, regional o nacional que pueden cambiar y proveer a los concesionarios en cualquier momento, si es que éstos terminan su relación contractual con COMEX. La CFC no otorga valor alguno a estos elementos y a la facilidad que tienen los concesionarios para cambiar de proveedores.

En las páginas 71 y 72 de la RESOLUCIÓN, la CFC hace referencia a la existencia de contratos de comodato de equipos tintométricos de COMEX que ésta tiene celebrados con \* La CFC presume que el valor de cada equipo y el número de contratos de comodato celebrados por COMEX con las cadenas de supermercados, constituye una barrera de entrada. No obstante que los supermercados pueden \* como reconoce la CFC, y \* se advierte que el número de contratos de comodato y la inversión para adquirir la maquinaria es irrelevante, dado que los mismos \* en caso de que sea la elección del cliente.

La CFC sobreestima la inversión potencial y sus efectos reales. La CFC presume que el cambio de proveedor debe ocurrir necesariamente al mismo tiempo, con respecto a todas las tiendas y necesariamente a través de un solo nuevo proveedor. Recordemos que el cliente \*

\* Así, la existencia de dichos contratos de comodato no puede ser considerada como una barrera de entrada. Adicionalmente, como se ha demostrado, los competidores cuentan con diversas opciones disponibles de canales de distribución, no existen costos significativos ni limitaciones en tiempo para la apertura de nuevas tiendas. En conclusión, los competidores no necesitan replicar la manera o sistema de distribución de COMEX, para competir.

Un ejemplo del cambio de proveedores en el “canal moderno”, es la decisión de THE HOME DEPOT de terminar su relación con SW como su proveedor de pinturas. THE HOME DEPOT eligió a Masco Corp./BEHR como su nuevo proveedor de pintura en México reemplazando a SW. Masco Corp., no produce ni cuenta con plantas en México. Por el contrario, Masco Corp.,<sup>180</sup> produce la pintura en Estados Unidos América y exporta la pintura para THE

<sup>180</sup> Véase Anexo 3 presentado en el escrito de trece de mayo de dos mil trece. También véase la información actualizada que se presenta en este Recurso como Anexo 12.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

HOME DEPOT en México, proporcionando la maquinaria mezcladora para las 101 tiendas de THE HOME DEPOT en México.

La decisión de THE HOME DEPOT de seleccionar a un nuevo proveedor de pintura demuestra que no existen barreras de entrada para la venta de pinturas en México y que el cambio de proveedores ocurre, lo que demuestra a su vez que la entrada a nuevos mercados es fácil, factible y actual.

Vale la pena señalar que las afirmaciones de la CFC son conclusivas, en tanto que no media análisis alguno para llegar a ellas. No sólo la CFC fue omisa en considerar los argumentos hechos valer por SW y AVISEP y referidos con anterioridad, sino que también es omisa en justificar su conclusión respecto de que los canales de distribución utilizados por COMEX supuestamente constituyen una barrera de entrada. El simple hecho de que COMEX tenga una relación de distribución independiente respecto de más de [redacted] \* tiendas de distribuidores, que como ya se ha dicho, no representan más del [redacted] \* del total de tiendas de pintura en todo el país, no puede derivar en la conclusión de que existen barreras de entrada. Lo anterior evidencia nuevamente la indebida y omisa motivación de la RESOLUCIÓN.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Es falso que la CFC hubiera considerado que los costos de cambio de proveedor por parte de los concesionarios representarían una barrera a la entrada. También es falso que la CFC hubiera presumido que el valor de cada equipo y el número de contratos celebrados por COMEX en las cadenas de supermercados, constituya una barrera de entrada. Las barreras a la entrada identificadas por la CFC se refieren a: (i) el extenso número de tiendas que venden de manera [redacted] \* a nivel nacional (concesionarios independientes, tiendas propias o distribuidores certificados); (ii) la asociación entre la imagen de las tiendas [redacted] \* y las marcas: en el caso de COMEX, todas las tiendas deben tener los colores y logotipos que los identifican como concesionarios de COMEX; (iii) la inversión en publicidad y tiempo necesario para desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas que gocen de reconocimiento a nivel nacional entre sus principales consumidores, como son pintores y amas de casa, de manera que puedan enfrentar la competencia de marcas de agentes establecidos; (iv) la relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores que toma décadas en desarrollarse; (v) el tiempo que implica desarrollar el sistema de distribución; (vi) la capacidad de producción ociosa, lo cual ha sido expuesto de manera detallada tanto en la RESOLUCIÓN, como en el presente recurso de reconsideración.

Respecto del argumento según el cual el cliente puede cambiar de proveedor en cualquier momento, sin costo alguno, y tiene la opción de elegir entre uno o más proveedores en cualquier tiempo, es falso que la CFC hubiera presumido que el cambio de proveedor debe ocurrir necesariamente al mismo tiempo, con respecto a todas las tiendas y necesariamente a través de un solo nuevo proveedor. La CFC no realizó esta aseveración ni establece la necesidad de que todas las tiendas del sistema de distribución de un proveedor deban cambiar.

En cuanto al cambio de proveedor de THE HOME DEPOT, como se señala en la RESOLUCIÓN, BEHR reemplazó la marca Dutch Boy de Sherwin Williams. Al respecto, si se toma como referencia las ventas de Dutch Boy en 2011, la presencia de BEHR probablemente asciende únicamente al [redacted] \* (por ciento) de las ventas totales de recubrimientos decorativos.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

No debe perderse de vista que la entrada de BEHR ocurre en condiciones particulares, pues entra al mercado como producto exclusivo de THE HOME DEPOT, con quien tiene una relación comercial de décadas en los Estados Unidos: BEHR es la marca de pinturas más vendida a los consumidores en EUA y Canadá<sup>181</sup> con un reconocimiento de marca y calidad connotado, asociado a su presencia en el mercado a través de THE HOME DEPOT. Dicha relevancia se constata mediante la información de la empresa en México:

*"Behr es un socio orgulloso de The Home Depot. Esta sociedad comenzó en 1978, cuando Behr tomó la decisión de vender sus productos a un mercado más amplio a través de The Home Depot, el primer almacén para mejorar el hogar y un minorista especializado. Desde el inicio esta relación fue beneficiosa para las dos corporaciones. A lo largo de los años, el vínculo se ha hecho más fuerte, ya que las decisiones estratégicas en conjunto han llevado a un crecimiento continuo, una expansión global en el mercado y un reconocimiento mayor de la marca para ambas compañías. Esta sociedad exitosa ha sido reconocida y ha recibido premios en múltiples ocasiones; por ejemplo, Behr ha sido nombrado "Socio del Año" por The Home Depot diez veces. The Home Depot es el minorista con el crecimiento más rápido en la historia de Estados Unidos. En 1981 la compañía cotizó en la bolsa NASDAQ y se trasladó a la Bolsa de Valores de Nueva York en 1984. Hoy en día, The Home Depot es el minorista especializado en mejorar el hogar más grande de Estados Unidos"*<sup>182</sup>

*"Behr nunca pone en juego la calidad de sus productos.*

*Para garantizar el óptimo desempeño de sus productos de recubrimiento, BEHR ha desarrollado las fórmulas más avanzadas de recubrimientos arquitectónicos, utilizando materias primas de alta calidad. Además, BEHR recibe las innovaciones con los brazos abiertos para elevar aún más los estándares de calidad. BEHR fue de las primeras en usar la nanotecnología en sus recubrimientos y en incorporarla a una fórmula de pintura y primer en uno. Hoy en día, nuestra competencia en Estados Unidos aún está luchando para igualar a BEHR con su tecnología. Nuestras grandes fábricas automatizadas en Estados Unidos cuentan con la certificación ISO9000 y siguen un proceso de producción que se supervisa rigurosamente para cumplir con los estándares de más alta calidad. Gracias a todos estos esfuerzos, BEHR ha ganado consecutivamente desde el 2003 hasta el 2011 el 1.er lugar en el Índice de Calidad y Valor de importantes estudios del consumidor en Estados Unidos."*<sup>183</sup>

La entrada de BEHR, como se señaló, no desvirtúa la existencia de las barreras a la entrada señaladas por la CFC; por el contrario, las confirma. Para entrar, BEHR tuvo que remontar precisamente las barreras identificadas por la autoridad a través de su asociación con THE HOME DEPOT: red de distribución, reconocimiento de marca, relación con las tiendas. A pesar de ello, su entrada no es hasta ahora significativa respecto del volumen de ventas totales del mercado de pinturas decorativas, pues como se dijo anteriormente probablemente asciende únicamente [REDACTED] por ciento del mercado.

<sup>181</sup> De acuerdo con lo que se señala en la página 16 de la RESOLUCIÓN respecto de las manifestaciones de las propias recurrentes.

<sup>182</sup> Información disponible en: <http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vnextoid=f959bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>, consultada el 03 de septiembre de 2013.

<sup>183</sup> Información disponible en: <http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vnextoid=f6b9bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>, consultada el 03 de septiembre de 2013.

De acuerdo con lo señalado en los párrafos anteriores, el cambio de proveedor de THE HOME DEPOT no disminuye la importancia del sistema distribución. De hecho, como se ha dicho, el sistema de distribución de COMEX ejemplifica la importancia y los costos de tener presencia a nivel nacional y en distintos canales, junto con la necesidad de contar con marcas bien posicionadas.

Por otro lado, es falso que la CFC hubiera concluido que existen barreras a la entrada por el hecho de que COMEX tenga una relación de distribución independiente con sus más de [REDACTED]\* tiendas de distribuidores. Como se ha explicado, la RESOLUCIÓN establece que los canales de distribución pueden constituir una barrera a la entrada, entre otras razones, debido a : (i) el extenso número de tiendas [REDACTED]\* (sean concesionarios independientes, tiendas propias o distribuidores certificados); (ii) la asociación entre la imagen (y marcas) de la empresa con las tiendas (relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, a través de marcas bien posicionadas y que gozan de reconocimiento); y (iii) al tiempo que implica desarrollar el sistema de distribución. Así, la RESOLUCIÓN básicamente establece que la operación conferiría a SW el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante de recubrimientos decorativos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder, entre otras razones, debido a que sería altamente costoso replicar una red de distribución tan eficiente como la de COMEX y porque ello implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.

**SW y AVISEP adicionalmente señalaron:**

En este sentido, la CFC nunca explica y justifica:

1. Por qué el número de tiendas es importante para competir efectivamente en el mercado;
2. Por qué el tener presencia a nivel nacional es necesaria para competir en el mercado, si se reconoce que la demanda de los recubrimientos por parte de los consumidores es local;
3. Por qué es necesario tener una distribución [REDACTED]\* para competir;
4. Por qué otros tipos de canales de distribución no son efectivos, o por qué no pueden ser utilizados para competir, si –como la CFC reconoce- la demanda de los consumidores es local; y
5. En general por qué los competidores no pueden competir de manera efectiva sin replicar el sistema de distribución de COMEX.

En las páginas 72 y 73 de la RESOLUCIÓN, se describe la existencia de centros de distribución de COMEX y SW, así como el modelo de distribución de SW. De la lectura de la RESOLUCIÓN se advierte que la CFC no consideró la existencia de estos centros de distribución ni el modelo de distribución de SW como una barrera de entrada. No obstante, la RESOLUCIÓN carece de motivación, en tanto que la CFC fue omisa en analizar la existencia de los centros de distribución y los modelos de distribución de los competidores en cada localidad donde los productos de COMEX y SW están presentes y cómo es que los competidores abastecen cada una de dichas locaciones.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

Dichos argumentos constituyen fundamentalmente repeticiones de los argumentos previamente analizados en el presente apartado; no obstante, en adición a lo ya señalado se expresa lo siguiente:



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

El hecho de que para los consumidores no sea factible desplazarse a grandes distancias para abastecerse de pintura decorativa refleja la necesidad de contar con una red de distribución eficiente (propia o de terceros): el competidor nuevo debe de contar con múltiples tiendas o puntos de venta a lo largo del país, junto con un portafolio de marcas bien posicionadas, que le permitan llegar de manera eficiente a sus clientes potenciales. Por ese motivo, la dimensión geográfica por el lado de la oferta es nacional.

De hecho, la red de distribución de COMEX y SW es nacional y las decisiones de precios, calidad, variedad, producción, publicidad, se toman a nivel corporativo con implicación nacional y no a nivel local.

Así, debido a que los consumidores se abastecen a nivel local, el surgimiento de una tienda de un nuevo competidor local o regional tendría un impacto marginal en el mercado nacional de recubrimientos decorativos. Es en este sentido que los costos y el tiempo de desarrollar una red de distribución eficiente se erige en una barrera a la entrada, asociada al reconocimiento de marcas bien posicionadas, pues los competidores necesitan contar con múltiples tiendas o puntos de venta a lo largo del país para satisfacer las necesidades "locales" de sus clientes y posicionar las marcas requiere inversiones significativas.

Asimismo, a partir de los datos proporcionados por las promoventes sobre sus propias redes de distribución, la RESOLUCIÓN establece que los canales de distribución pueden constituir una barrera a la entrada, entre otras razones, debido a: (i) el extenso número de tiendas [REDACTED] (sean concesionarios independientes, tiendas propias o distribuidores certificados); (ii) la asociación entre la imagen (y marcas) de la empresa con las tiendas (relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, a través de marcas bien posicionadas y que gozan de reconocimiento); y (iii) el tiempo que implica desarrollar el sistema de distribución. Lo anterior no significa que la RESOLUCIÓN haya establecido que la única manera de competir sea estableciendo una red similar a la de COMEX: la RESOLUCIÓN básicamente establece que la operación conferiría a SW el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante de recubrimientos decorativos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder, entre otras razones, debido a que sería altamente costoso replicar una red de distribución tan eficiente como la de COMEX y porque ello implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.

Los razonamientos anteriores, expuestos en las páginas 70 a 88 de la RESOLUCIÓN explican la importancia del número de tiendas, o puntos de venta, la presencia a nivel nacional, la necesidad de desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas y la relevancia de una red de distribución como la que tiene COMEX, sin que ello implique que la CFC hubiera señalado los planteamientos anotados por los recurrentes. En particular, es falso que la RESOLUCIÓN hubiera señalado que el número de tiendas COMEX a nivel nacional constituye una barrera a la entrada o que la única forma de competir sea con un número elevado de tiendas. Asimismo, la RESOLUCIÓN no señala que para poder competir sea necesario tener una distribución [REDACTED] tampoco que otros tipos de canales de distribución no sean efectivos o no pueden ser utilizados para competir; ni que la única forma de competir sea replicando la red de distribución de COMEX.

Incluso, suponiendo sin conceder que la presión competitiva pudiera advertirse desde cualquier punto de venta local y que no fuera necesario contar con un modelo de distribución nacional para competir de manera efectiva de manera local, tal como señalan las promoventes, de cualquier manera un

competidor independiente que incursione en el mercado local afectaría únicamente las ventas de COMEX en dicha localidad, pero sería insignificante ante las ventas de COMEX a nivel nacional. Así, el surgimiento de un nuevo competidor local o regional tendría un impacto marginal en el mercado nacional de recubrimientos decorativos, por lo que la presión competitiva hacia COMEX sería mínima o nula. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el análisis de barreras a la entrada se analiza en el contexto de determinación de poder de mercado realizado de conformidad con el artículo 13 de la LFCE. En dicho análisis se consideró que un entrante sólo podrá competir con éxito en el mercado relevante si posee una red de distribución a nivel nacional, que el establecimiento de esa red requiere de una inversión significativa en términos de tiempo y dinero, y que el desarrollo de la red está asociado al manejo de marcas bien posicionadas en la mente de los consumidores.

Por lo tanto, para generar presión competitiva, un nuevo competidor requiere contar con un sistema de distribución eficiente y necesita desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas, lo que en el caso de COMEX ha llevado décadas en desarrollarse, y es muy difícil de replicar en el corto plazo debido a la necesidad de formar una relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores y debido a los gastos en mercadotecnia y publicidad para lograr su reconocimiento y posicionamiento de marca. Lo anterior implica costos significativos y plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.

Adicionalmente, la evidencia contenida en el EXPEDIENTE muestra que aquellos competidores que cuentan con una red [redacted] son los que logran mayor éxito, considerando como tal mayores participaciones de mercado. En el caso de COMEX, este agente económico opera con una red de distribución [redacted] tiendas; BEREL opera con una red de más de 1000 puntos de venta y SW que opera con [redacted] tiendas propias y [redacted] distribuidores). Asimismo, las tres empresas son las que tienen [redacted] respectivamente en participación de mercado, como lo muestra la RESOLUCIÓN.

Adicionalmente, en las páginas 85 y 86 la RESOLUCIÓN explica las razones por las cuales la presencia local o regional no permite ejercer presión competitiva sobre COMEX a nivel nacional. En particular, las encuestas aplicadas en doce ciudades de distintos estados del país señalan que la existencia o la presencia de varios competidores regionales en cada una de las localidades mencionadas no implican que dichos competidores sean relevantes. De hecho, en todos los estados del país la marca COMEX fue mencionada como la marca [redacted].

Un ejemplo de lo anterior es el caso de la empresa PRISA; la CFC estableció en la RESOLUCIÓN que es la [redacted] marca con mayor participación de mercado en recubrimientos decorativos, con una participación entre [redacted] por ciento y [redacted] por ciento. PRISA es señalada por los promoventes como una empresa importante en el Occidente del país. Por lo tanto, PRISA es un competidor que ha sido capaz de incursionar en el mercado de recubrimientos decorativos de una manera local o regional, pero ha tenido un impacto limitado en el mercado nacional, y en su capacidad de disciplinar el mercado.

Finalmente es falso que la CFC fuera omisa en analizar la existencia de los centros de distribución y los modelos de distribución de los competidores en cada localidad donde los productos de COMEX y SW están presentes y cómo es que los competidores abastecen cada una de dichas locaciones.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

En primer lugar, como se dijo, en las páginas 15 y 16 la RESOLUCIÓN transcribe las manifestaciones de SW y AVISEP respecto de la existencia de diversos modelos y canales de distribución, mismos que se refieren tanto a las promoventes como a los demás competidores:

*“ Canales de distribución: En el esquema tradicional de distribución en la compra de materiales de construcción y productos para la mejora del hogar, incluyendo recubrimientos, históricamente se da en un mercado muy fragmentado con un número significativo de pequeños detallistas con una selección limitada de productos y baja o nula asistencia técnica (el canal tradicional al menudeo).*

*47. México ha evolucionado hacia un sector de ventas moderno como lo prueba el crecimiento acelerado de las tiendas departamentales, supermercados, clubes de precios, tiendas especializadas en productos para la mejora del hogar, tiendas de pinturas y tiendas de conveniencia a lo largo y ancho del país. Un ejemplo reciente de penetración en el canal moderno, es la incursión de Behr al mercado mexicano como resultado de la cancelación de la distribución por la cadena The Home Depot México de un producto de SW (Dutch Boy) para incluir esta nueva marca que no se encontraba presente en México (un negocio con un valor de [REDACTED] aproximadamente).<sup>184</sup>*

*48. Las opciones y canales de distribución, tanto modernos como tradicionales, pueden ser cuantificados por el número de tiendas que venden o pueden servir como punto de venta de recubrimientos en el país. Actualmente, existen más de 60,000 establecimientos que venden o podrían vender estos productos.*

*49. Finalmente, nuevos canales de comercialización han surgido como resultado de la tecnología. Según lo reporta el INEGI, actualmente existen establecimientos que ofrecen y venden recubrimientos y tintas por medios electrónicos, como páginas de internet y correos electrónicos. Adicionalmente, existe una tendencia creciente de ventas directas por internet a través de catálogos o atención al cliente vía telefónica (call centers), como es el caso de Grainger (www.grainger.com.mx). Aún y cuando estas ventas son aún pequeñas en relación al valor total del mercado, aportan elementos adicionales para concluir que cualquier empresa establecida o un potencial nuevo participante en el mercado, no enfrentará barreras significativas a la entrada para competir y expandir su presencia en México (...).<sup>185</sup>*

Asimismo, en la página 24 de la RESOLUCIÓN se analizaron los canales de distribución que son empleados específicamente por COMEX y SW. Por otro lado, de acuerdo con la información presentada por BEREL durante el procedimiento,<sup>186</sup> dicha empresa distribuye los recubrimientos decorativos que produce a través de [REDACTED]. De hecho, de acuerdo con información actualizada que se encuentra en la página de Internet de BEREL, la red de distribución de dicha empresa ha aumentado:

*“[...] Hemos construido una extensa red de más de 1,000 puntos de venta en toda la República, respaldados por 9 centros de distribución estratégicamente ubicados, asegurando con ello una cobertura que facilite un rápido abastecimiento de cualquiera de nuestros productos”.<sup>187</sup>*

<sup>184</sup> La marca BEHR® es la marca de pinturas más vendida a los consumidores en Estados Unidos y Canadá, cuenta con tecnología de punta y es pionera en la mercadotecnia digital del color.

<sup>185</sup> Fuente: escrito de notificación, páginas 12 y 13, folios 12 y 13.

<sup>186</sup> Véase el escrito presentado el diez de junio de dos mil trece.

<sup>187</sup> Fuente: <http://www.berel.com.mx/distribucion.php> y <http://www.berelpeninsula.com.mx/berel/servicios.html>

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En el mismo sentido, de acuerdo con la información contenida en el Anexo 8 del escrito del recurso de reconsideración de SW y AVISEP, BEREL distribuye a nivel nacional y tiene presencia en treinta estados del país.<sup>188</sup>

Así, es posible concluir que la información referida en la RESOLUCIÓN es suficiente para determinar la relevancia de los canales y modelos de distribución a nivel nacional para competir en el mercado de recubrimientos decorativos, ya que los [REDACTED] \* [REDACTED] competidores en este mercado [REDACTED] es decir, las empresas que realizan la gran mayoría de las ventas en el país, cuentan con un número significativo de puntos de venta a nivel nacional.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

*(ii) Infraestructura de Producción- Capacidad instalada y utilizada.*

De la página 73 a la 77 de la RESOLUCIÓN, la CFC realiza un incorrecto e inconsistente análisis relativo a la inversión y tiempo requerido para instalar una planta de recubrimientos, así como respecto a la instalación y uso de la capacidad de producción de las PARTES así como concluir que la supuesta capacidad ociosa de COMEX constituye una barrera a la entrada.

SW y AVISEP proporcionaron información respecto de los costos y tiempos relacionados en la instalación de una planta de producción de recubrimientos.<sup>189</sup> No obstante, la CFC señaló también incorrectamente, que SW y AVISEP no consideran el tiempo para desarrollar una marca, para comenzar la comercialización de productos o para tener un impacto significativo en el mercado. Con estas manifestaciones, la CFC está infiriendo que aun cuando se acredite que la instalación de una nueva planta de producción es fácil, también se debe acreditar que la comercialización y distribución de los productos es igualmente sencilla.

La CFC no motiva ni justifica por qué es necesario realizar dicho análisis para probar la fácil entrada en la producción de los recubrimientos. Si como incorrectamente señala la CFC, la inversión y el tiempo para la instalación de una planta, visto desde el punto de vista de oferta, constituye una barrera de entrada, cómo puede explicar la CFC lo siguiente:

1. La existencia de 377 plantas de producción de recubrimientos en México, de conformidad con la información de INEGI, y como se demuestra en la siguiente tabla 5, que ha venido creciendo constantemente.
2. La presencia de múltiples competidores, algunos de ellos con presencia local, otros regional y otros nacional,<sup>190</sup>
3. Los anuncios de competidores en el sentido de expandir su presencia en otras regiones con potencial capacidad adicional de producción (PRISA)<sup>191</sup> o de atacar

<sup>188</sup> Folios 226 a 233 del expediente RA-027-2013. Por otro lado, de acuerdo con la información contenida en el Anexo 46 del escrito presentado por SW el veintidós de febrero de dos mil trece, BEREL tiene presencia en las treinta y dos entidades del país (Véase el folio 2827 del EXPEDIENTE).

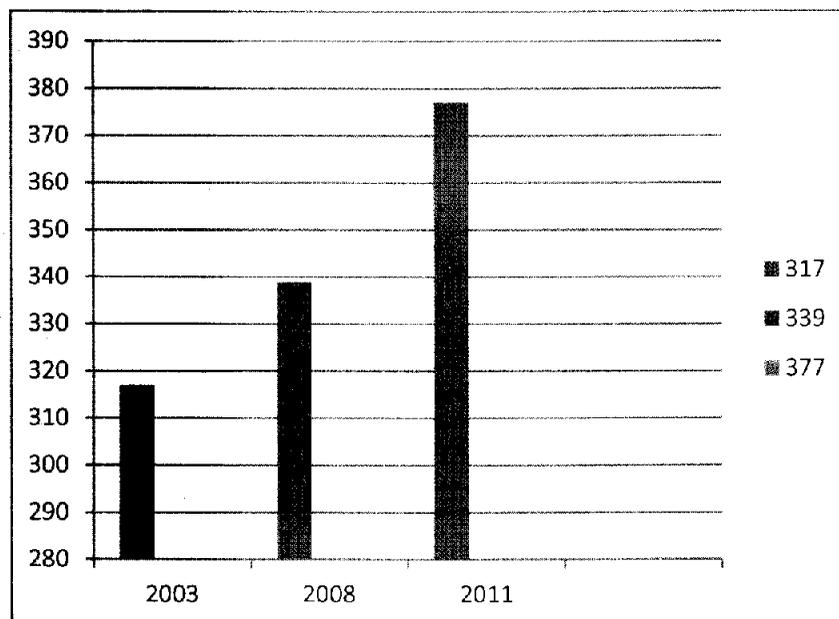
<sup>189</sup> Respuesta a la pregunta 41 a 43 del OFICIO ENERO.

<sup>190</sup> Véase Anexo 8 que contiene una lista y resumen de al menos 24 competidores nacionales, regionales y locales que compiten con las PARTES.

<sup>191</sup> Referirse a la página 83 del presente recurso.

- más agresivamente el segmento de recubrimientos decorativos a través de una expansión de producción (AXALTA),<sup>192</sup> y
4. El incremento consistente en la producción de recubrimientos a través de los años.<sup>193</sup>

Tabla 5  
Número de establecimientos dedicados a la producción de pintura y recubrimientos en México



Productores de pinturas y recubrimientos

Información referida establecimientos bajo SCIAN 325510 "manufactura de pinturas y recubrimientos". Fuente INEGI, Censo Económico 2001 a 2009 y DENE 2011.

Así las cosas, se demuestra que la CFC "no consideró los hechos y la dinámicas [sic]" del mercado.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

La fracción II del artículo 13 de la LFCE, en correlación con el artículo 12 del RLFCE, establece que para realizar el análisis en materia del poder de mercado en un mercado relevante es necesario considerar la existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. Al respecto, el artículo 12 del RLFCE indica cuáles elementos pueden considerarse como barreras a la entrada; específicamente la fracción II del citado artículo considera entre dichos elementos "El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la

<sup>192</sup> Referirse a las páginas 82 y 83 del presente recurso.

<sup>193</sup> Referirse al Anexo I3, que se exhibe por medio del presente recurso.

*inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo”.*

Por lo anterior, la CFC se encuentra obligada a analizar el tiempo y costos en los que tendría que incurrir una empresa para ingresar al mercado, con el objeto de determinar si estos elementos se erigen en barreras a la entrada. En este caso, las recurrentes participan en los procesos de fabricación, distribución y comercialización de los bienes, ya sea de manera directa (como ocurre en la producción) o indirecta por medio de distribuidores y/o concesionarios [REDACTED] (distribución y comercialización).<sup>194</sup> Precisamente por ese motivo se requiere analizar no sólo los plazos y costos de instalación de la planta, sino también los costos y tiempo para establecer la distribución y comercialización de los productos, pues también en dichas etapas del proceso productivo participan SW y COMEX y, por ese motivo, forman parte del análisis del mercado que se llevó a cabo.

Al respecto, las recurrentes consideran incorrecto que en adición al análisis del costo y el tiempo que conlleva instalar una planta de recubrimientos, la autoridad hubiera considerado el tiempo para desarrollar una marca, para comenzar la comercialización de productos o para tener un impacto significativo en el mercado. Dicho cuestionamiento no tiene fundamento, pues como se explicó en el párrafo anterior, la autoridad tiene la obligación de considerar entre otras cuestiones “*el monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida*”, sin que dicha inversión se encuentre limitada únicamente a la instalación de una planta de recubrimientos.

En realidad, las recurrentes señalan implícitamente que la CFC revirtió indebidamente la carga de la prueba, al señalar que se les exigió “*acreditar que la comercialización y distribución de los productos es igualmente sencilla*”; dicha afirmación es incorrecta, por los siguientes motivos:

En primer lugar, como se señaló anteriormente, la CFC (ahora la CFCE) se encuentra obligada a analizar el tiempo y costos en los que tendría que incurrir una empresa para ingresar al mercado el artículo 13 de la LFCE y el artículo 12 del RLFCE.

En segundo lugar, una vez que en la RESOLUCIÓN se han sido analizados los tiempos y costos en los que tiene que incurrir una empresa para ingresar al mercado en términos de los preceptos legales referidos, señalando los razonamientos y los elementos de convicción que sustentan las conclusiones a las que arribó la autoridad, corresponde legalmente a las recurrentes acreditar que la entrada al mercado es “fácil”, como lo afirman. Asumir lo contrario (como lo hacen las recurrentes) implica desconocer la naturaleza del procedimiento de control de concentraciones y su relación con las obligaciones en materia de la carga de la prueba.

Como se explicó previamente, al negar la autorización a una concentración no se actualiza la expectativa de un derecho cuya existencia depende de la autorización de la autoridad. Así, en caso de que se acredite la existencia de un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia relacionado con la operación notificada, el pronunciamiento de la autoridad, negando la autorización a la concentración, implica que no se realiza ni actualiza la condición que determina la existencia del derecho de los particulares a acumular activos o capital social y/o a ejercer directa o indirectamente el

<sup>194</sup> En la página 9 de la RESOLUCIÓN se estableció, de conformidad con la información presentada por SW y AVISEP, que ambas PARTES de la operación notificada participan en esas tres actividades (producción, distribución y comercialización) de recubrimientos decorativos. De hecho, SW y AVISEP propusieron como definición de mercado relevante la fabricación y comercialización de recubrimientos.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

control de hecho o de derecho de otro agente económico cuando dicha operación rebasa los umbrales que establece la LFCE.

Lo anterior tiene implicaciones fundamentales en materia de la obligación de la carga de la prueba que también se encuentran vertidas en normas vigentes, aplicables y exigibles a los particulares. Para acreditar que la operación no implica un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia, los agentes económicos que notifican una operación que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE se encuentran obligados a presentar un cúmulo de información significativa que se encuentra previsto en los artículos 21 de la LFCE, 21, fracciones I y II y 22 del RLFCE.

Al respecto, el argumento de las recurrentes implicaría que tienen derecho a no presentar la información necesaria para que sea autorizada una concentración que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE. En sentido contrario a dicha pretensión, la normativa de competencia es clara respecto a que los notificantes deben presentar la información veraz y completa para dichos fines, pues el propio artículo 21 de la LFCE indica que se debe acompañar la información sobre la participación de mercado de los notificantes y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida (fracción I) e incluso se sanciona a quien entrega información falsa o declara falsamente ante la COMISIÓN (artículo 35, fracción III).

De hecho, la consecuencia de no presentar la información prevista en dichas normas es que la autoridad puede tener por no notificada la concentración (artículo 22 del RLFCE). En caso de que no se emita el acuerdo que tiene por no notificada una concentración se debe entender que el promovente presentó la totalidad de la información requerida. La información presentada es el punto de partida para determinar los bienes o servicios en los que participan los agentes económicos que se pretenden concentrarse y de ahí determinar cuáles bienes o servicios conforman el mercado desde la dimensión de los bienes o servicios y la geográfica. Con base en la información presentada, la autoridad puede requerir información de tercero u obtener información pública que permita determinar el mercado relevante. Asimismo, con base en dicha información habrá de determinar si existen algún indicio que implique la no autorización de la concentración, pero la información presentada no significa que la operación no implique riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia o que los notificantes no tengan la carga de la prueba para demostrar que la operación notificada genera más beneficios que perjuicios al proceso de competencia y libre concurrencia, pues la LFCE es clara en establecer los supuestos para que una concentración no sea autorizada, sin que sea razón para autorizarla el que los agentes económicos señalen que no cuentan con la información suficiente, como ocurrió en el presente caso.

Se insiste en que el derecho a concentrarse (cuando la operación rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE) no es preexistente al orden jurídico al tratarse de una expectativa de derecho. Por dicho motivo, una vez que en la RESOLUCIÓN se han sido analizados los tiempos y costos en los que tiene que incurrir una empresa para ingresar al mercado en términos de los preceptos legales referidos, señalando los razonamientos y los elementos de convicción que sustentan las conclusiones a las que arribó la autoridad, corresponde legalmente a las recurrentes acreditar las afirmaciones que sustenten su dicho para que se pueda conceder la autorización. Bajo estas consideraciones, las recurrentes olvidan que, en todo caso, a quien corresponde demostrar que la entrada al mercado es "fácil", tal como lo pretenden, es precisamente a ellas, sobre todo si en la RESOLUCIÓN se explican las razones y los elementos de convicción por los cuales se consideró que dicho planteamiento no es correcto.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

Por otro lado, en las preguntas 41 a 43 del OFICIO ENERO a que hacen referencia las recurrentes, la CFC solicitó información no sólo de los costos y tiempos para la instalación de una planta sino también requirió información sobre los costos y el tiempo requeridos para que el producto logre presencia en el mercado. Lo anterior, en los siguientes términos:

*“Desglose el monto de inversión requerida y los tiempos para la puesta en marcha de instalaciones necesarias para elaborar los productos [...] precisando el tamaño de la planta y el tiempo total que tomaría la entrada al mercado, desde el inicio de la planeación de un proyecto hasta que el producto logre presencia en el mercado. Incluya en su respuesta, los plazos necesarios para las fases de: planeación, diseño, obtención de permisos gubernamentales, construcción de la planta de producción, arranque de operaciones, mercadeo, período de pruebas de los productos para cumplir con requerimientos de clientes, el establecimiento de un sistema o redes de distribución y el posicionamiento de marcas. Considere una planta con una escala similar al promedio de las plantas de Grupo Comex y de Sherwin Williams.” [Énfasis añadido]*

De forma consistente con el requerimiento de información formulado por la autoridad, en la página 74 de la RESOLUCIÓN se aclara que la información proporcionada por COMEX no toma en cuenta los costos de terreno para establecer la planta, el desarrollo de la marca y el sistema de distribución de los recubrimientos. En el caso de SW, tal como se señala en la página 75 de la RESOLUCIÓN, la información presentada tampoco indica que el plazo referido de doce meses no incluye el plazo para la planeación, pruebas e inicio de comercialización, ni el plazo para que la entrada impacte significativamente al mercado.

Por lo tanto, es adecuado el señalamiento de la CFC respecto a que las PARTES omitieron incluir información sobre el tiempo para desarrollar una marca, comenzar a comercializar los productos y tener presencia en el mercado. Asimismo, se reitera que la necesidad de incorporar estos elementos al valorar la existencia de barreras a la entrada proviene de la obligación prevista en los artículos 13, fracción II, de la LFCE y 12, fracción II, del RLFCE.

Por otra parte, las recurrentes señalan que el número de establecimientos dedicados a la producción de pinturas y recubrimiento se ha incrementado. Sin embargo, un incremento en el número de establecimientos dedicados a la producción de pinturas y recubrimientos no es suficiente para demostrar que no existen barreras a la entrada ni que efectivamente ha habido entrada de nuevos competidores, como lo sostienen las recurrentes. En particular, las recurrentes no muestran información que sustente que:

- a) Los establecimientos dedicados a la producción de pinturas referidos en la Tabla 5 sean propiedad de nuevos competidores en el mercado, ya que pueden ser propiedad de competidores establecidos. Cabe señalar que información de INEGI contempla la totalidad de las unidades económicas en el país, es decir, establecimientos propiedad de SW y COMEX se encuentran dentro de la lista, por lo cual no es posible distinguir cuáles de los nuevos establecimientos son de terceros independientes a las recurrentes;
- b) Los nuevos establecimientos son del tamaño suficiente (en términos de capacidad de producción) y que cuenten con canales de distribución eficientes y marcas reconocidas que les permitan tener presencia y competir eficientemente, como prevé el análisis de barreras a la entrada; y



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

c) Las plantas o establecimientos de producción nuevos compitan en el mercado de recubrimientos decorativos. Lo anterior debido a que la información de INEGI es general ya que la clave 325510 del SCIAN México<sup>195</sup> se refiere a “Fabricación de pinturas y recubrimientos”, por lo que no es posible identificar el tipo de recubrimientos que se producen en las nuevas plantas o establecimientos de producción.

En relación con el argumento según el cual la RESOLUCIÓN no puede ser consistente con la presencia de múltiples competidores, algunos de ellos con presencia local, otros regional y otros nacional (situación que, según las recurrentes, se acredita con la información contenida en el Anexo 8 de su recurso de reconsideración) se señala que dicha información no contiene datos suficientes para establecer la posible presión competitiva que tendrían COMEX y SW. En particular, las recurrentes omiten mencionar que la información que presentan no incluye indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda y/o por Estado. Dichas omisiones impiden determinar de forma inequívoca la presión competitiva de los supuestos competidores que refieren. En realidad, la información presentada por las recurrentes carece de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como un indicador o referente para evaluar la presión competitiva. Asimismo, el hecho de que existan o puedan existir competidores locales o regionales aislados no implica que tengan la capacidad suficiente para ejercer presión competitiva frente a un sistema de distribución a nivel nacional.

Asimismo, en relación con el argumento que hace notar la existencia de anuncios de competidores en el sentido de que estos podrían expandir su presencia en otras regiones con potencial capacidad adicional de producción (PRISA), o que podrían atacar más agresivamente el segmento de recubrimientos decorativos a través de una expansión de producción (AXALTA), se señala las notas de prensa referidas no son documentos cuya autoría pueda ser atribuida a PRISA o a AXALTA y no tienen el alcance probatorio pretendido, de conformidad con el análisis incluido en la sección “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución, razón por la cual se remite a dicha sección para evitar repeticiones innecesarias.

Por otro lado, los mismos recurrentes remiten a las páginas 82 y 83 de su recurso de reconsideración para el análisis de dichas manifestaciones, razón por la cual dichos argumentos se estudian con amplitud en el apartado denominado “XI. La CFC realizó un incorrecto e ilegal análisis sobre el impacto de la entrada de nuevos competidores como disciplina competitiva hacia SW”.

Por otro lado, diversos ejemplos ilustran la importancia de desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas, así como del acceso a un sistema de distribución eficiente (propio o de terceros). Dichos ejemplos muestran cómo la falta de marcas bien posicionadas o la limitación en el acceso a un canal de distribución eficiente limitan la capacidad de competir, incluso si se cuenta con plantas o establecimientos que producen recubrimientos en el país o si éstos se pudieran importar. En particular, se reitera que los \* competidores en este mercado es decir, las empresas que realizan la gran mayoría de las ventas en el país, cuentan con sistemas de distribución a nivel nacional, con un número significativo de puntos de venta a nivel nacional y con marcas bien posicionadas.<sup>196</sup>

<sup>195</sup> Estructura del SCIAN México, disponible en: <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/metodologias/censos/scian/estructura.pdf>

<sup>196</sup> De acuerdo con la información contenida en el Anexo 8 del escrito del recurso de reconsideración de SW y AVISEP, BEREL tiene presencia en treinta estados del país (folios 226 a 233 del expediente RA-027-2013). Asimismo, de acuerdo con la información contenida en su página de Internet, BEREL ha desarrollado su red de distribución y su marca a lo largo de más de

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Incluso la entrada de BEHR ejemplifica la importancia de las redes de distribución y el posicionamiento de marcas reconocidas, con independencia de si el producto se fabrica localmente o se importa (es decir, con independencia del número total de plantas o establecimientos que producen recubrimientos en el país). Para entrar, BEHR tuvo que remontar precisamente las barreras identificadas por la autoridad a través de su asociación con THE HOME DEPOT (red de distribución, marca, relación con las tiendas) sin que para ello fuera particularmente relevante el contar con plantas o establecimientos de producción en México.<sup>197</sup> De hecho, de acuerdo con la información contenida en el Anexo 8 del escrito del recurso de reconsideración de SW y AVISEP, BEHR tiene presencia a través de THE HOME DEPOT en treinta estados del país.<sup>198</sup>

De acuerdo con lo anterior, el incremento del volumen de producción de la industria de pintura y recubrimientos en México de mil novecientos noventa y cuatro a dos mil diez que presentan los recurrentes mediante el Anexo 13 no resulta inconsistente con el análisis de barreras a la entrada contenido en la RESOLUCIÓN y según el cual resultan relevantes no sólo los plazos y costos de instalación de una planta, sino también los costos y el tiempo para establecer la distribución y comercialización de los productos a nivel nacional. Lo anterior debido a que [REDACTED] competidores en el mercado de recubrimientos decorativos; es decir, las empresas que realizan la gran mayoría de las ventas en el país [REDACTED] cuentan con sistemas de distribución a nivel nacional, con un número significativo de puntos de venta a nivel nacional y con portafolios de marcas reconocidas. Es decir, el aumento de la producción no puede ser atribuida a los pequeños productores que no cuentan con importantes sistemas de distribución a nivel nacional, toda vez que el Anexo 13 no contiene información clara respecto de los agentes económicos específicos a los que se les puede atribuir el incremento del volumen de producción. De hecho, por ese mismo motivo no se descarta la posibilidad de que el aumento de producción corresponda a SW y/o COMEX.

Asimismo, la importancia de la eficiencia del sistema de distribución se corrobora por el hecho de que COMEX realiza asociaciones y contratos con terceras empresas para la distribución de sus productos, como se señala en la RESOLUCIÓN. Dichas empresas son productores de distintos tipos de recubrimientos reconocidos a nivel internacional, como [REDACTED] encuentran conveniente usar los canales establecidos de COMEX en vez de desplegar los propios, probablemente por el costo y tiempo que invertir en ellos supone. Es notable también el hecho de que los productos que COMEX les distribuye no incluyen recubrimientos decorativos, sino productos en mercados en los que COMEX no es un competidor importante, lo que le permite beneficiarse de estos convenios sin perjudicar su posición competitiva en decorativos.

Finalmente, las recurrentes afirman que en la RESOLUCIÓN se lleva a cabo un incorrecto e inconsistente análisis respecto a la instalación y uso de la capacidad de producción de SW y AVISEP, de manera que se concluye (en su opinión, indebidamente) que la supuesta capacidad ociosa de COMEX constituye una barrera a la entrada.

---

setenta años: [http://www.berel.com.mx/quienes\\_somos.php](http://www.berel.com.mx/quienes_somos.php). Dicha información es consistente con los datos de las encuestas proporcionados por las promoventes y que se refieren en las páginas 80 a 86 de la RESOLUCIÓN.

<sup>197</sup> En la página 99 de la RESOLUCIÓN se señala que "el único caso exitoso de una marca importada con presencia en la República Mexicana acreditado por los promoventes es el de BEHR, que penetró el mercado mexicano a través de las tiendas Home Depot".

<sup>198</sup> Folios 226 a 233 del expediente RA-027-2013.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

Al respecto, se señala que las recurrentes no expresan un solo razonamiento que permita analizar el agravio referido, ya que no señalan los motivos ni las razones por las cuales consideran que el análisis respecto al uso de la capacidad instalada sea incorrecto o inconsistente. De hecho, los recurrentes omiten señalar que dicho análisis, contenido en las páginas 75 a 77 de la RESOLUCIÓN se realiza con la información que ellos mismos proporcionaron durante el procedimiento tramitado dentro del expediente CNT-095-2012.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**La entrada al mercado es fácil y está ocurriendo, y la CFC no probó en contrario. Adicionalmente, en la página 70 de la RESOLUCIÓN la CFC expresamente reconoce que no se detectaron barreras de entrada específicas, en relación con los costos financieros; de ahí, la RESOLUCIÓN es contradictoria, una vez más, cuando infiere que la instalación de una nueva planta constituye una barrera de entrada, cuando los costos financieros no son considerados como una barrera.**

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la CFC sí demostró que la entrada al mercado de recubrimientos decorativos no es fácil. La RESOLUCIÓN establece la existencia de barreras a la entrada importantes, a lo largo de las páginas 70 a 88, fundamentalmente con base en la información que presentaron SW y AVISEP.

Dicho análisis se resume en las páginas 87 y 88 en los siguientes términos:

*"En relación con el análisis de barreras a la entrada destaca:*

1. *El desarrollo de un sistema de distribución similar al que cuenta actualmente Comex puede llevar décadas, ya que, de acuerdo con lo señalado en la Presentación Ejecutiva de Venta, en los años setenta Comex apenas contaba con [REDACTED] \* y actualmente cuenta con [REDACTED] \**
2. *El replicar el sistema de comodatos de Comex en [REDACTED] \* tiendas de autoservicio necesitaría una inversión aproximada en equipos tintométricos de [REDACTED] \* más el costo de los salarios de los empleados que operan los equipos.*
3. *La construcción y puesta en marcha de una fábrica de recubrimientos llevaría [REDACTED] \* y es necesario invertir aproximadamente [REDACTED] \*. Ello sin tomar en cuenta el costo del terreno para establecer la planta, ni lo que se requiere para el desarrollo de una marca y el sistema de distribución de los recubrimientos.*
4. *La capacidad ociosa de producción de Comex representa [REDACTED] \* de litros que equivalen a [REDACTED] \* por ciento del volumen total de pintura comercializada, cantidad estimada por la CFC.*
5. *La capacidad instalada de Comex permite a la empresa, realizar su propia producción, así como realizar procesos de maquila para terceras empresas. Además, la capacidad de su red de distribución ha permitido a la empresa realizar asociaciones y contratos con terceras empresas para la distribución de sus productos.*
6. *Comex y SW cuentan con un amplio portafolios de marcas, principalmente en el mercado de recubrimientos decorativos, así como en un amplio rango de otro tipo de recubrimientos, por lo que, de unirse ambas empresas, se consolidarán ambos portafolios. Ello podría darles una ventaja competitiva, ya que los demás competidores en estos mercados difícilmente contarán con un portafolio con marcas tan reconocidas, tanto en el mercado de recubrimientos decorativos como en los recubrimientos utilizados en la industria.*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

7. *La marca Comex fue mencionada como una de las más importantes dentro de las pinturas vinílicas (recubrimiento decorativo)."*

Por otro lado, es falso que la RESOLUCIÓN sea contradictoria por el sólo hecho de haber identificado y acreditado la existencia de algunas barreras, al tiempo que se señaló que otras barreras a la entrada no se actualizan en el presente caso.

Al realizar el análisis correspondiente a la fracción I del artículo 12 del RLFCE, la CFC señaló lo siguiente: *"No se detectaron barreras específicas respecto de costos financieros, acceso limitado al financiamiento o a la tecnología; sin embargo, sí se observó que los canales de distribución pueden constituir una barrera de entrada"*.

Para demostrar dicha aseveración, en la RESOLUCIÓN se describe el alcance y la importancia del sistema de distribución de COMEX y SW en las páginas 70 a 73. Dicho análisis incluye la evaluación de sus respectivos sistemas de tiendas (concesionarios, propias y distribuidores certificados) y detalles como la modalidad de propiedad, exclusividad de los canales e injerencia de los productores en las ventas, así como la relevancia del tiempo que se requiere para desarrollar una red de distribución y los costos de construcción de centros de distribución. De esta manera, un nuevo competidor tendría que establecer canales de distribución eficientes como los que tienen las recurrentes para entrar a competir en condiciones similares; por ello, el canal de distribución se consideró como una barrera a la entrada. Adicionalmente, la RESOLUCIÓN considera relevante la necesidad de desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas. Dicho análisis se lleva a cabo en las páginas 78 a 86.

Asimismo, no existe la contradicción señalada debido a que en cumplimiento a lo ordenado por la fracción II del artículo 12 del RLFCE, la RESOLUCIÓN no se limita a considerar el costo financiero de instalación de una nueva planta. Por el contrario, además de señalar el costo monetario y el tiempo requerido para instalar una planta, la RESOLUCIÓN indica que los datos aportados por las recurrentes no consideran costos como el terreno, el desarrollo de una marca y el sistema de distribución ni el plazo para que la entrada impacte significativamente al mercado. Estos son costos en que se debe incurrir para entrar a competir de manera efectiva y por lo tanto se deben añadir para realizar una valoración adecuada de la existencia de una barrera a la entrada para nuevos competidores que quisieran ingresar al mercado.

Por lo tanto, la CFC no infiere ni se contradice al señalar que los costos financieros no son una barrera a la entrada pero los montos y tiempos para recuperar las inversiones (más allá de la instalación de una nueva planta) sí lo son.

La RESOLUCIÓN no infiere, como falsamente lo señalan los recurrentes, que la mera instalación de una planta constituye una barrera a la entrada. Al respecto, como se dijo anteriormente, el análisis de los costos requeridos para recuperar la inversión se expresó en términos más amplios, como se desprende de la siguiente cita textual de la RESOLUCIÓN:

*"La construcción y puesta en marcha de una fábrica de recubrimientos llevaría \* y es necesario invertir aproximadamente \* Ello sin tomar en cuenta el costo del terreno para establecer la planta, ni lo que se requiere para el desarrollo de una marca y el sistema de distribución de los recubrimientos."*

El hecho de que existan suficientes bancos dispuestos a prestar el dinero necesario para construir una planta, a una tasa de interés razonable o accesible para un número considerable de personas, no excluye



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

por definición los otros costos que conlleva invertir en un negocio como el de los recubrimientos decorativos, algunos de los cuales sí pueden constituirse en barreras a la entrada.

De hecho, las diferencias entre los distintos tipos de costos se encuentran reflejadas en supuestos normativos distintos y distinguibles. No es una casualidad que el artículo 12 del RLFCE distinga en dos fracciones diferentes los costos que las ahora recurrentes pretenden confundir. Al respecto, las fracciones I y II de dicho precepto establecen lo siguiente:

*“Artículo 12.- Para efectos de la fracción II del artículo 13 de la Ley, son elementos que pueden considerarse como barreras a la entrada, entre otros:*

*I. Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes;*

*II. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo.”*

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**En adición, el análisis de la CFC es omiso en considerar la posibilidad de expansión de producción de recubrimientos en el país, la expansión de cualquiera de estas plantas es altamente posible, incluso con menor inversión y en menor tiempo que un nuevo entrante al mercado.**

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

La CFC analizó la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores al mercado de conformidad con el mandato establecido en los artículos 13, fracción II, de la LFCE y 12 del RLFCE.

Ninguno de dichos preceptos establece la obligación de analizar la capacidad instalada de todos los agentes económicos que participan en el mercado o las posibilidades que los competidores de los notificantes tienen para expandir la producción del bien o el servicio de que se trate (recubrimientos decorativos en este caso).

De hecho, el análisis relativo a la capacidad que pudieran tener otros agentes económicos para actual o potencialmente contrarrestar el poder de las recurrentes de fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante se analizó conforme con la fracción I del artículo 13 de la LFCE: el precepto referido no exige evaluar la capacidad (de los competidores actuales o potenciales) en términos de *“la posibilidad de expansión de producción”*.

En este sentido, el análisis previsto en la fracción I del artículo 13 en sentido estricto no es el que corresponde al análisis de barreras a la entrada, por lo que en realidad mediante el presente argumento las recurrentes combaten el análisis previsto en otro apartado de la RESOLUCIÓN.

Al respecto, el artículo 13, fracción I, de la LFCE, señala lo siguiente:

*“Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*I.- Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;”.*

Para determinar la participación de mercado señalada en dicho precepto, el artículo 11 del RLFCE establece que se deberán tomar en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la CFC (ahora la COFECE) determine. Asimismo, el artículo 14 del RLFCE instruye la aplicación de índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante. A su vez, el análisis de índices de concentración se realiza en términos de la resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.<sup>199</sup>

En cumplimiento a lo ordenado en dichos preceptos, en las páginas 52 a 61 de la RESOLUCIÓN se analizaron las participaciones de mercado de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos y se arribó a la conclusión de que los índices de concentración superan los umbrales para considerar poco probable que no se produjeran riesgos a la competencia. En particular, dicho análisis permitió concluir que *“la concentración entre COMEX y SW llevaría a tener un nuevo agente económico con una participación en el mercado de recubrimientos decorativos de entre [redacted] por ciento y [redacted] por ciento. El [redacted] Berel, tendría una participación de mercado de entre [redacted] por ciento y [redacted] por ciento.”*

Esta diferencia en participaciones es indicativa de la poca capacidad, incluso del [redacted] competidor, para contrarrestar el poder de mercado de las PARTES en caso de concentrarse, lo cual se corrobora posteriormente en la RESOLUCIÓN cuando se analizan los efectos de la concentración en el mercado relevante, de acuerdo con la fracción III del artículo 18 de la LFCE. En este análisis se señala que *“considerando la evolución de los precios de recubrimientos decorativos (en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación), así como los importantes márgenes obtenidos por COMEX, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado.”*

Por otro lado, las recurrentes no muestran información que sustente la afirmación según la cual *“la expansión de cualquiera de estas plantas es altamente posible, incluso con menor inversión y en menor tiempo que un nuevo entrante al mercado”*; por lo que sus argumentos son simples manifestaciones genéricas. En particular, no presentan ejemplos de que esto haya sucedido y que se pueda corroborar con cambios importantes en la participación de mercado de los competidores actuales. Ni siquiera incluyen razonamientos que expliquen cómo es *“altamente posible”* que ocurra la expansión de recubrimientos en el país que señalan, por parte de competidores actuales o potenciales, cuando entre [redacted] por ciento y [redacted] por ciento de las ventas del mercado de recubrimientos decorativos corresponden a los productos de COMEX.

Asimismo, de conformidad con el análisis de las pruebas presentadas por los recurrentes que se encuentra en la sección *“CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS”* (a la cual se remite para evitar repeticiones innecesarias), SW y AVISEP no presentaron cifras ni datos concretos respecto de las ventas, la

<sup>199</sup> Dicha resolución señala que *“(…) La Comisión considera que una concentración tiene pocas posibilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando la concentración arroje alguno de los siguientes resultados: i) el aumento de IH sea menor de 75 puntos; ii) el valor de IH sea menor de 2,000 puntos; iii) disminuya el valor de ID; o iv) el valor de ID sea menor de 2,500 puntos (…).”*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

relevancia de los clientes, la capacidad productiva (o la posibilidad de expansión) de los supuestos competidores que podrían disciplinar o contrarrestar el poder de mercado de SW-COMEX después de la concentración.

Adicionalmente se reitera que la CFC no consideró únicamente el tiempo de instalación de la planta, sino también el tiempo que se requiere para lograr una red de distribución y comercialización eficiente de los productos, aspecto omitido por las recurrentes.

SW y AVISEP adicionalmente señalaron:

La CFC analiza la capacidad instalada y utilizada de las plantas de producción de COMEX y SW. Sin explicación o motivación legal, la CFC simplemente califica la capacidad ociosa de COMEX como demasiado elevada y considera que podría constituir una barrera de entrada, tomando en consideración que algunos de los competidores de COMEX ha contratado sus servicios de manufactura para la producción de productos de sus marcas y su distribución mediante la red COMEX. Finalmente, la CFC afirma nuevamente sin fundamentación y motivación, que esta supuesta capacidad ociosa otorga a COMEX el poder de incrementar su producción y reducir sus precios ante la entrada de un nuevo competidor. Tales afirmaciones son incorrectas e ilegales, son inconsistentes y no reflejan la realidad del mercado, tal como de demostrará a continuación:

a) La utilización de capacidad ociosa como una herramienta para disuadir la entrada de un nuevo competidor al mercado, en la teoría, sólo tiene sentido en industrias con grandes economías de escala, costos fijos significativos o sectores intensivos de capital. El monto para instalar una planta no es alto (alrededor de \* para una planta con capacidad de \* por año), no existen importantes economías de escala, considerando que existen cientos de plantas de producción en el país según información del INEGI (ver Tabla 5), al igual que la ausencia de costos hundidos.

Conforme a dichas condiciones, la CFC no acredita que la capacidad ociosa de COMEX sea una amenaza creíble para potenciales entrantes para reducir artificialmente sus precios y restringir su entrada.

Además, el uso de la capacidad ociosa para disuadir la entrada de competidores no resulta efectivo cuando el número de participantes en el mercado es tan alto y se continúa incrementando (como en el caso de esta industria). Al no existir un número limitado de participantes en el mercado, en el que la inversión en producción no es alta, y en el que el número de plantas de producción se ha incrementado de manera consistente, la conclusión a la que llegó la CFC es incorrecta, infundada e ilegal. El sólo hecho de que el número de plantas de recubrimientos se haya incrementado demuestra que cualquier capacidad ociosa de COMEX no es ni será un factor de disuasión para la entrada de nuevos competidores ni para la expansión de los existentes. Del mismo modo, el hecho de que el número de plantas se haya incrementado pone en evidencia que el mercado mexicano es inmaduro y por ende tiene amplias posibilidades de crecimiento.

Los argumentos anteriores resultan inoperantes toda vez que consisten en afirmaciones gratuitas o manifestaciones que **no combaten la totalidad** de los razonamientos incluidos el análisis incluido en la RESOLUCIÓN, de conformidad con lo siguiente:



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

En primer lugar, la CFC no concluyó que la capacidad ociosa de COMEX fuera alta únicamente debido a que algunos de los competidores de COMEX han contratado sus servicios de manufactura para la producción de productos de sus marcas y su distribución mediante la red COMEX.

Al respecto, las recurrentes omiten por completo considerar el análisis que se llevó a cabo en las páginas 75 y 76 con base en la información proporcionada por SW y AVISEP:

*"De acuerdo con la información presentada por las promoventes, Comex cuenta con cinco plantas para la elaboración de recubrimientos, [REDACTED] \* [REDACTED] \*"*

*En el siguiente cuadro se presenta la capacidad instalada y utilizada de cada una de ellas:*

Planta de Comex	Productos	Items elaborados	Capacidad instalada (2012)	% de utilización
Krhal	*	*	*	*
Tepexpan				
Empresa AGA				
FPU				
Amercoat				

*Como se puede observar en el cuadro anterior, la capacidad de producción de las plantas es superior al nivel de operación actual. La planta KRHAL, dedicada a [REDACTED] \* tuvo una utilización del [REDACTED] \* por ciento respecto a su capacidad durante dos mil doce. El resto de las plantas tuvieron una capacidad promedio de uso [REDACTED] \* para el mismo periodo: Tepexpan, [REDACTED] \* por ciento; Empresa AGA, [REDACTED] \* por ciento; FPU, [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento; Amercoat, [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento.*

*Excluyendo a la planta KRHAL, dedicada a los [REDACTED] \* la capacidad promedio empleada por las plantas de Comex fue de [REDACTED] \* por ciento para dos mil diez, [REDACTED] \* por ciento para dos mil once y [REDACTED] \* por ciento para dos mil doce. Estos porcentajes de capacidad ociosa son muy altos y representan [REDACTED] \* [REDACTED] \* litros que equivalen a [REDACTED] \* por ciento del volumen total de pintura comercializada estimado por la CFC.*

*Esta elevada capacidad ociosa podría constituir una barrera a la entrada, más aun si consideramos el hecho de que varios competidores de Comex han contratado sus servicios de manufactura para la producción de productos de otras marcas y su distribución mediante la*

*red de Comex. La capacidad ociosa le otorga a Comex el poder de incrementar su producción y disminuir sus precios ante la entrada de un nuevo competidor.”*

Conforme a lo anterior, es falso que la conclusión respecto a la elevada capacidad ociosa de COMEX se hubiera sustentado únicamente en los procesos de maquila para terceras empresas o en las asociaciones y contratos con terceras empresas para la distribución de sus productos. De hecho, de acuerdo con los datos proporcionados por COMEX respecto de su capacidad instalada y utilizada, *“la capacidad ociosa de producción de Comex representa [REDACTED] por ciento del volumen total de pintura comercializada, cantidad estimada por la CFC”*.

Ante dicho escenario, la CFC señala lo siguiente:

*“En caso de que se autorice la operación, la acumulación de la capacidad ociosa de Comex por parte de SW permitiría al agente que concentra tener la posibilidad de utilizar esa capacidad para disuadir la entrada de competidores potenciales. Por ejemplo, la acumulación de capacidad ociosa permitiría a SW-Comex expandir su producción de forma rápida y reducir los precios de los recubrimientos decorativos ante la posibilidad de entrada de nuevos competidores o expansión de los existentes. La posibilidad de enfrentar pérdidas ante dicho comportamiento sería un factor que impediría el acceso al mercado relevante de competidores potenciales.”*

El presente agravio no combate la estimación de la capacidad ociosa que realizó la CFC con base en los datos de las promoventes. En lugar de ello, las recurrentes se limitan a afirmar que la RESOLUCIÓN se encuentra debidamente motivada y para demostrarlo refieren de forma parcial e incompleta los razonamientos incluidos en dicha RESOLUCIÓN.

Por otro lado, las recurrentes invocan un argumento teórico sobre el despliegue de la capacidad ociosa para disuadir la entrada de un nuevo competidor y afirman que la CFC debió acreditar la existencia de economías de escala o costos hundidos para poder afirmar que la capacidad ociosa es una amenaza creíble para potenciales entrantes. No obstante, la RESOLUCIÓN acreditó fehacientemente, con base en los datos proporcionados por las promoventes, la existencia de dicha capacidad ociosa en manos del mayor competidor en el mercado, con independencia de la razón de su existencia, ya sean costos hundidos, economías de escala o cualquier otra. Dicha capacidad sin utilizar es una señal clara para un agente interesado en entrar al mercado de la posibilidad de enfrentar una respuesta agresiva por parte de COMEX, quien al expandir su producción deprimiría los precios y haría poco atractivo ingresar al mercado. La CFC acreditó que el volumen significativo de capacidad ociosa constituye una barrera a la entrada, tomando en cuenta también otros elementos, como los costos y tiempos requeridos para la entrada al mercado.

Por otro lado, es incorrecto el señalamiento según el cual *“la utilización de la capacidad ociosa como una herramienta para disuadir la entrada de un nuevo competidor al mercado, en la teoría, solo tiene sentido en industrias con grandes economías de escala, costos fijos significativos o sectores intensivos en capital. El monto para instalar una planta no es alto [...] Conforme a dichas condiciones, la CFC no acredita que la capacidad ociosa de COMEX sea una amenaza creíble para potenciales entrantes”*.

De acuerdo con la propia información presentada por las promoventes, en la RESOLUCIÓN<sup>200</sup> se indica que la capacidad ociosa de COMEX representa un porcentaje sustancial del volumen total de pintura

<sup>200</sup> Véanse las páginas 75 a 77 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

comercializada. La capacidad ociosa y la capacidad total son importantes porque permiten a COMEX tener un costo marginal muy bajo para elevados niveles de producción —aquel representado por la capacidad total de la planta (capacidad utilizada y ociosa).

En sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes respecto a lo que según ellas establece la teoría en materia de capacidad ociosa, en realidad, en términos de la literatura económica —Dixit (1980)<sup>201</sup> y Tirole (1988),<sup>202</sup>— un nivel de capacidad muy alto disminuye el costo marginal de producción. Esto se debe a que no es necesario pagar los costos de expansión de capacidad para producir (pues estos han sido pagados cuando se instaló la capacidad). Desde el punto de vista del comportamiento de la empresa lo único relevante en su comportamiento económico son los costos variables. Este hecho disminuye el costo marginal de la empresa y permite que ésta se comprometa a producir elevados niveles de producción a precios bajos. Esta amenaza de comportamiento es totalmente creíble (desde el punto de vista estratégico) para un entrante potencial y disminuye los incentivos a la entrada.

No sólo la capacidad ociosa es una barrera a la entrada, ya que el posicionamiento de marca constituye un acervo intangible de inversión (pasada) en publicidad que asegura la permanencia en el mercado. Esto permite a las empresas que han incurrido en esta inversión (pasada) tener un costo marginal bajo en relación al nuevo entrante. El costo marginal bajo y la posibilidad de comportamiento agresivo por los agentes económicos establecidos dificulta la entrada. La literatura sobre oligopolios naturales se fundamenta precisamente en estos comportamientos. Véase, al respecto, Sutton (1991).<sup>203</sup>

En todo caso, las recurrentes afirman que no existen economías de escala, pero no lo demuestran, ya que se limitan a afirmar que no las hay con base en el alto número de plantas y establecimientos que reporta el INEGI, sin aportar evidencia sobre el tamaño) de las mismas en términos de su capacidad o volumen de producción. Las recurrentes incluso se contradicen porque, como se señala en la RESOLUCIÓN, ellas mismas argumentaron que la concentración generaría, entre otras ganancias en eficiencias, sinergias que *“incluyen ahorros en relación con los costos en materias primas, producción, distribución, y gastos generales y administrativos.”*<sup>204</sup>

También es falso el dicho de las recurrentes según el cual *“el sólo hecho de que el número de plantas de recubrimientos se haya incrementado demuestra que cualquier capacidad ociosa de COMEX no es ni será un factor de disuasión para la entrada de nuevos competidores ni expansión de los existentes”*. Suponiendo que el número de plantas dedicadas a la producción de pinturas y recubrimientos decorativos se hubiera incrementado, las recurrentes no demuestran que dichas plantas representen la entrada de competidores nuevos al ser propiedad de terceras empresas independientes a las establecidas y que además se dediquen a producir recubrimientos decorativos. El número de plantas o establecimientos que venden pinturas no es un indicador de la entrada de algún competidor capaz de disciplinar el mercado; dicha información no permite concluir tampoco que el mercado sea contestable o que no existan barreras a la entrada, debido a que las barrera a la entrada identificadas en la RESOLUCIÓN no se refieren al simple costo de instalar una planta de producción de pinturas, sino que

<sup>201</sup> Dixit, A (1980). The Role of Investment in Entry Deterrence. *Economic Journal* 90: 95-106.

<sup>202</sup> Tirole, Jean (1988). *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press.

<sup>203</sup> Sutton, John (1991). *Sunk Costs and Market Structure. Price Competition, Advertising, and the Evolution of Concentration*. The MIT Press.

<sup>204</sup> Véase la página 112 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

abarcán también los costos y el tiempo requerido para desarrollar una marca y el sistema de distribución de los recubrimientos decorativos.

De acuerdo con la información proporcionada por las PARTES, y tal como se señala en la página 74 de la RESOLUCIÓN, el tiempo de instalación de una planta es de [REDACTED] sin considerar los tiempos relacionados a la construcción de una red de distribución de los productos y el desarrollo de marcas; por lo que un nuevo competidor no puede acceder rápidamente al mercado. La capacidad ociosa de COMEX, junto con el largo periodo para construir una nueva planta, desarrollar una red de distribución y el reconocimiento de marcas representa una barrera a la entrada al mercado, ya que permite a COMEX modificar su comportamiento en el mercado, incrementado su producción y disminuyendo sus precios ante la entrada de un nuevo competidor, dado que cuenta con canales de distribución y el reconocimiento de marca que lo hacen factible.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron respecto al análisis de capacidad instalada:

b) Claramente, la CFC se contradice de nueva cuenta. Por una parte, establece que el mercado debe ser definido considerando el lado de la demanda (uso de los recubrimientos), pero cuando analiza las barreras de entrada, y específicamente la capacidad ociosa, la RESOLUCIÓN considera, sin distinción, diferentes segmentos de recubrimientos, pues toma en consideración la capacidad instalada de diferentes tipos de recubrimientos.

La CFC señala que la supuesta capacidad ociosa de COMEX es tan elevada que incluso pueden manufacturar y distribuir para terceros. Sin embargo, la CFC pasó por alto que dicha manufactura se refiere a productos para repintado automotriz y a productos industriales, no recubrimientos decorativos. Si la CFC afirma que no existe sustitución del lado de la demanda para definir el mercado relevante como de "recubrimientos" en general, ¿por qué ahora está considerando la manufactura y distribución de recubrimientos en segmentos distintos a los decorativos, para argumentar que la existencia de capacidad ociosa es una barrera de entrada para los recubrimientos decorativos? Esta contradicción viola el principio de congruencia interna y, de nueva cuenta, causa agravio a SW y AVISEP.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Las recurrentes confunden el análisis de la sustitución del lado de la oferta con el de barreras a la entrada. La sustitución por el lado de la oferta se refiere a la posibilidad que tienen los productores (oferentes) de ofrecer un producto que actualmente no producen en respuesta a un cambio de los precios relativos, con rapidez, de manera que esta producción discipline los precios del producto que incrementó su precio. En ese caso se pueden incluir los otros productos que se producen en la misma fábrica dentro del mercado relevante. Al respecto, la CFC reconoce en la RESOLUCIÓN la factibilidad técnica de usar los mismos equipos para ofrecer un amplia gama de recubrimientos señalada por los promoventes; sin embargo, tal como se señaló en la página 17 de dicha RESOLUCIÓN, no se acredita que esto sea suficiente para imponer disciplina en los precios de los recubrimientos decorativos, por lo que no se consideraron dentro del mercado relevante, en los siguientes términos:

*"[...] la posibilidad técnica de fabricar diversos productos en los mismos equipos no satisfacen los supuestos de sustitución por el lado de la oferta porque no se demuestra que el cambio se da de manera inmediata ante un cambio de los precios relativos de forma que efectivamente sea capaz de disciplinar el mercado. Por ejemplo, una empresa que no produce*

*recubrimientos decorativos pero tiene equipo que puede usarse para ello, no necesariamente entra al subir el precio de los recubrimientos decorativos ya que requiere de canales para comercializar su producto, de una marca reconocida para que sea factible la venta y ello no ocurre de manera inmediata”.*

Por otro lado, el análisis de barreras a la entrada valora la existencia de restricciones en el comportamiento de los oferentes que previenen o restringen su entrada al mercado, incluso si los precios se mantienen a niveles rentables por un periodo largo. La diferencia crucial estriba en los periodos de respuesta que se deben tener en cuenta. En el análisis de barreras a la entrada, se deben considerar elementos que no ocurren de manera inmediata. Así, se considera que es relevante el tiempo necesario para instalar una planta, desarrollar el sistema de distribución eficiente y posicionar las marcas para poder competir. En el caso de la capacidad ociosa, se trata de una inversión con un horizonte de producción de largo plazo que resulta estratégico para inhibir la entrada de posibles competidores de recubrimientos que técnicamente pueden producirse con los mismos equipos, particularmente en el caso de los recubrimientos decorativos.

Por lo anterior, debido a la posibilidad técnica de sustituir la producción, para la estimación de la capacidad productiva se contempló la totalidad de la capacidad instalada de las plantas de COMEX, excluyendo la planta KRHAL, la cual se dedica a la producción de [REDACTED] \*

De lo anterior se evidencia que no existe la contradicción que alegan las recurrentes, ni se viola el principio de congruencia interna de la resolución al haber considerado como barrera a la entrada la capacidad ociosa sin incluir la capacidad de producción común de los distintos recubrimientos en el mercado relevante.

Finalmente, la referencia a los acuerdos de COMEX con terceros para la manufactura y comercialización de recubrimientos es un claro ejemplo de que la capacidad instalada de COMEX permite a la empresa realizar su propia producción, así como realizar procesos de maquila y distribución para terceras empresas, precisamente porque resulta más atractivo en términos de costo y tiempo para éstas celebrar dichos acuerdos con COMEX que realizar la inversión en instalaciones y un sistema de distribución eficiente, con lo que se inhibe la entrada de competidores independientes. Como se señaló, estos contratos ocurren en mercados en los que COMEX no es un competidor importante. Sin embargo, no se observa el acceso a la capacidad de COMEX en los recubrimientos decorativos.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron respecto al análisis de capacidad instalada:**

**La CFC también pasa por alto las explicaciones ofrecidas por SW y AVISEP, en el sentido de la estacionalidad de la demanda, por la que COMEX tiene una capacidad de producción necesaria para atender posibles incrementos en la demanda en ciertos periodos del año.**

**Adicionalmente, la CFC calcula, de manera indebida, el porcentaje de lo que el volumen de capacidad de COMEX representa del volumen total de pintura estimado por la CFC. De nueva cuenta la CFC es contradictoria, pues:**

**1. Parece que está usando un porcentaje estimado del volumen para el mercado decorativo (el cual es el único que parece estar calculando); sin embargo, la capacidad de producción de COMEX incluye no sólo recubrimientos decorativos, sino también otros tipos de recubrimientos, tales como los industriales y de repintado automotriz, sobreestimando así el supuesto efecto de cualquier capacidad ociosa, y**



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

2. Considera estimaciones de mercado realizadas por la CFC; asumiendo la veracidad de dichas estimaciones (estas estimaciones ya fueron debidamente combatidas, sin tomar en consideración las estimaciones proporcionadas por SW y AVISEP.

Por tal motivo, tales cálculos también carecen de sustento legal y tampoco pueden ser analizados válidamente para concluir que la supuesta capacidad ociosa de COMEX pueda construir una barrera de entrada.

Adicionalmente, la CFC omitió considerar la posibilidad de importaciones, en virtud de que no existen barreras para la importación de recubrimientos en México y que existe evidencia en el EXPEDIENTE que acredita que las importaciones son reales. También ignoró el hecho de que las plantas existentes pueden utilizar su capacidad de producción instalada para diferentes tipos de recubrimientos, para producir recubrimientos decorativos; es decir, que en términos generales, el mismo equipo es utilizado para producir casi todos los tipos de recubrimientos.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Los cálculos realizados por la CFC consideran los datos sobre capacidad de producción de manera anual como una forma de medir la utilización promedio de las plantas. La existencia de demanda pico estacional no desvirtúa el análisis sobre la capacidad ociosa promedio señalada en la RESOLUCIÓN, ni impide que dicha capacidad ociosa pueda ser utilizada de manera estratégica para disuadir la entrada de competidores. En todo caso, elegir entre mantener capacidad ociosa a lo largo de gran parte del año o incurrir en costos de almacenaje y otros aspectos logísticos para reducir los picos estacionales es el resultado de una decisión de costo-beneficio de la empresa, desde que se planea la inversión.

Por otro lado, las recurrentes caen en contradicciones a lo largo del desarrollo de su argumento. Por una parte señalan que: “[La CFC] parece que está usando un porcentaje estimado del volumen para el mercado decorativo [...]; sin embargo, la capacidad de producción de COMEX incluye no sólo recubrimientos decorativos, sino también otros de recubrimientos, tales como los industriales y de repintado automotriz, sobreestimando así el supuesto efecto de cualquier capacidad ociosa” y, por otra parte, señalan que “[La CFC] ignoró el hecho de que las plantas existentes pueden utilizar su capacidad de producción instalada para diferentes tipos de recubrimientos, para producir recubrimientos decorativos; es decir que en términos generales, el mismo equipo es utilizado para producir casi todos los tipos de recubrimientos” con el objetivo de desvirtuar el mismo argumento.

Dos afirmaciones opuestas y contradictorias no pueden ser verdaderas al mismo tiempo. Al respecto, las recurrentes no puede aprovecharse de su propia torpeza o dolo, de conformidad con la doctrina de los actos propios que deriva del principio general de derecho que es la buena fe, según el cual no es posible “jurídicamente que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, por haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquel de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que fiado de esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio (Puig Brutau,

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

José, "La doctrina de los actos propios", en *Estudios de Derecho Comparado*, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 104-105).<sup>205</sup>

Por otra parte, las estimaciones de la CFC se realizaron considerando el hecho de que las plantas existentes pueden utilizar su capacidad de producción instalada para diferentes tipos de recubrimientos: dicha premisa en realidad es un argumento reconocido y defendido por las PARTES en numerosas ocasiones. De esta manera, con independencia de que las cifras del volumen de mercado corresponden únicamente al mercado de recubrimientos decorativos, en forma alguna se sobreestima la capacidad ociosa referida en la RESOLUCIÓN.

Por otra parte, para estimar el volumen del mercado se emplearon los datos que se presentan en la página 58 de la RESOLUCIÓN, es decir, los datos que más benefician a los recurrentes al considerar mayor el tamaño del mercado de decorativos (véase, en contraste, el tamaño del mercado estimado con otros datos en la página 60 de la RESOLUCIÓN).

Adicionalmente, se señala que, en sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, las estimaciones respecto del volumen total de pintura comercializada que se refieren en la página 58 de la RESOLUCIÓN, las cuales se utilizan para dimensionar las cifras correspondientes a la capacidad ociosa de COMEX, provienen en su mayor parte de la información presentada por SW y AVISEP durante el procedimiento. Al respecto, para evitar repeticiones innecesarias se remite al apartado "III. Indevida determinación del poder sustancial" de la presente resolución, en el cual se refieren las fuentes de todos y cada uno de los datos utilizados en dicho ejercicio, así como la metodología que se utilizó y las razones por las cuales los argumentos de las recurrentes en contra de dicho análisis resultan infundados.

Finalmente, se señala que la CFC no omitió considerar la relevancia de las importaciones. En realidad, tal como se señala en la página 50 de la RESOLUCIÓN, las importaciones representan entre el \* y \* por ciento del mercado. Además, se debe señalar que aun cuando una empresa pueda importar el producto a México, para su comercialización dentro el país de requiere contar con una red de distribución eficiente. La importancia de la red de distribución ha sido extensamente explicada tanto en RESOLUCIÓN como en el presente recurso.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**(iii) Concesiones, licencia, permisos – Patentes.**

A páginas 77 a 78 de la RESOLUCIÓN establece determinadas normas y estándares de calidad para los recubrimientos (NOMs y NMXs), sin señalar que dichas normas constituyan barreras de entrada. Por tal motivo, SW y AVISEP reconocen la determinación contenida en la RESOLUCIÓN, en el sentido de que no existen barreras de entrada al mercado desde el punto de vista de permisos, concesiones, licencias o cualquier otro tipo de normativa para producir y comercializar recubrimientos.

En el mismo sentido, la RESOLUCIÓN reconoce que no existen patentes que protejan las fórmulas de los recubrimientos decorativos, por lo que no se considera que éstas se erijan como una barrera de entrada.

<sup>205</sup> Alejandro Romero Seguel, *El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios*, documento visible en la página de internet: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650443.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650443.pdf)

El argumento es **inoperante**, toda vez que lo único que hacen los recurrentes es reiterar una de las conclusiones a las que arribó la CFC y que fueron plasmadas en la RESOLUCIÓN RECURRIDA, por lo que al señalar que *“reconocen la determinación contenida en la RESOLUCIÓN, en el sentido de que no existen barreras de entrada al mercado desde el punto de vista de permisos, concesiones, licencias o cualquier otro tipo de normativa para producir y comercializar recubrimientos”* admiten que no han sufrido un agravio específico en relación con el apartado contenido en las páginas 77 y 78 de la RESOLUCIÓN en materia del análisis de posibles restricciones normativas que exige la fracción III del artículo 12 del RLFCE y, en consecuencia, **no combaten** las razones ni los elementos de convicción en los que se basó la RESOLUCIÓN para negar la autorización de la concentración referida.

No obstante, se aclara que el texto de la RESOLUCIÓN referido por las recurrentes respecto a la existencia de patentes en realidad señala lo siguiente: *“De acuerdo con la información proporcionada por los promoventes no existen patentes que protejan las fórmulas de los recubrimientos decorativos, por lo que no se considera que éstas se erijan como una barrera a la entrada”*.

Adicionalmente, la RESOLUCIÓN señaló que *“desde el punto de vista de la propiedad intelectual, comúnmente los productores de recubrimientos decorativos desarrollan sus propias marcas, las cuales son registradas ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, de forma que ningún competidor pueda utilizar una marca igual o parecida a la de otro competidor”*.

**SW y AVISEP señalaron:**

*(iv) Marcas y publicidad.*

Las páginas 78 a 86 de la RESOLUCIÓN pretenden desarrollar la teoría de la importancia de las marcas y el efecto de un portafolio de marcas como barrera de entrada. Sin embargo, como se demostrará a continuación, esta teoría es incorrecta y carece de sustento legal, por lo que la RESOLUCIÓN también se encuentra indebidamente fundada y motivada.

La RESOLUCIÓN determina que desde el punto de vista de la propiedad industrial, comúnmente los productores de recubrimientos decorativos desarrollan sus propias marcas, las cuales son registradas ante el IMPI de forma que ningún competidor pueda utilizar una marca igual o parecida a la de otro competidor. A pesar de que dicha afirmación es cierta, no puede ser considerada como una barrera de entrada. El simple hecho de que las marcas se encuentren registradas y protegidas, no dice nada respecto del significado de la marca en el proceso de toma de decisiones de los consumidores y por ende, no puede ser utilizado para concluir que las marcas constituyan barreras de entrada.

La CFC intenta sustentar parte de esta teoría en el número de marcas de COMEX (veintinueve para recubrimientos decorativos) y SW (quince en recubrimientos decorativos), así como otras en distintos segmentos. Así, la CFC señala que la concentración de ambas compañías consolidaría ambos portafolios de marcas y le otorgaría a SW-COMEX ventaja competitiva, tomando en consideración que otros competidores difícilmente tendrían un portafolio de marcas similar en tamaño, tanto en el segmento decorativo como industrial.

Tal aseveración es incorrecta, contradictoria y por ello ilegal, en virtud de lo siguiente:

a) La CFC omitió analizar el portafolio de marcas de otros competidores. Como se acredita en el Anexo 14, (tan sólo a modo de ejemplo), los competidores de SW y COMEX tienen

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

múltiples marcas registradas ante el IMPI<sup>206</sup> (en la mayoría de los casos más de cincuenta marcas). La CFC omitió realizar análisis alguno de las diferentes marcas de los competidores y sus portafolios, lo cual es información pública disponible para la CFC.

b) La CFC omitió analizar el impacto de cada una de las marcas de COMEX y SW en el proceso de toma de decisiones de compra de los consumidores. En primer lugar, la CFC no analizó el reconocimiento de cada una de las marcas de las PARTES (todo su portafolio) y por ello, no puede acreditar que todas sus marcas sean reconocidas y que su combinación pudiera garantizar una supuesta ventaja sobre sus competidores. En segundo lugar, la RESOLUCIÓN fue también omisa en analizar cuál es la importancia de dicho supuesto reconocimiento de marcas en el proceso de toma de decisiones de compra de los consumidores. El hecho de que una marca sea reconocida, no significa que sea un elemento significativo y menos el único, en el proceso de decisión de compra del consumidor. No existe prueba que permita realizar tal inferencia.

c) La existencia de múltiples marcas de las PARTES responde al hecho de que ofrecen múltiples SKUs (al igual que otros competidores). Esto obedece a la necesidad de distinguir entre prestaciones y características de los productos, tales como textura, duración, resistencia, etc. Los consumidores eligen el recubrimiento que mejor satisfaga sus necesidades y presupuesto entre las distintas opciones que ofrecen los productores.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es falso que la CFC hubiera considerado como una barrera a la entrada el mero hecho de que las marcas se registren ante el IMPI para que ningún otro competidor pueda utilizar una marca igual o parecida.

El señalamiento relacionado con el registro de las marcas ante el IMPI se realizó dentro del apartado que corresponde al análisis de la fracción III del artículo 12 del RLFCE justamente para ejemplificar las razones por las cuales se consideró que no existen restricciones legales significativas en el mercado de recubrimientos y pinturas.

Por otro lado, el análisis en materia del reconocimiento de marcas como barreras a la entrada se realiza en términos de la fracción IV del artículo 12 del RLFCE en las páginas 78 a 86 de la RESOLUCIÓN.

De esta manera, los recurrentes pretenden ignorar que la RESOLUCIÓN claramente señala que una cosa es el registro de una marca y otra completamente distinta es el reconocimiento y el posicionamiento de marcas. El registro de una marca de recubrimientos y/o pinturas no es una barrera a la entrada; el reconocimiento y el posicionamiento de las marcas de recubrimientos puede serlo cuando, como en el presente caso, la inversión en publicidad para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado es significativa.

Asimismo, es falso que la CFC hubiera intentado desarrollar la teoría de la importancia de las marcas y el efecto de un portafolio de marcas como barrera de entrada. En sentido contrario a dicha manifestación, el análisis de la CFC responde estrictamente a lo que exige la normatividad. Al respecto, la fracción IV del artículo 12 del RLFCE señala que debe evaluarse “la inversión en

<sup>206</sup> Se refiere a marcas registradas en Clase 2. Esta Clase comprende: Pinturas, barnices, lacas; productos antioxidantes y productos para conservar la madera; materias tintóreas; mordientes; resinas naturales en bruto; metales en hojas y en polvo para pintores, decoradores, impresores y artistas.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiriera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos*". No se inventó o desarrolló una "teoría", se aplicó el marco normativo vigente.

De acuerdo con lo que ordena el RLFCE, el análisis realizado por la autoridad debe centrarse en analizar las posibles barreras a la entrada que enfrentaría un nuevo participante para adquirir una presencia en el mercado que le permita competir con las marcas o nombres ya establecidos. Es en este tenor que la RESOLUCIÓN hace referencia: (i) a los portafolios de marcas, (ii) al número y variedad de marcas de los promoventes, (iii) a los resultados de diversas encuestas que tuvieron como objetivo identificar a las marcas mejor posicionadas y determinar los usos y hábitos de los sujetos encuestados respecto de la adquisición de recubrimientos; y (iv) a la información que las mismas promoventes presentaron en relación con el posicionamiento de sus propias marcas.

Lo anterior debido a que el análisis realizado por la autoridad debe centrarse en evaluar las posibles barreras a la entrada que enfrentaría un nuevo participante para adquirir una presencia en el mercado que le permita competir con las marcas o nombres ya establecidos. En particular, el análisis referido permite identificar las marcas posicionadas de SW y COMEX que tendría que enfrentar un nuevo entrante. Asimismo, la descripción de las marcas y el análisis sobre el reconocimiento de las mismas permite evaluar la importancia de este elemento para poder tener presencia en el mercado.

Por otro lado, la CFC no omitió realizar el análisis de las marcas de los competidores y sus portafolios, ni señaló que los demás competidores no tuvieran marcas registradas. En particular, en las páginas 80 a 86 se muestra evidencia del posicionamiento de las marcas de COMEX frente a las marcas específicas de otros competidores. La información referida proviene de diversas encuestas aplicadas en doce ciudades de la República Mexicana a diferentes tipos de consumidores. Los resultados de las encuestas incluyen los siguientes: i) los consumidores identificaron y refirieron distintas marcas de distintos competidores, dependiendo de la ciudad donde se realizó la encuesta; ii) la marca COMEX siempre fue mencionada como una de las más importantes dentro de las pinturas vinílicas; y iii) las marcas de SW tuvieron mayor reconocimiento en las marcas dirigidas a la industria.

La preponderancia del reconocimiento de las marcas COMEX también concuerda con lo señalado en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA respecto de las marcas más recordadas espontáneamente (*top of mind*). COMEX [REDACTED] \* por los pintores [REDACTED] \* y por las amas de casa [REDACTED] \*. Dichos datos se encuentran corroborados con el contenido de la página de Internet de COMEX, en particular en el sitio identificado con la dirección [http://www.comex.com.mx/Infografia\\_mundo](http://www.comex.com.mx/Infografia_mundo). La RESOLUCIÓN también hace referencia en esta sección al posicionamiento de las marcas BEREL y SW que ocuparían el [REDACTED] \* de acuerdo con la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

Adicionalmente, las recurrentes no demuestran sus afirmaciones según las cuales sus competidores tienen múltiples marcas para recubrimientos decorativos que sean amplia o suficientemente reconocidas. La información presentada en el Anexo 14 únicamente incluye un listado de las marcas registradas en Clase 2 ante el IMPI donde se incluye: pinturas, barnices, lacas; productos antioxidantes y productos para conservar la madera; materiales tintóreas; mordientes; resinas naturales en bruto; metales en hojas y en polvo para pintores, decoradores, impresores y artistas. Por lo tanto no pertenecen exclusivamente al mercado de recubrimientos decorativos y no resultan, en dicha medida indicativas de la supuesta presencia de las marcas de sus competidores en el mercado de recubrimientos decorativos.

En todo caso, la existencia de las otras marcas que pretenden acreditar las recurrentes en nada modifica las conclusiones de la CFC respecto al posicionamiento de las marcas de SW y COMEX o respecto a la importancia de la inversión en publicidad y el tiempo que se requiere para que una marca adquiriera una presencia en el mercado que le permita competir con otras marcas establecidas. El hecho de que otros competidores también cuenten con marcas sólo corrobora que es necesario desarrollarlas para competir con otras marcas establecidas, como es el caso de COMEX y SW. Por lo anterior, el argumento señalado por las PARTES de que *“los competidores de SW y Comex [en el mercado decorativo] tienen múltiples marcas registradas ante el IMPI (en la mayoría de los casos más de cincuenta marcas)”* es insuficiente, pues registrar una o muchas marcas no es lo mismo que posicionarlas, tal y como se estableció en la RESOLUCIÓN.

Por otra parte, la CFC no se encuentra obligada a realizar un análisis particular de todas y cada una de las marcas de SW y COMEX (todo su portafolio), como las recurrentes pretenden. La CFC debe centrarse en analizar las posibles barreras a la entrada que enfrentaría un nuevo participante en él para adquirir una presencia en el mercado que le permita competir con las marcas o nombres ya establecidos. Para dichos efectos, en relación con el análisis de marcas y publicidad la autoridad debe evaluar, en términos de la fracción IV del artículo 12 del RLFCE *“la inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiriera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos”*.

Dicho análisis fue el que realizó la CFC al corroborar el número y variedad de las marcas registradas por los promoventes, en tanto competidores establecidos, así como al cuantificar la inversión en publicidad que ellos realizan y proporcionar evidencia sobre el posicionamiento de las marcas detectado a través de las encuestas realizadas a consumidores en 12 ciudades del país.

Cabe señalar que los análisis de reconocimientos de marca que presentaron las recurrentes ante la CFC como parte del desahogo de información no son exhaustivos a nivel de producto de portafolio. La información únicamente analiza el posicionamiento de marca en general, es decir, el posicionamiento de las marcas de los productos COMEX y SW en el mercado.

En realidad, las recurrentes sugieren que ante la insuficiencia de la información que ellos presentaron correspondía a la autoridad realizar un análisis más detallado del posicionamiento de todas y cada una de sus marcas. Incluso sostienen que el hecho de que una marca sea reconocida no significa que sea un elemento significativo y único en la decisión de compra de un consumidor y que no hay prueba que permita realizar tal inferencia. Dichas afirmaciones parten del supuesto erróneo según el cual no es necesario combatir los razonamientos ni las pruebas analizadas por la autoridad debido a que consideran que la carga de la prueba para demostrar que una operación tiene más beneficios que riesgos al mercado relevante en un procedimiento de control de concentraciones recae exclusivamente sobre la autoridad. Ello implica desconocer la naturaleza del procedimiento de control de concentraciones y su relación con las obligaciones en materia de la carga de la prueba.

Como se explicó previamente, al negar la autorización a una concentración no se actualiza la expectativa de un derecho cuya existencia depende de la autorización de la autoridad. Así, en caso de que se acredite la existencia de un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia relacionado con la operación notificada, el pronunciamiento de la autoridad, negando la autorización a la concentración, implica que no se realiza ni actualiza la condición que determina la existencia del derecho de los particulares a acumular activos o capital social y/o a ejercer directa o indirectamente el



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

control de hecho o de derecho de otro agente económico cuando dicha operación rebasa los umbrales que establece la LFCE.<sup>207</sup>

Lo anterior tiene implicaciones fundamentales en materia de la obligación de la carga de la prueba que también se encuentran vertidas en normas vigentes, aplicables y exigibles a los particulares. En particular, para acreditar que la operación no implica un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia, los agentes económicos que notifican una operación que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE se encuentran obligados a presentar un cúmulo de información significativa que se encuentra previsto en los artículos 21 de la LFCE, 21, fracciones I y II y 22 del RLFCE.

Al respecto, el argumento de las recurrentes implicaría entonces que tienen derecho a no presentar la información necesaria para que sea autorizada una concentración que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE. En sentido contrario a dicha pretensión, la normativa de competencia es clara respecto a que los notificantes deben presentar la información veraz y completa para dichos fines, pues el propio artículo 21 de la LFCE indica que se debe acompañar la información sobre la participación de mercado de los notificantes y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida (fracción I) e incluso se sanciona a quien entrega información falsa o declara falsamente ante la COMISIÓN (artículo 35, fracción III).

De hecho, la consecuencia de no presentar la información prevista en dichas normas es que la autoridad puede tener por no notificada la concentración (artículo 22 del RLFCE). En caso de que no se emita el acuerdo que tiene por no notificada una concentración se debe entender que el promovente presentó la totalidad de la información requerida. Así, la información presentada es el punto de partida para determinar los bienes o servicios en los que participan los agentes económicos que se pretenden concentrarse y de ahí determinar cuáles bienes o servicios conforman el mercado desde la dimensión de los bienes o servicios y la geográfica. Con base en la información presentada, la autoridad puede requerir información de tercero u obtener información pública que permita determinar el mercado relevante. Asimismo, con base en dicha información habrá de determinar si existen algún indicio que implique la no autorización de la concentración, pero la información presentada no significa que la operación no implique riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia o que los notificantes no tengan la carga de la prueba para demostrar que la operación notificada genera más beneficios que perjuicios al proceso de competencia y libre concurrencia, pues la LFCE es clara en establecer los supuestos para que una concentración no sea autorizada, sin que sea razón para autorizarla el que los agentes económicos señalen que no cuentan con información suficiente.

Se insiste en que el derecho a concentrarse (cuando la operación rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE) no es preexistente al orden jurídico al tratarse de una expectativa de derecho. Por dicho motivo, una vez que en la RESOLUCIÓN se han expresado los motivos que permiten concluir sobre la importancia del reconocimiento y el posicionamiento de marcas, señalando los razonamientos y los elementos de convicción que sustentan las conclusiones a las que arribó la autoridad, corresponde legalmente a las recurrentes acreditar las afirmaciones que sustentan su dicho para que se pueda conceder la autorización.

<sup>207</sup> La orden de no ejecución, prevista en el artículo 19 de la LFCE confirma dicha interpretación: la autoridad puede ordenar a los agentes económicos involucrados en la transacción que no ejecuten la concentración hasta en tanto la CFC emita la resolución favorable precisamente porque la condición que determina el nacimiento del derecho de los particulares es la autorización de la autoridad a la operación notificada.

La fracción IV del artículo 12 del RLFCE señala como barrera a la entrada la inversión en publicidad requerida para que una marca adquiriera una presencia en el mercado que le permita competir con marcas establecidas. Por el contrario, el análisis que según las recurrentes debió realizarse corresponde a un estándar de prueba que es totalmente ajeno a la naturaleza del procedimiento de control de concentraciones y a lo que exige la normatividad aplicable.

Adicionalmente, en el último inciso, las PARTES realizan una manifestación que no combate la RESOLUCIÓN toda vez que coincide fundamentalmente con el planteamiento de la autoridad respecto a la importancia de contar con diversas marcas en el mercado para poder competir. Dicho señalamiento es el siguiente: “[l]a existencia de múltiples marcas de las Partes, responde al hecho de que ofrecen múltiples SKUs (al igual que otros competidores). Esto obedece a la necesidad de distinguir entre prestaciones y características de los productos, tales como textura, duración, resistencia, etc. Los consumidores eligen el recubrimiento que mejor satisfaga sus necesidades y presupuesto entre las distintas opciones que ofrecen los productores [énfasis añadido]. Estos señalamientos refuerzan el análisis realizado por la CFC en el sentido de que destacan un aspecto adicional de la importancia de las marcas para colocarse en las preferencias de los consumidores.

SW y AVISEP señalaron, respecto al análisis de diversas encuestas, lo siguiente:

Como parte de su análisis, la CFC incluye distintas encuestas aplicadas por COMEX en dos mil ocho y dos mil nueve<sup>208</sup> en las doce ciudades en México. No obstante que algunas de dichas encuestas fueron realizadas sólo en algunas ciudades y que pudieran señalar a COMEX como una de las marcas más reconocidas, la RESOLUCIÓN no motiva ni mucho menos acredita que la marca constituya un elemento significativo en el proceso de toma de decisión de compra de los consumidores. Las encuestas de referencia sólo señalan que en algunas ciudades (las cuales no son representativas del territorio nacional) tales marcas son reconocidas por algunos consumidores. Otras marcas tales como BEREL, OSEL, Dupont, PRISA, Optimus, Pittsburgh, Frazee, Sayer Lack (e incluso *THE HOME DEPOT* como un lugar para comprar pinturas) son mencionadas como parte de dichas encuestas e incluso en algunas locaciones con mayor reconocimiento que las de COMEX y SW para recubrimientos decorativos, lo que la CFC simplemente no aborda e ignora.

La CFC señaló incorrecta e ilegalmente que a pesar de que SW y AVISEP mencionaron la existencia de varios competidores regionales a cada una de dichas ciudades, las encuestas no reflejan que dichos competidores sean importantes. Contario a tal afirmación, estas encuestas incluyen a varios competidores tanto locales como regionales, como los más reconocidos en algunas de dichas ciudades, por ejemplo: [REDACTED]\* en Mexicali, [REDACTED]\* en Irapuato y Ciudad Obregón y [REDACTED]\* en Querétaro, lo cual de nuevo comprueba la indebida valoración de las documentales en cuestión.

La CFC pretende concluir que las encuestas de reconocimiento de marcas realizadas tan sólo en doce ciudades de México, son elemento de convicción suficiente para concluir la existencia de barreras de entrada, sin realizar mayor análisis ni motivación de qué factores determinan la decisión de compra de los consumidores, así como el significado y

<sup>208</sup> Además de que las encuestas abarcan solamente doce ciudades, el hecho de que se refieran a los años dos mil ocho y dos mil nueve cuando la concentración es de dos mil doce hace que tales pruebas carezcan de eficacia. Para ser idóneas al menos tales encuestas debieron haberse referido a dos mil doce.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

trascendencia del reconocimiento de marcas en la industria de recubrimientos. La CFC también fue omisa en acreditar que un reconocimiento de marca como *"top of mind"* es relevante en el proceso de decisión de compra de los consumidores de la industria de recubrimientos, por lo que de esta información no puede concluirse la importancia de un competidor. Un reconocimiento *"top of mind"* simplemente refleja que una marca es la primera que viene a la mente de un consumidor, pero no refleja su importancia y significado en el proceso de toma de decisión de compra o la importancia de otros competidores. La CFC no prueba lo contrario y fue totalmente omisa en analizar cuáles son los elementos que un consumidor toma en consideración para elegir qué pintura comprar.

La CFC realizó un análisis selectivo y parcial de las encuestas y descontextualizó partes aisladas de las mismas para formular la incorrecta conclusión del supuesto efecto de la combinación de portafolio de marcas:

a) La CFC no consideró el resultado de todas las encuestas, ni todas las que eran producto de sesiones individuales, ni todas las que fueron realizadas en sesiones grupales.

b) Los grupos de amas de casa, arquitectos, pintores y carpinteros reconocieron más marcas que aquellas citadas en la RESOLUCIÓN por ciudad, en las categorías de escuelas, hospitales, hoteles e industrias. Por ejemplo: \*

c) La RESOLUCIÓN ignoró sin fundamento y motivación algunos de los logotipos que aparecían en la categoría de *"marcas más reconocidas en todos los segmentos"*. Ejemplo: (i) \*

Tomando en consideración que la CFC sólo realizó un análisis parcial, aislado y descontextualizado de dichas encuestas (cuyos tamaños de muestra fueron de doce entrevistas, por lo que no puede considerarse representativo) y que omitió valorar el importante reconocimiento de muchas otras marcas en distintas ciudades, resulta evidente que la RESOLUCIÓN es ilegal. La CFC no puede usar el referido análisis de las encuestas para concluir que la combinación del portafolio de marcas de las PARTES representa una barrera a la entrada que le otorgue una ventaja competitiva a SW-COMEX.

En conclusión, la RESOLUCIÓN fue omisa en responder las siguientes interrogantes.

1. ¿Por qué la combinación del portafolio de marcas otorga a SW y AVISEP una ventaja cuando sólo la marca COMEX es señalada en la RESOLUCIÓN como una marca reconocida?
2. ¿Por qué las encuestas de sólo doce ciudades de México es representativa, más aún si fueron realizadas respecto de periodos distintos a los analizados en la RESOLUCIÓN?

\*

3. ¿Qué trascendencia tiene que una marca sea reconocida como “*top of mind*” en el proceso de toma de decisiones de compra de los consumidores?
4. ¿Cuáles son los elementos considerados por los consumidores en su proceso de decisión de compra?
5. ¿Cuál es el significado del reconocimiento de las marcas de los competidores (incluyendo marcas locales y regionales)?

Si la RESOLUCIÓN es omisa en responder tales cuestionamientos, ¿cómo puede la CFC determinar y acreditar que la combinación del portafolio de marcas de las PARTES constituye una barrera de entrada que otorga una ventaja indebida a las PARTES? Tal ausencia de fundamentación y motivación pone nuevamente en evidencia la ilegalidad de la RESOLUCIÓN.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, como se menciona en la página 80 de la RESOLUCIÓN, “*las encuestas tenían como objetivo determinar los usos y hábitos de los sujetos encuestados respecto de la adquisición de recubrimientos*”. Las encuestas no fueron aplicadas por la CFC, sino por COMEX, tal como las PARTES reconocen. Asimismo, la información contenida en dichas encuestas fue presentada por COMEX ante la CFC el veintidós de febrero del año dos mil trece.

Por otro lado, resulta irrelevante que las encuestas referidas se hayan levantado en dos mil ocho y dos mil nueve, por los siguientes motivos: a) el alcance de la información contenida en las encuestas está relacionado con el objetivo de identificar los usos y hábitos respecto a la adquisición de recubrimientos (ello genera la presunción de que las marcas pueden tener el mismo reconocimiento más allá del momento específico en que se levanta la encuesta); b) los recurrentes en ningún momento ofrecen datos o elementos de convicción que destruyan la presunción respecto de la vigencia de la información sobre las marcas con mayor reconocimiento; c) los recurrentes presentaron dicha información en febrero del año dos mil trece con el objeto de que la autoridad aprobara la concentración notificada en el año dos mil doce; en este sentido, no es posible admitir que la misma información que los recurrentes presentaron para obtener la autorización de la autoridad sea información desactualizada o que pierda su vigencia y valor probatorio, apenas seis meses después de que presentaron dicha información.

Por otro lado, las recurrentes se equivocan al decir que “*la CFC pretende concluir que las encuestas de reconocimiento de marcas realizadas tan sólo en doce ciudades de México, son elemento de convicción suficiente para concluir la existencia de barreras de entrada*”. La CFC consideró diversos elementos de convicción (no sólo las encuestas referidas) para determinar que existían barreras a la entrada, tales como los tiempos de instalación de una planta de producción y la red de distribución de los bienes. En el caso de las marcas la RESOLUCIÓN hace referencia: (i) a los amplios portafolios de marcas con que cuentan las recurrentes, (ii) al número y variedad de marcas de los promoventes, (iii) a los resultados de diversas encuestas que tuvieron como objetivo identificar a las marcas mejor posicionadas y determinar los usos y hábitos de los sujetos encuestados respecto de la adquisición de recubrimientos; (iv) a la información que las mismas promoventes presentaron en relación con el posicionamiento de sus propias marcas.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Adicionalmente, el reconocimiento de la marca y la promoción de productos requieren de inversiones considerables en publicidad, como se establece en las páginas 79 y 80 de la RESOLUCIÓN.

Asimismo, se señala que la RESOLUCIÓN no ignora que en las encuestas se hubieran mencionado otras marcas. Claramente en la página 85 de la RESOLUCIÓN se señalan los elementos que fueron considerados por parte de la CFC de las encuestas; a saber:

*"[...] si bien las partes señalaron la existencia de varios competidores regionales en cada una de las localidades mencionadas, las encuestas no reportan que estos competidores sean relevantes.*

*De lo anterior puede señalarse que:*

- a) Dependiendo de la ciudad donde se llevó a cabo la encuesta, los encuestados mencionaron diferentes marcas competidoras en los distintos tipos de recubrimientos.*
- b) En todos los casos la marca Comex fue mencionada como una de las más importantes dentro de las pinturas vinílicas (recubrimiento decorativo).*
- c) La marca Sherwin Williams tuvo un mayor reconocimiento dentro de las marcas dirigidas a la industria."*

Dichas aseveraciones se pueden corroborar con la información presentada por las recurrentes a través de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, referida en la página 86 de la RESOLUCIÓN: "Comex es la marca de recubrimientos \* en México con la presencia de reconocimiento \* por ciento de reconocimiento "top of mind" <sup>210</sup> entre pintores y \* por ciento "top of mind" entre amas de casa. <sup>211</sup> Conforme a comparaciones de Comex, SW sería la \* marca en el mercado con mejor posicionamiento, con \* por ciento de top of mind y \* por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa. <sup>212</sup>"

De esta forma, las afirmaciones según las cuales la autoridad llevó a cabo un análisis parcial, aislado y descontextualizado de las encuestas, fundamentalmente porque no refirió todos y cada uno de los datos contenidos en las mismas, resulta infundado, toda vez que las conclusiones de dicho análisis no habrían cambiado (conforme a la cita de la RESOLUCIÓN referida, en términos generales, "las encuestas no reportan que estos competidores sean relevantes") y debido a que las conclusiones que se desprenden de dichas encuestas se encuentran corroboradas con otras fuentes de información, precisamente aquellas, como la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, que fueron proporcionadas por las recurrentes e incluso en la página de Internet de COMEX, en particular en el sitio identificado con la dirección [http://www.comex.com.mx/Infografía\\_mundo](http://www.comex.com.mx/Infografía_mundo).

Así, cualquier empresa que desee entrar a competir en el mercado de recubrimientos decorativos se enfrentará con un mercado donde existe un posicionamiento de marca importante de los competidores establecidos; en particular, un mercado en donde "Comex es la marca de recubrimientos \* reconocida en México". Dicho reconocimiento de marca requiere de inversiones y tiempo considerables, como en el caso de las promoventes. Adicionalmente, COMEX no es sólo la marca \* en el mercado mexicano, sino que es la que cuenta con \* y la red de distribución \* más extensa del país.

<sup>210</sup> Es un anglicismo utilizado en mercadotecnia que se refiere a la marca de recordación que primero le viene a la mente a los consumidores.

<sup>211</sup> Folio 5792.

<sup>212</sup> Idem, folio 5793.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Por lo tanto, es infundado que los elementos aportados en el análisis realizado por la CFC sean insuficientes para concluir la existencia de barreras a la entrada, ya que se realizó con estricto apego a la fracción IV del artículo 12 del RLFCE. Las recurrentes pretenden revertir la carga de la prueba cuando señalan que: i) es insuficiente concluir la existencia de barreras a la entrada a partir de las encuestas porque no se realiza análisis ni motivación de qué factores determinan la decisión de compra de los consumidores, así como el significado y trascendencia del reconocimiento de marcas en la industria de recubrimientos; ii) el reconocimiento “*top of mind*” no refleja la importancia y significado en el proceso de toma de decisión de compra y iii) la CFC fue omisa en analizar cuáles son los elementos que un consumidor toma en consideración para elegir qué pintura comprar. No obstante, se reitera que la LFCE y el RLFCE no establecen dicho estándar probatorio y el alcance de la obligación en materia de la carga de la prueba guarda una relación intrínseca con el hecho de que el procedimiento de control de concentraciones únicamente puede materializar una expectativa de derecho: la negativa a la autorización no constituye una sanción. El pronunciamiento de la autoridad, negando la autorización a la concentración, implica que no se realiza ni actualiza la condición que determina la existencia del derecho de los particulares a acumular activos o capital social y/o a ejercer directa o indirectamente el control de hecho o de derecho de otro agente económico cuando dicha operación rebasa los umbrales que establece la LFCE.

Al respecto, el argumento de las recurrentes implicaría entonces que tienen derecho a no presentar la información necesaria para que sea autorizada una concentración que rebasa los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE (pues fueron ellos quienes presentaron las encuestas que ahora consideran no contienen información suficiente). En sentido contrario a dicha pretensión, la normativa de competencia es clara respecto a que los notificantes deben presentar la información veraz y completa para dichos fines, pues el propio artículo 21 de la LFCE indica que se debe acompañar la información sobre la participación de mercado de los notificantes y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida (fracción I) e incluso se sanciona a quien entrega información falsa o declara falsamente ante la COMISIÓN (artículo 35, fracción III).

De hecho, la consecuencia de no presentar la información prevista en dichas normas es que la autoridad puede tener por no notificada la concentración (artículo 22 del RLFCE).

En este sentido, sin soslayar las obligaciones y cargas que expresamente corresponden a la autoridad conforme a la LFCE y el RLFCE, los notificantes también están obligados a acreditar las afirmaciones que realizan. No basta con que afirmen que la autoridad debió realizar un análisis distinto o que hubiera podido referir información más detallada, si no demuestran, al menos, en qué medida dicho análisis habría cambiado las conclusiones a las que arribó la autoridad.

Las recurrentes continúan su argumentación señalando que la RESOLUCIÓN fue omisa en responder cinco interrogantes y que por lo tanto no puede acreditar que la combinación del portafolio de marcas de las PARTES constituye una barrera a la entrada que otorga ventajas indebidas a las PARTES. Las interrogantes que plantean son las siguientes:

1. *¿Por qué la combinación del portafolio de marcas otorga a las Partes una ventaja cuando sólo la marca COMEX es señalada en la RESOLUCIÓN como una marca reconocida?*
2. *¿Por qué las encuestas de sólo doce ciudades de México es representativa, más aún si fueron realizadas respecto de periodos distintos a los analizados en la RESOLUCIÓN?*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

3. ¿Qué trascendencia tiene que una marca sea reconocida como "top of mind" en el proceso de toma de decisiones de compra de los consumidores?
4. ¿Cuáles son los elementos considerados por los consumidores en su proceso de decisión de compra?
5. ¿Cuál es el significado del reconocimiento de las marcas de los competidores (incluyendo marcas locales y regionales)?

Como a continuación se señala, es improcedente el señalamiento de las recurrentes con respecto a los cinco numerales listados, y es incorrecto el señalamiento según el cual la CFC pretendió acreditar que la combinación del portafolio de marcas de las promoventes constituye una barrera a la entrada. Al respecto, lo que la CFC señaló respecto de los elementos que acreditan la barrera a la entrada fue lo siguiente: i) la necesidad de contar con marcas reconocidas para competir en el mercado, a partir la conformación de un amplio portafolio de marcas; ii) la inversión en publicidad necesaria para posicionar las marcas y iii) el posicionamiento de las marcas de COMEX frente a las marcas de otros competidores en varias ciudades. Con base en ello concluyó que la inversión en publicidad requerida para que una marca adquiera presencia de mercado, de manera que le permita competir con marcas ya establecidas, es una barrera a la entrada.

No obstante lo anterior, se señala lo siguiente respecto de los cuestionamientos formulados:

En torno a la pregunta uno, es falso que la RESOLUCIÓN sólo señale a COMEX como marca reconocida. En las páginas 85 y 86 de la RESOLUCIÓN, se hace referencia a la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, cuyo contenido se refiere a la importancia, presencia y reconocimiento de las marcas COMEX, SW y BEREL:

"[...] de acuerdo con la Presentación Ejecutiva de Venta, Comex es la marca de recubrimientos [redacted] México con la presencia de reconocimiento [redacted] por ciento de reconocimiento "top of mind" entre pintores y [redacted] por ciento "top of mind" entre amas de casa.

Conforme a comparaciones de Comex, SW sería la [redacted] en el mercado con mejor posicionamiento, con [redacted] por ciento de top of mind y [redacted] por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa.

La [redacted] sería Berel con [redacted] de top of mind y [redacted] por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa."

De lo anterior se desprende que no sólo COMEX es señalada en la RESOLUCIÓN como una marca reconocida, sino también SW y BEREL en sentido contrario a lo que afirman las recurrentes. Adicionalmente, la RESOLUCIÓN consideró el importante número de marcas de SW al señalar que la acumulación de éstas con las marcas de COMEX, como resultado de la operación notificada podría otorgarle una ventaja competitiva.

Respecto a la segunda pregunta, se reitera que no se consideró únicamente la información de las encuestas. La RESOLUCIÓN hace referencia: (i) a los amplios portafolios de marcas con que cuentan las recurrentes, (ii) al número y variedad de marcas de los promoventes, (iii) a los resultados de diversas encuestas que tuvieron como objetivo identificar a las marcas mejor posicionadas y determinar los usos y hábitos de los sujetos encuestados respecto de la adquisición de recubrimientos; (iv) a la información que las mismas promoventes presentaron en relación con el posicionamiento de sus propias marcas, en particular la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. De acuerdo con este documento, presentado por las promoventes, "Comex es la marca de recubrimientos [redacted] México con la presencia de

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

reconocimiento [redacted] \* por ciento de reconocimiento "top of mind" entre pintores y [redacted] \* por ciento "top of mind" entre amas de casa. Conforme a comparaciones de Comex, SW sería la [redacted] \* en el mercado con mejor posicionamiento, con [redacted] \* por ciento de top of mind y [redacted] \* por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa".

Las recurrentes no presentan datos o información que muestren resultados contrarios a los señalados por la CFC y únicamente pretenden desacreditar el análisis de la autoridad sin aportar elementos que lo desvirtúen.

Sobre las preguntas tres y cuatro, se reitera que conforme con lo previsto en la fracción IV del artículo 12 del RLFCE, la CFC no se encuentra obligada a analizar los elementos considerados por los consumidores en su proceso de decisión de compra, sino a realizar un análisis de las barreras a la entrada que genera la inversión en publicidad para alcanzar posicionamiento de marca. Este mandato da por sentado la importancia de contar con marcas para adquirir presencia de mercado como uno de los elementos que los consumidores consideran en su decisión de compra y con base en este supuesto estima relevante establecer la importancia de la inversión en publicidad requerida para poder competir con marcas establecidas.

Asimismo, sobre la quinta pregunta, se reitera que al análisis respecto al reconocimiento de las marcas es un factor que atiende el mandato previsto en la fracción IV del artículo 12 del RLFCE, dado que ordena establecer la importancia de la inversión en publicidad requerida para poder competir con marcas establecidas. Así, es dicho precepto, y no el capricho de la autoridad, el que impone y señala la obligación de considerar la existencia de marcas reconocidas en el mercado, como la de COMEX, SW y otros, así como la obligación de considerar la necesidad de asignar recursos para poder adquirir presencia para competir con estas marcas.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**Por otra parte, la sola presencia de nuevas marcas, tales como BEHR, que es importante por Masco Corp y comercializada por THE HOME DEPOT, significa que un nuevo competidor puede entrar en el mercado, lo cual nos lleva a la conclusión de que el reconocimiento de marca no es un factor determinante en la decisión de compra del consumidor. Por ello, no puede ser considerada como barrera a la entrada.**

**Estas mismas conclusiones son aplicables para desvirtuar las afirmaciones realizadas por la CFC a páginas 85 y 86 de la RESOLUCIÓN sobre el reconocimiento "top of mind" que es atribuido a la Presentación Ejecutiva.**

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

El razonamiento de las recurrentes es incorrecto. La presencia de marcas como BEHR no permite concluir que un nuevo competidor puede entrar al mercado y que por lo tanto la marca no es un factor determinante en la decisión de compra y no puede ser considerada una barrera a la entrada. La entrada de BEHR se da en condiciones particulares, pues BEHR entra al mercado como producto [redacted] \* de THE HOME DEPOT, con quien tiene una relación de décadas en los EUA; es la marca de pinturas más vendida a los consumidores en EUA y Canadá con un reconocimiento de marca y calidad connotado, como se constata en la información de la empresa en México:



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*"Behr es un socio orgulloso de The Home Depot. Esta sociedad comenzó en 1978, cuando Behr tomó la decisión de vender sus productos a un mercado más amplio a través de The Home Depot, el primer almacén para mejorar el hogar y un minorista especializado. Desde el inicio esta relación fue beneficiosa para las dos corporaciones. A lo largo de los años, el vínculo se ha hecho más fuerte, ya que las decisiones estratégicas en conjunto han llevado a un crecimiento continuo, una expansión global en el mercado y un reconocimiento mayor de la marca para ambas compañías. Esta sociedad exitosa ha sido reconocida y ha recibido premios en múltiples ocasiones; por ejemplo, Behr ha sido nombrado "Socio del Año" por The Home Depot diez veces. The Home Depot es el minorista con el crecimiento más rápido en la historia de Estados Unidos. En 1981 la compañía cotizó en la bolsa NASDAQ y se trasladó a la Bolsa de Valores de Nueva York en 1984. Hoy en día, The Home Depot es el minorista especializado en mejorar el hogar más grande de Estados Unidos"*<sup>213</sup>

*"Behr nunca pone en juego la calidad de sus productos.*

*Para garantizar el óptimo desempeño de sus productos de recubrimiento, Behr ha desarrollado las fórmulas más avanzadas de recubrimientos arquitectónicos, utilizando materias primas de alta calidad. Además, Behr recibe las innovaciones con los brazos abiertos para elevar aún más los estándares de calidad. Behr fue de las primeras en usar la nanotecnología en sus recubrimientos y en incorporarla a una fórmula de pintura y primer en uno. Hoy en día, nuestra competencia en Estados Unidos aún está luchando para igualar a BEHR con su tecnología. Nuestras grandes fábricas automatizadas en Estados Unidos cuentan con la certificación ISO9000 y siguen un proceso de producción que se supervisa rigurosamente para cumplir con los estándares de más alta calidad. Gracias a todos estos esfuerzos, BEHR ha ganado consecutivamente desde el 2003 hasta el 2011 el 1.er lugar en el Índice de Calidad y Valor de importantes estudios del consumidor en Estados Unidos."*<sup>214</sup>

THE HOME DEPOT tiene por sí sola reconocimiento y presencia en las principales ciudades de la República Mexicana. En otras palabras, THE HOME DEPOT es una marca reconocida y un lugar de opción de compra reconocido por los consumidores. Lo anterior, de conformidad con la misma encuesta proporcionada por las promoventes aplicada en doce ciudades a distintos tipos de consumidores, como se verifica en las páginas 82 a 85 de la RESOLUCIÓN. Por lo tanto, el ejemplo de la entrada de BEHR no desvirtúa el análisis de barreras a la entrada ni, en particular, el análisis respecto al reconocimiento de marca. De hecho, ocurre precisamente lo contrario: el caso de BEHR ejemplifica la importancia de contar con una red de distribución y marcas reconocidas. Para entrar al mercado, BEHR tuvo que remontar precisamente esas barreras y, a pesar de ello, su entrada todavía no es significativa si se comparan sus ventas con el volumen de ventas totales del mercado de pinturas decorativas.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**Asimismo, la CFC determina que las marcas de SW son reconocidas para los productos industriales y usa dicha premisa para continuar el ilegal desarrollo de su incorrecta teoría de la combinación del portafolio de marcas. Tales determinaciones contenidas en la**

<sup>213</sup> Información disponible en:  
<http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vgnextoid=f959bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>,  
consultada el 03 de septiembre de 2013.

<sup>214</sup> Información disponible en:  
<http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vgnextoid=f6b9bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>,  
consultada el 03 de septiembre de 2013.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

**RESOLUCIÓN son incorrectas, pues nuevamente no toma en consideración la dinámica de compra del mercado. En primer lugar, los consumidores que sólo compran recubrimientos decorativos no se encuentran interesados en los productos que son ofrecidos en otros segmentos. Tal conclusión se desprende por sentido común.**

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de que la RESOLUCIÓN no desarrolla una “teoría de la combinación del portafolio de marcas”.

En particular, el efecto de portafolio de marcas identificado en la RESOLUCIÓN se describió en los siguientes términos:

*“Comex y SW cuentan con un amplio portafolios de marcas, principalmente en el mercado de recubrimientos decorativos, aunque también cuenta con un amplio rango de marcas de otros tipos de recubrimientos, por lo que, de unirse ambas empresas, se consolidarán ambos portafolios. En algunos casos ello podría darles una ventaja competitiva, ya que los demás competidores en estos mercados difícilmente contarán con un portafolio de marcas tan reconocidas tanto en el mercado de recubrimientos decorativos como en los mercados de recubrimientos utilizados en la industria.”*

De acuerdo con la cita anterior, en forma alguna se señala que los distintos tipos de recubrimientos sean sustitutos o que los recubrimientos decorativos satisfagan las necesidades de los consumidores que demandan recubrimientos industriales y/o viceversa.

Esta autoridad coincide con la afirmación según la cual “los consumidores que sólo compran recubrimientos decorativos no se encuentran interesados en los productos que son ofrecidos en otros segmentos [como los recubrimientos industriales]”. En realidad, dicha afirmación tiende a corroborar que los distintos tipos de recubrimientos no forman parte del mismo mercado relevante desde la perspectiva de la demanda (necesidades de los consumidores).

Adicionalmente, se aclara que lo que señaló la RESOLUCIÓN respecto del análisis sobre el reconocimiento de marcas como barreras a la entrada fue lo siguiente: i) existen barreras a la entrada dados los costos en publicidad necesarios para adquirir presencia en el mercado para poder competir con las marcas establecidas; y ii) la acumulación de portafolios con marcas reconocidas podría generar ventajas competitivas a la empresa concentrada (los llamados efectos de portafolio). Por lo tanto es falso que la CFC hubiera desarrolla una “teoría de la combinación del portafolio de marcas” que ignorara que los distintos tipos de recubrimientos satisfacen distintas necesidades de los consumidores.

Por otro lado, el razonamiento de las recurrentes es incorrecto porque la CFC no solo señala que SW cuenta con marcas en recubrimientos industriales. La CFC claramente señaló y demostró en la RESOLUCIÓN que tanto COMEX como SW tienen un amplio portafolio de marcas:

*Comex cuenta con veintinueve marcas que utiliza en recubrimientos decorativos (Comex, Vinimex, Meridian, etc.); cinco marcas para pintura automotriz para repintado (Cryl Car, CC, Sickens, Utech y Wanda); la marca Marine en recubrimientos marinos; quince marcas en recubrimientos para protección (Amercoat, Ultrafacil, Xtiren, Deconkret, Comex Deletum, Ultrafase Krystal, Ultracryl, D-Polyform, CIC, Amershiel, Amsa, Dimetcote, Polydur, Nukem y Ultrpoxo), dos marcas en barnices industriales para madera (River y Polyform), la marca Krhal para recubrimientos en polvo; la marca Viacolor para otros recubrimientos industriales y la marca Aerocomex para aerosoles.*

*SW cuenta con quince marcas para recubrimientos decorativos (Kem-Tone, Centinela, ViniPlus, Evolución, Dutch Boy, Sherwin Williams, H&C, UGL, Zinsser, Construrama,*



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

*Color Place, Golden-Hills, Senour y Flex), la marca Sherwin Williams para pintura automotriz para repintado, la marca Sherwin Williams en recubrimientos marinos; seis marcas en recubrimientos para protección (Sherwin Williams, Flame Control, Hi-Temp, Construrama, Fox Industries y Simco); dos marcas en barnices industriales para madera (Sherwin Williams y Thompson); tres marcas para recubrimientos en polvo (Sherwin Williams, Fox Industries y Binks); dos marcas para otros recubrimientos industriales (Sherwin Williams y Graco) y dos marcas para aerosoles (Sherwin Williams y Color Place). [Énfasis añadido]*

Asimismo, la RESOLUCIÓN identifica que SW cuenta con quince marcas en el mercado de recubrimientos decorativos mientras que COMEX cuenta con veintinueve. Además la autoridad constató que ambas empresas tiene presencia de marcas en otros mercados de recubrimientos, situación que en forma alguna implica elaborar o desarrollar una “teoría de la combinación del portafolio de marcas”. Por lo tanto es falso que la CFC no hubiera considerado la dinámica de compra del mercado en términos de que los consumidores que solo compran recubrimientos decorativos no compran otro tipo de recubrimientos. La CFC nunca señaló que los consumidores de los recubrimientos decorativos fueran los mismos que los consumidores de otro tipo de recubrimientos.

De hecho la CFC señaló (como ahora lo hace la COFECE) que los distintos tipos de recubrimientos no forman parte del mismo mercado relevante, entre otras razones, debido a que los distintos tipos de recubrimientos satisfacen distintas necesidades de los consumidores.

El argumento expresado en la RESOLUCIÓN sobre la ventaja competitiva que le otorgaría a la empresa concentrada el consolidar portafolios de marcas de distintos tipos de recubrimientos obedece a otras razones, como la existencia de clientes que consumen más de un tipo recubrimientos. La consolidación de los portafolios de marcas de recubrimientos decorativos y otro tipo de recubrimientos podría darles a las empresas una ventaja competitiva, ya que los demás competidores en estos mercados difícilmente contarán con un portafolio con marcas tan reconocidas, en el mercado de recubrimientos decorativos y otros tipos de recubrimientos, incluyendo los utilizados en la industria.

La CFC en la página 85 de la RESOLUCIÓN señala, entre otros resultados de las encuestas, que “*la marca Sherwin Williams tuvo un mayor reconocimiento dentro de las marcas dirigidas a la industria*”. Sin embargo, dicha afirmación no se mezcla con algún argumento sobre una presunta combinación de portafolios de marcas, ni forma parte de una supuesta “teoría de la combinación del portafolio de marcas.” Como se dijo, haber señalado que COMEX y SW tienen que marcas distintas para distintos tipos de recubrimientos tampoco significa que la autoridad haya elaborado dicha teoría.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**No existe evidencia en el EXPEDIENTE de que los consumidores que compran ambos productos, tanto decorativos como industriales, satisfagan todas sus necesidades de recubrimientos al mismo tiempo o pretendan atar sus compras. De hecho existe evidencia de lo contrario. La respuesta al OFICIO ENERO incluye copias de documentos de licitaciones públicas de diferentes entidades gubernamentales, en las que se demuestra que dichas entidades licitan por proyecto específico (mantenimiento de instalaciones específicas, equipos por ejemplo) y por ende, resulta claro que no atan sus compras de recubrimientos para realizarlas de manera simultánea.<sup>215</sup> Asimismo, por su naturaleza, en**

<sup>215</sup> La respuesta del trece de junio de dos mil trece realizada por Pemex-Exploración al requerimiento de información formulado por la CFC confirma el uso de licitaciones públicas de dicha entidad para satisfacer sus necesidades de recubrimientos.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

las licitaciones públicas la marca no es siquiera considerada, sino el precio y las características de los productos. Considerando estas dinámicas de compra, resulta claro que no pueden existir los efectos de portafolio de marcas ilegalmente alegados en la RESOLUCIÓN.

La CFC también describe genéricamente las inversiones de publicidad y políticas de promoción de las PARTES; sin embargo, la RESOLUCIÓN no hace análisis o conclusión de si dichas inversiones o políticas deben ser consideradas barreras de entrada. Por tal motivo, debe entenderse que la CFC concluyó que estos conceptos no crean ninguna barrera.

Los argumentos anteriores resultan infundados, de conformidad con los siguientes razonamientos:

En primer lugar, el efecto de portafolio de marcas identificado en la RESOLUCIÓN se describió en los siguientes términos:

*“Comex y SW cuentan con un amplio portafolios de marcas, principalmente en el mercado de recubrimientos decorativos, aunque también cuenta con un amplio rango de marcas de otros tipos de recubrimientos, por lo que, de unirse ambas empresas, se consolidarán ambos portafolios. En algunos casos ello podría darles una ventaja competitiva, ya que los demás competidores en estos mercados difícilmente contarán con un portafolio de marcas tan reconocidas tanto en el mercado de recubrimientos decorativos como en los mercados de recubrimientos utilizados en la industria.”*

De acuerdo con la cita anterior, en forma alguna se señala que los distintos tipos de recubrimientos sean sustitutos o que los recubrimientos decorativos satisfagan las necesidades de los consumidores que demandan recubrimientos industriales y/o viceversa.

Asimismo, de acuerdo con la información presentada, las recurrentes no demuestran que las marcas sean irrelevantes en las licitaciones públicas y que los únicos elementos a considerar sean el precio y las características de los productos. Adicionalmente, incluso en el caso de que dicha afirmación fuera cierta, las recurrentes no demuestran que el porcentaje de las ventas de sus productos a través de licitaciones sea lo suficientemente importante (en términos del valor o el volumen) como para considerar que el portafolio y el reconocimiento de sus marcas son poco significativos.

Por otro lado, es falso que la RESOLUCIÓN no hubiera analizado si las inversiones en materia de publicidad o las políticas de promoción deben ser consideradas barreras de entrada.

En sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, la RESOLUCIÓN resaltó el hecho de que COMEX hubiera invertido en el año dos mil doce un monto de [REDACTED] pesos, equivalente a [REDACTED] por ciento de sus ventas), en promoción y publicidad de sus productos. Para explicar la relevancia de dicha inversión en publicidad, la RESOLUCIÓN no sólo se refiere el porcentaje elevado de las ventas que corresponde al gasto en publicidad (indicativo de la ventaja competitiva que dicha inversión representa) sino que también señala los principios de su política de promoción y publicidad, así como los medios utilizados para la publicidad y promoción, el público objetivo y el alcance territorial de las campañas publicitarias correspondientes.<sup>216</sup>

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

(v) *Limitaciones a la competencia en los mercados internacionales.*

<sup>216</sup> Véanse al respecto las páginas 79 y 80 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

La CFC determinó que de conformidad con lo señalado por SW y AVISEP, no existen restricciones arancelarias ni cuotas aplicables a los recubrimientos decorativos. Esto implica que no existen restricciones para la importación de dichos productos.

Adicionalmente, la CFC reconoce que el costo del flete promedio de COMEX es sólo de entre \* y \* del valor factura del producto, con relación a las importaciones de recubrimientos realizadas por COMEX y SW, respectivamente. A pesar de que las importaciones realizadas por las PARTES se refieren principalmente a recubrimientos industriales y automotrices, ninguna parte de la RESOLUCIÓN acredita que los costos de transporte de los recubrimientos decorativos sean mayores que las de otros recubrimientos.

De nueva cuenta, la decisión de THE HOME DEPOT de seleccionar a Masco Corp/BEHR como su nuevo proveedor de pintura en México (es decir, un competidor que no tiene planta de producción en México), es un ejemplo de que el mercado es costeable y resulta fácil entrar al mismo.

Considerando lo anterior, la única conclusión posible es que las importaciones son posibles e incluso están realmente ocurriendo. De nueva cuenta, la reciente presencia de las pinturas de BEHR en el mercado es prueba irrefutable de la exitosa posibilidad de importaciones de recubrimientos decorativos en el mercado mexicano y por ende, acredita que el mercado es disputable y la dinámica de disciplina de precios existente en México.

Todos estos argumentos no fueron considerados por la CFC, lo cual otra vez pone en evidencia que la RESOLUCIÓN carece de debida fundamentación y motivación.

Los argumentos anteriores resultan inoperantes debido a que no combaten los razonamientos ni los elementos de convicción referidos en la RESOLUCIÓN:

En primer lugar, la CFC reconoció que no existen restricciones a la importación de los recubrimientos decorativos. En efecto en la página 86 de la RESOLUCIÓN, se señala lo siguiente:

*"Según la información proporcionada por los promoventes no existen restricciones arancelarias ni cuotas aplicables a los recubrimientos decorativos."*

*Adicionalmente, los promoventes señalaron que el costo de flete promedio de los recubrimientos para protección y otros recubrimientos industriales importados desde Estados Unidos, Canadá, Brasil y Francia es de \* por ciento del valor factura del producto. En el caso de SW el costo promedio del flete de los productos importados (pintura automotriz, recubrimientos para protección y otros recubrimientos industriales) es del \* por ciento del valor total del producto."*  
 [Énfasis añadido].

De acuerdo con las citas referidas, y en sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, la CFC no señaló que los costos del flete de los recubrimientos decorativos sean distintos a los costos de flete de otros recubrimientos. El hecho de que no se hubiera referido de forma específica el costo promedio de flete de los recubrimientos decorativos no significa que la CFC hubiera considerado que dicho costo es superior o distinto al costo de flete de los demás recubrimientos.

Adicionalmente, en la página 49 de la RESOLUCIÓN se afirma:

*"[...] Se solicitó a los promoventes información respecto de las importaciones por mercado relevante, a lo que señalaron que no contaban con cifras exactas de importaciones y*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*exportaciones por producto debido a que las cifras oficiales estimadas mediante las fracciones arancelarias por la Secretaría de Economía agrupan productos distintos a las categorías analizadas, por lo que las partes realizaron un estimado respecto del porcentaje que representaron las importaciones en cada categoría de acuerdo con su conocimiento de mercado.”*

En particular, respecto de la relevancia de las importaciones en el mercado de recubrimientos decorativos la RESOLUCIÓN señala lo siguiente:

*“De acuerdo con estimaciones de los promoventes, las importaciones podrían representar entre [REDACTED] \* por ciento del consumo de recubrimientos decorativos en dos mil doce.”<sup>217</sup> Sin embargo, el único caso exitoso de una marca importada con presencia en la República Mexicana acreditado por los promoventes es el de Behr, que penetró el mercado mexicano a través de las tiendas Home Depot y reemplazó la marca Dutch Boy de Sherwin Williams. Si tomamos como referencia las ventas de Dutch Boy en 2011 entonces probablemente la presencia de Behr sea de aproximadamente [REDACTED] \* las ventas totales de recubrimientos decorativos. Los promoventes informaron que otras marcas importadas son Valspar y Grace, que atienden a los seis establecimientos de la cadena Lowes en el norte de la República Mexicana. La presencia de estas marcas probablemente es muy inferior a la de Behr, toda vez que Lowes es una cadena competidora de Home Depot, que únicamente tiene seis establecimientos, en contraste con las ciento un tiendas de Home Depot. En conclusión, los promoventes no aportaron elementos para acreditar un porcentaje de importaciones significativo, que fuera incluso superior al cinco por ciento del consumo nacional, por lo se analizó el mercado en una dimensión geográfica nacional.”*

Las recurrentes no alegan que dichos datos sean erróneos. Sin embargo, pretenden desacreditarlos al afirmar que “la reciente presencia de las pinturas de BEHR en el mercado es prueba irrefutable de la exitosa posibilidad de importaciones de recubrimientos decorativos en el mercado mexicano y por ende, acredita que el mercado es disputable”.

Al respecto, las recurrentes no combaten los razonamientos contenidos en la RESOLUCIÓN respecto a las razones por las cuales la entrada de BEHR al mercado nacional no es una muestra de que resulta fácil ingresar al mercado con importaciones y mucho menos de que el mercado de recubrimientos decorativos sea disputable. Se reitera una vez más que BEHR entra al mercado como producto exclusivo de THE HOME DEPOT, con quien tiene una relación de décadas en los EUA. Asimismo, BEHR es la marca de pinturas más vendida a los consumidores en EUA y Canadá,<sup>218</sup> con un reconocimiento de marca y calidad connotado. Dicha relevancia se constata mediante la información de la empresa en México:

*“Behr es un socio orgulloso de The Home Depot. Esta sociedad comenzó en 1978, cuando Behr tomó la decisión de vender sus productos a un mercado más amplio a través de The Home Depot, el primer almacén para mejorar el hogar y un minorista especializado. Desde el inicio esta relación fue beneficiosa para las dos corporaciones. A lo largo de los años, el vínculo se ha hecho más fuerte, ya que las decisiones estratégicas en conjunto han llevado a un crecimiento continuo, una expansión global en el mercado y un reconocimiento mayor de la marca para ambas compañías. Esta sociedad exitosa ha sido reconocida y ha recibido premios en múltiples ocasiones; por ejemplo, Behr ha sido nombrado “Socio del Año” por The*

<sup>217</sup> Fuente: escrito presentado por las promoventes el primero de abril de dos mil trece, folio 3877.

<sup>218</sup> De acuerdo con lo que se señala en la página 16 de la RESOLUCIÓN respecto de las manifestaciones de las propias recurrentes.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*Home Depot diez veces. The Home Depot es el minorista con el crecimiento más rápido en la historia de Estados Unidos. En 1981 la compañía cotizó en la bolsa NASDAQ y se trasladó a la Bolsa de Valores de Nueva York en 1984. Hoy en día, The Home Depot es el minorista especializado en mejorar el hogar más grande de Estados Unidos*<sup>219</sup>

*"Behr nunca pone en juego la calidad de sus productos.*

*Para garantizar el óptimo desempeño de sus productos de recubrimiento, Behr ha desarrollado las fórmulas más avanzadas de recubrimientos arquitectónicos, utilizando materias primas de alta calidad. Además, Behr recibe las innovaciones con los brazos abiertos para elevar aún más los estándares de calidad. Behr fue de las primeras en usar la nanotecnología en sus recubrimientos y en incorporarla a una fórmula de pintura y primer en uno. Hoy en día, nuestra competencia en Estados Unidos aún está luchando para igualar a BEHR con su tecnología. Nuestras grandes fábricas automatizadas en Estados Unidos cuentan con la certificación ISO9000 y siguen un proceso de producción que se supervisa rigurosamente para cumplir con los estándares de más alta calidad. Gracias a todos estos esfuerzos, BEHR ha ganado consecutivamente desde el 2003 hasta el 2011 el 1.er lugar en el Índice de Calidad y Valor de importantes estudios del consumidor en Estados Unidos.*<sup>220</sup>

Además, THE HOME DEPOT tiene por sí sola reconocimiento y presencia en las principales ciudades de la República Mexicana. La misma encuesta proporcionada por los promoventes aplicada en doce ciudades a distintos tipos de consumidores de recubrimientos señala a THE HOME DEPOT como lugar de opción de compra, como se verifica en las páginas 82 a 85 de la RESOLUCIÓN. Por lo tanto, el ejemplo de la entrada de BEHR no desvirtúa la existencia de barreras a la entrada señaladas por la CFC, sino que las confirma. Para entrar al mercado BEHR tuvo que remontar precisamente las barreras identificadas por la CFC: red de distribución, reconocimiento de marca, relación con las tiendas. A pesar de ello, sus ventas no resultan significativas respecto del volumen de ventas totales del mercado de pinturas decorativas. Por otro lado, la RESOLUCIÓN resumió en las páginas 109 y 100 las razones por las que el mercado de recubrimientos decorativos en México no es disputable:

*"El periodo para una entrada exitosa al mercado toma más de dos años, que es el referente empleado por otras autoridades de competencia para considerar la existencia de una barrera. Comex señala que la nueva entrada al mercado toma [REDACTED] \* mientras que SW señaló que toma [REDACTED] \* construir una planta. Sin embargo, en su cálculo no consideran el plazo para comercializar el nuevo producto ni el plazo para que la entrada del nuevo competidor impacte significativamente al mercado, los cuales son elementos normalmente considerados por las autoridades de competencia.*

*La marca de Comex fue [REDACTED] \* reconocida en recubrimientos decorativos en las encuestas realizadas por esta empresa en doce ciudades de la República Mexicana. SW tiene reconocimiento en mercados industriales. La operación significaría la creación de un portafolio de marcas reconocidas en diversos mercados.*

*Comex controla un sistema de distribución constituido por [REDACTED] \* distribuidores exclusivos, que constituyen su principal canal de distribución y que es, por*

<sup>219</sup> Información disponible en:

<http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vnextoid=f959bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>, consultada el 03 de septiembre de 2013.

<sup>220</sup> Información disponible en:

<http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vnextoid=f6b9bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD>, consultada el 03 de septiembre de 2013.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*mucho, más grande que el que podría tener cualquiera de sus competidores. Los promoventes señalan que existen más de 60,000 puntos de venta de pinturas lo que conformaría una presión competitiva para Comex.<sup>221</sup> Sin embargo, Comex que cuenta principalmente con [REDACTED] distribuidores [REDACTED] tiene una participación de mercado de [REDACTED] por ciento; ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de Comex pueden ser muchos, pero venden muy poco en comparación con los concesionarios de Comex, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente.*

*Durante el periodo enero de dos mil ocho – diciembre de dos mil doce las ventas de Comex se [REDACTED] por ciento mientras que las ventas de SW [REDACTED]*

*En el largo plazo, el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación, aunque a partir de enero de dos mil doce, el precio de las pinturas evolucionó por debajo de la tasa de inflación.*

*Comex ha sido capaz de mantener sus márgenes e incluso ha podido incrementar su EBITDA en un entorno de elevación de precios de los insumos, lo cual es indicativo de poder de mercado.*

*Los costos de producción de los recubrimientos se han incrementado significativamente lo que ha afectado el margen de SW. Sin embargo, el margen promedio de Comex se recuperó después de una disminución.*

*Si bien se ha presentado la entrada de competidores en el mercado de recubrimientos decorativos, en particular Behr en Home Depot (el cual entró al mercado mexicano a partir de enero de dos mil trece), y se ha mencionado en medios el interés de Axalta en este mercado, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar disciplina competitiva en el mercado, y no existe información fehaciente o evidencia que acredite que Axalta efectivamente pudiera entrar al mercado y de que lo hiciera con el tamaño suficiente y oportunidad para imponer disciplina de precios.”*

Por lo tanto, las recurrentes no acreditan que el mercado es disputable y que la dinámica de disciplina de precios existe en el mercado de recubrimientos decorativos en México.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

***(vi) Restricciones constituidas por prácticas comunes cometidas por los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante.***

**En la página 86 de la RESOLUCIÓN, la CFC señaló que aun cuando reconoce que no fueron detectadas prácticas anticompetitivas realizadas por las PARTES, la existencia de la red de concesionarios de COMEX y las políticas aplicadas a dichos concesionarios, son supuestas barreras de entrada “significativas”.**

**Las incorrectas referencias que realizó la CFC respecto del supuesto sistema de distribución y los concesionarios de COMEX ya han sido motivo de agravio en otras partes del presente Recurso. De esta manera, las conclusiones a las que llegó la CFC a este respecto, devienen incorrectas y ajenas a la realidad, en virtud de las razones manifestadas a lo largo del presente recurso.**

<sup>221</sup> Fuente: folio 5917.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

El solo hecho de que los concesionarios puedan [REDACTED] \*

[REDACTED] \*  
[REDACTED] \*  
[REDACTED] es suficiente constreñimiento para reaccionar ante un potencial incremento de precios irracional por parte de COMEX, o respecto de cualquier otra práctica de negocio anticompetitiva. La pérdida de un concesionario con motivo de un intento de incremento de precios abusivo o ante cualquier conducta anticompetitiva por parte de COMEX, implica el resultado de una pérdida en los volúmenes de venta requeridos para satisfacer las demandas del consumidor final. La CFC simplemente omitió considerar estos argumentos, mismos que constituyen pruebas suficientes de que el modelo de concesionarios de COMEX, lejos de construir una barrera de entrada, constituye un impulso y beneficio a la competencia efectiva.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

El planteamiento contenido en la página 86 de la RESOLUCIÓN señala que la existencia de la red de concesionarios de COMEX, como sistema de distribución, **junto con** las políticas que aplica COMEX a dichos concesionarios, constituye una barrera a la entrada significativa. Es decir, el planteamiento de la CFC se refiere a la existencia de la red de concesionarios y, en ese contexto, a la política que para conducir dicho sistema de distribución aplica COMEX a los concesionarios.

En otras palabras, no se trata de un pronunciamiento que incorpore nuevos elementos identificados como barreras a la entrada, distintos a los elementos analizados respecto del sistema de distribución de COMEX. Así, se aclara que el procedimiento de control de concentraciones que se tramitó dentro del expediente CNT-095-2012 no evaluó si la política comercial de que sostiene COMEX con sus concesionarios (por ejemplo, a través de [REDACTED] \*) impide el acceso o desplaza a otros competidores.

La RESOLUCIÓN establece que la necesidad de desarrollar canales de distribución eficientes puede constituir una barrera a la entrada, entre otras razones, debido a : (i) el extenso número de tiendas [REDACTED] \* (sean concesionarios independientes, tiendas propias o distribuidores certificados); (ii) la asociación entre la imagen (y marcas) de la empresa con las tiendas (relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, a través de marcas bien posicionadas y que gozan de reconocimiento); y (iii) el tiempo que implica desarrollar el sistema de distribución.

En la RESOLUCIÓN se señaló que las ventas de COMEX se concentran principalmente en el canal concesionarios.<sup>222</sup> Asimismo, se indicó que dichos concesionarios (ya sea que vendan directamente en las tiendas o que entreguen el producto a sus clientes en una localidad específica) enfrentan precios que son establecidos directamente por COMEX.

Asimismo, en las páginas 114 y 117 de la RESOLUCIÓN se explicó que no se han identificado clientes con la capacidad de evitar que SW- COMEX fije precios. En particular, se hizo notar que las ventas de COMEX se diluyen entre [REDACTED] \* concesionarios (es decir, el supuesto poder de compra está diluido en esos concesionarios que no están agrupados o asociados en ningún tipo de

<sup>222</sup> El canal concesionarios se encuentra constituido por [REDACTED] \* tiendas que son operadas por [REDACTED] \* concesionarios y representan [REDACTED] \* por ciento de las ventas totales de Comex (véase la página noventa y dos de la RESOLUCIÓN).

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

“unidad”: el elevado número de concesionarios pulverizados dificulta en realidad su capacidad para defender sus intereses en conjunto).<sup>223</sup>

En todo caso, el hecho de que [REDACTED] \*  
[REDACTED] \* no modifica en forma alguna el análisis en materia de barreras a la entrada incluido en la RESOLUCIÓN a lo largo de las páginas 70 a 87. Lo anterior, debido a que la facilidad para [REDACTED] \*  
[REDACTED] \* no acredita la existencia o posible existencia de presión competitiva debido a que, como se establece en las páginas 70 y 71 de la RESOLUCIÓN, los concesionarios de COMEX [REDACTED] \* y, de no cumplir con dicha obligación, [REDACTED] \* por lo que un nuevo competidor no tendría acceso a dicha red de distribución y tendría que desarrollar una red propia, a menos que establezca convenios de distribución como los que se señalan en la RESOLUCIÓN. Esto da cuenta de las limitaciones para tener acceso a una red de distribución en términos de sus costos y el tiempo para desarrollar el sistema y posicionar las marcas.

Por ello, no resulta razonable afirmar que la pérdida de un concesionario [REDACTED] \*  
[REDACTED] \* genera una pérdida en los volúmenes de venta que sea significativo. Perder a dicho concesionario no implica que los competidores tendrán acceso a su red de distribución, ni modifica los razonamientos respecto a la necesidad de contar con un sistema de distribución eficiente a nivel nacional.

Asimismo, con independencia de [REDACTED] \* en la RESOLUCIÓN se hizo notar que los concesionarios tienen obligaciones contractuales con COMEX, situación que también podría dificultar o incidir en su capacidad de evitar que SW- COMEX fije el precio.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

*(vii) Actos de Autoridades.*

**La RESOLUCIÓN reconoce que ninguna práctica fue detectada. De ahí que ningún acto de autoridad de pueda ser considerado como una barrera de entrada al mercado de recubrimientos.**

El argumento es **inoperante**, toda vez que lo único que hacen los recurrentes es repetir una de las conclusiones a las que llegó la CFC y que fueron plasmadas en la RESOLUCIÓN, por lo que al señalar reconocen que no han sufrido un agravio específico en relación con el apartado contenido en la página 87 de la RESOLUCIÓN en materia del análisis que exige la fracción VII del artículo 12 del RLFCE y, en consecuencia, **no combaten** las razones ni los elementos de convicción en los que se basó la RESOLUCIÓN para negar la autorización de la concentración referida.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

*(viii) Existencia y poder de competidores.*

<sup>223</sup> Los grupos con menos miembros suelen encontrar menos dificultades que los grupos mayores para resolver problemas de coordinación y conflictos de interés. En los grupos chicos la persuasión e interacción entre sus miembros es más directa (resultan, en general, más claras e identificables las diferencias o las aportaciones de sus miembros), es más eficaz la rendición de cuentas (ya que es más fácil saber quién coopera). Véase, por ejemplo, *Olson, Mancur, La lógica de la acción colectiva*, Limusa, Grupo Noriega Editores, México 1992.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En la página 87 de la RESOLUCIÓN, la COMISIÓN supuestamente analiza la existencia y poder de competidores. Señala que la marca COMEX es una de las marcas más importantes en el mercado de recubrimientos a nivel nacional y que dependiendo del mercado, existen diferentes competidores, tales como BEREL en el segmento de recubrimientos decorativos y PPG, BASF y Valspar en el de recubrimiento industrial.

De esta manera, la COMISIÓN simplemente se limita a repetir sus conclusiones respecto de la existencia de barrera de entrada y omite realizar cualquier tipo de análisis adicional con respecto a la existencia de competidores y su poder e importancia como una presión competitiva. Tal circunstancia, no obstante que SW y AVISEP exhibieron información extensa respecto de todos sus competidores en todos los segmentos, incluyendo a los competidores locales, regionales, nacionales e internacionales, información que nunca fue analizada y valorada para efectos de la emisión de la RESOLUCIÓN.<sup>224</sup>

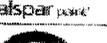
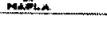
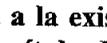
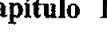
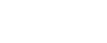
A este respecto y con el objeto de proporcionar a la COMISIÓN información adicional de los competidores y su importancia como una presión competitiva en los municipios o localidades en los que los productos de la PARTES están presentes, el Anexo 12 adjunto al presente, incluye información pública disponible de los competidores respecto de recubrimientos decorativos. En concreto, se exhiben pruebas adicionales, en relación con las siguientes compañías, todas presentes en recubrimientos decorativos:

Tabla 6

[Sin texto]

---

<sup>224</sup> Referirse a la información exhibida por la PARTES en, por ejemplo: (i) la respuesta al OFICIO ENERO, (ii) ocho de julio de dos mil trece. Véase también el Anexo 8 que se presenta en este escrito que contienen una lista y resúmenes de competidores nacionales, regionales y locales de las PARTES.

	<a href="http://www.dupond.com/Mexico_Country_Site/es_mx/">http://www.dupond.com/Mexico_Country_Site/es_mx/</a>	A
	<a href="http://www.dural.com.mx/">http://www.dural.com.mx/</a>	B
	<a href="http://www.doal.com.mx/">http://www.doal.com.mx/</a>	C
	<a href="http://www.pinturasacuario.com/">http://www.pinturasacuario.com/</a>	D
	<a href="http://www.sayer.com.mx/">http://www.sayer.com.mx/</a>	E
	<a href="http://www.pinturasatlier.com.mx/">http://www.pinturasatlier.com.mx/</a>	F
	<a href="http://www.gama.com.mx/">http://www.gama.com.mx/</a>	G
	<a href="http://www.fabri.com.mx/">http://www.fabri.com.mx/</a>	H
	<a href="http://www.lisa.com.mx/">http://www.lisa.com.mx/</a>	I
	<a href="http://www.mira.com.mx/">http://www.mira.com.mx/</a>	J
	<a href="http://www.pinturasmira.com.mx/">http://www.pinturasmira.com.mx/</a>	K
	<a href="http://www.pinturasmax.com.mx/">http://www.pinturasmax.com.mx/</a>	L
	<a href="http://www.owat.com/Mexico/owatmexico.html">http://www.owat.com/Mexico/owatmexico.html</a>	M
	<a href="http://www.pinturasoptimus.com/">http://www.pinturasoptimus.com/</a>	N
	<a href="http://www.pintex.com.mx/">http://www.pintex.com.mx/</a>	O
	<a href="http://www.pinturaspromex.com.mx/">http://www.pinturaspromex.com.mx/</a>	P
	<a href="http://www.pulvist.com.mx/">http://www.pulvist.com.mx/</a>	Q
	<a href="http://www.pulvist.com.mx/">http://www.pulvist.com.mx/</a>	R
	<a href="http://www.behr.com.mx/">http://www.behr.com.mx/</a>	S
	<a href="http://www.pinturasasa.com/">http://www.pinturasasa.com/</a>	T
	<a href="http://www.valsparpaint.com/">http://www.valsparpaint.com/</a>	U
	<a href="http://www.pulvist.com.mx/">http://www.pulvist.com.mx/</a>	V
	<a href="http://www.falkor.com/">http://www.falkor.com/</a>	W
	<a href="http://www.mapla.com.mx/">http://www.mapla.com.mx/</a>	X

Así, toda referencia a la existencia de barreras de entrada contenida en la RESOLUCIÓN, será referida al capítulo IV del presente Recurso para evitar realizar repeticiones innecesarias.

Por todo lo anteriormente expuesto, resulta ilegal y causa agravio a SW y AVISEP la determinación de la COMISIÓN en el sentido de que existen barreras de entrada al mercado. Por ello, deberá revocarse la RESOLUCIÓN para emitir una nueva en la que se concluya a inexistencia de barreras a la entrada en este caso.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

Como lo señala la RESOLUCIÓN, la fracción III del artículo 13 de la LFCE requiere que en el análisis para determinar si un agente económico tiene poder en el mercado relevante, se considere "la existencia y poder de sus competidores".

En sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, haber referido las conclusiones del análisis en materia de barreras a la entrada no es una simple repetición de las conclusiones respecto de la existencia de barreras a la entrada.

La existencia de barreras a la entrada, junto con el análisis en materia de participaciones de mercado y los índices de concentración, constituyen los elementos principales que permiten explicar y demostrar por qué los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

mercado de SW-COMEX después de la concentración. Por ese motivo, las siguientes consideraciones contenidas en la RESOLUCIÓN explican las condiciones del mercado que limitan la existencia y poder de los competidores de SW-COMEX:

*"En relación con el análisis de barreras a la entrada destaca:*

- *El desarrollo de un sistema de distribución similar al que cuenta actualmente Comex puede llevar décadas, ya que, de acuerdo con lo señalado en la Presentación Ejecutiva de Venta, en los años setenta Comex apenas contaba con [REDACTED] \* tiendas y actualmente cuenta con [REDACTED] \*.*
- *El replicar el sistema de comodatos de Comex en [REDACTED] \* tiendas de autoservicio necesitaría una inversión aproximada en equipos tintométricos de [REDACTED] \* más el costo de los salarios de los empleados que operan los equipos.*
- *La construcción y puesta en marcha de una fábrica de recubrimientos llevaría [REDACTED] \* y es necesario invertir [REDACTED] \*. Ello sin tomar en cuenta el costo del terreno para establecer la planta, ni lo que se requiere para el desarrollo de una marca y el sistema de distribución de los recubrimientos.*
- *La capacidad ociosa de producción de Comex representa [REDACTED] \* [REDACTED] \* litros que equivalen a [REDACTED] \* por ciento del volumen total de pintura comercializada, cantidad estimada por la CFC.*
- *La capacidad instalada de Comex permite a la empresa, realizar su propia producción, así como realizar procesos de maquila para terceras empresas. Además, la capacidad de su red de distribución ha permitido a la empresa realizar asociaciones y contratos con terceras empresas para la distribución de sus productos.*
- *Comex y SW cuentan con un amplio portafolios de marcas, principalmente en el mercado de recubrimientos decorativos, así como en un amplio rango de otro tipo de recubrimientos, por lo que, de unirse ambas empresas, se consolidarán ambos portafolios. Ello podría darles una ventaja competitiva, ya que los demás competidores en estos mercados difícilmente contarán con un portafolio con marcas tan reconocidas, tanto en el mercado de recubrimientos decorativos como en los recubrimientos utilizados en la industria.*
- *La marca Comex fue mencionada como una de las más importantes dentro de las pinturas vinílicas (recubrimiento decorativo)."*

Adicionalmente, a lo largo de la RESOLUCIÓN la autoridad analiza el alcance de la información que obra dentro del EXPEDIENTE en relación con la existencia y el poder de los competidores de SW-COMEX.

En particular, al realizar el análisis de su poder en el mercado e identificar el grado de concentración en el mismo, la CFC tuvo en cuenta la información presentada por las propias recurrentes, así como la información presentada por BEREL, DOAL, PRISA y OSEL respecto a sus volúmenes de venta, para estimar diversas participaciones de mercado e índices de concentración.

Asimismo, en las páginas 107 a 110 de la RESOLUCIÓN se señala lo siguiente respecto a la entrada de nuevos competidores:

*“De acuerdo con la información proporcionada por los promoventes la entrada más relevante al mercado de los recubrimientos durante los últimos años ha sido en el mercado de los recubrimientos decorativos mediante la entrada de las pinturas marcas Behr en Home Depot.*

*A nivel mundial, Home Depot tiene dos mil doscientas cincuenta y seis tiendas, sin embargo únicamente ciento una se encuentran en México, a lo largo de las treinta y dos entidades federativas, cubriendo prácticamente todo el territorio nacional.*

*Como ya se mencionó, Home Depot hasta diciembre de dos mil doce, comercializó la marca Dutch Boy de SW, pero a partir de enero de dos mil trece comenzó a comercializar en sustitución de las pinturas de SW pinturas de la marca Behr fabricada por Masco Corp. en los Estados Unidos de América.*

*Al respecto, considerando la evolución de los precios de recubrimientos decorativos (en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación), así como los importantes márgenes obtenidos por Comex, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado.*

*Los promoventes perciben a Home Depot como un competidor importante en el mercado de pintura decorativa, ya que tiene presencia en las principales ciudades de la República Mexicana y porque reportó a la Bolsa de Nueva York que el diecinueve (19) por ciento de sus ingresos globales a febrero de dos mil trece se obtuvieron mediante ventas de pinturas y pisos.<sup>225</sup>*

*Por otra parte, los promoventes refieren que a las tiendas Lowes han ingresado nuevas marcas de pinturas decorativas, tales como Valspar y Grace.<sup>226</sup> Sin embargo, estas marcas mencionadas por los promoventes como marcas importadas no se han identificado como alguno de los principales competidores en el mercado ni tampoco se encuentran mencionadas como marcas ampliamente conocidas en las encuestas de reconocimiento de marca, por lo que su presión competitiva en el mercado es cuestionable.*

*El cuatro de junio de dos mil trece los promoventes presentaron información pública respecto de que Axalta Coating Systems, empresa resultado de la adquisición por parte de The Carlyle Group de DuPont Performance Coatings, busca desarrollarse en el mercado de recubrimientos decorativos en México. De acuerdo con los promoventes, quienes citan como fuente el periódico “Reforma”, Axalta cuenta con mil empleados en México y tiene una capacidad de producción de treinta millones de litros de pintura al año.<sup>227</sup> Al respecto, las partes no proporcionaron información o evidencia fehaciente, ya que se trataba únicamente de notas periodísticas y no de reportes o información proporcionada por la misma empresa, que acredite que Axalta efectivamente pudiera entrar al mercado y que lo hiciera con el tamaño suficiente para imponer disciplina de precios.*

[...]

*Si bien se ha presentado la entrada de competidores en el mercado de recubrimientos decorativos, en particular Behr en Home Depot (el cual entró al mercado mexicano a partir de enero de dos mil trece), y se ha mencionado en medios el interés de Axalta en este mercado, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar disciplina competitiva en el mercado, y no existe información fehaciente o evidencia que acredite que Axalta*

<sup>225</sup> Fuente: escrito presentado por los promoventes el trece de mayo de dos mil trece, folio 4271.

<sup>226</sup> Fuente: escrito presentado por los promoventes el trece de mayo de dos mil trece, folio 4249.

<sup>227</sup> Fuente: escrito presentado por los promoventes el siete de junio de dos mil trece, folio 5611.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

*efectivamente pudiera entrar al mercado y de que lo hiciera con el tamaño suficiente y oportunidad para imponer disciplina de precios."*

Por otro lado, la información contenida en la Tabla 6 y en los Anexos 8 y 12 no permite acreditar la supuesta existencia de presión competitiva debido a que no refiere información específica sobre el valor o los volúmenes de ventas en México por parte de los competidores señalados en dichos documentos, ni tampoco sobre su capacidad de producción, sus participaciones de mercado, el número y la importancia de sus clientes o el reconocimiento de sus marcas en México que permita evaluar y corroborar las afirmaciones sobre la supuesta presión competitiva que ejercen dichos agentes económicos. Dichas omisiones impiden determinar de forma inequívoca la presión competitiva de los competidores que mencionan las recurrentes. En realidad, la información presentada por las recurrentes y que ahora refieren carece de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como un indicador o referente para evaluar la presión competitiva a nivel local. Al respecto, se remite a la sección "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS" de la presente resolución, respecto al contenido y la valoración de las pruebas contenidas en los Anexos 8 y 12 del recurso de reconsideración.

Respecto al señalamiento que la CFC nunca analizó y valoró la información presentada por los recurrentes en relación a sus competidores, en particular la presentada en respuesta al OFICIO ENERO y la contenida en el escrito de ocho de julio de dos mil trece, se reitera que la información presentada por las recurrentes, incluyendo la señalada en el párrafo anterior, no contiene información específica sobre el valor o los volúmenes de ventas en México por parte de los competidores señalados, ni tampoco sobre su capacidad de producción, sus participaciones de mercado, el número y la importancia de sus clientes o el reconocimiento de sus marcas en México que permita evaluar y corroborar las afirmaciones sobre la supuesta presión competitiva que ejercen dichos agentes económicos.

Asimismo, se indica que esta autoridad (como antes la CFC) no está obligada en términos de la LFCE o el RLFCE a considerar toda la información presentada por los notificantes sino únicamente aquella que sea relevante para resolver la autorización de una concentración notificada y siempre y cuando su determinación esté debidamente fundada y motivada, de conformidad con la fracción V del artículo 21 de la LFCE. En este sentido, las recurrentes no explican cómo es que la información contenida en la Tabla 6 y en los Anexos 8 y 12 es relevante y suficiente para acreditar la presión competitiva que señalan a pesar de que no contiene información respecto al valor o los volúmenes de ventas en México por parte de los competidores señalados, ni tampoco sobre su capacidad de producción, sus participaciones de mercado, el número y la importancia de sus clientes o el reconocimiento de sus marcas en México.

**SW y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**V. Análisis de los elementos previstos en las fracciones IV y V del artículo 13 de la LFCE (acceso a fuentes de insumos y comportamiento reciente)**

**SW Y AVISEP realizaron diversos argumentos en contra del análisis de los elementos previstos en la fracciones IV y V de la LFCE para demostrar que en la RESOLUCIÓN se llevó a cabo un incompleto o incorrecto análisis de los elementos normativos referidos, lo que, a su entender, trae por consecuencia, la ilegalidad de la RESOLUCIÓN.**

En este aspecto, de conformidad con lo que establecen las fracciones IV y V del artículo 13 de la LFCE, la CFC realizó un análisis en materia de las posibilidades de acceso del agente económico y sus

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

competidores a fuentes de insumos,<sup>228</sup> así como un pronunciamiento sobre su comportamiento reciente.<sup>229</sup>

Al respecto, las recurrentes realizan diversas manifestaciones que no controvierten las conclusiones a las que arribó la autoridad con base en la totalidad de los razonamientos y elementos analizados dentro del apartado que corresponde al análisis del acceso a fuentes de insumos y el que corresponde a su comportamiento reciente.

De hecho, en este apartado las recurrentes se limitan a repetir las cifras y las conclusiones presentadas por la CFC en las páginas 88 a 92 de la RESOLUCIÓN respecto del porcentaje que representan los principales insumos de los costos de producción –entre el [REDACTED] \* por ciento y el [REDACTED] \* por ciento del costo de fabricación del recubrimiento–, y respecto de los incrementos que observaron COMEX y SW en los costos por kilogramo del [REDACTED] \* durante el periodo enero de 2008 a diciembre de 2012 [REDACTED] \* respectivamente. Asimismo, en varias manifestaciones las recurrentes señalan que el contenido de la RESOLUCIÓN es correcto y reconocen, por ejemplo, que un porcentaje importante de los costos de producción de las pinturas del mercado de recubrimientos decorativos “*depende del precio del [REDACTED] \**” o señalan que efectivamente “*no existe antecedente en la Comisión de que los promoventes hubieran sido sancionados por alguna violación en términos del artículo 35 de la LFCE*”.

Por tanto, se advierte que, en general, sus manifestaciones **no combaten** los razonamientos y elementos de convicción que sostienen esa parte de la RESOLUCIÓN, lo que hace que, en general, sean **inoperantes**.

A continuación se contestará cada uno de los argumentos que las recurrentes realizan al respecto:

*(i) Las fuentes de insumos están disponibles en el mercado.*

La RESOLUCIÓN estableció en las páginas 88 a 92 que los principales insumos (que representan entre el [REDACTED] \* y [REDACTED] \* por ciento] de los costos de producción) utilizados para la producción de recubrimientos decorativos son solventes y químicos (principalmente [REDACTED] \*).

Asimismo, la RESOLUCIÓN reconoció que de enero de dos mil ocho a diciembre de dos mil doce el costo por kilogramo de [REDACTED] \* se incrementó en un [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento] para el caso de COMEX y en un [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento] para el caso de SW. En otras palabras, dicho incremento tuvo un impacto directo en el precio de los productos relevantes que utilizan dicho insumo.

En las principales marcas de SW en el mercado de recubrimientos decorativos el [REDACTED] \* [REDACTED] \* representa entre un [REDACTED] \* (ej: [REDACTED] \* y [REDACTED] \* [REDACTED] \* de su costo total de materia prima. En otras palabras, un porcentaje importante de los costos de producción de las pinturas del mercado de recubrimientos decorativos depende del precio del [REDACTED] \*.

Existen diversas compañías que producen el [REDACTED] \*. Por lo tanto COMEX y SW son “*tomadores de precios (Price-takers)*” de dichas compañías.

<sup>228</sup> Páginas 88 a 92 de la RESOLUCIÓN.

<sup>229</sup> Página 92 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

El treinta de julio de dos mil trece, Dupont anunció una inversión de quinientos millones de dólares para ampliar su planta de producción de [REDACTED] \* en Altamira, México. Con esta inversión se convertirá en la segunda planta más grande productora de [REDACTED] \* en el mundo.<sup>230</sup> Esta inversión significa una mayor disponibilidad de [REDACTED] \* en México, el cual es uno de los principales insumos para la fabricación de recubrimientos decorativos. Esto confirma la ausencia de barreras de entrada desde el punto de vista de insumos para la producción de recubrimientos y refleja la confianza existente en las cada vez más numerosas industrias mexicanas que utilizan este insumo, como lo es la industria de recubrimientos.

*“[...] afirmó [...el...] presidente de la empresa (Dupont) en México. El [REDACTED] \* es un colorante muy utilizado en la industria y Dupont es líder productor. Donde veas blanco hay [REDACTED] \* Toda la pintura automotriz, arquitectónica, el PVC, [...] Este año la empresa invertirá [ciento cincuenta] de los [quinientos] millones de dólares y el próximo año estará terminada la ampliación. La planta de Altamira exporta [setenta] por ciento de la producción de [REDACTED] \* a todo el mundo y la demanda de este químico va de la mano con el crecimiento poblacional [...]”*

Los argumentos anteriores resultan **inoperantes** en virtud de que dichas manifestaciones **no combaten** los razonamientos y elementos de convicción contenidos en la RESOLUCIÓN.

En particular, las recurrentes se limitan a repetir o reiteran el contenido en la RESOLUCIÓN, la cual efectivamente reconoce que, desde el punto de vista del acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos, no existen barreras a la entrada en el mercado de recubrimientos.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

*(ii) Ninguna de las Partes tienen antecedentes anticompetitivos.*

La COMISIÓN reconoció en la página 92 que *“No existe antecedentes en la [COMISIÓN] de que los promoventes hubieran sido sancionados por alguna violación en términos del artículo 35 de la LFCE”*

Así, ninguna de las PARTES tiene antecedente de haber infringido la LFCE en [veinte] años de aplicación. Dicho reconocimiento resulta trascendental, pues demuestra que no existe fundamento para considerar que la adición de SW a la estructura de COMEX pudiera ocasionar repentinamente un comportamiento anticompetitivo o pudiera facilitar la comisión de prácticas monopólicas.

No obstante el reconocimiento realizado en la RESOLUCIÓN, el análisis efectuado por la CFC para analizar la fracción V del artículo 13 de la LFCE también fue parcial y nuevamente causa agravio a SW y AVISEP, pues omitió valorar lo siguiente:

a) No ha existido denuncia o investigación iniciada de oficio por la CFC en contra de las PARTES, para investigar la comisión de práctica monopólica en el mercado mexicano, incluyendo pero sin limitarse al mercado de recubrimientos decorativos.

<sup>230</sup> Periódico Reforma Sección Negocios, Martes treinta de julio de dos mil trece. Encabezado: *“Invertirá Dupont 5500mda”*. Anexo 15.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

b) Hasta donde SW y AVISEP tienen entendido, no existió denuncia o escrito de terceros (ni de competidores, proveedores o clientes) que se opusieran a la Concentración. Lo anterior es un fuerte indicio de que los competidores no muestran preocupación por la transacción, sencillamente porque la dinámica del mercado no cambiaría una vez que la misma se lleve a cabo (SW sólo adicionará a COMEX un volumen insignificante en el mercado de recubrimientos decorativos).

c) La CFC requirió información tan sólo a cuatro competidores en el mercado de recubrimientos decorativos (BEREL, OSEL, DOAL y PRISA) así como a Pemex-Refinación.<sup>231</sup> Ninguno de los agentes económicos requeridos formuló comentario negativo respecto de la concentración, ni expresaron preocupación desde el punto de vista de competencia económica, no obstante que tuvieron la oportunidad de hacerlo al contestar el referido requerimiento.

d) SW y AVISEP exhibieron en el EXPEDIENTE información pública contenida en notas de prensa y periódicos que robustece el hecho de que no existe oposición a la concentración, sino que por el contrario los competidores no tienen temor o preocupación a la entidad que resultaría de la misma y que se encuentran listos para seguir creciendo. AXALTA, BEHR y PRISA son claros ejemplos de competidores enviando mensajes en el sentido de que el mercado de recubrimientos decorativos es y seguirá siendo altamente competitivo.

El hecho de que SW y AVISEP no tengan antecedentes de comportamiento anticompetitivo ante la CFC, así como los factores adicionales en torno a la operación, permite presumir desde el punto de vista jurídico, que la CONCENTRACIÓN no dañará ni dificultará el proceso de competencia y libre concurrencia de la industria de recubrimientos. Tal circunstancia tampoco fue materia de análisis de la RESOLUCIÓN no obstante su trascendencia para determinar si es previsible la comisión de conductas anticompetitivas en caso de que la CFC aprobara la transacción.

La fracción V del artículo 13 de la LFCE establece que, para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, la autoridad debe considerar "*su comportamiento reciente*"; es decir, la autoridad debe evaluar el comportamiento reciente de los agentes económicos involucrados en la operación que se analiza en términos de los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE.

Al respecto, la RESOLUCIÓN establece que "*no existe antecedente en la Comisión de que los promoventes hubieran sido sancionados por alguna violación en términos del artículo 35 de la LFCE*".

De conformidad con lo anterior, la CFC no consideró que el comportamiento reciente fuera un elemento que indicara poder de mercado de SW y/o AVISEP.

En otras palabras, el pronunciamiento respecto de la falta de antecedentes de sanción en términos del artículo 35 de la LFCE no les causa perjuicio alguno a las recurrentes, toda vez que dicha situación no forma parte del cúmulo de elementos que permitieron concluir que la operación notificada podría tener efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia.

Por tanto, los señalamientos de las recurrentes en ese sentido son **inoperantes**.

<sup>231</sup> Referirse a las contestaciones presentadas por dichos agentes ante la COMISIÓN, respecto de los Requerimientos de Información formulados, que obran en el Expediente CNT-095-2012.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

Por otro lado, la fracción V del artículo 13 de la LFCE establece la obligación de analizar el comportamiento reciente de los agentes económicos cuyo poder de mercado está sujeto a análisis (SW y AVISEP en el presente caso). De conformidad con lo anterior, las conductas u omisiones de terceras personas (como la falta de denuncias, escritos o manifestaciones en oposición a la concentración) constituyen elementos expresamente excluidos de la norma contenida en el artículo 13, fracción V de la LFCE. El precepto referido es muy claro respecto de los sujetos cuya conducta es materia de análisis en dicho supuesto normativo: los antecedentes anticompetitivos de terceros ajenos a la operación son completamente irrelevantes, por lo que sus conductas u omisiones no aportan nada dado al objeto del análisis previsto en la norma.

El argumento según el cual la falta de antecedentes de comportamiento anticompetitivo “*permite presumir*” que la concentración no dañará ni dificultará el proceso de competencia y libre concurrencia es **infundada**. El hecho de que la autoridad no cuente con antecedentes de que los promoventes hubieran sido sancionados por alguna violación en términos del artículo 35 de la LFCE no demuestra que no hayan cometido dichas conductas, ni puede generar la presunción respecto de los efectos (positivos o negativos) de una concentración que no se ha llevado a cabo. Al respecto, el análisis en materia de prácticas monopólicas tiene una naturaleza y un alcance totalmente distinto al que corresponde al análisis de control de concentraciones (como se explicó de forma detallada en los apartados II. Análisis y definición del mercado relevante y III. Indebida determinación del poder sustancial), razón por la cual la falta de antecedentes de prácticas monopólicas relativas en forma alguna puede ser un indicio o formar una presunción respecto de la falta de efectos contrarios al proceso de competencia; es decir, se trata de un análisis preventivo o ex ante cuyo resultado no depende del análisis o evaluación de conductas previas (ya sea de los notificantes o de terceros, como los que señalan las recurrentes). Admitir lo contrario sería equivalente a afirmar que debido a que una persona no ha sido multada por una infracción de tránsito se le debe expedir un permiso o una autorización para circular en una zona en la que se prohíbe el tránsito de vehículos.

#### VI. Elementos del artículo 13 del RLFCE

SW y AVISEP adicionalmente señalaron:

*(i) Indebida valoración del artículo 13, fracción I del RLFCE.*

La CFC realizó un análisis indebido del “*grado de posicionamiento de los bienes y servicios en el mercado relevante*”,<sup>232</sup> en virtud de que: (i) el referido “*análisis*” es conclusivo y no analítico, por lo tanto, carece de una debida motivación en perjuicio de SW y AVISEP; (ii) contiene declaraciones conclusivas –no analíticas– que no tienen relación con el artículo 13, fracción I del RLFCE que se analiza; y (iii) dichas declaraciones conclusivas son incorrectas.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

Al respecto, la fracción I del artículo 13 del RLFCE señala que para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante se debe considerar el grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante. La CFC remitió a diversos elementos analizados a lo largo de la sección que corresponde al análisis de poder de mercado de SW y COMEX precisamente debido a que esos elementos son los que permiten identificar cómo se posicionan los bienes materia de análisis

<sup>232</sup> Página 92 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

en el mercado relevante. En particular, la CFC consideró los siguientes elementos en la página 92 de la RESOLUCIÓN:

1. La acumulación de participación de mercado que tendría el nuevo agente económico resultante de la operación SW-COMEX.

Dicho señalamiento permite entender la posición que tendría el nuevo agente económico en el mercado de recubrimientos decorativos frente al resto de sus competidores, en términos de la participación de mercado que tendrían en conjunto como resultado de la operación.

2. El señalamiento que reitera que los índices de concentración en el mercado de recubrimientos decorativos se ubican por arriba de los umbrales establecidos por la CFC.

Dicho señalamiento permite entender la posición que tendría el nuevo agente económico en el mercado de recubrimientos decorativos frente al resto de sus competidores, en términos del cálculo de los índices de concentración. No debe perderse de vista que las variaciones en el índice de Herfindahl referidas para el mercado de recubrimientos decorativos constituyen precisamente un indicador o una medida que permite ubicar la posición de los agentes económicos que pretenden concentrarse frente al resto de los competidores: mientras más alto sea el índice de variación, más concentrado, y menos competitivo es el mercado.

3. La acumulación del sistema de distribución más grande del mercado mexicano, e incluso, de América Latina.

Dicho señalamiento permite entender la posición del sistema de distribución que tendría SW como resultado de la operación, al señalar datos que permiten ubicar su posición frente al resto de sus competidores en México (señalando que sería el sistema de distribución más grande del mercado mexicano e incluso de América Latina).

4. La referencia sobre la importancia del control de la red de distribución [REDACTED] \* de COMEX.

Las referencias sobre la extensión de dicha red [REDACTED] \* así como a las características de la misma (una red operada por [REDACTED] \* concesionarios que están distribuidas a lo largo de todo el país) y al valor de las ventas que representa [REDACTED] \* por ciento de las ventas totales de COMEX), permiten entender la importancia que tiene el hecho de que dicha red de distribución se refiera a bienes que se distribuyen de forma [REDACTED] \*. El hecho de que los demás competidores no tengan acceso a la red de distribución de COMEX, junto con el análisis de las participaciones de mercado referido en el mismo apartado, permite entender el grado de posicionamiento de los bienes que habrá de producir, comercializar y distribuir el agente económico resultante de la operación.

5. La acumulación, por parte de SW, del portafolio de marcas de COMEX como resultado de la operación.

La operación significaría la acumulación, por parte de SW, del mayor portafolio de marcas con reconocimiento en la industria. Dicha situación expresada en la RESOLUCIÓN permite ubicar o posicionar la importancia relativa de la operación en términos del portafolio de marcas involucrado.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

6. La importancia del reconocimiento de las marcas de COMEX y SW.

En particular, el señalamiento al lugar que ocupan las marcas de en el ranking que refiere el posicionamiento de las marcas es un claro indicador del posicionamiento de las mismas y, por lo tanto, del grado de posicionamiento que tienen los bienes que COMEX y SW producen, comercializan y distribuyen en el mercado relevante.

De conformidad con lo anterior, y en sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, la CFC no se limita a incluir meras “declaraciones conclusivas”, pues los elementos referidos en la página 92 de la RESOLUCIÓN cumplen una función específica consistente precisamente en indicar el grado de posicionamiento de los bienes que SW y COMEX producen, distribuyen y comercializan en el mercado relevante.

En este sentido, si bien es cierto que no se analizan hechos adicionales específicos o distintos a los que ya se habían analizado al encuadrar diversos hechos en los supuestos normativos del artículo 13 de la LFCE y 12 del RLFCE, dicha situación no conlleva o implica ningún perjuicio o falta de motivación, pues los mismos hechos se encuadran en un supuesto normativo distinto, con la finalidad de entender el posicionamiento de los bienes en el mercado relevante, es decir, las diferencias y las características relevantes que tienen SW y COMEX frente a sus competidores en el mercado relevante (en términos de las participaciones de mercado de los recubrimientos decorativos que comercializan, distribuyen y comercializan SW y COMEX, los índices de concentración, el sistema y la red de distribución que utilizan para distribuir dichos bienes y la importancia del portafolio y el posicionamiento de sus marcas frente a las de sus competidores).

Por lo tanto, es falso que el análisis que corresponde a la aplicación de la fracción I del artículo 13 del RLFCE sea meramente conclusivo y no analítico; asimismo, es incorrecto afirmar que los elementos analizados no guardan relación con dicho precepto normativo.

En cuanto a las manifestaciones sobre el supuesto contenido incorrecto de las “declaraciones conclusivas” se señala que en los siguientes argumentos SW y AVISEP explican las razones específicas por las que consideran que dichos señalamientos son incorrectos de forma específica, razón por la cual se analizan a continuación.

**SW y AVISEP adicionalmente señalaron:**

a) La CFC reproduce de nueva cuenta su ilegal conclusión consistente en que la CONCENTRACIÓN supuestamente daría origen a un nuevo agente económico en México que acumularía una participación de mercado de entre [redacted]\* y hasta [redacted]\* que tendría como resultado superar los umbrales de los índices de concentración establecidos por la COMISIÓN.

Dicho elemento no es materia del análisis del grado de posicionamiento de los bienes y servicios en el mercado relevante previsto en el artículo 13, fracción I del RLFCE. Tal circunstancia es suficiente para concluir la ilegalidad del análisis realizado en la RESOLUCIÓN, pues no existe relación entre la hipótesis legal que se analiza y la conclusión que se señala, lo cual constituye una indebida motivación que causa agravio a SW y AVISEP.

Con independencia de lo anterior, tal afirmación es ilegal. SW y AVISEP acreditaron que cualquier dato, argumento o conclusión de que la participación de mercado resultante

sería de [REDACTED] \* es inválida, pues la CFC llega a tal conclusión indebida basada en una participación de mercado de [REDACTED] \* que ha sido plenamente desvirtuada en el presente Recurso de Reconsideración, por lo tanto, resulta inválida.

b) La CFC determinó de manera ilegal, sin fundamento o motivación que *“la operación conllevará a la acumulación, por parte de SW del sistema de distribución más grande del mercado mexicano e, incluso, de América Latina”*.

Dicho elemento no es materia del análisis del grado de posicionamiento de los bienes y servicios en el mercado relevante previsto en el artículo 13, fracción I del RLFCE. Tal circunstancia es suficiente para concluir la ilegalidad del análisis realizado en la RESOLUCIÓN, pues no existe relación entre la hipótesis legal que se analiza y la conclusión que se señala, lo cual constituye una indebida motivación que causa agravio a SW y AVISEP. Además, tal afirmación carece de motivación.

Resulta irrelevante si la CONCENTRACIÓN conllevará o no la acumulación del sistema de distribución más grande de América Latina, pues (i) no existe evidencia de ello en el EXPEDIENTE y (ii) lo más importante, la Concentración que se analiza es dentro de México y no a nivel Latinoamérica.

Asimismo, la afirmación de que SW acumularía *“el sistema de distribución más grande del mercado mexicano”* no tiene fundamento legal ni probatorio. La CFC fue omisa en valorar la evidencia contenida en el EXPEDIENTE, de la que se desprende claramente que los más de [REDACTED] \* puntos de venta son de los concesionarios, quienes son distribuidores independientes. Esto significa que COMEX no los controla, sino que sólo tiene con ellos una relación contractual que puede [REDACTED] \*

[REDACTED] \* La CFC también omisa al respecto en analizar que el dueño de la relación con el consumidor final de los productos COMEX, no es COMEX, sino cada concesionario en cada punto de venta que opera.

La relación contractual entre COMEX y sus subsidiarias independientes se puede [REDACTED] \*

[REDACTED] \* Lo anterior implica que para que la relación contractual entre COMEX y sus distribuidores sea exitosa, los precios de los productos COMEX tienen que ser y permanecer competitivos.

En conclusión, como resultado de la concentración, SW no adquiriría ningún *“sistema de distribución”*, pues los distribuidores que no se sienten cómodos con SW como comprador de COMEX, tienen la opción de [REDACTED] \*

c) La CFC afirma de manera ilegal que *“[COMEX] controla una red [REDACTED] \* de venta al por menor constituida por [REDACTED] \* tiendas, que son operadas por [REDACTED] \* concesionarios y que están distribuidas a lo largo de todo el país y que representan [REDACTED] \* por ciento de sus ventas totales”*



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

Como se señaló en el inciso (b) anterior, esta afirmación es incorrecta y por ende ilegal. No existe “control” de COMEX de una “red <sup>\*</sup> de venta”. Por el contrario, el EXPEDIENTE demuestra que los contratos celebrados entre COMEX y terceros son de distribución <sup>\*</sup> entre partes independientes. Por tal motivo, no existe control.

Esta imputación de “control” realizada en la página 92, implica que la RESOLUCIÓN carece de congruencia interna, pues resulta contradictoria e inconsistente con lo señalado previamente en la página 70 de la RESOLUCIÓN, en la que la COMISIÓN reconoció (al analizar la existencia de barreras de entrada) que “Estas tiendas son establecidas mediante contratos entre [COMEX] y sus concesionarios <sup>\*</sup> en los cuales se estipula que los concesionarios no son empleados de [COMEX] y que las tiendas son entidades independientes de [COMEX]”

En conclusión, el supuesto “control” imputado por la RESOLUCIÓN al analizar el artículo 13, fracción I del RLFCE es incorrecto desde el punto de vista legal y material, para motivar el análisis de la CFC.

En la página 92 de la RESOLUCIÓN, la CFC determinó de manera ilegal que el nuevo agente económico resultante de la concentración detentaría una participación de mercado de entre el <sup>\*</sup> y hasta el <sup>\*</sup> y superaría los umbrales de los índices de concentración establecidos por la CFC. Al respecto, se enfatiza que SW y AVISEP ya combatieron dichos cálculos de participación de mercado y explicaron por qué en esta industria las participaciones de mercado a nivel nacional resultan irrelevantes, tomando en consideración la presión competitiva existente a nivel local, así como la inexistencia de barreras de entrada.

La RESOLUCIÓN señala ilegalmente en este apartado que COMEX controla una “red <sup>\*</sup> de venta al por menor constituida por <sup>\*</sup> tiendas”. En el capítulo IV de este Recurso, SW y AVISEP combatieron la existencia de la referida “red”,<sup>233</sup> considerando tal como lo reconoció la misma CFC-, que las necesidades de recubrimientos de los consumidores son satisfechas de manera local y que por ende resulta irrelevante para el consumidor: (i) el número de tiendas que distribuyen los productos de COMEX y (ii) el hecho de que estén localizadas a lo largo del país, lo cual destruye la teoría de la existencia de una supuesta red nacional. La presencia de competidores locales exitosos a lo largo y ancho del país quiere decir que la supuesta red no constituye una ventaja definitiva ni una barrera de entrada al mercado. En cada ciudad pueden identificarse competidores locales que producen, distribuyen y comercializan recubrimientos de manera exitosa. La ausencia de economías de escala y de amplio acceso a insumos y tecnologías permite la existencia de producción local competitiva. En el establecimiento de sistemas de distribución y comercialización sucede igualmente y enfrenta pocas barreras de entrada. Esto quiere decir que la competencia no es solo posible en teoría, sino en la práctica cotidiana, sin el establecimiento de una amplia supuesta red de distribución nacional, como lo pretende hacer valer la CFC.

<sup>233</sup> Técnicamente, “el sistema de distribución de Comex” no es una economía de red. Por ejemplo, en una economía de redes, el consumidor se beneficia del aumento de usuarios (vrg., cajeros automáticos o redes sociales), lo que no se acredita suceda en el caso. No obstante, el hecho de que los consumidores se abastezcan localmente descarta el concepto de economía de redes que aduce la CFC, en donde el número de tiendas a nivel nacional no tiene importancia para el consumidor.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

COMEX no controla a sus distribuidores. Como se ha argumentado y acreditado en el presente Recurso de Reconsideración, los distribuidores de COMEX (concesionarios) son terceros independientes que pueden cambiar de proveedor [REDACTED] \*  
\* [REDACTED] Por ello, cualquier intento de SW-COMEX de incrementar los precios de manera indebida o cometer una práctica monopólica, tendría como resultado el que los concesionarios cambiaran de proveedor, lo cual pone evidencia que COMEX (y SW-COMEX un vez que se apruebe la concentración) no controla a los concesionarios. Recuérdese que el hecho de que el dueño de la relación con el consumidor final de los productos de COMEX, no es COMEX, sino concesionario tendría el efecto de una eventual pérdida de ventas y clientes para el concesionario. También tendría un incentivo para cambiar de proveedor ante [REDACTED] \*  
\* [REDACTED] Desde luego la CFC no abordó nada de esto en la RESOLUCIÓN.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Respecto de la supuesta conclusión ilegal en materia del análisis de participaciones de mercado entre [REDACTED] \* y hasta [REDACTED] \* los cuales tuvieron como resultado superar los umbrales de los índices de concentración establecidos por la COMISIÓN, así como la afirmación según la cual las conclusiones sobre dichas participaciones de mercado están bastadas en una participación de mercado de [REDACTED] \* que (según las recurrentes) ha sido desvirtuada en su recurso y resulta inválida, se señala que, tal y como lo señalan las recurrentes, se trata de manifestaciones que únicamente reiteran señalamientos incluidos en otra parte de su recurso de reconsideración. Por dicho motivo, se remite al apartado III. Indebida determinación del poder sustancial en el cual se analizan dichas manifestaciones para evitar repeticiones innecesarias.

Por otro lado, respecto del argumento según el cual no tiene fundamento legal ni probatorio la afirmación de que SW acumularía “*el sistema de distribución más grande del mercado mexicano*” debido a que COMEX no controla a los distribuidores independientes, se señala lo siguiente:

Controlar la red de distribución de COMEX (como lo señala la RESOLUCIÓN) no es lo mismo que controlar a los distribuidores a través de la propiedad de los puntos de venta, situación que en ningún momento se estableció en dicha RESOLUCIÓN, toda vez que ni de forma explícita o implícita se afirma que COMEX sea propietario de los puntos de venta.

En realidad, lo que la señala es que “*COMEX cuenta con un sistema de distribución de sus recubrimientos decorativos que consta de [REDACTED] \* tiendas propiedad de concesionarios [REDACTED] \* las cuales están ubicadas en los distintos estados de la República Mexicana*”.

Asimismo, la RESOLUCIÓN señala que “*Comex controla una red [REDACTED] \* de venta al por menor constituida por [REDACTED] \* tiendas, que son operadas por [REDACTED] \* concesionarios y que están distribuidas a lo largo de todo el país y que representan [REDACTED] \* por ciento de sus ventas totales*”.

Al respecto, a través del anexo 20 del escrito de veintidós de febrero de dos mil trece AVISEP presentó un listado sobre la ubicación de las [REDACTED] \* tiendas de pinturas operadas por los concesionarios de Grupo Comex en las treinta y dos entidades federativas del territorio nacional.

Asimismo, mediante la PRESENTACIÓN EJECUTIVA presentada por SW y AVISEP el veinticuatro de junio de dos mil trece, las promoventes señalaron lo siguiente:<sup>234</sup>

*"Comex cubre un amplio rango de clientes a través de su red de distribución [redacted] \* de pintura con más de [redacted] \* tiendas.*

*-La red [redacted] \**

*-Las tiendas son operadas por [redacted] \* concesionarios."*

La existencia de dicha red de distribución integrada por más de [redacted] \* tiendas operadas por [redacted] \* distribuidores se corrobora con el contenido de las páginas de Internet de COMEX. En la página ubicada en la dirección electrónica <http://www.comex.com.mx/red-distribucion-comex> se señala lo siguiente:

*"En Comex somos una empresa global con la red de distribución más grande del mundo en México con presencia estratégica en Norte y Centroamérica.*

[...]

*Dentro de la República Mexicana, en Comex contamos con cerca de 3,700 puntos de ventas que brindan soluciones ilimitadas con un completo portafolio de productos para cada necesidad."*<sup>235</sup>

Asimismo, en la página de Internet identificado con la dirección [http://www.comex.com.mx/Infografia\\_mundo](http://www.comex.com.mx/Infografia_mundo), se señala que COMEX cuenta con más de 3,300 tiendas en México y se indica la existencia de setecientos setenta y cinco concesionarios COMEX en la República Mexicana.

Se reitera que controlar la red de distribución de COMEX no es lo mismo que controlar a los distribuidores de COMEX a través de la propiedad de los puntos de venta, ya que en ningún momento se dijo que estuviera integrado verticalmente con ellos.

La CFC señaló claramente en la página 24 de la RESOLUCIÓN, así como en página 70 de la misma que los concesionarios son independientes de COMEX:

*"[...] El canal concesionarios consiste en tiendas que no pertenecen a Comex sino a terceros independientes que distribuyen de forma [redacted] \* los productos Comex."<sup>236</sup> En este rubro Comex cuenta con [redacted] \* tiendas [...] <sup>237</sup> [Página 24 de la RESOLUCIÓN]*

*[...] Comex cuenta con un sistema de distribución de sus recubrimientos decorativos que consta de [redacted] \* tiendas propiedad de concesionarios [redacted] \* las cuales están ubicadas en los distintos estados de la República Mexicana.*

*Estas tiendas son establecidas mediante contratos entre Comex y sus concesionarios [redacted] \* en los cuales se estipula que los concesionarios no son empleados de Comex y que las tiendas son entidades independientes de Comex."*

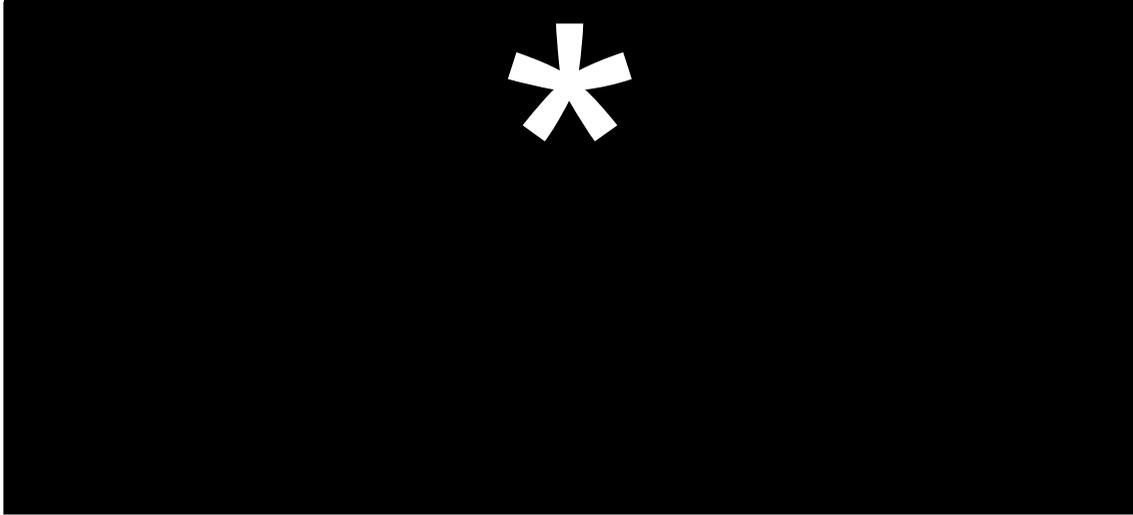
<sup>234</sup> Se señala que mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece, se elaboró la traducción de las partes relevantes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y se incorporó la misma dentro del EXPEDIENTE.

<sup>235</sup> Véase la página: <http://www.comex.com.mx/red-distribucion-comex>

<sup>236</sup> El término "independientes" se refiere a que no tienen ninguna dependencia corporativa o laboral con COMEX.

<sup>237</sup> De acuerdo con la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, en los años setenta Comex contaba con [redacted] \* tiendas de pintura a nivel nacional. Folio 5782.

Asimismo, en el pie de página 83 que se encuentra en la misma página 70 de la RESOLUCIÓN, la CFC señala:



Lo anterior demuestra que la CFC no fue omisa en considerar la independencia de los concesionarios, como erróneamente señalan las recurrentes. Además, la CFC también reconoció que los concesionarios son el principal canal de ventas de COMEX (página 71 de la RESOLUCIÓN).

No obstante que la propia CFC reconoció la independencia de los concesionarios, la RESOLUCIÓN consideró que COMEX controla la red de distribución por diversos elementos, entre los que destacan:

- a) Los concesionarios de COMEX [REDACTED] \* COMEX y, de no ser así, [REDACTED] \* [REDACTED] contrato<sup>238</sup>.
- b) Los concesionarios de COMEX forman una parte importante de la imagen que esta empresa tiene en el mercado ya que todas las tiendas deben tener los colores y logotipos que los identifican como concesionarios de COMEX.<sup>239</sup>
- c) Es un hecho que la mayoría de los concesionarios tiene décadas siendo concesionarios de COMEX.

Estos elementos descritos en la RESOLUCIÓN no son controvertidos por las recurrentes, por lo que se confirman. Estas características de la relación de COMEX con sus concesionarios permiten considerar que si bien son entes independientes en términos de propiedad, están vinculados a través de una relación comercial estrecha, construida a lo largo de años, que determina que el valor del negocio de los concesionarios depende de que expendan de manera [REDACTED] \* [REDACTED] productos COMEX y que se identifique el negocio con dichas marcas.

Asimismo, se observa que en el expediente existen elementos que contradicen los argumentos de las recurrentes en el sentido de que SW no acumularía una red de distribución mediante la transacción y que COMEX no tiene control sobre la misma debido a las características referidas de los contratos con los concesionarios.

<sup>238</sup> Página 71 de la RESOLUCIÓN

<sup>239</sup> *Ibíd.*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En particular, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA presentada por SW y AVISEP el veinticuatro de junio de dos mil trece refiere lo siguiente respecto a la estrecha relación de COMEX con sus concesionarios y a través de ellos con sus consumidores:<sup>240</sup>

1. De acuerdo con la cita anterior, COMEX cubre un amplio rango de clientes a través de su red de distribución \* de pintura con más de \* tiendas.
2. En la lámina 20, se señala que el conocimiento de sus consumidores y la \* percepción de su marca permite a COMEX anticipar y establecer tendencias en el mercado.
3. En la lámina 22 se detalla cómo – COMEX obtiene datos del comportamiento de sus clientes

\*

4. En la lámina 30, específicamente describe cómo COMEX atiende a sus clientes a través de sus concesionarios. Para ello COMEX invierte en \*

\*

5. En la lámina 31, se describe la existencia de una estructura de obligaciones y compromisos legales entre COMEX y sus concesionarios. Entre las cláusulas y términos clave destacan: el

\*

Por otro lado, mediante el escrito presentado el veintidós de febrero de dos mil trece por SW, en la respuesta a la pregunta 65 dicha persona moral manifestó que no anticipa cambios significativos al modelo de distribución utilizado por el Grupo Comex después de consumada la operación. Estos elementos permiten concluir que SW efectivamente prevé acumular la red de distribución de COMEX, mediante la transacción.

<sup>240</sup> Se señala que mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece, se elaboró la traducción de las partes relevantes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y se incorporó la misma dentro del EXPEDIENTE.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En virtud de las relaciones comerciales descritas, la CFC consideró adecuadamente que a pesar de que los concesionarios son empresarios independientes, COMEX controla la red de distribución. Los elementos vertidos permiten concluir que la facilidad para [REDACTED] \*

[REDACTED] no acredita la existencia o posible existencia de presión competitiva, ni el hecho de que los precios de COMEX tengan que ser y permanecer competitivos, como lo señalan las recurrentes. En respuesta a dichos argumentos se señala que la [REDACTED] \*

concesionarios de COMEX, de ninguna forma elimina o disminuye el control que tiene dicha empresa sobre su red de concesionarios (por ejemplo, en términos de la política de precios y [REDACTED] \*). Asimismo, dichas relaciones contractuales no otorgan de manera alguna el acceso de los competidores a la red de distribución de COMEX: desde luego que un concesionario podría dejar de vender pinturas de COMEX [REDACTED] \* pero si éste concesionario decidiera vender pinturas de la competencia en forma alguna tendría acceso a la red de distribución de COMEX (ni podría construirla en un plazo breve y sin incurrir en distintos tipos de costos significativos). De esta manera, es falso que se las relaciones contractuales entre COMEX y sus concesionarios garanticen una presión que tienda por sí misma a disciplinar sus precios. Respecto al análisis de la red de distribución como una barrera a la entrada se remite al apartado "IV. Análisis de barreras de entrada" para evitar repeticiones innecesarias.

Asimismo, las recurrentes no demuestran su afirmación respecto a que cualquier intento de SW-COMEX de incrementar los precios de manera indebida tendría como resultado el que los concesionarios cambiaran de proveedor. Al respecto, no ofrecen un solo dato que demuestre que algún concesionario ha rescindido el contrato ante un incremento en el precio de la pintura por parte de COMEX. En términos generales, si bien los concesionarios pueden cambiar en cualquier momento de proveedor, las recurrentes no presentaron evidencia que muestre que algún concesionario ha rescindido el contrato para cambiar de proveedor y convertirse en concesionario y/o distribuidor de otra marca de recubrimientos decorativos.

Por otra parte, debido a que COMEX controla y establece tanto [REDACTED]

[REDACTED] no existe evidencia de que un incremento en los precios de los productos a los concesionarios implique una disminución en su margen de ganancia por unidad vendida. En otras palabras, un incremento en los precios al concesionario puede ir acompañado por un incremento al precio al consumidor final, por lo que el margen por producto vendido que obtiene el concesionario se mantendría intacto.

Además, una eventual pérdida de ventas, como la que suponen las recurrentes no garantizaría que los concesionarios rescindieran sus contratos. Suponiendo [REDACTED] \*

[REDACTED] \* como afirman las recurrentes, las PARTES no muestran como eso es un incentivo para cambiarse de proveedor. En otros términos, establecer unos bajos costos de salida de un mercado, por ejemplo, [REDACTED] \* no crea incentivos para que los clientes de ese contrato cambien de proveedor o vayan con la competencia, sino que proporciona garantías y certidumbre para la firma del contrato, porque las empresas saben que, cuando se requiera, podrán salir del mercado fácilmente, pero no es un incentivo para que lo hagan.

Por otro lado, es cierto que la concentración que se analiza es respecto del mercado mexicano; sin embargo, el señalamiento según el cual *“la operación conllevaría a la acumulación, por parte de SW, del sistema de distribución más grande del mercado mexicano e, incluso, de América Latina”*, no tiene como objeto ni alcance extender el mercado relevante que se analizó dentro del expediente CNT-095-2012, sino que se trata de una afirmación que busca ubicar la posición de COMEX frente al resto de sus competidores en México (señalando que sería el sistema de distribución más grande del mercado mexicano e incluso de América Latina); es decir, se trata de un señalamiento que permite dimensionar la posición relativa de COMEX frente a sus competidores en México al destacar su presencia regional.

De esta manera, en sentido contrario a lo manifestado por las recurrentes, sí obra información dentro del EXPEDIENTE que permite concluir que *“la operación conllevaría a la acumulación, por parte de SW, del sistema de distribución más grande del mercado mexicano e, incluso, de América Latina”*.

Mediante la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, las promoventes señalaron lo siguiente:<sup>241</sup>

*“Comex cubre un amplio rango de clientes a través de su red de distribución [REDACTED] \* de pintura con más de [REDACTED] \*”*

*“-La red [REDACTED] \*”*

Los señalamientos anteriores se corroboran con el contenido de las páginas de Internet de COMEX. En la página ubicada en la dirección electrónica <http://www.comex.com.mx/red-distribucion-comex> se señala lo siguiente:

*“En Comex somos una empresa global con la red de distribución más grande del mundo en México con presencia estratégica en Norte y Centroamérica.*

[...]

*Dentro de la República Mexicana, en Comex contamos con cerca de 3,700 puntos de ventas que brindan soluciones ilimitadas con un completo portafolio de productos para cada necesidad.”<sup>242</sup>*

En la página ubicada en la dirección electrónica <http://www.thecomexgroup.com/es/Default.aspx#company/comex> se señala lo siguiente:

*“A mediados de la década de los 90, Comex inició su expansión en América Central, llevando toda su gama de productos a cuatro países de la región, en sociedad con inversionistas locales y usando la misma estructura de comercialización que tiene México.*

*A partir de 1994, el modelo de negocios se introdujo en Guatemala, Belice, El Salvador y Panamá.*

*En el año 2000, Comex asumió la administración del negocio en estos países y continuó la expansión por la región, al iniciar operaciones en Costa Rica, en Honduras y en Nicaragua.*

*A mediados de la década de los 90, Comex inició su expansión en América Central, llevando toda su gama de productos a cuatro países de la región, en sociedad con inversionistas locales y usando la misma estructura de comercialización que tiene México.*

<sup>241</sup> Se señala que mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece, se elaboró la traducción de las partes relevantes de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y se incorporó la misma dentro del EXPEDIENTE.

<sup>242</sup> Véase la página: <http://www.comex.com.mx/red-distribucion-comex>

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*A partir de 1994, el modelo de negocios se introdujo en Guatemala, Belice, El Salvador, y Panamá.*

*En el año 2000, Comex asumió la administración del negocio en estos países y continuó la expansión por la región, al iniciar operaciones en Costa Rica, en Honduras y en Nicaragua.*

*La incursión de Comex en el mercado centroamericano ha sido muy exitosa, al punto que hoy cuenta con 32 tiendas en Guatemala, 17 en El Salvador y otro tanto en Panamá, 12 en Honduras, ocho en Costa Rica, cuatro en Nicaragua y una en Belice.”*

Asimismo, respecto de la afirmación según la cual el sistema de distribución de COMEX no es una economía de red, se señala que en la RESOLUCIÓN no se hizo ningún pronunciamiento sobre la existencia de una economía de red.

Por otro lado, respecto de los argumentos según los cuales las necesidades locales de los consumidores acreditan que el número de tiendas y su localización a lo largo del país son irrelevantes y que no existen barreras a la entrada, se remite al apartado “IV. Análisis de barreras de entrada”, para evitar repeticiones innecesarias.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

La RESOLUCIÓN señala indebidamente que el \* de las ventas totales de COMEX corresponden a los concesionarios. Cualquiera que sea el porcentaje, la CFC asume que todas estas ventas son realizadas directamente en las tiendas, precisamente para invocar indebidamente un efecto mayor del número de tiendas existentes y sus ventas. Como se ha acreditado a lo largo del proceso de notificación, existe una importante cantidad de proyectos en los cuales si bien las ventas son realizadas por los concesionarios, no se realizan en las tiendas sino que son entregadas directamente en la localidad específica del proyecto. Esto demuestra que el número de tiendas resulta irrelevante para la distribución de recubrimientos.

Los argumentos anteriores resultan inoperantes en virtud de que no combaten los razonamientos ni los elementos de convicción que sustentan la RESOLUCIÓN.

En particular, la CFC nunca señala en la RESOLUCIÓN que el número de tiendas que conforman la red de distribución de COMEX constituya una barrera a la entrada. De hecho, el porcentaje de las ventas que realizan los concesionarios a través de las tiendas o mediante entregas directas es completamente irrelevante tanto en materia del análisis más específico de barreras a la entrada como a la luz del análisis más amplio respecto del análisis de poder de mercado. La CFC señala que un nuevo competidor necesitaría contar con un sistema de distribución efectivo, lo que en el caso de COMEX ha llevado décadas en desarrollarse y es muy difícil de replicar en el corto plazo debido a la necesidad de formar una relación de confianza y cercanía entre proveedores y distribuidores, así como debido a la importancia de tener un portafolio de marcas bien posicionadas y que gocen de reconocimiento, lo cual sería altamente costoso e implicaría plazos importantes para entrar e impactar significativamente al mercado.<sup>243</sup> Las tiendas de los concesionarios de COMEX se encuentran distribuidas en todos los estados de la República Mexicana. Se debe destacar, tal como se expone en la página 77 de la RESOLUCIÓN, que la capacidad de su red de distribución ha permitido a COMEX realizar asociaciones y contratos con terceras empresas para la distribución sus productos: \*

<sup>243</sup> Páginas 70 a 88 de la RESOLUCIÓN.



Por lo anterior, se demuestra que la CFC en ninguna parte de la RESOLUCIÓN menciona que el número de tiendas que conforman la red de distribución de COMEX sea una barrera a la entrada en el mercado, sino que conforma una de las características de dicha red de distribución, entre las que destacan: la cobertura nacional y la capacidad de la red. Además se debe recordar que la red de distribución de COMEX ha tardado años en desarrollarse, por lo que es muy difícil que un nuevo competidor pueda establecer una red de distribución similar en el corto plazo; por lo anterior, se llegó a la conclusión de que la red de distribución de COMEX constituye una barrera a la entrada al mercado de recubrimientos decorativos para un nuevo competidor.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**Finalmente, la CFC se refiere indebidamente al reconocimiento de las marcas de COMEX y SW. La interpretación de dicho reconocimiento ha sido debidamente impugnada en el capítulo IV, inciso (iv) del presente recursos de reconsideración.**

**d) La CFC determinó ilegalmente que “La operación también incluirá la acumulación, por parte de SW, del portafolio de marcas de Comex. Comex es actualmente la marca [REDACTED] México y SW es la [REDACTED] marca en el mercado con mejor posicionamiento”.**

Referimos a la CFC a los argumentos señalados en el capítulo IV, inciso (iv) de este recurso de reconsideración para desvirtuar dicha información. La CFC indebidamente pone demasiado énfasis en el reconocimiento “*top of mind*” de las marcas en el mercado de recubrimientos decorativos. El hecho de que COMEX y SW pudieran ser percibidas como marcas “*top of mind*” no es evidencia contundente de que el reconocimiento de marcas sea el factor determinante en el consumidor para la adquisición de productos decorativos pertenecientes a dichas marcas.

No existe evidencia en el EXPEDIENTE que permita llegar dicha conclusión. Por el contrario, el sólo hecho de que al menos el [REDACTED] del volumen de ventas totales del mercado de recubrimientos decorativos ocurra en marcas distintas de COMEX y SW, indica que dicho reconocimiento de marcas no es el factor de decisión para el consumidor y que existen opciones viables para el consumidor.

Por el contrario, como se acreditó en el Anexo 14, SW y AVISEP exhibieron información que contiene claros ejemplos de las diversas marcas que tienen los principales participantes del mercado extranjero y que compiten con COMEX y SW a nivel local, regional y nacional.

La CFC reconoció que los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local, tal como se determinó en la página 50 de la RESOLUCIÓN. Lo anterior significa que compañías locales/regionales como Mapla en el sureste de México, Casther y PRISA en el Occidente, por ejemplo, ejercen disciplina competitiva a COMEX y SW, a pesar de que éstas últimas pudieran ser reconocidas como “*top of mind*”. Esta característica específica nunca fue materia del análisis por la CFC a página 92, ni en el resto de la RESOLUCIÓN, razón por la cual carece de una adecuada motivación que causa agravio a SW y AVISEP.



1403

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

La CFC debió haber concluido que en virtud de que los consumidores se abastecen a nivel local, existen múltiples opciones y competencia entre marcas e incluso entre productos sin marcas, de entre los cuales pueden escoger una amplia variedad de alternativas para satisfacer sus necesidades, sin importar la marca que en su caso pudieran reconocer como “*top of mind*”. Tal cuestión es suficiente para revocar la RESOLUCIÓN.

Los argumentos anteriores resultan infundados en virtud de las siguientes consideraciones:

Una buena parte de los argumentos referidos constituyen reiteraciones de las manifestaciones que ya han sido analizadas previamente en el apartado “IV. Análisis de barreras de entrada”, por dicho motivo se remite al mismo para evitar repeticiones innecesarias.

No obstante, respecto de las manifestaciones adicionales se señala que el reconocimiento de la marca y la promoción de productos requieren de inversiones considerables en publicidad, como se establece en las páginas 79 y 80 de la RESOLUCIÓN.

La CFC consideró diversos elementos de convicción, no sólo el análisis de las marcas más recordadas espontáneamente (*top of mind*) que proviene de la información que presentaron los recurrentes mediante la PRESENTACIÓN EJECUTIVA. En el caso del análisis en materia de la relevancia de las marcas la RESOLUCIÓN hace referencia: (i) a los amplios portafolios de marcas con que cuentan las recurrentes, (ii) al número y variedad de marcas de los promoventes, (iii) a los resultados de diversas encuestas que tuvieron como objetivo identificar a las marcas mejor posicionadas y determinar los usos y hábitos de los sujetos encuestados respecto de la adquisición de recubrimientos; (iv) a la información que las mismas promoventes presentaron en relación con el posicionamiento de sus propias marcas.

Por otro lado, las recurrentes señalan que el sólo hecho de que al menos el \* del volumen de ventas totales del mercado de recubrimientos decorativos ocurra en marcas distintas de COMEX y SW, indica que dicho reconocimiento de marcas no es el factor de decisión. Al respecto, se señala que de conformidad con el análisis incluido en el apartado “III. Indebida determinación del poder sustancial” la participación conjunta de COMEX y SW, en las ventas totales de recubrimientos decorativos no es de \*, como lo señalan. Al respecto, se remite a dicho apartado para evitar repeticiones innecesarias. No obstante, se señala que con independencia de los porcentajes de participaciones de mercado que tengan COMEX y SW, en las páginas 80 a 86 RESOLUCIÓN refirió los elementos de convicción específicos, e independientes de las participaciones de mercado, respecto del posicionamiento de las marcas de COMEX frente a las marcas específicas de otros competidores. La información referida proviene de diversas encuestas aplicadas en doce ciudades de la República Mexicana a diferentes tipos de consumidores. Los resultados de las encuestas incluyen los siguientes: i) los consumidores identificaron y refirieron distintas marcas de distintos competidores, dependiendo de la ciudad donde se realizó la encuesta; ii) la marca COMEX siempre fue mencionada como una de las más importantes dentro de las pinturas vinílicas; y iii) las marcas de SW tuvieron mayor reconocimiento en las marcas dirigidas a la industria.

La preponderancia del reconocimiento de las marcas COMEX también concuerda con lo señalado en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA respecto de las marcas más recordadas espontáneamente (*top of mind*). COMEX es \* por los pintores \* y por las amas de casa \*. Dichos datos se encuentran corroborados con el contenido de la página de Internet de COMEX, en particular en el sitio identificado con la dirección [http://www.comex.com.mx/Infografía\\_mundo](http://www.comex.com.mx/Infografía_mundo). La RESOLUCIÓN también



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

hace referencia en esta sección al posicionamiento de las marcas BEREL y SW que ocuparían el  
\* de acuerdo con la PRESENTACIÓN EJECUTIVA.

Lo que la CFC señaló respecto de los elementos que acreditan la barrera a la entrada fue lo siguiente: i) la necesidad de contar con marcas reconocidas para competir en el mercado, a partir la conformación de un amplio portafolio de marcas; ii) la inversión en publicidad necesaria para posicionar las marcas y iii) el posicionamiento de las marcas de COMEX frente a las marcas de otros competidores en varias ciudades. Con base en ello concluyó que la inversión en publicidad requerida para que una marca adquiriera presencia de mercado, de manera que le permita competir con marcas ya establecidas, es una barrera a la entrada.

Al respecto, y en lugar de combatir la totalidad de los razonamientos que la autoridad tomó en cuenta, las recurrentes se limitan a hacer notar la información contenida en el Anexo 14 respecto a las diversas marcas que tienen los que denomina "principales" participantes del mercado extranjero y que compiten con COMEX y SW a nivel local, regional y nacional. Dicha información únicamente contiene diversas columnas que contienen un número consecutivo, la marca o aviso comercial, la clase, el número de registro y la vigencia. En este sentido, la sola existencia de la marca no releva ningún dato relevante para el presente asunto, pues en realidad lo que interesa es el reconocimiento que tenga dicha marca por parte de los consumidores. De hecho, la inversión en publicidad aunada al reconocimiento de marca es lo que permitió llegar a la conclusión de que existía un portafolio de marcas en el caso de la operación notificada que constituía una barrera a la entrada importante al mercado. La prueba ofrecida no demuestra que el resto de los casos que exponen a través de los registros marcarios del IMPI efectivamente tengan un reconocimiento parecido por parte de los consumidores. Asimismo, las recurrentes señalan de forma general que existe un portafolio importante de los competidores, toda vez que algunos de ellos son identificados como los "principales participantes del mercado extranjero", no obstante, ni en el presente agravio ni de la información contenida en el Anexo 14 (así como de ninguno de los demás anexos que acompañan a su escrito, de conformidad con el análisis de sus pruebas admitidas que se encuentra en la sección CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS) se desprenden razonamientos o elementos que permitan identificar o comprobar el reconocimiento y posicionamiento de dichas marcas en el mercado de recubrimientos decorativos en México. La mera presentación de las marcas que realizan no es suficiente para demostrar que algún competidor en el mercado (ni siquiera aquellos denominados "principales") tendría la misma acumulación de marcas reconocidas por el consumidor que tienen tanto COMEX como SW

En todo caso, la existencia de las otras marcas que pretenden acreditar las recurrentes en nada modifica las conclusiones de la CFC respecto al posicionamiento de las marcas de SW y COMEX o respecto a la importancia de la inversión en publicidad y el tiempo que se requiere para que una marca adquiriera una presencia en el mercado que le permita competir con otras marcas establecidas. El hecho de que otros competidores también cuenten con marcas sólo corrobora que es necesario desarrollarlas para competir con otras marcas establecidas, como es el caso de COMEX y SW. Por lo anterior, el argumento señalado por las PARTES es insuficiente, pues registrar una o muchas marcas no es lo mismo que posicionarlas.

Los razonamientos anteriores resultan aplicables para el caso de las marcas locales señaladas por las recurrentes (Mapla en el sureste de México, Cather y PRISA en el Occidente). Al respecto, el mero señalamiento de que dichas marcas ejercen disciplina competitiva a COMEX y SW, sustentado únicamente con el argumento de que los consumidores se abastecen a nivel local, no es suficiente para desacreditar el análisis que llevó a cabo la CFC.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Lo anterior debido a que las recurrentes no aportan un solo dato que permita corroborar que dichos agentes económicos cuentan con un portafolio de marcas reconocido (ni siquiera a nivel local). Asimismo, tampoco aportan datos concretos que demuestre e posicionamiento a nivel local (mucho menos nacional) de Mapla, Casther y PRISA; es decir, no acreditan que dichas marcas generen presión competitiva (a nivel local y mucho menos nacional) sobre COMEX y SW.

Adicionalmente, en el caso de la empresa PRISA, la RESOLUCIÓN estableció que es la \* marca con mayor participación de mercado en recubrimientos decorativos, con una participación entre \* por ciento y \* por ciento. PRISA es señalada por los promotores como una empresa importante en el Occidente del país. Por lo tanto, PRISA es un competidor que ha sido capaz de incursionar en el mercado de recubrimientos decorativos de una manera local o regional, pero ha tenido un impacto limitado en el mercado nacional, y en su capacidad de disciplinar el mercado. Las recurrentes no aportan ningún elemento adicional que permita arribar a conclusiones distintas respecto de las afirmaciones que realizan en el caso de Mapla en el sureste de México y Casther.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*(ii) La CFC también valoró indebidamente la fracción II del artículo 13 del RLFCE (importaciones y costos de transportes). Tampoco valoró correctamente la nueva entrada —a través de importaciones—, de Masco Corp., a través de la marca BEHR, comercializada en THE HOME DEPOT.<sup>244</sup>*

La CFC reconoció la inexistencia de aranceles y cuotas compensatorias aplicables a los recubrimientos decorativos. Tal reconocimiento es trascendental pues implica que las importaciones de recubrimientos decorativos puedan entrar fácilmente al territorio mexicano, particularmente en el supuesto de que las PARTES aumentaran sus precios de manera anticompetitiva.

La CFC reconoció que las fuentes oficiales colocan a las importaciones en niveles altos; sin embargo, las mismas incluyen una amplia variedad de productos (decorativos, industriales, de protección, etc.) y no cuentan con cifras desagregadas respecto de los productos decorativos. La inexistencia de fuentes oficiales de datos desagregados en el mercado decorativo, no implica que la carga de la prueba debió revertirse a SW y AVISEP. SW y AVISEP no pueden probar un hecho imposible si la Secretaría de Economía no ha proveído las herramientas relevantes para tal efecto.

Como se ha mencionado, la CFC reconoció que los costos de flete desde distintos países (Estados Unidos, Canadá, etc.) para distintos tipos de recubrimientos representa entre el \* a \* del valor factura del producto. Dicho costo resulta insignificante respecto del valor-factura del producto. En consecuencia, la CFC debió haber limitado su análisis a la posibilidad de acceder a importaciones y no al número estimado de las importaciones actuales.

El mejor ejemplo de la entrada al mercado mexicano, a través de importaciones, es Masco Corp. Dicha empresa manufactura en los Estados Unidos sus productos decorativos, es la empresa número uno de recubrimientos decorativos en los Estados

<sup>244</sup> Páginas 92 y 93 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

Unidos y entró exitosamente al mercado mexicano a través de su marca BEHR. Dicha marca se encuentra disponible en todas y cada una de las 101 tiendas en THE HOME DEPOT existentes a lo largo del territorio nacional. Masco Corp., no tiene plantas en México e importa todos sus productos de los Estados Unidos.

De hecho, THE HOME DEPOT terminó en 2012 su relación con SW respecto de la marca Dutch Boy y decidió remplazarla con BEHR. El impacto de dicho reemplazamiento significó una importante pérdida en las ventas de SW en México. SW perdió aproximadamente el [REDACTED] de sus ventas de productos decorativos como resultado de esta entrada/expansión de mercado realizada por Masco Corp.<sup>245</sup>

El valor de las importaciones de BEHR en México no es información pública disponible para las Parte. No obstante, SW y AVISEP exhibieron una carpeta completa en la que se identifica quién es Masco Corp., así como qué representa la marca Behr. La CFC tuvo la oportunidad de, en ejercicio de sus facultades de investigación, requerir ya sea a THE HOME DEPOT o a Masco Corp., información adicional para confirmar o profundizar dichos datos. La CFC fue omisa en valorar las pruebas exhibidas por SW y AVISEP, así como en formular un requerimiento de información a cualesquiera de estas entidades.

Asimismo, existían pruebas adicionales de que la CFC omitió valorar el peso que las importaciones pudieran jugar en un futuro cercano, así como la posibilidad de mayores importaciones. SW y AVISEP exhibieron el siete de julio de dos mil trece, información pública contenida en el periódico Reforma<sup>246</sup> en la que la Vicepresidenta Senior para el Negocio Internacional de BEHR, fue citada por la periodista Karla Rodríguez en los siguientes términos:

*"Nosotros pensamos [Behr] que el mercado puede crecer a doble dígito... Estimamos nos convertiremos en el tercer competidor de mercado [después de SW-Comex y Berel] dijo."*

*...Behr produce sus pinturas en EU y las importa a México, donde las comercializa a través de la cadena The Home Depot."*

En suma, este tema juega un rol determinante para acreditar que existen bajas barreras de entrada al mercado decorativo, en virtud de que las importaciones al territorio nacional de los productos decorativos son fáciles, reales, actualmente están ocurriendo e incluso están aumentando. La RESOLUCIÓN también fue omisa en valorar tal circunstancia, por lo que se encuentra indebidamente fundada y motivada, causando otro agravio a SW y AVISEP.

**B. La CFC subestimó la importancia de las importaciones y específicamente la exitosa entrada de la marca Behr, así como la creciente importancia de Valspar y Grace.**

La CFC omitió requerir información a (i) la Secretaría de Economía; (ii) otros competidores, (iii) THE HOME DEPOT, Lowe's y cualquier otra tienda de artículos para

<sup>245</sup> Información adicional con relación a Masco Corp. Fue incluida como parte del Anexo 12.

<sup>246</sup> Estos periódicos tienen el valor probatorio de un indicio, de conformidad con lo establecido en el CFPC. No obstante lo anterior, la CFC tenía facultades de requerir información a Masco Corp., o a las oficinas de Behr en México para corroborar dicha información. El hecho de que la Comisión haya ignorado totalmente dicha información en la Resolución contraviene el principio de exhaustividad y transgrede las reglas de valoración de pruebas.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

mejora del hogar o supermercados; así como a (iv) la ANAFAPYT, para intentar obtener información adicional acerca de las importaciones actuales y potenciales.

El artículo 13, fracción II del RLFCE establece que para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, la CFC debe considerar la *“falta de acceso a importaciones o a la existencia de costos elevados de internación”*. En otras palabras, dicho artículo obliga a analizar que las importaciones son factibles, mas no que las mismas realmente ocurran. Por lo tanto, resulta irrelevante si las importaciones representan un pequeño o amplio porcentaje o si BEHR ha sido *“el único caso exitoso de una marca importada”*. Lo que realmente importa para el análisis de la fracción en cuestión es que las importaciones sean factibles debido a la ausencia de aranceles y cuotas compensatorias, así como bajos costos de transporte.

La RESOLUCIÓN carece de congruencia interna. Por una parte, reconoce en las páginas 92 y 93 que no existen restricciones a las importaciones y que el costo de transporte es bajo. Sin embargo, la RESOLUCIÓN de manera ilegal pretende valorar el impacto de las importaciones en productos decorativos, cuando dicha circunstancia resulta innecesaria conforme a la fracción II del artículo 13 del RLFCE. Conforme a dicho precepto sólo resulta relevante analizar si las importaciones son factibles para el supuesto de que SW-COMEX incurriera en comportamiento anticompetitivo.

La CFC incorrecta e ilegalmente tomó un hecho positivo (la presencia de BEHR como una marca importada) y lo transformó en una inferencia negativa (es *“el único caso exitoso de una marca importada”*) para disminuir la importancia de las importaciones y su factibilidad. El hecho de que BEHR haya entrado de manera exitosa al mercado mexicano, como la misma CFC lo reconoció, y de que de conformidad con las pruebas existentes en el EXPEDIENTE, BEHR busque convertirse en el tercer competidor tras la concentración de SW-COMEX, demuestran que: (i) existe una real y exitosa entrada a México de un competidor de los Estados Unidos; (ii) no existe temor o sentimiento de que el mercado decorativo se encuentra altamente concentrado; (iii) dicho mercado es atractivo y que los nuevos entrantes a través de importaciones ven oportunidades también; (iv) eventualmente, debido a la ausencia de aranceles y cuotas compensatorias, así como a los bajos costos de flete, otros competidores podrían ingresar ya sea mediante inversiones directas o importaciones adicionales.

La entrada de BEHR en dos mil doce a través de importaciones fue tan exitosa que incluso se apropió una parte sustancial de las ventas de SW que originalmente eran realizadas a través de THE HOME DEPOT. Esto demuestra no sólo la facilidad para la entrada de importaciones sino también (i) la cada vez mayor importancia de las tiendas de artículos para la mejora del hogar, sino también como un competidor directo de los productores de recubrimientos, y (ii) el que la *“marca”* no es el elemento principal en la decisión de compra del consumidor (como ha quedado arriba explicado y demostrado con el debido detalle).

La CFC omitió otorgar valor probatorio a las pruebas existentes en el EXPEDIENTE de las que se desprende que: (i) la marca BEHR es producida en Estados Unidos por Masco Corp; (ii) todos sus productos son importados de los Estados Unidos; (iii) BEHR está presente en las 101 tiendas de THE HOME DEPOT en dos mil doce y reemplazó a la marca



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Dutch Boy que SW comercializaba ahí; (iv) súbditamente quitó a SW, aproximadamente, [REDACTED] \* de sus ventas en un año; (v) BEHR vislumbra oportunidades de crecimiento en el mercado decorativo y no muestra temor de entrar en el supuesto “mercado concentrado”; (vi) BEHR percibe el mercado decorativo como un mercado en crecimiento y (vii) BEHR espera tener más de un 20% del mercado decorativo para el dos mil quince (ver Anexo 12 del presente Recurso de Reconsideración). Esto, por sí solo, es un mensaje claro sobre disciplina al mercado.

Por tanto, la afirmación de la RESOLUCIÓN en el sentido de que “*los promoventes no aportaron elementos para acreditar un porcentaje de importaciones significativo*”, es ilegal pues carece de fundamento legal, ni la LFCE ni su Reglamento requieren acreditar tal circunstancia. En adición a lo anterior, dicha afirmación carece de motivación. Por tal motivo, tal afirmación deberá ser reconsiderada y eliminada de la RESOLUCIÓN para en su lugar concluir de manera fundada y motivada que el acceso a las importaciones es factible a bajos costos de internación, y la entrada de la marca BEHR al mercado mexicano acredita dicha circunstancia.

En primer lugar, es **infundado** que la inexistencia de aranceles y cuotas compensatorias aplicables a los recubrimientos decorativos o la existencia de bajos costos de transporte impliquen que las importaciones pueden entrar fácilmente al territorio mexicano si las PARTES aumentaran sus precios de manera anticompetitiva. La pretensión de las recurrentes en ese sentido es errónea dado que desconoce la existencia de barreras a la entrada adicionales al mercado de los recubrimientos decorativos, como son la necesidad de desarrollar un portafolio de marcas bien posicionadas y la de contar con un sistema de distribución eficiente.

La inexistencia de aranceles y cuotas compensatorias en el mercado de recubrimientos decorativos no significaría la fácil entrada de territorio mexicano de estos productos al existir un incremento anticompetitivo de los precios, ya que aquel agente que quiera comercializar los productos importados en la República Mexicana deberá de competir con las marcas reconocidas de los promoventes invirtiendo el tiempo y contar con una red de distribución eficiente (propia o de un tercero).

Así las cosas, efectivamente el artículo 13, fracción II del RLFCE establece que para determinar si existe poder en el mercado se debe evaluar la falta de acceso a importaciones o costos elevados de internación; sin embargo, independientemente de que esos elementos fueron analizados en la RESOLUCIÓN, esos elementos no constituyen un elemento que deba estudiarse aislado de los demás que se establecen en la normativa de competencia para determinar la existencia de barreras a la entrada.

Claramente el artículo 12 del RLFCE establece que para efectos de la fracción II del artículo 13 de la LFCE se deben considerar, entre otros elementos, la inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos, y precisamente la RESOLUCIÓN concluye que el portafolio de marcas que tendrían las notificantes y el reconocimiento de esas marcas derivado de gastos en publicidad constituyen una barrera que dificulta la entrada o la expansión de competidores en el mercado relevante. Asimismo, la RESOLUCIÓN indica en sus páginas 92 y 93 con toda claridad, al analizar la fracción I del artículo 13 del RLFCE, respecto del grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante, que: i) la concentración implicaría la acumulación, por parte de SW, del portafolio de marcas de COMEX, quien tiene [REDACTED] \* en el reconocimiento de marcas, siendo que además las marcas de SW son las que tienen [REDACTED] \* en el mercado mexicano; ii) la

The Sherwin-Williams Company y  
Avissep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

adquisición notificada daría origen e un agente económico con una participación de entre [redacted]\* y [redacted]\* del mercado de recubrimientos decorativos; iii) como resultado de la operación, los índices de concentración calculados se ubicarían por arriba de los umbrales establecidos; iv) se acumularía el sistema de distribución más grande del mercado mexicano y de América Latina; v) COMEX controla una red [redacted]\* de venta distribuida en todo el país que representa casi el [redacted]\* de las ventas totales.

Por otro lado, la RESOLUCIÓN en ningún momento señaló que las fuentes oficiales colocaran a las importaciones en niveles altos. De hecho, su página 93 indicó lo siguiente:

*“(...) Se solicitó a los promoventes información respecto de las importaciones por mercado relevante, a lo que señalaron que no contaban con cifras exactas de importaciones y exportaciones por producto debido a que las cifras oficiales estimadas mediante las fracciones arancelarias por la Secretaría de Economía agrupan productos distintos a las categorías analizadas, por lo que las partes realizaron un estimado respecto del porcentaje que representaron las importaciones en cada categoría de acuerdo con su conocimiento de mercado (...)”.*

Por tanto la información respecto del nivel de importaciones en cada mercado analizado en la resolución fue solicitada por esta COMISIÓN a los promoventes y éstos proporcionaron las cifras estimadas por ellos mismos de acuerdo con su conocimiento de mercado. Las recurrentes no ofrecieron ninguna prueba para desvirtuar los cálculos realizados por la COMISIÓN a través de la propia información que proporcionaron. Así, se trata únicamente de un intento de descalificar la RESOLUCIÓN que no se acompaña de algún medio de convicción o argumento adicional que tienda a demostrar que las cifras de importaciones de recubrimientos decorativos son otras. Las recurrentes insisten que se debió requerir información a autoridades, asociaciones y agentes económicos para conocer información adicional acerca de las importaciones actuales y potenciales, pero no ofrecen en su recurso esos elementos como prueba. Por tanto, en ese sentido sus señalamientos resultan **inoperantes** por gratuitos.

Por otra parte, las recurrentes señalan que no puede probar un hecho imposible, pero olvidan que existen otro tipo de pruebas que podrían haber ofrecido para demostrar que los datos estimados eran incorrectos. Sin embargo, en ese supuesto estarían ofreciendo una prueba para desvirtuar las estimaciones que ellas mismas presentaron, lo cual ya de por sí es un sinsentido.

Respecto a que *“(...) Como se ha mencionado con anterioridad, la CFC reconoció que los costos de flete desde distintos países (Estados Unidos, Canadá, etc.) para distintos tipos de recubrimientos representa entre el [redacted]\* del valor factura del producto. Dicho costo resulta insignificante respecto del valor-factura del producto. En consecuencia, la CFC debió haber limitado su análisis a la posibilidad de acceder a importaciones y no al número estimado de las importaciones actuales (...)”*, se trata de una manifestación **infundada**, como ya se mencionó, la COMISIÓN no limitó su análisis a la posibilidad de acceso de las importaciones dada la inexistencia de aranceles, cuotas compensatorias y supuestos bajos costos de los fletes, sino que también tomo en cuenta la existencia de barreras a la entrada adicionales al mercado de los recubrimientos decorativos, como son el reconocimiento de marca la necesidad de un sistema de distribución propio o de terceros. Por tanto, cualquier agente que quiera comercializar los recubrimientos decorativos importados en la República Mexicana deberá contar con reconocimiento de su marca, o invertir el tiempo y dinero suficiente para que su marca sea reconocida por los consumidores mexicanos así como de contar con una red de distribución, propia o de terceros.

Por lo que hace al ejemplo señalado por los recurrentes como *“El mejor ejemplo de la entrada al mercado mexicano, a través de importaciones”*, con lo cual pretenden demostrar que existe un



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

competidor internacional que entró exitosamente al mercado, el mismo **no combate** lo señalado en la RESOLUCIÓN y por lo tanto, esa manifestación resulta **inoperante**. De hecho, conforma el análisis realizado por ésta, pues la empresa Masco Corp entró al mercado mexicano utilizando la red de distribución con la que ya contaba Home Depot en México, 101 tiendas como indican los recurrentes, y ligó su marca a la marca Home Depot para obtener el reconocimiento de los consumidores mexicanos.

Por lo señalado, es incorrecto considerar que no se hayan ponderado los elementos presentados por las ahora recurrentes, pues la RESOLUCIÓN considera precisamente que existe Masco y que entró al mercado mexicano a través de BEHR y su asociación con THE HOME DEPOT, que sustituyó a la marca Dutch Boy de SW. Asimismo, por más que insistan que a su entender BEHR tiene planes de expansión, ese hecho no desvirtúa los elementos señalados y el análisis que realizó la RESOLUCIÓN respecto de las barreras a la entrada.

De hecho, a pesar de que Marco Corp, de acuerdo a lo dicho por los promoventes, “*es la empresa número uno de recubrimientos decorativos en los Estados Unidos*”, no entró al mercado mexicano sin contar con una red de distribución previamente establecida en México, sino lo hizo a través de las tiendas Home Depot y con el reconocimiento que la marca Home Depot tiene en el mercado mexicano, lo cual fundamenta el dicho de la COMISIÓN de que no solo es necesario tener libre acceso de las importaciones al mercado nacional, sino que también es necesario contar con una red de distribución, propia o de terceros, y contar con reconocimiento de marca.

Asimismo, si se toma como referencia que los recurrentes indican que las ventas de SW de su marca Dutch Boy en Home Depot representaban aproximadamente el [REDACTED]\* de sus ventas de productos decorativos y suponemos que todas estas ventas fueron trasladadas a la marca BEHR con la que fue reemplazada, tendríamos que BEHR habría obtenido una participación de mercado de entre [REDACTED]\* y [REDACTED]\* (correspondientes al [REDACTED]\* de las participaciones de mercado pertenecientes a SW y señaladas en las páginas 58 y 60 de la resolución) en el mercado de recubrimientos decorativos, cifras que son bastante lejanas al [REDACTED]\* que la CFC consideró que podrían significar las ventas de productos importados en el mercado nacional; lo cual llama la atención respecto de que las recurrentes no señalen casos de otros agentes económicos que hayan tenido presencia en el mercado nacional mediante importaciones durante un periodo de tiempo mayor y que sólo se refieran al caso de BEHR que es un caso relativamente reciente.

Precisamente por ello, resulta irrelevante si la información sobre las importaciones de BEHR en México era o no información pública, pues se puede estimar ese volumen tomando en consideración que BEHR sustituyó a SW, y la información de ésta si fue calculada en la RESOLUCIÓN. Asimismo, es falso que la CFC no haya ponderado la información entregada por las ahora recurrentes, pues en la página 99 de la RESOLUCIÓN se reconoce la entrada de BEHR al mercado mexicano. No obstante, la propia decisión que ahora se recurre concluye que los promoventes no aportaron elementos para acreditar un porcentaje de importaciones significativo que fuera incluso superior al [REDACTED]\* del consumo nacional.

En todo caso, los bajos porcentajes de ventas de producto importado respecto del total que fueron detectados en la RESOLUCIÓN son indicadores complementarios para valorar el acceso a las importaciones, aunados a la ausencia de barreras arancelarias a la importación, porque reflejan la realidad de cómo funciona el mercado actualmente.



1411

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Los recurrentes señalan que:

*“(...) Asimismo, existían pruebas adicionales de que la CFC omitió valorar el peso que las importaciones pudieran jugar en un futuro cercano, así como la posibilidad de mayores importaciones. Las partes exhibieron el 7 de julio de 2013, información pública contenida en el periódico Reforma en la que Evangelina Hidalgo, Vicepresidenta Senior para el Negocio Internacional de Behr, fue citada por la periodista Karla Rodríguez en los siguientes términos:*

*“Nosotros pensamos [Behr] que el mercado puede crecer a doble dígito... Estimamos nos convertiremos en el tercer competidor de mercado [después de SW-Comex y Berel] dijo.”*

*...Behr produce sus pinturas en EU y las importa a México, donde las comercializa a través de la cadena The Home Depot.” (...)*

Si bien es cierto, que derivado de la entrada de la marca Behr al mercado mexicano, a través de Home Depot, la participación de las importaciones respecto de las ventas totales de recubrimientos decorativos en México se incrementará, dado que todos los productos de la marca Behr son importados y no hay producción nacional, también es cierto que el probable crecimiento de la marca estará sustentado en su relación con Home Depot y su red de distribución, como lo menciona el mismo artículo por lo que no se considera que esta Comisión haya omitido valorar el peso del incremento en las importaciones.

En todo caso, se insiste en que como se menciona en el apartado de “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución, al cual se remite para evitar repeticiones innecesarias, las notas periodísticas o de prensa no constituyen elementos idóneos para acreditar algún hecho distinto a su mera publicación; únicamente son susceptibles de acreditar que en su oportunidad se publicaron esas declaraciones o reportajes, pero de ninguna manera pueden probar la veracidad de los hechos a los que se refieren esas publicaciones. Por tanto, son elementos que carecen de valor probatorio para acreditar, por sí mismos, los hechos y situaciones que pretenden demostrar las recurrentes, pues por más que se hayan publicado esas notas en algunos medios impresos o electrónicos, no por ese sólo hecho se acredita que las declaraciones o señalamientos publicados se apeguen a la realidad. Así, esos elementos no pueden acreditar lo señalado por las recurrentes en los incisos indicados.

De esta forma, se advierte que resulta **infundado** que la ponderación de las notas de prensa presentadas por las ahora recurrentes durante el procedimiento de notificación de concentración hubiera sido incorrecta. Asimismo, las recurrentes ni siquiera ofrecieron en su escrito de recurso de reconsideración algún elemento adicional que permita confirmar lo que señala esa nota de prensa, pudiendo hacerlo con fundamento en el artículo 71 del RLFCE.

Las recurrentes también señalan que: *“(...) En suma, este tema juega un rol determinante para acreditar que existen bajas barreras de entrada al mercado decorativo, en virtud de que las importaciones al territorio nacional de los productos decorativos son fáciles, reales, actualmente están ocurriendo e incluso están aumentando. La RESOLUCIÓN también fue omisa en valorar tal circunstancia, por lo que se encuentra indebidamente fundada y motivada, causando otro agravio a las Partes (...)*”.

Como se ha indicado, a pesar de que no existan aranceles y cuotas compensatorias, de que haya bajos costos de los fletes, existen barreras a la entrada adicionales al mercado de los recubrimientos decorativos, como son el reconocimiento de marca con que cuentan las recurrentes y la necesidad de



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

contar con un sistema de distribución eficiente a nivel nacional (propio o de terceros). Por tanto, cualquier agente que quiera comercializar los recubrimientos decorativos importados en la República Mexicana deberá contar con reconocimiento de su marca, o invertir el tiempo y dinero suficiente para que su marca sea reconocida por los consumidores mexicanos así como contar con una red de distribución, propia o de terceros.

Finalmente, las recurrentes realizan señalamientos que se basan en los elementos de convicción que presentaron con su recurso de reconsideración en el Anexo 12. En este aspecto, para evitar repeticiones innecesarias, se remite al apartado de valoración de sus pruebas, concretamente en los numerales "I. Notas de prensa" y "II. Documentales", inciso "C. Información respecto de otros posibles competidores", en el cual se analiza el alcance y valor de dichas pruebas.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*(iii) La CFC también valoró indebidamente la fracción III del artículo 13 del RLFCE (en el sentido de si existen o no diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores<sup>247</sup>).*

La CFC reconoció expresamente que "no encontró información para determinar la existencia de diferenciales de costos para los consumidores, en caso de que desearan acudir a otros proveedores". Dicha determinación incluso es benéfica para SW y AVISEP, pues incluso se encuentra debajo del estándar establecido en la fracción III del artículo 13 del RLFCE que requiere la inexistencia de "diferenciales elevados en costos".

Así, el hecho de que la CFC no hubiera encontrado "diferenciales en costos" para los consumidores y menos aún "diferenciales elevados en costos" para los consumidores, en caso de que desearan acudir a otros proveedores, debió valorarse en la RESOLUCIÓN para determinar que las barreras de entrada son muy bajas.

No obstante lo anterior, en contravención al principio de congruencia, la RESOLUCIÓN determinó de manera irracional, y sin fundamentación ni motivación alguna que: "La Comisión no encontró información para determinar la existencia de diferenciales de costos para los consumidores, en caso de que desearan acudir a otros proveedores, aunque el traslado a localidades distintas para adquirir recubrimientos puede generar costos e inconvenientes."

En primer lugar, dicha declaración carece de fundamentación y motivación, pues es una mera conclusión sin análisis.

En segundo lugar, la CFC contraviene la conclusión a la que llegó en la página 50 de la RESOLUCIÓN, en el sentido de que "Los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local... Por tal motivo, la Resolución carece de congruencia interna y causa agravio a las Partes".

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

Las recurrentes citan e interpretan de forma parcial el análisis de la autoridad. Es falso que la CFC hubiera concluido simplemente que "no existen diferenciales de costos para los consumidores", como lo señalan las recurrentes distorsionando el contenido de la RESOLUCIÓN, ya que en realidad la CFC

<sup>247</sup> Página 94 de la RESOLUCIÓN.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

señala que los costos sí existen cuando existe la necesidad de los consumidores de trasladarse a otras localidades para acudir a otros proveedores.

En consecuencia, es falso que el pronunciamiento sea una mera conclusión sin análisis toda vez que expresa precisamente cuál es la condición fáctica para requiere la actualización de la norma de acuerdo con las características del caso concreto: si los consumidores requieren trasladarse a otras localidades para acudir a otros proveedores, entonces tendrían que incurrir en los costos e inconvenientes que dicho traslado implique.

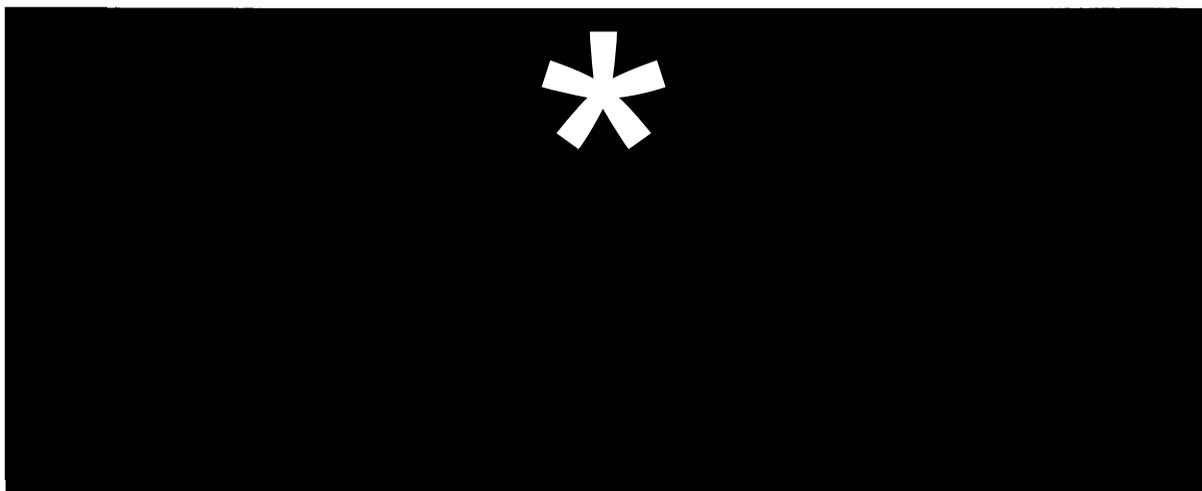
Asimismo, si bien el pronunciamiento es benéfico para los recurrentes en el sentido que la autoridad no calificó los hechos negativamente, identificando los costos posibles en caso de que el traslado fuera necesario, el pronunciamiento contiene una excepción que no puede ser ignorada: en caso de que fuera necesario, quienes se trasladen a otras localidades incurrirían en costos e inconvenientes.

Por otro lado, no existe la contradicción apuntada en relación con el análisis del supuesto normativo previsto en el artículo 13, fracción III del RLFCE y el contenido de la página 50 de la RESOLUCIÓN que señala que los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local. La regla general que describiría es precisamente esta última: los consumidores se abastecen a nivel local y en esos casos no incurrirían en costos e inconvenientes para trasladarse; no obstante, si los consumidores se ven en la necesidad de desplazarse a otras localidades para acudir a otros proveedores, tendrían que incurrir en costos e inconvenientes para lograr satisfacer su necesidad. Así, se trata de una situación que por pura lógica económica y sentido común es comprensible y no requiere mayor análisis.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**En tercer lugar, la CFC otra vez omitió completamente valorar el Estudio de Competencia, concretamente la Tabla VIII “Tiendas de Pintura por Municipio” visible a páginas 26 y 27, que demuestran que en 56 municipios (que abarcan prácticamente todos los estados que integran el territorio nacional) existe plena competencia en tiendas de pinturas distintas de COMEX y SW.**

**Tabla 7<sup>248</sup>**

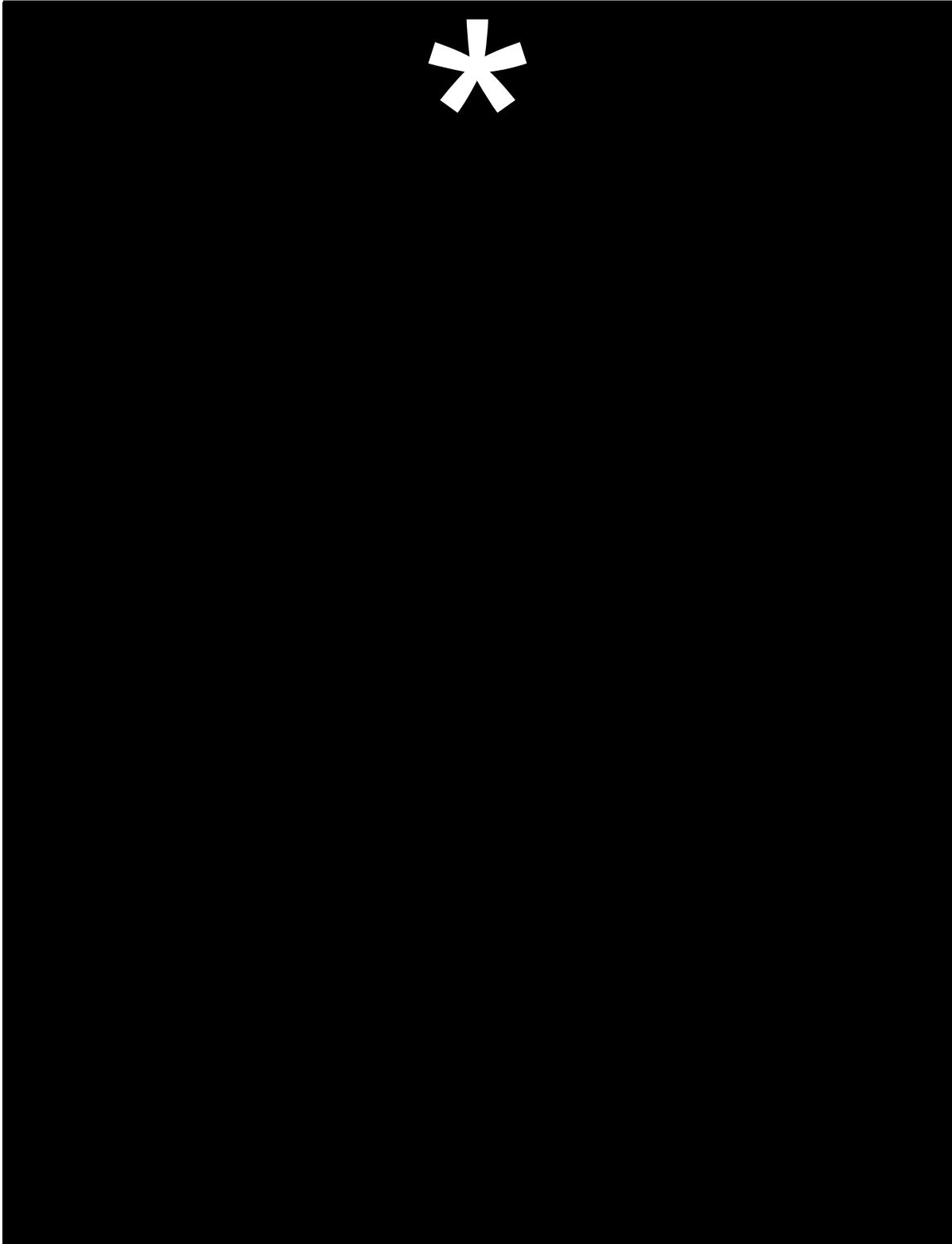


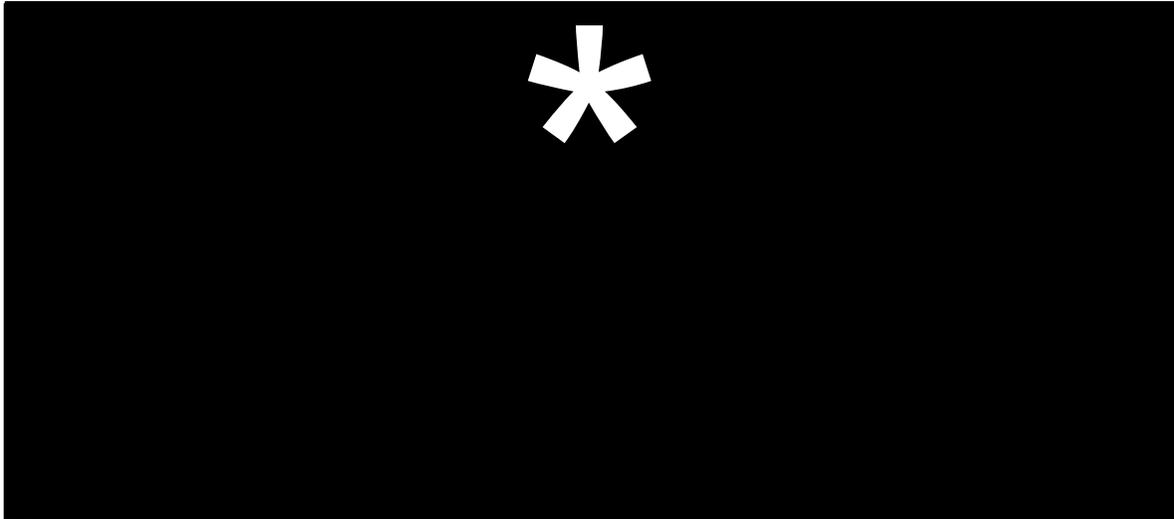
<sup>248</sup> La tabla 7 del recurso de reconsideración es la que corresponde a la tabla VIII del Estudio de Competencia.

1414



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013





De la Tabla 7 anterior se desprende: (i) el número total de tiendas dedicadas a vender pinturas en el territorio nacional (12,100); (ii) el número de tiendas que individualmente los concesionarios de COMEX, los distribuidores de SW y SW representativamente tienen en el territorio nacional, (iii) el número remanente de tiendas de pinturas de sus competidores; y la participación de mercado que tienen basados en el número de tiendas de pintura. Dicha información fue obtenida de información pública del INEGI (DENUE).

Del análisis de la Tabla 7, la CFC debe concluir válidamente que existe plena competencia a nivel local. Sin embargo, dicha información ni siquiera fue mencionada y mucho menos valorada por la CFC cuando realizó la ilegal conclusión de que el traslado a localidades distintas para adquirir recubrimientos puede generar costos e inconvenientes<sup>249</sup>.

El agravio anterior resulta inoperante en virtud de que parte de premisas incorrectas, de conformidad con los siguientes razonamientos:

El artículo 13, fracción I, de la LFCE, señala lo siguiente:

*“Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:*

*I.- Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;”*

Para determinar la participación de mercado señalada en dicho precepto, el artículo 11 del RLFCE establece que se deberán tomar en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la CFC (ahora la COFECE) determine. Asimismo, el artículo 14 del RLFCE instruye la aplicación de índices para determinar el grado de concentración que exista en el

<sup>249</sup> Página 94 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

mercado relevante. A su vez, el análisis de índices de concentración se realiza en términos de la resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.<sup>250</sup>

Al respecto, resulta claro que las recurrentes pretenden arribar a conclusiones respecto de participaciones de mercado y la existencia plena de competencia en tiendas de pinturas distintas a las de COMEX y SW a partir de cifras correspondientes exclusivamente al número de tiendas. La premisa que considera que eso es posible es incorrecta, toda vez que los supuestos normativos referidos no prevén la posibilidad de calcular válidamente, a partir del número de tiendas, las participaciones de mercado, ni tampoco la posibilidad de determinar válidamente, a partir del número de tiendas, la existencia plena de competencia en un mercado.

Al respecto, el artículo 11 del RLFCE establece que para determinar participaciones de mercado se deberán tomar en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la CFC (ahora la COFECE) determine. Al respecto, las recurrentes no expresan un solo motivo por el cual consideran que el número de tiendas puede considerarse como un indicador válido o viable para calcular de forma acertada las participaciones de mercado, ni mucho menos explican cómo es que a partir del número de tiendas sería posible determinar con certeza la existencia de competencia en el mercado de recubrimientos decorativos.

El dato de participación de mercado basado en el número de tiendas no permite establecer el grado de competencia entre productores comercializadores de recubrimientos decorativos que es donde se darán los efectos de la operación. Un tienda de pintura puede vender marcas de uno, dos o más productores, y esto no se puede conocer con el simple dato del número de tiendas por localidad. Más aun, la información presentada no permite conocer qué productores efectivamente tienen presencia en las localidades señaladas en el estudio ofrecido por las recurrentes. Por lo tanto, el cálculo de participaciones de mercado basado en el número de tiendas es un indicador inválido e insuficiente respecto del nivel de competencia a nivel local.

De hecho, el planteamiento de las recurrentes omite considerar que lo relevante es la capacidad para fijar precios o restringir el abasto: un agente económico, por ejemplo, que detente el 60% o más de las tiendas en un mercado no tendría, por ese sólo hecho, poder de mercado.

SW y AVISEP no presentaron cifras ni datos concretos respecto de las ventas (en valor o volumen), número de clientes o la capacidad productiva de los supuestos competidores que, según ellos, podrían disciplinar o contrarrestar el poder de mercado de SW-COMEX después de la concentración.

Así, la información contenida en la tabla denominada "Tiendas de Pintura por Municipio", incluida dentro del Estudio de Competencia y también referida en la Tabla 7 del recurso de reconsideración y presentada como Anexo 9, no contiene la información suficiente para arribar a las conclusiones que señalan las recurrentes.

La información sobre número de tiendas por municipio, en todo caso, sólo evidencia la existencia de un número importante de tiendas de pinturas en diversas localidades, adicionales a las tiendas \* de COMEX y SW; es decir, podría ser un indicador de competencia en el negocio minorista de tiendas que venden pinturas, pero no en el segmento que corresponde a los productores de pinturas.

<sup>250</sup> Dicha resolución señala que "(...) La Comisión considera que una concentración tiene pocas posibilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando la concentración arroje alguno de los siguientes resultados: i) el aumento de IH sea menor de 75 puntos; ii) el valor de III sea menor de 2,000 puntos; iii) disminuya el valor de ID; o iv) el valor de ID sea menor de 2,500 puntos (...)."

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

El que existan muchas tiendas que venden pinturas no implica que el mismo número (o una cifra más o menos análoga) de proveedores; ello está acreditado en el análisis de concentración del mercado de recubrimientos decorativos. Las tiendas venden los productos ofrecidos por los productores concentrados (en otras palabras, el número de oferentes en el mercado “aguas abajo” es mayor el número de oferentes en el mercado “aguas arriba”).

El dato de participación de mercado basado en el número de tiendas no permite establecer el grado de competencia entre productores comercializadores de recubrimientos decorativos que es donde se darán los efectos de la operación. Un tienda de pintura puede vender marcas de uno, dos o más productores, y esto no se puede conocer con el simple dato del número de tiendas por localidad. Más aun, la información presentada no permite conocer qué productores efectivamente tienen presencia en las localidades señaladas en el estudio ofrecido por las recurrentes. Por lo tanto, el cálculo de participaciones de mercado basado en el número de tiendas es un indicador inválido e insuficiente respecto del nivel de competencia a nivel local.

Precisamente por los motivos expuestos en los párrafos anteriores, las recurrentes no demuestran que la autoridad hubiera actuado de forma ilegal al no considerar la tabla denominada “Tiendas de Pintura por Municipio”, como un indicador confiable de participaciones de mercado o de la supuesta plena competencia en el mercado de recubrimientos decorativos.

En ningún precepto la LFCE o el RLFCE establece que es una obligación de la autoridad tener en cuenta aquella información que resulta irrelevante, insuficiente o no idónea para realizar el análisis que corresponde llevar a cabo en términos de los artículos 13, fracción I, de la LFCE, 11 del RLFCE y la resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.

En cumplimiento a lo ordenado en dichos preceptos, en las páginas 52 a 61 de la RESOLUCIÓN se analizaron las participaciones de mercado de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos y se arribó a la conclusión de que los índices de concentración superan los umbrales para considerar poco probable que no se produjeran riesgos a la competencia. En particular, dicho análisis permitió concluir que *“la concentración entre COMEX y SW llevaría a tener un nuevo agente económico con una participación en el mercado de recubrimientos decorativos de entre* \*

\* por ciento y \* por ciento. El \* Berel, tendría una participación de mercado de entre \* por ciento y \* por ciento.”

Esta diferencia en participaciones es indicativa de la poca capacidad, incluso del \* competidor, para contrarrestar el poder de mercado de las PARTES en caso de concentrarse, lo cual se corrobora posteriormente en la RESOLUCIÓN cuando se analizan los efectos de la concentración en el mercado relevante, de acuerdo con la fracción III del artículo 18 de la LFCE. En este análisis se señala que *“considerando la evolución de los precios de recubrimientos decorativos (en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación), así como los importantes márgenes obtenidos por COMEX, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado.”*

Por otro lado, los recurrentes omiten señalar las deficiencias de la información por municipios que se observan en la tabla denominada “Tiendas de Pintura por Municipio”, incluida en el Estudio de Competencia, en el recurso de reconsideración y en el Anexo 9 de dicho recurso. En particular, dichas



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

deficiencias hacen que los datos incluidos sean poco confiables para el análisis de competencia. Entre las deficiencias más significativas se encuentran las siguientes:

- a) El INEGI sólo reporta 3,197 tiendas Comex cuando en realidad son [REDACTED] (situación señalada en la nota de la Tabla 7, páginas 66 y 67 del recurso de reconsideración);
- b) La información del INEGI es general y considera diferentes tipos de comercios al por menor como ferreterías, tlapalerías, tiendas de pinturas, tiendas de materiales para construcción, etc. En todo caso lo único que se puede afirmar de la información del INEGI es que se trata de posibles puntos de venta.
- c) En la página 67 y en la Tabla 7 señalan un total de 12,100 tiendas dedicadas a vender pinturas en el territorio nacional, mientras que en el DENUE el resultado obtenido son 12,209 unidades económicas de comercio al por menor de pinturas en el territorio nacional;
- d) En la nota de la Tabla 7 las PARTES mencionan el código DENUE (SCIAN 325510) el cual se refiere a "Fabricación de pinturas y recubrimientos" y no a puntos de venta como erróneamente lo señalan las PARTES;
- e) Según la información encontrada en la página de internet del INEGI, las tiendas de pintura reportadas en la DENUE no solo incluyen a tiendas de recubrimientos decorativos, sino también tiendas de pintura automotriz e impermeabilizantes, lo cual puede sobreestimar el número de competidores en cada localidad.

Adicionalmente, como ya se mencionó anteriormente las recurrentes omiten señalar que la información por municipio presentada carece de indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda que pudieran ayudar a determinar de manera inequívoca la presión competitiva de cada competidor por municipio y por tanto no es posible a esta CFC determinar que existe plena competencia a nivel local.

Asimismo, la RESOLUCIÓN señala que la mayor parte de las ventas de COMEX y SW se realizan por sus redes de distribución [REDACTED] y comporta niveles de venta por tienda muy superiores a los que podrían alcanzar de manera remanente los otros establecimientos, de manera que no imprimen la disciplina competitiva que las recurrentes pretenden atribuirles. En particular, en la nota al pie número 128 de la RESOLUCIÓN se establece que con base en datos de la empresa, el [REDACTED] por ciento de sus ventas totales se hicieron a través de las [REDACTED] tiendas que operan sus concesionarios. Considerando solamente las ventas de recubrimientos decorativos de COMEX, que representaron [REDACTED] de litros en dos mil doce, el [REDACTED] por ciento de ellas significa [REDACTED] de litros, que divididos entre las [REDACTED] tiendas Comex da un promedio de [REDACTED] litros.

Si efectivamente existen aproximadamente 60,000 (sesenta mil) establecimientos que comercializan recubrimientos decorativos como señalaron los promoventes, COMEX tiene [REDACTED] tiendas de concesionarios y SW tiene [REDACTED] tiendas propias y [REDACTED] de distribuidores certificados, resulta que los expendios distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW son aproximadamente [REDACTED]. Tomando en consideración un mercado con un tamaño de [REDACTED] de litros, de acuerdo con los promoventes, resultaría que entre los [REDACTED] expendios distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW comercializarían [REDACTED] esto es un

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

promedio de [REDACTED] \* litros al año. Esto significa que el volumen que cada tienda COMEX expende es [REDACTED] \* veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW.

Por otro lado, si efectivamente existen 12,000 tiendas de pintura a lo largo del país, como argumentaron los promoventes, la concentración COMEX y SW representaría el [REDACTED] \* por ciento de tiendas de pintura, considerando las [REDACTED] \* tiendas de concesionarios COMEX, [REDACTED] \* tiendas propias de SW y [REDACTED] \* de distribuidores certificados de SW, con una participación de mercado que se encuentra entre [REDACTED] \* por ciento y el [REDACTED] \* por ciento en recubrimientos decorativos. De esta forma, los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado después de la concentración.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

La CFC también omite valorar el listado de competidores por entidad federativa<sup>251</sup> que SW y AVISEP exhibieron mediante escrito presentado el ocho de julio de dos mil trece, como resultado de las discusiones sostenidas en los Comisionados de la CFC. Tal omisión resulta nuevamente en que la RESOLUCIÓN carece de congruencia y exhaustividad. La conclusión a la que la CFC debió llegar –y que desvirtuaba la afirmación conclusiva que estableció a página 94– es que en cada uno de los estados de la República Mexicana existen desde 8 hasta aproximadamente 31 proveedores de pintura locales, regionales o nacionales, razón por la cual no pueden causarse los supuestos “costos e inconvenientes” de traslado a los consumidores para adquirir pintura en sus estados o municipios.

El agravio anterior resulta inoperante en virtud de que parte de premisas incorrectas, de conformidad con los siguientes razonamientos:

Al igual que el argumento respecto de la supuesta competencia a nivel municipal que se deriva de la información correspondiente a número de tiendas de pintura por municipio, las recurrentes pretenden que la CFC determine que existe un mercado completamente competitivo únicamente bajo la premisa de la existencia de competidores locales, regionales o nacionales, sin identificar cuál es el tamaño de cada uno de ellos en términos de sus participaciones de mercado; ventas, por valor o volumen, por tienda, localidad o región, y sin indicar ningún otro elemento previsto en los artículos 13, fracción I, de la LFCE y 11 del RLFCE que permita identificar o determinar la presión competitiva real de cada competidor identificado.

Al respecto, se señala que el listado de competidores por entidad federativa que SW y AVISEP exhibieron mediante escrito presentado el ocho de julio de dos mil trece,<sup>252</sup> contiene, de acuerdo con la descripción de las recurrentes, una lista de competidores nacionales, regionales y locales que compiten con ellas. Dicho listado es exactamente el mismo que fue presentado mediante el anexo 8 de su recurso de reconsideración.

<sup>251</sup> Ver escrito presentado por las PARTES el ocho de julio de dos mil trece. Dicha información fue obtenida del Directorio de la ANAFAPYT de dos mil once y otras fuentes de información pública (competidores de SW y COMEX productores de recubrimientos). Igualmente, la información presentada incluye (i) competidores locales (aquellos con presencia en uno o más estados); (ii) competidores regionales (En aquellos casos en los que tienen presencia en al menos 3 estados pero en menos de 23); y (iii) competidores nacionales (si tienen presencia en 24 o más estados de la República Mexicana).

<sup>252</sup> Folios 5981 a 5990 del expediente CNT-095-2012.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

Dicha información no contiene datos suficientes para establecer la posible presión competitiva que tendrían COMEX y SW. En particular, las recurrentes omiten mencionar que la información que presentan no incluye indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda y/o por Estado. Dichas omisiones impiden determinar de forma inequívoca la presión competitiva de los supuestos competidores que refieren. En realidad, la información presentada por las recurrentes carece de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como un indicador o referente para evaluar la presión competitiva. Asimismo, el hecho de que existan o puedan existir competidores locales o regionales aislados no implica que tengan la capacidad suficiente para ejercer presión competitiva frente a un sistema de distribución a nivel nacional.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**La CFC nunca emitió requerimiento alguno de información a SW y AVISEP, ni a competidor alguno, ni a la ANAFAPYT, ni a entidad similar alguna, para obtener dicha información. De hecho los cuatro oficios de requerimientos de información formulados el 23 de mayo de 2013 a BEREL, OSEL, DOAL y PRISA sólo contienen 5 preguntas específicas que de ninguna manera incluyen preguntas o abarcan información acerca de su presencia a nivel local, regional o nacional. Tal omisión no puede considerarse por ningún motivo carga de prueba de SW y AVISEP, sino de la CFC quien es la única entidad facultada legalmente para realizar dichos requerimientos de información cuando la información con la que cuenta resulta insuficiente. Así, la conclusión señalada en la página 94 de la RESOLUCIÓN carece de todo sustento legal y probatorio, por lo que causa agravio a SW y AVISEP.**

El agravio anterior resulta **infundado** en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es falso que la CFC hubiera omitido requerir la información que permitiera identificar la presencia de los competidores de recubrimientos decorativos a nivel local, regional o nacional.

Al respecto, esta CFC requirió a BEREL, OSEL, DOAL y PRISA la siguiente información planteada mediante la pregunta 3 de los requerimientos de información formulados a dichos agentes económicos.

*"(...) 3.- Proporcionar las participaciones de mercado respecto de las ventas totales en valor y volumen a nivel nacional de (...), sus subsidiarias y cada uno de sus competidores durante el año dos mil doce, respecto de los productos señalados en la pregunta 1. En ambos casos, especifique el valor y volumen totales del mercado nacional (...)"*

De la pregunta anterior se desprende claramente que la autoridad solicitó precisamente los datos que la normatividad aplicable (artículo 11 del RLFCE) exige para determinar participaciones de mercado a los competidores de COMEX y SW; es decir, se les requirió información sobre su presencia en términos de las participaciones de mercado respecto de las ventas totales en valor y volumen a nivel nacional. En otras palabras, se les requirió no sólo la información que requiere la normatividad aplicables sino incluso aquella que las recurrentes señalan debía haberse requerido. No debe quedar ninguna duda, la CFC sí requirió información a otros participantes en el mercado sobre su presencia a nivel nacional, por lo que la afirmación realizada por las PARTES es falsa.

Asimismo, mediante el OFICIO ENERO se requirió a SW y AVISEP diversa información relacionada con las participaciones de mercado de SW, Grupo Comex y sus competidores, así como información relacionada con la operación notificada. A continuación se refiere la información presentada por SW y AVISEP el veintidós de febrero de dos mil trece en respuesta a dicho requerimiento:

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

"[...] 13.- Proporcionar las participaciones de mercado en relación con las ventas totales y capacidad de producción (utilizada así como teórica y real) en México de Sherwin Williams, Grupo Comex y sus competidores durante el periodo enero de dos mil ocho a diciembre de dos mil doce, respecto de los siguientes productos: recubrimientos base solvente, recubrimientos acrílicos, esmaltes texturizados, recubrimientos con base agua, recubrimientos para la protección de madera, así como cualquier otro tipo de recubrimiento que fabriquen o comercialicen estas empresas además de los estipulados.

[RESPUESTA de SW:] Favor de referirse a la respuesta a la pregunta 18 más adelante en lo relativo a las participaciones de mercado. En lo que hace a la capacidad de producción se enfatiza que SW no cuenta con información precisa respecto de la capacidad de producción de sus competidores.<sup>253</sup> [...]

[...]

[RESPUESTA de AVISEP:] En relación con las participaciones de mercado solicitadas, se hace referencia a lo establecido en ese sentido en la respuesta 18 del presente escrito. Por otro lado, se informa a esa Comisión que Grupo Comex no cuenta con la información correspondiente a la capacidad de producción de sus competidores, por lo que el Anexo 13 únicamente presenta la capacidad de producción de Grupo Comex.<sup>254</sup>

[...]

18.- Proporcionar las participaciones de mercado respecto de las ventas totales y las capacidades de producción de Sherwin Williams, Grupo Comex y cada uno de sus competidores durante el periodo enero de dos mil ocho a diciembre de dos mil doce, respecto de los productos señalados en la pregunta 16 y de los solventes, pegamentos y cualquier otro producto similar que produzcan o comercialicen estas empresas.

[RESPUESTA de SW:] SW manifiesta que no cuenta con información definitiva o conclusiva en relación con las participaciones de mercado de las partes o sus competidores, especialmente conforme a la segmentación de la pregunta 16. SW establece que la información disponible subestima en forma significativa el tamaño del mercado (ANAFAPYT) o no realiza segmentación alguna como se solicita en la pregunta 16 (INEGI).

En este contexto y como se señaló en la Sección III del Estudio de Competencia presentado el 28 de Enero de 2013, con base las [sic] estimaciones internas de SW, respetuosamente se manifiesta que la participación de mercado combinada de SW y Comex por efecto de la concentración sería de entre el [REDACTED] \* considerado un mercado general de recubrimientos.<sup>255</sup> [...]

[...]

[RESPUESTA de AVISEP:] Grupo Comex manifiesta que no cuenta con información definitiva o conclusiva en relación con las participaciones de mercado de las partes o sus competidores, especialmente conforme a la segmentación de la pregunta 16. Grupo Comex establece que la información disponible subestima en forma significativa el tamaño del mercado (ANAFAPYT) o no realiza segmentación alguna como se solicita en la pregunta 16 (INEGI).

<sup>253</sup> Folio 2793 del EXPEDIENTE.

<sup>254</sup> Folio 2834 del EXPEDIENTE.

<sup>255</sup> Folios 2796 y 2797 del EXPEDIENTE.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

*En este contexto y como se señaló en la Sección III del Estudio de Competencia presentado el 28 de enero de 2013, con base las [sic] estimaciones internas de Grupo Comex, respetuosamente se manifiesta que la participación de mercado combinada de SW y Grupo Comex por efecto de la concentración sería de entre el [redacted] y el [redacted] considerando un mercado general de recubrimientos.<sup>256</sup> [...]*

[...]

*49.- Presentar copia de los documentos que hubieran sido presentados al Consejo de Administración de Sherwin Williams, para autorizar la oferta para adquirir el negocio de Grupo Comex.*

*[RESPUESTA de SW:] El documento que se adjunta el [sic] presente como Anexo 49 contiene copias de los documentos presentados al Consejo de Administración de SW para autorizar la adquisición de Comex. Estos documentos únicamente se refieren a la adquisición del negocio en México.<sup>257</sup>*

Como se desprende de las citas anteriores, la CFC requirió a SW y AVISEP la información que la normatividad aplicable (artículo 11 del RLFCE) exige para determinar participaciones de mercado. Al respecto, las promoventes primero negaron tener la información "conclusiva" respecto a las participaciones de mercado solicitada conforme a los datos que exige el artículo 11 del RLFCE (es decir, en términos de las ventas y capacidad de producción); luego afirman que sí tienen la información correspondiente a su participación de mercado, pero expresada en términos del número de tiendas (concepto no previsto en las normas aplicables) y finalmente, mediante su recurso de reconsideración, señalan que la autoridad nunca cumplió con su obligación de requerir la información relevante para determinar las participaciones de mercado de los competidores.

Por otro lado, las recurrentes parecen sugerir que la autoridad también debió pedir a los particulares o a autoridades un listado por entidad federativa que distinga a los competidores locales, regionales y nacionales, sin identificar cuál es el tamaño de cada uno de ellos en términos de sus participaciones de mercado; ventas, por valor o volumen, por tienda, localidad o región, y sin indicar ningún otro elemento previsto en los artículos 13, fracción I, de la LFCE y 11 del RLFCE que permita identificar o determinar la presión competitiva real de cada competidor identificado. Al respecto, se señala que dicha información no permite arribar a conclusiones válidas respecto a la presión competitiva de los supuestos competidores que participen en dichas dimensiones geográficas. El hecho de que existan o puedan existir competidores locales o regionales aislados no implica que tengan la capacidad suficiente para ejercer presión competitiva frente a un sistema de distribución a nivel nacional.

En ningún precepto la LFCE o el RLFCE establece que es una obligación de la autoridad tener en cuenta aquella información que resulta irrelevante, insuficiente o no idónea para realizar el análisis que corresponde llevar a cabo en términos de los artículos 13, fracción I, de la LFCE, 11 del RLFCE y la resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Por otro lado, mediante el presente agravio los recurrentes no señalan por qué consideran que la información recabada y utilizada en la RESOLUCIÓN resultaba insuficiente, irrelevante o no idónea para calcular las participaciones de mercado y los índices de concentración en términos de la normatividad aplicable.

<sup>256</sup> Folios 2835 y 2836 del EXPEDIENTE.

<sup>257</sup> Folio 2805 del EXPEDIENTE.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En cumplimiento a lo ordenado en dichos preceptos, en las páginas 52 a 61 de la RESOLUCIÓN se analizaron las participaciones de mercado de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos y se arribó a la conclusión de que los índices de concentración superan los umbrales para considerar poco probable que no se produjeran riesgos a la competencia. En particular, dicho análisis permitió concluir que *“la concentración entre COMEX y SW llevaría a tener un nuevo agente económico con una participación en el mercado de recubrimientos decorativos de entre \* por ciento y \* por ciento. El \* competidor, Berel, tendría una participación de mercado de entre \* por ciento y \* por ciento.”*

Esta diferencia en participaciones es indicativa de la poca capacidad, incluso del \* competidor, para contrarrestar el poder de mercado de las PARTES en caso de concentrarse, lo cual se corrobora posteriormente en la RESOLUCIÓN cuando se analizan los efectos de la concentración en el mercado relevante, de acuerdo con la fracción III del artículo 18 de la LFCE. En este análisis se señala que *“considerando la evolución de los precios de recubrimientos decorativos (en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación), así como los importantes márgenes obtenidos por COMEX, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado.”*

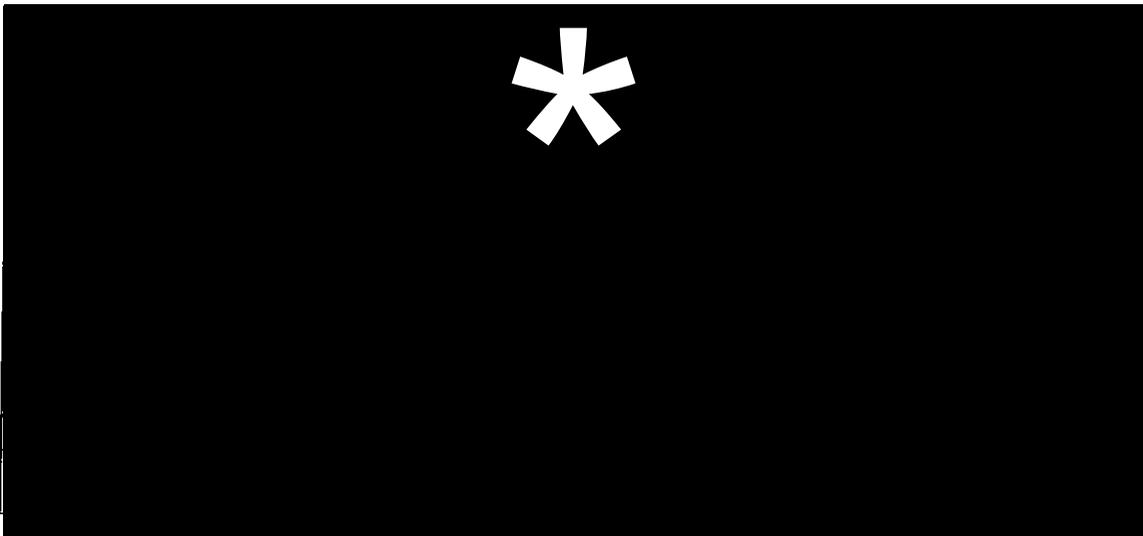
Para mayor referencia sobre las fuentes y la metodología utilizada para calcular las participaciones de mercado referidas se remite al apartado III. Indebida determinación del poder sustancial de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

En adición, SW y AVISEP adjuntan como Anexo 10 de este Recurso, información más específica que suplementa y complementa la Tabla 7 referida anteriormente.

La siguiente Tabla 8 contiene el número de tiendas propias de SW y el de aquellos concesionarios independientes de COMEX y de los competidores.

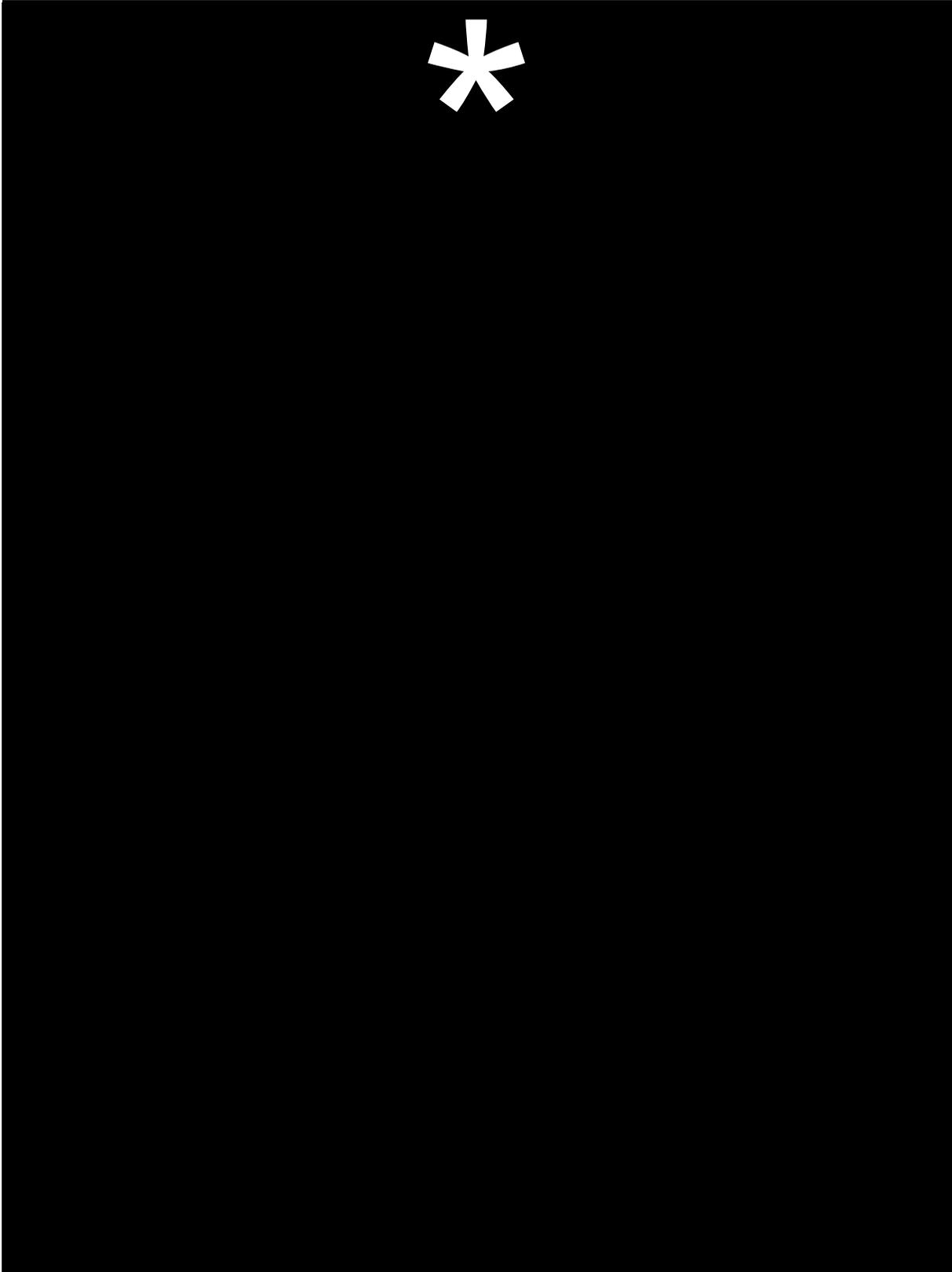
Tabla 8



1434



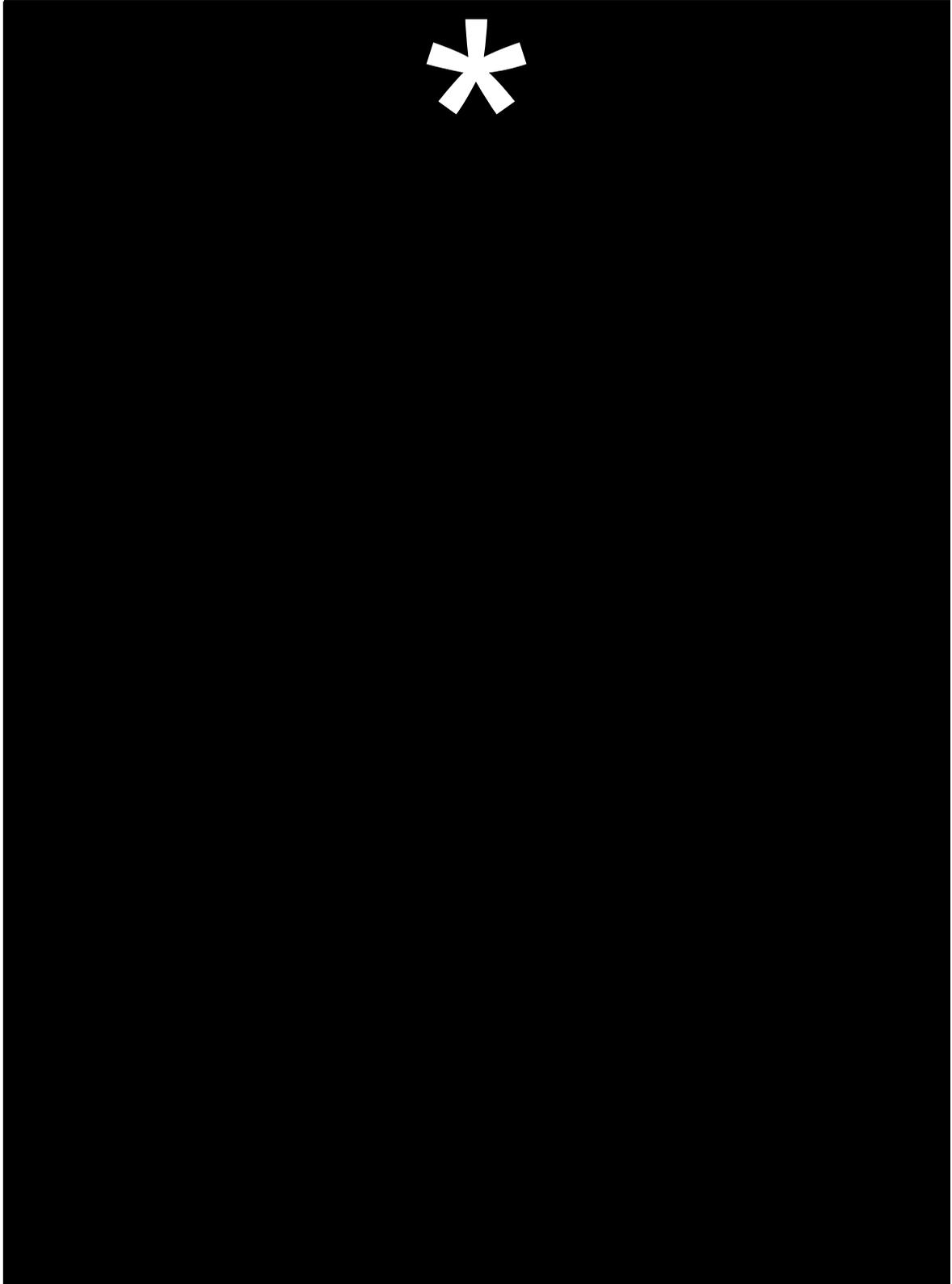
The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

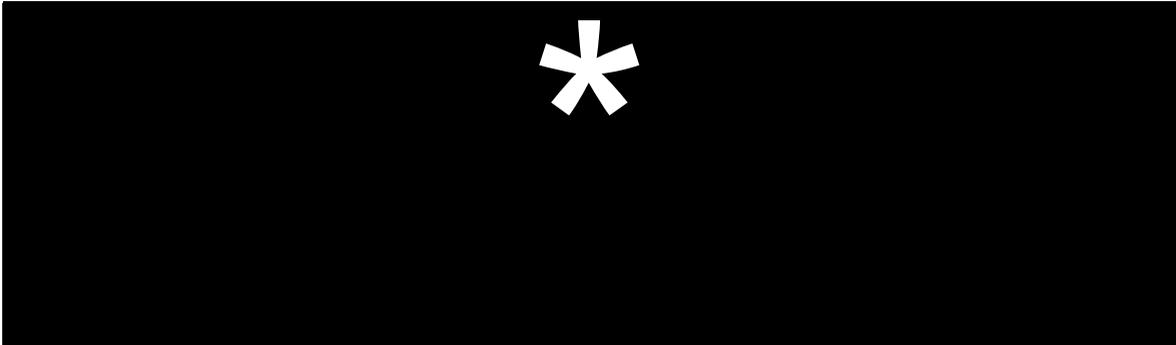




1425

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013





La Tabla 8 anterior demuestra que el efecto de la Concentración a nivel local resulta marginal en la gran mayoría de los municipios.

Confirma lo anterior, el análisis realizado respecto de las ventas de pinturas decorativas de SW por municipio, mismo que se exhibe como Anexo 16. El análisis previsto en el Anexo antes referido contiene información relacionada en las ventas de pinturas decorativas de SW, realizadas por las tiendas propias de pinturas decorativas de SW, del segmento arquitectónico. El análisis evidencia que [redacted] \* de dichas ventas ocurren en Municipios en los que SW [redacted] \* Ello basado en (i) el número significativo de competidores en cada uno de los municipios; y (ii) la ausencia de barreras de entrada en relación con la apertura de tiendas de pinturas; la suma de las tiendas de SW en dichos municipios como resultado de la CONCENTRACIÓN, no resultará en la existencia de efectos competitivos dañinos en ninguno de los municipios. De hecho, desde un punto de vista competitivo, el *status quo* existe en cada uno de los municipios, se mantendrá en la misma forma en la que se encuentra.

La parte remanente de las ventas de pinturas decorativas en las tiendas de pinturas arquitectónicas propias de SW [redacted] \* se realizan en municipios en México en, los que SW cuenta con [redacted] \* No obstante, el número máximo de tiendas de pinturas decorativas propios de SW en cada municipio es de [redacted] \* El análisis del número de competidores existente en dichos municipios acredita que existe una abundante competencia en dichos municipios, tal como se acredita de lo expuesto por el Anexo 10. Como ya se señaló, el Anexo 10 contiene el número de tiendas de pinturas que existen por cada municipio, así como de los puntos de venta de pintura que existen en los mismos.

SW y AVISEP proporcionan un análisis de la marginal o insignificante adición que SW representa para COMEX, en diez localidades en las que existe la mayor presencia de tiendas de productos decorativos de SW. Dichas localidades son: [redacted] \*



Se señala que seis de los diez municipios mencionados, se encuentran localizados [redacted] \* y dos se encuentran en [redacted] \* de mayor tamaño después [redacted] \*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

\* [REDACTED] \* y, por ello, llena de opciones adicionales para los consumidores.

A continuación, SW y AVISEP proporcionan un ejemplo de dos de los mapas que son exhibidos en el Anexo 10, para cada una de las diez localidades más concentradas<sup>258</sup>. Estos mapas y tablas fueron realizados utilizando información pública de INEGI (DUENUE 2012) disponible en su sitio web<sup>259</sup>.

En conclusión, los dos mapas anteriores demuestran claramente que los consumidores cuentan con suficientes opciones para adquirir productos distintos a SW y COMEX, incluso en las localidades más concentradas del territorio nacional. El resto de los mapas que se contienen en el Anexo 10 prueban en el mismo sentido.

Los argumentos anteriores resultan **infundados** en virtud de las siguientes consideraciones:

Por lo que respecta a la Tabla 8 y el Anexo 10, nuevamente las recurrentes insisten en señalar que la autoridad debía tener en cuenta precisamente los datos que no están previstos en la normatividad aplicable (artículo 11 del RLFCE) como los idóneos para calcular participaciones de mercado y realizar el análisis en materia de la presión competitiva que prevalece en el mercado de recubrimientos decorativos.

En particular, las recurrentes omiten mencionar que la información que presentan mediante la Tabla 8 y el Anexo 10 no incluye indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda y/o por Estado, así como respecto de capacidades de producción. Dichas omisiones impiden determinar de forma inequívoca la presión competitiva de los supuestos competidores que refieren. En realidad, la información presentada por las recurrentes carece de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como un indicador o referente para evaluar la presión competitiva. Asimismo, el hecho de que existan o puedan existir competidores locales o regionales aislados no implica que tengan la capacidad suficiente para ejercer presión competitiva frente a un sistema de distribución a nivel nacional.

En relación con el Anexo 10 dicho documento señala el supuesto número de tiendas de SW, COMEX, Distribuidores de SW y otros competidores. En general, conforme a esa información se advierte que en esas localidades habría muchos puntos de venta de los competidores; sin embargo, ese señalamiento no combate lo establecido en la RESOLUCIÓN, pues ésta en su página 109 indica con claridad que según las recurrentes existen más de sesenta mil puntos de venta en México, pero que ello no es en realidad una presión competitiva para COMEX, en tanto que ésta *"cuenta principalmente con [REDACTED] \* [REDACTED] \* tiene una participación de mercado de [REDACTED] \* [REDACTED] \* por ciento; ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de Comex pueden ser muchos, pero venden muy poco en comparación con los concesionarios de Comex, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente"*<sup>260</sup> así como que *"según los datos proporcionados por los promoventes, resulta que las tiendas COMEX manejan volúmenes de ventas mucho mayores que sus competidores"*.

<sup>258</sup> El juego completo de mapas y cuadros correspondientes a cada una de estas diez localidades es exhibido como prueba junto al presente escrito como Anexo 10. Se debe tener en cuenta que los puntos mostrados en amarillo son la combinación de tiendas SW-COMEX (distribuidores/concesionarios/tiendas propias), mientras que el remanente de los puntos de color azul corresponden a los puntos de venta pertenecientes a los competidores. El primer mapa solo muestra las tiendas de pintura, mientras que el segundo mapa muestra las ferreterías, supermercados y tiendas de artículos para la mejora del hogar.

<sup>259</sup> <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/mapa/denue/default.aspx>

<sup>260</sup> Véase la página 109 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Se reitera que las recurrentes no aportan en el anexo 10 participaciones en el mercado local de recubrimientos decorativos, ni datos que permitan identificar el tamaño de las tiendas en cada municipio en términos de sus ventas.

Asimismo, se señala que el número acumulado de tiendas no es un indicador adecuado del efecto de la concentración porque no permite valorar el número de proveedores alternativos que existe en cada localidad ni la importancia de sus ventas como presión competitiva. La Ley prevé los elementos a considerar al valorar el efecto de una concentración y la CFC realizó su análisis conforme con lo previsto. Faltaría señalar que por lo tanto la tabla no demuestra lo que las recurrentes pretenden.

Por otro lado, el anexo 16 es una tabla que lleva por título "Ventas de productos arquitectónicos en tiendas propias de SW". La tabla cuenta con tres columnas: la primera "Etiquetas", la segunda "Cuenta de valores de Sucursal" y la tercera "Suma de TTL menos distribuidor".

La última columna está dividida en dos partes, cuando hay más de una tienda y que acumula hasta el \* del total; y cuando hay sólo una tienda que acumula el \* restante. Si dividimos el total de ventas entre el número de tiendas, para el primer caso se tiene que \* entre \* tiendas nos da un promedio de ventas por tienda de \* mientras que para el segundo caso se dividen \* entre \* tiendas, lo que implica un promedio de ventas por tienda de \*. Se puede notar que la diferencia en promedio de ventas por tienda no es significativa para ambos casos. Por lo tanto, el argumento de las PARTES respecto a que la mayoría de las ventas en tiendas propias de SW se realiza en municipios en los que \* no permite concluir lo que pretenden, a saber que hay un número significativo (en términos de su presión competitiva sobre ) de competidores en cada municipio y que no existen barreras a la entrada en la apertura de tiendas de pintura.

Asimismo, la hipótesis que subyace en el argumento planteado consiste en señalar que cuando hay más tiendas \* las ventas \* por la competencia que existe". Así, en este caso cuando hay \* solo recaban el \* de las ventas, y con \*

Como ya ha sido mencionado anteriormente, el Anexo 10 no aporta participaciones en el mercado local de recubrimientos decorativos. Por lo tanto, no es posible identificar el tamaño de las tiendas en cada municipio en términos de sus ventas. De esta forma, tampoco es posible saber si es o no insignificante la adición de SW a COMEX en cada municipio.

En otras palabras, la suma de la información proporcionada mediante los Anexos 10 y 16 no aporta información suficiente para evaluar la presión competitiva que enfrentan SW y COMEX a nivel local, regional o nacional por parte de sus competidores.

Lo anterior, debido a que el Anexo 10 aporta información sobre la presencia de competidores en localidades específicas (delegaciones y municipios), pero sólo en términos del número y ubicación de tiendas y/o puntos de venta.

El Anexo 16 refiere las mismas localidades y añade información sobre el volumen de ventas de SW y el número de tiendas de SW en dichas localidades.

En primer lugar, debe señalarse que las recurrentes no explican la metodología o las operaciones que siguieron para realizar esos cálculos. Tampoco acompañaron alguna otra prueba, como podría ser la pericial, para demostrar que efectivamente los datos que presentan se apegan a la realidad. En particular, no se indica por qué son confiables las cifras referidas en la tercera columna de la tabla que

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

aparece en el Anexo 16 y que se identifica bajo la denominación “Suma de TTL menos distribuidor”. Tampoco se aclara su fuente ni la metodología de su cálculo.

Aparentemente, la información podría indicar que los consumidores cuentan con considerables opciones para adquirir productos distintos a SW y COMEX; no obstante, la información que aporta el Anexo 10 únicamente versa sobre el número y la ubicación de tiendas de pinturas de diversos competidores: con la excepción de los datos de SW incluidos en el Anexo 16, la combinación de ambos anexos no incluye indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda y/o por Estado, así como respecto de capacidades de producción. De esta manera, no es posible concluir que la información es indicativa de la proporción de la adición “marginal” o “insignificante” que SW representa para COMEX, dado que los datos no han sido comprobados y, fundamentalmente, debido a que los anexos no contienen información conjunta de las ventas de SW y COMEX de que pueda resultar comparable con las cifras de ventas (valor o volumen) de sus competidores.

Asimismo, el análisis no toma en cuenta otros factores relevantes que la RESOLUCIÓN tomó en cuenta y que inciden en las decisiones de compra de los consumidores. En particular, el análisis presentado por las recurrentes deja de lado lo señalado por la CFC en las páginas 80 a 86 de la RESOLUCIÓN respecto al reconocimiento de marca, ya que los consumidores toman como referencia para realizar su compra no sólo el precio y la ubicación, sino también la referencia de la marca:

*“(…) de acuerdo con la Presentación Ejecutiva de Venta, Comex es la marca de recubrimientos [redacted] México con la presencia de reconocimiento [redacted] por ciento de reconocimiento “top of mind” entre pintores y [redacted] por ciento “top of mind” entre amas de casa.*

*Conforme a comparaciones de Comex, SW sería la [redacted] marca en el mercado con mejor posicionamiento, con [redacted] por ciento de top of mind y [redacted] por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa.*

*La [redacted] sería Berel con [redacted] por ciento de top of mind y [redacted] por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa (...).<sup>261</sup>*

Por tanto, se considera que si bien pueden existir muchas tiendas de “pintura”, que no de recubrimientos decorativos, como ya se señaló, además de las de SW y de COMEX, ninguna de ellas representa una verdadera presión competitiva, en tanto que dadas las [redacted] con que cuentan los concesionarios de COMEX y los distribuidores [redacted] de SW, pueden vender las marcas de recubrimientos decorativos propiedad de COMEX y SW

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*(iv) La CFC también subestimó la importancia de las importaciones y específicamente la exitosa entrada de la marca Behr, así como la creciente importancia de Valspar y Grace.*

La CFC omitió requerir información a (i) la Secretaría de Economía; (ii) otros competidores, (iii) THE HOME DEPOT, Lowe’s y cualquier otra tienda de artículos para mejora del hogar o supermercados; así como a (iv) la ANAFAPYT, para intentar obtener información adicional acerca de las importaciones actuales y potenciales.

<sup>261</sup> Página 86 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

El artículo 13, fracción II del RLFCE establece que para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, la CFC debe considerar la *“falta de acceso a importaciones o a la existencia de costos elevados de internación”*. En otras palabras, dicho artículo obliga a analizar que las importaciones son factibles, mas no que las mismas realmente ocurran. Por lo tanto, resulta irrelevante si las importaciones representan un pequeño o amplio porcentaje o si BEHR ha sido *“el único caso exitoso de una marca importada”*. Lo que realmente importa para el análisis de la fracción en cuestión es que las importaciones sean factibles debido a la ausencia de aranceles y cuotas compensatorias, así como bajos costos de transporte.

La RESOLUCIÓN carece de congruencia interna. Por una parte, la CFC reconoce en las páginas 92 y 93 que no existen restricciones a las importaciones y que el costo de transporte es bajo. Sin embargo, la RESOLUCIÓN de manera ilegal pretende valorar el impacto de las importaciones en productos decorativos, cuando dicha circunstancia resulta innecesaria conforme a la fracción II del artículo 13 del RLFCE. Conforme a dicho precepto sólo resulta relevante analizar si las importaciones son factibles para el supuesto de que SW-COMEX incurriera en comportamiento anticompetitivo.

La CFC incorrecta e ilegalmente tomó un hecho positivo (la presencia de BEHR como una marca importada) y lo transformó en una inferencia negativa (es *“el único caso exitoso de una marca importada”*) para disminuir la importancia de las importaciones y su factibilidad. El hecho de que BEHR haya entrado de manera exitosa al mercado mexicano, como la misma CFC lo reconoció, y de que de conformidad con las pruebas existentes en el EXPEDIENTE, BEHR busque convertirse en el tercer competidor tras la concentración de SW-COMEX, demuestran: (i) que existe una real y exitosa entrada a México de un competidor de los Estados Unidos; (ii) que no existe temor o sentimiento de que el mercado decorativo se encuentra altamente concentrado; (iii) que dicho mercado es atractivo y que los nuevos entrantes a través de importaciones ven oportunidades también; (iv) que eventualmente, debido a la ausencia de aranceles y cuotas compensatorias, así como a los bajos costos de flete, otros competidores podrían ingresar ya sea mediante inversiones directas o importaciones adicionales.

La entrada de BEHR en 2012 a través de importaciones fue tan exitosa que incluso se apropió una parte sustancial de las ventas de SW que originalmente eran realizadas a través de THE HOME DEPOT. Esto demuestra no sólo la facilidad para la entrada de importaciones sino también (i) la cada vez mayor importancia de las tiendas de artículos para la mejora del hogar, sino también como un competidor directo de los productores de recubrimientos, y (ii) el que la *“marca”* no es el elemento principal en la decisión de compra del consumidor (como ha quedado arriba explicado y demostrado con el debido detalle).

La CFC omitió otorgar valor probatorio a las pruebas existentes en el EXPEDIENTE de las que se desprende que: (i) la marca BEHR es producida en Estados Unidos por Masco Corp; (ii) todos sus productos son importados de los Estados Unidos; (iii) BEHR está presente en las 101 tiendas de THE HOME DEPOT en 2012 y reemplazó a la marca Dutch Boy que SW comercializaba ahí; (iv) súbditamente quitó a SW, aproximadamente, \* de sus ventas en un año; (v) BEHR vislumbra oportunidades de crecimiento en el

mercado decorativo y no muestra temor de entrar en el supuesto “mercado concentrado”; (vi) BEHR percibe el mercado decorativo como un mercado en crecimiento y (vii) BEHR espera tener más de un 20% del mercado decorativo para el 2015 (ver Anexo 12 del presente Recurso de Reconsideración). Esto, por sí solo, es un mensaje claro sobre disciplina al mercado.

Por tanto, la afirmación de la RESOLUCIÓN en el sentido de que “*los promoventes no aportaron elementos para acreditar un porcentaje de importaciones significativo*”, es ilegal pues carece de fundamento legal, ni la LFCE ni su Reglamento requieren acreditar tal circunstancia. En adición a lo anterior, dicha afirmación carece de motivación alguna. Por tal motivo, tal afirmación deberá ser reconsiderada y eliminada de la RESOLUCIÓN para en su lugar concluir de manera debidamente fundada y motivada que el acceso a las importaciones es factible a bajos costos de internación, y la entrada de la marca BEHR al mercado mexicano acredita indubitablemente dicha circunstancia.

*La CFC también omitió expresar una conclusión válida respecto del incremento de las ventas anuales de COMEX en el mercado decorativo y la disminución de las de SW.*<sup>262</sup>

El hecho de que las ventas anuales de COMEX para dos mil doce en el mercado decorativo se incrementaran en un ██████\* y las de SW disminuyeran un ██████\* no puede servir de base para realizar una inferencia negativa. Por el contrario, la disminución de las ventas anuales de SW se explica por la pérdida del negocio de Dutch Boy con THE HOME DEPOT, que fue remplazado por la marca BEHR (Masco Corp.).<sup>263</sup>

Así, cualquier inferencia negativa realizada en la RESOLUCIÓN respecto de dicha situación también constituye un error. De la misma manera, el hecho de que COMEX incrementara sus ventas, que la marca BEHR entrar exitosamente al mercado y el hecho de que los competidores incrementaran sus ventas (TBD) es un indicador de que el tamaño total del mercado está creciendo, lo cual fue omitido por la CFC.

Las recurrentes realizan señalamientos que **no combaten** la RESOLUCIÓN, pues no indican cuál es la supuesta inferencia negativa que les puede causar agravio y que derive del análisis realizado en el apartado de “Ventas” de la página 100 de la RESOLUCIÓN y particularmente de la disminución de las ventas de SW. Asimismo, únicamente señalan de forma dogmática y gratuita que esos datos no pueden servir de base para una inferencia negativa, sin abundar o señalar alguna razón que sostenga su aserto. Asimismo, el hecho de que en negocio que tenía SW a través de su venta en las tiendas de THE HOME DEPOT haya sido reemplazado por la marca BEHR es un hecho que no está sujeto a discusión, pues la propia resolución así lo señala. Por tanto, sus manifestaciones en ese sentido son **inoperantes**.

Por otra parte, las recurrentes señalan en que el incremento en las ventas de COMEX la entrada de BEHR y el hecho de que los competidores incrementaran sus ventas es un indicador de que el tamaño total del mercado está creciendo. Sin embargo, independientemente de que las recurrentes no demuestran que los competidores estén incrementando sus ventas, el hecho de que haya crédito el tamaño total del mercado no resulta inconsistente con el análisis de barreras a la entrada contenido en la RESOLUCIÓN y según el cual resultan relevantes no sólo los plazos y costos de instalación de una

<sup>262</sup> Página 100 de la RESOLUCIÓN.

<sup>263</sup> Referirse a la declaración realizada por THE HOME DEPOT en su página web, misma que se exhibe como Anexo 17.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

planta, sino también los costos y el tiempo para establecer la distribución y comercialización de los productos a nivel nacional. Lo anterior debido a que [REDACTED] competidores en el mercado de recubrimientos decorativos; es decir, las empresas que realizan la gran mayoría de las ventas en el país [REDACTED] cuentan con sistemas de distribución a nivel nacional y con un número significativo de puntos de venta a nivel nacional.

VII. La CFC también determinó ilegalmente que “en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación. Sin embargo, a partir de enero de dos mil doce, se observa que el precio de las pinturas evolucionó por debajo de la tasa de inflación.”<sup>264</sup>

Dicha conclusión es incorrecta e ilegal, en virtud de que omitió valorar el incremento de los insumos y materias primas que son utilizados para producir recubrimientos (especialmente en el mercado decorativo).

Tal como fue reconocido por las páginas 22 a 23 y 88 a 89 de la RESOLUCIÓN, los insumos representan entre el [REDACTED]\* y el [REDACTED]\* del costo de fabricación de los recubrimientos. La CFC reconoció que el costo del [REDACTED]\* (insumo que representa el mayor costo de las ventas de ambas empresas) incrementó su precio en el periodo comprendido de enero de dos mil ocho a diciembre de dos mil doce en COMEX en un [REDACTED]\* y en SW en un [REDACTED]\*.

Adicionalmente, el Estudio de Competencia –que como ya se ha dicho, no fue analizado de manera alguna por la CFC en este contexto– demuestra en su página 14 una gráfica (Gráfica V –Precios Reales de las Materias Primas) una contundente comparación entre la evolución de los precios de pinturas para el periodo 2008-2012 frente a la evolución del precio de sus materias primas.

La inflación, en comparación con el incremento de los insumos, para el periodo de tiempo comprendido entre enero de dos mil ocho y de diciembre de dos mil doce (aplicando las tarifas establecidas en las páginas 100 y 101 de la RESOLUCIÓN) demuestra que los insumos han tenido un mayor incremento.

La CFC destaca que “en el largo plazo el precio de la pintura ha crecido significativamente por arriba de la inflación”. Con ello pretende inferir que los promoventes tienen poder en el mercado, lo cual explica que los precios no hayan crecido según la inflación sino a un ritmo más acelerado. Lo que la CFC omite hacer explícito es que la razón del incremento en los precios tiene que ver con el constante aumento que han experimentado los precios de los principales insumos de la industria. Más todavía, el incremento en los precios de los insumos se ha dado a un ritmo aún más acelerado que aquél que puede identificarse en los precios de la pintura, es decir, si algo debe decirse sobre el incremento de los precios de la pintura es que debió haberse dado de manera más rápida, en razón del incremento de los principales insumos para su producción, y que si no ha sido así porque se trata de un mercado competido en que disciplinan los precios.

Las tablas contenidas en las páginas 100 y 101 de la RESOLUCIÓN pueden servir para concluir que el precio de los recubrimientos ha crecido por arriba de la inflación pero no son idóneas para un análisis que pueda controvertir que los insumos han crecido de

<sup>264</sup> Página 101 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

**manera sustancial porque no toma consideración el aumento real de los insumos. Por ello, el comparativo es erróneo y lleva a la CFC a conclusiones incorrectas.**

El agravio anterior resulta **infundado**, en virtud de las siguientes consideraciones:

El análisis realizado por la COMISIÓN, que se muestra en las páginas 100 y 101 de la RESOLUCIÓN, toma en consideración los datos del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) y el Índice Nacional de Precios al Productor (INPP) elaborados y publicados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

El INEGI es la institución oficial cuyo objetivo es lograr que el Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica (SNIEG) suministre a la sociedad y al Estado información de calidad, pertinente, veraz y oportuna, a efecto de coadyuvar al desarrollo nacional, bajo los principios de accesibilidad, transparencia, objetividad e independencia. De esta forma, es el INEGI la encargada en realizar las estimaciones sobre el comportamiento de los precios al productor y al consumidor final siguiendo una metodología estadística claramente definida y disponible públicamente.

El resultado señalado por la RESOLUCIÓN en el sentido de que *“en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación. Sin embargo, a partir de enero de dos mil doce, se observa que el precio de las pinturas evolucionó por debajo de la tasa de inflación”*, se deriva del análisis del comportamiento de los índices de precios, INPP e INPC publicados por INEGI, por lo que la conclusión es la correcta, contrario a lo que erróneamente señalan las recurrentes.

Por otra parte, la CFC no omitió valorar el incremento de los insumos y materias primas que son utilizados para producir recubrimientos, como erróneamente señalan las ahora recurrentes. Las propias recurrentes señalan que en sus páginas 22, 23 y 88 a 89 la RESOLUCIÓN hace mención a los porcentajes de los costos que representan los insumos; más aún, en las páginas 88 a 92 la RESOLUCIÓN analiza las posibilidades de acceso de los agentes económicos a los insumos, por lo que la CFC no omitió analizar los insumos, ni los incrementos en los precios de los mismos, por lo que las afirmaciones de las recurrentes son **infundadas**.

En todo caso, las recurrentes tampoco aportan elementos para concluir que los precios han aumentado más que los insumos, ni que *“el incremento en los precios de los insumos se ha dado a un ritmo aún más acelerado que aquél que puede identificarse en los precios de la pintura, es decir, si algo debe decirse sobre el incremento de los precios de la pintura es que debió haberse dado de manera más rápida”*. Lo anterior se vería reflejado en una disminución de sus márgenes de ganancia, sin embargo, como ha señalado la RESOLUCIÓN, con base en información proporcionada por las propias recurrentes, éstos se han mantenido altos.

Lo señalado por la CFC de que *“en el largo plazo el precio de la pintura ha crecido significativamente por arriba de la inflación”* en las páginas 101, 107, 110 y 114 de la RESOLUCIÓN es un hecho, derivado del análisis del comportamiento de los precios al consumidor y al productor, análisis realizado con los datos oficiales. Contrario a lo que insinúan y erróneamente malinterpretan las PARTES, respecto a que *“[c]on ello [la Comisión] pretende inferir que los promoventes tienen poder en el mercado, lo cual explica que los precios no hayan crecido según la inflación sino a un ritmo más acelerado”*, lo cual es completamente **infundado**. Por una parte, los datos de INEGI son agregados, por lo que el índice de precios al productor de pintura no contempla los datos únicamente de las recurrentes, como parece que entienden ellas; para la estimación de los datos de INEGI, se



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

considera el comportamiento de los precios de las pinturas comercializadas en México, considerado a múltiples productores y no sólo a dos empresas, por lo que el índice no refleja sólo el comportamiento de los precios de estas últimas.

Por otra parte, el análisis realizado por la COMISIÓN no se fundamenta en el análisis de un sólo elemento, en este caso el comportamiento de los precios, sino que es el resultado integral el cual consideró, entre otros elementos, la participación de mercado de las PARTES (COMEX y SW), los márgenes de ganancias de las empresas y las barreras a la entrada (por ejemplo, costos y tiempo de instalación de nuevas plantas, red de distribución, reconocimiento de marca, capacidad ociosa), por lo que la afirmación realizada por la recurrentes en el sentido de que del análisis del comportamiento en los precios, la CFC "*pretende inferir que los promoventes tienen poder en el mercado, lo cual explica que los precios no hayan crecido según la inflación sino a un ritmo más acelerado*", es **infundada**.

Finalmente, contrario a lo señalado por las recurrentes, la COMISIÓN no trata de controvertir los incrementos de los precios de los insumos con un análisis de comportamiento de los precios en las pinturas; ambos elementos no fueron mezclados en la RESOLUCIÓN en el sentido señalado por las recurrentes.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

En las páginas 101 a 104 de la RESOLUCIÓN se concluye ilegalmente del análisis de cuatro productos del mercado decorativo que: (i) [REDACTED] \* (ii) no es posible realizar un análisis de co-integración; y (iii) SW lleva a cabo una política de precios [REDACTED] \*

Dichos argumentos son conclusivos y carecen de una debida fundamentación y motivación. El análisis aislado y parcial de 4 productos de entre las más de 20 marcas de SW y un número muy grande de SKU's es insuficiente para llegar a tales conclusiones.

La muestra de SW de cuatro productos en el mercado decorativo no toma en consideración que todos ellos se refieren a pintura blanca, que en el caso de SW contiene un importante porcentaje de [REDACTED] \* Así, el incremento de precios de dicho material implica necesariamente el incremento de precios de los productos.

Igualmente, el hecho de que SW [REDACTED] \* no es por sí mismo anticompetitivo, y de allí se desprende nada más que la existencia de una política de precios.

El argumento anterior resulta **infundado** en virtud de las siguientes consideraciones:

En las páginas 101 a 104 de la RESOLUCIÓN se señala:

*"(...) Se solicitó a los promoventes que proporcionaran información respecto de los precios y volúmenes de algunos de sus principales productos. Para ello se tomó como referencia una cubeta de 19 litros y recubrimientos de color blanco. La intención era que las partes proporcionaran series de productos que fueran más o menos comparables en términos comerciales.*

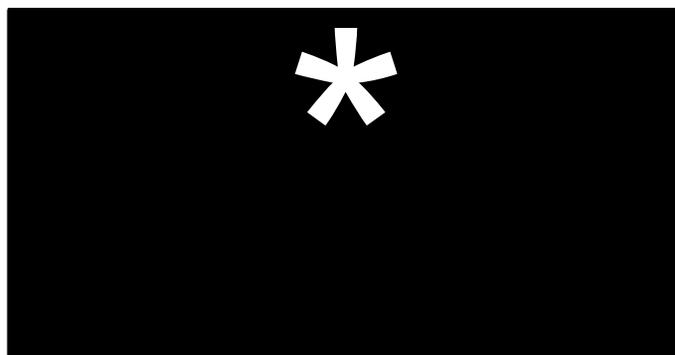
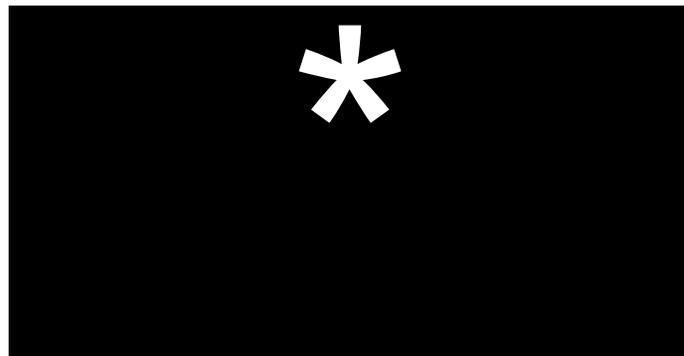
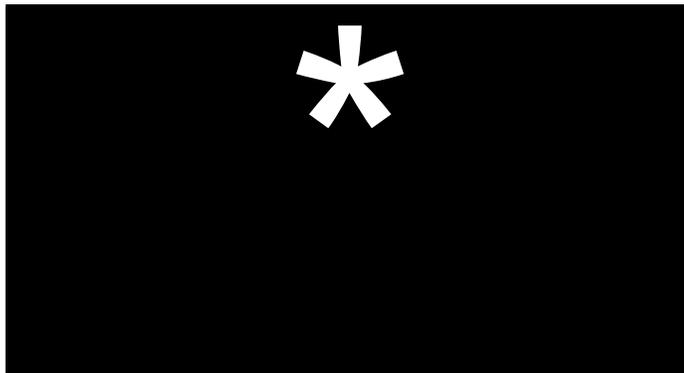
*Las partes propusieron los siguientes 4 pares de productos, que se ubican en diversos niveles de precios:*

The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

COMEX	SW	Rango de precios por cubeta, abril de 2013
VINIMEX BLANCO	KEM-TONE	*
REAL FLEX SEMIMATE BLANCO	EVOLUCION	
PRO 1000 PLUS	CENTINELA	
ME-70	VINIPLUS	

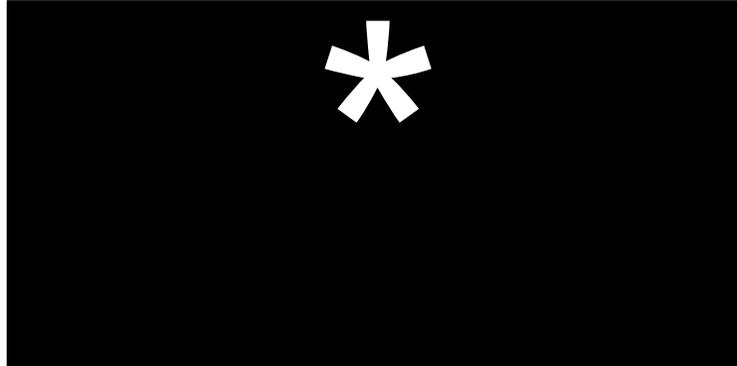
Las marcas seleccionadas por Comex, en sus diversas presentaciones, representan \* por ciento de las ventas totales de decorativos en dos mil doce de la empresa.

Gráficamente, el comportamiento de los precios por cubeta de las series comparadas es el siguiente:





The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013



De las gráficas se observa que Comex y SW aplican distintas políticas de precios va que en el caso de Comex se observa [redacted] SW [redacted]

Debido a la falta de [redacted] de SW y al comportamiento [redacted] de su política de precios, no fue posible realizar un análisis de cointegración, que hubiera permitido determinar la posibilidad de una relación estructural entre las series.

En conclusión, se observa que Comex y SW tienen políticas comerciales distintas, ya que mientras Comex tiene [redacted] de precios durante el periodo analizado, SW lleva a cabo una política de [redacted]

Lo anterior muestra claramente que la COMISIÓN en su análisis de precios es únicamente sobre cuatro pares de productos propuestos como comparables por las PARTES y que en el apartado de la RESOLUCIÓN titulado "Comparativo de precios de productos seleccionados", que es el apartado al cual hacen mención los recurrentes en su agravio, la COMISIÓN se refiere únicamente a los precios de los productos seleccionados y no a todos los productos de SW, como erróneamente implican los recurrentes en su agravio.

En dicho apartado la COMISIÓN solamente realiza un análisis descriptivo de los precios de los productos propuestos por los recurrentes buscando determinar la posibilidad de una relación estructural entre las series, situación que no fue posible debido a la falta de [redacted] de SW y al comportamiento [redacted] de su política de precios, y no realiza ningún análisis conclusivo respecto de los precios de SW en general.

Adicionalmente, debe señalarse que la COMISIÓN no estableció en la RESOLUCIÓN que el comportamiento de los precios de SW fuera anticompetitivo como indican los recurrentes en su agravio. De hecho, la conclusión a la que se llegó es que COMEX y SW tienen políticas comerciales distintas, ya que una tiene [redacted] en tanto que la otra tiene una política de precios [redacted]

Ante la evidencia recabada precisamente a través de un requerimiento de información realizado por la CFC, se llegó a esa conclusión; las recurrentes pretenden que esa conclusión es incorrecta, pero no ofrecen algún argumento o medio de convicción para demostrar que SW [redacted] que su política comercial respecto del resto de sus recubrimientos decorativos, las veinte marcas que mencionan o el número elevado de SKU's sea [redacted] o que sí sea posible realizar un análisis de cointegración a través de esos datos, por lo cual se advierte que en realidad sus manifestaciones son **gratuitas** y sólo pretenden descalificar la decisión de la CFC, por lo cual resultan **inoperantes**.

VIII. La CFC concluyó ilegalmente<sup>265</sup> que: a) SW tienen “márgenes elevados” y b) COMEX ha sido capaz de incrementar su EBITDA, lo cual es indicativo de poder de mercado.

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

SW y AVISEP reconocen la afirmación contenida en la página 107 de la RESOLUCIÓN en el sentido de que *“el hecho de que COMEX y SW tengan márgenes elevados y que COMEX tenga un EBITDA mayor que empresas similares no es por sí mismo evidencia de existencia de poder de mercado, pues no existe un umbral que relacione márgenes con poder”*.

Sin embargo, la CFC actuó ilegalmente al: (i) usar la Presentación Ejecutiva como fuente para determinar cuál es el margen de EBITDA de 2011 para COMEX y otros productores de recubrimientos, en virtud de que dicha información no fue verificada por ninguna parte, según se desprende de la primera página de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA; y (ii) las empresas que la CFC comparó son compañías multi-productos que no solo manufacturan recubrimientos y mucho menos se limitan a la producción de recubrimientos decorativos.

A pesar de lo anterior, la CFC llegó a la incorrecta e ilegal conclusión de que *“Lo destacable desde el punto de vista de competencia, es que en un entorno de elevación de los precios de los insumos, COMEX ha sido capaz de mantener márgenes altos e incluso ha podido incrementar su EBITDA, lo cual es indicativo de poder de mercado”*.

Dicha afirmación carece de fundamentación y motivación, por lo que resulta ilegal. No existe precepto normativo alguno o análisis económico que le permita a la CFC llegar a tal conclusión. De hecho, la RESOLUCIÓN carece de congruencia interna, pues la afirmación en cuestión resulta contradictoria con la previa determinación de la CFC contenida en la RESOLUCIÓN, en el sentido de que no existe relación alguna entre el EBITDA y el poder de mercado. Por lo tanto, dicha afirmación deberá también revocarse y omitirse en el análisis del presente recurso de reconsideración.

La CFC no investigó y mucho menos analizó las razones por las cuales COMEX pudo haber mantenido sus márgenes de ganancia. La RESOLUCIÓN infiere ilegalmente que se debe a la existencia de poder de mercado, sin analizar o descartar antes la existencia de otras variables tales como la existencia de un proceso productivo eficiente, la reformulación de sus productos, entre otros.

En conclusión, la CFC también actuó ilegalmente al haber llegado a la referida conclusión que no tiene sustento alguno, que contradice su previa determinación en el sentido de la inexistencia de relación entre EBITDA y poder de mercado, y lo más importante, un mayor EBITDA no es indicativo de la existencia de poder de mercado. Por lo tanto, tal afirmación también deberá revocarse y omitirse en el análisis de la Concentración.

El agravio anterior es **infundado** en virtud de las siguientes consideraciones:

Al respecto, la RESOLUCIÓN, en sus páginas 104 a 107, realizó señalamientos respecto de los márgenes de ganancia promedio de COMEX y SW. Para llegar a esa conclusión, no únicamente

<sup>265</sup> Páginas 105 a 107 de la RESOLUCIÓN.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

utilizó la información derivada de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, sino también la información presentada por las ahora recurrentes en su escrito del veintidós de febrero de dos mil trece. Además de esa información, la RESOLUCIÓN señala que conforme a la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, COMEX ha

\* y lograr \*  
\* con relación a sus competidores y también que COMEX es la empresa que tiene \*  
margen-EBITDA \* En la  
página 107 de la RESOLUCIÓN se indica:

*“Cabe mencionar que el hecho de que Comex y SW tengan márgenes elevados y que Comex tenga un EBITDA mayor que empresas similares no es por sí mismo evidencia de existencia de poder de mercado, pues no existe un umbral que relacione márgenes con poder. Cada industria produce márgenes distintos que se relacionan con las características de los productos, su diferenciación, costos de inversión, gastos en innovación, intensidad de competencia y demás variables. Lo destacable desde el punto de vista de competencia, es que en un entorno de elevación de los precios de los insumos, Comex ha sido capaz de mantener márgenes altos e incluso ha podido incrementar su EBITDA, lo cual es indicativo de poder de mercado. Asimismo, en la Presentación Ejecutiva de venta se menciona que Comex logró ventas de \* y un EBITDA de \* en 2011, lo que representó \* on respecto a dos mil diez y un margen de \**

En este aspecto, las recurrentes mencionan una supuesta contradicción entre las conclusiones de la RESOLUCIÓN en relación a que “el hecho de que COMEX y SW tengan márgenes elevados y que COMEX tenga un EBITDA mayor que empresas similares no es por sí mismo evidencia de existencia de poder de mercado, pues no existe un umbral que relacione márgenes con poder”, pero por otro lado la CFC afirmó que: “Lo destacable desde el punto de vista de competencia, es que en un entorno de elevación de los precios de los insumos, COMEX ha sido capaz de mantener márgenes altos e incluso ha podido incrementar se EBITDA, lo cual es indicativo de poder de mercado”. En este aspecto, se advierte que las recurrentes pretenden sacar de contexto el contenido de la RESOLUCIÓN, aduciendo una contradicción que no existe, lo que hace que sus señalamientos sean **infundados**.

La supuesta contradicción es inexistente ya que las recurrentes pretenden hacer una interpretación de la RESOLUCIÓN que en realidad distorsiona el sentido de la misma, pues estas afirmaciones se referían a que, al realizar un análisis basado únicamente en la comparación de EBITDA con otras empresas, el hecho que una empresa tenga mayores márgenes de utilidades o un EBITDA superior al resto de sus competidores en determinado momento, no implica que dicha empresa tenga poder de mercado; sin embargo, al realizar un análisis que compara el EBITDA de la propia empresa con datos como el del alza significativa en los insumos que tanto la empresa como sus competidores requieren y se concluye que, aún con tales factores, dicha empresa mantiene a través del tiempo márgenes de utilidades o un EBITDA superiores, entonces existen elementos que indican que dicha empresa tiene poder de mercado. Por tanto, no existe la contradicción señalada, pues la primera afirmación se refiere a la imposibilidad de hacer una comparación con el EBITDA de otros competidores, en tanto que la segunda se refiere a la relación del EBITDA de la propia empresa con respecto al contexto de elevación de insumos. Se trata de situaciones completamente diferentes.

En este aspecto, las recurrentes señalan que “las empresas que la CFC comparó son compañías multi-productos que no solo manufacturan recubrimientos y mucho menos se limitan a la producción de recubrimientos decorativos”. No obstante, la propia RESOLUCIÓN señala esa situación cuando indica en la página 107 que “el hecho de que Comex y SW tengan márgenes elevados y que Comex

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*tenga un EBITDA mayor que empresas similares no es por sí mismo evidencia de existencia de poder de mercado, pues no existe un umbral que relacione márgenes con poder. Cada industria produce márgenes distintos que se relacionan con las características de los productos, su diferenciación, costos de inversión, gastos en innovación, intensidad de competencia y demás variables*". Una vez más, se advierte que su manifestación deriva de un entendimiento incorrecto e incompleto de la RESOLUCIÓN.

Las recurrentes manifiestan que no existe precepto normativo o análisis económico que le permita a la CFC haber llegado a esa conclusión; no obstante, ese señalamiento es incorrecto en virtud de que pareciera que las recurrentes pretenden que la LFCE y el RLFCE deben establecer textualmente que cuando el EBITDA es elevado aún ante la elevación del costo de los insumos, entonces se evidencia el poder de mercado. En este aspecto, dicho señalamiento olvida que dichos cuerpos normativos establecen diversas hipótesis generales que rigen el marco analítico para determinar si una concentración debe ser o no impugnada, pero no establecen de forma particularizada y textual todos los supuestos que podrían considerarse para ello, pues las leyes, por naturaleza, comprenden una abstracción que puede incluir muchos hechos o conductas para poder actualizarse.

Así, las facultades legales de la CFC respecto del análisis de una concentración los artículos 17 y 18 de la LFCE únicamente establecen ciertas pautas –como los indicios que indican que la concentración tiene un objeto o efecto contrarios a la competencia y libre concurrencia- y los elementos a considerar en dicho análisis –como los establecidos en el artículo 18-, sin embargo no se trata de disposiciones que impongan la obligación de analizar cuestiones específicas, utilizar criterios o teorías económicas determinadas o restringirse a no analizar información pese a haber sido presentada por las PARTES en relación con la concentración. El estudio realizado en este tipo de procedimiento es por su propia naturaleza flexible siempre y cuando se realice dentro del marco jurídico establecido en la LFCE y esté debidamente motivado, máxime que las características de cada operación son únicas y por lo tanto no pueden ser analizadas bajo parámetros rígido pues de lo contrario se pasarían por alto elementos esenciales para determinar si en el caso concreto podría existir una amenaza a la competencia y libre concurrencia, en caso de aprobarse.

Las facultades de la CFC al estudiar una concentración son amplias -mientras se encuentren dentro del marco jurídico establecido por la LFCE- con el fin de que se cumpla el objeto encomendado constitucional y legalmente, que en este caso es prevenir los daños que pudieran consistir en la obtención o el reforzamiento directo e inmediato de poder en el mercado, se desplace indebidamente o se impida el acceso a los mercados, o bien se facilite el ejercicio de prácticas monopólicas.

Aclarado lo anterior, la manifestación en relación a que la CFC usó la PRESENTACIÓN EJECUTIVA como fuente para determinar cuál era el margen de EBITDA de 2011 para COMEX y otros productores de recubrimientos, pero lo cual no fue verificado por ninguna parte, es falso y por lo tanto **infundado**, en virtud de que la información de que en dos mil once COMEX tuvo un margen de EBITDA de [REDACTED] \* por ciento, superior a cualquiera de los demás productores de recubrimientos deriva de información que se encuentra corroborada con la presentación elaborada por SW denominada "Project Comet", contenida en el Disco Compacto presentado por SW el veintidós de febrero de dos mil trece, en su anexo 49, en cuya diapositiva número tres se observa:



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

\*

Así, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA que SW y AVISEP presentaron el veinticuatro de junio de dos mil trece, elaborado por HSBC Securities (USA), Inc., contiene exactamente el mismo texto incluido en la presentación elaborada y presentada por SW denominada "Project Comet"; en particular, refiere exactamente los mismos porcentajes y cantidades del EBITDA de Comex correspondiente al dos mil once.

En la página 5 de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA (folio 5781) se establece:

\*

De acuerdo con la traducción de dicho texto propuesta por SW y AVISEP:

\*

SW y AVISEP señalan que la fuente para determinar cuál es el margen de EDITDA de dos mil once para COMEX y otros productores de recubrimientos de mercado contiene datos no verificados, lo cual carece de sustento pues se trata de información que ellos mismos incluyeron en dos documentos distintos (PRESENTACIÓN EJECUTIVA y "Project Comet") presentados ante la CFC en fechas diferentes dentro del expediente CNT-095-2012. Asimismo, respecto de la valoración de estos documentos, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de quien lo presentó (SW y AVISEP, en este caso) conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203 y 210 del CFPC; mientras que la presentación "Project Comet" elaborada y presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de quien la presenta o de quien se presume su autoría, en este caso SW (de hecho contiene su logo y fue presentada como un documento propio), conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203, 204, 206 y 210 del CFPC.<sup>268</sup> En consecuencia, es información con valor probatorio pleno respecto de lo que va

<sup>266</sup> El texto original en inglés es el siguiente:

\*

Folio 2827 (Anexo 49). El contenido de dicho texto original en inglés es idéntico al texto que se encuentra en la "Presentación Ejecutiva" (folio 5781), cuya traducción fue ordenada mediante acuerdo de ocho de julio de dos mil trece (folio 5996). Asimismo, las recurrentes presentan la siguiente traducción al español del texto referido, misma que se cita a continuación y no presenta diferencias sustantivas respecto a la traducción realizada por la CFC.

<sup>267</sup> Véase al respecto la página 28 de su recurso de reconsideración, folio 024 del expediente RA-027-2013.

<sup>268</sup> De acuerdo con el artículo 204 del CFPC se reputa autor de un documento privado al que lo suscribe. Asimismo, como una excepción a la regla prevista en el artículo 204 referido, el artículo 206 del CFPC señala que se considera autor de los libros de comercio, registros domésticos y demás documentos que no se acostumbren suscribir, a aquel que los haya formado o por cuya cuenta se hicieren. Al respecto, la presentación incluye el logo y el nombre comercial de Sherwin-Williams en el encabezado de todas y cada una de las páginas que la integran. Asimismo, en la primera lámina o página de la presentación se encuentra información que la caracteriza como una presentación ejecutiva elaborada para consumo interno de la empresa (SW Board of Directors/Excerpts of the Executive Presentation-August 2012). Lo anterior se corrobora con el señalamiento de SW

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

en contra de los intereses de los oferentes con base en la cual la CFC pudo fundamentar las conclusiones a las que llegó en la RESOLUCIÓN.

Finalmente, las recurrentes manifiestan que la CFC infirió que COMEX pudo haber mantenido sus márgenes debido a la existencia de poder de mercado, sin embargo no investigó, analizó o descartó la existencia de otras variables tales como la existencia de un proceso productivo eficiente, la reformulación de sus productos, etc., que pudieran explicar dichos márgenes.

En este aspecto, las recurrentes únicamente pretenden descalificar la RESOLUCIÓN, pero olvidan que a quien le corresponde la carga de la prueba de sus afirmaciones es precisamente a ellas. Si consideraban que la existencia de esas variables podría cambiar el análisis de ese elemento particular de la RESOLUCIÓN, podrían haber ofrecido alguna prueba a efecto de demostrarlo; no obstante, ninguna de las pruebas que ofrecieron se refieren a las variables que podrían afectar lo señalado en la RESOLUCIÓN respecto a que, efectivamente, los márgenes de EBITDA reportados por COMEX se mantienen constantes a pesar de que se elevaron sus insumos, lo que refleja que dicha empresa es capaz de trasladar el aumento de insumos a sus clientes y consumidores y ello es indicativo de la capacidad de elevar de forma unilateral sus precios sin temor a ser inquietado por la competencia.

**IX. La CFC también realizó un incorrecto e ilegal análisis sobre el impacto de la entrada de nuevos competidores como disciplina competitiva hacia SW-COMEX.**

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

*La CFC concluye ilegalmente que: (i) “los importantes márgenes obtenidos por Comex, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado”, (ii) ni Valspar ni Grace “han sido identificados como alguno de los principales competidores en el mercado no tampoco se encuentran mencionadas como marcas ampliamente conocidas en las encuestas de reconocimiento de marca, por lo que su presión competitiva en el mercado es cuestionable”; (iii) “las partes no proporcionan información fehaciente de la entrada de Axalta al mercado,<sup>269</sup> solo proporcionaron notas periodísticas cuando debieron presentar reportes o información proporcionada por dicha empresa en el sentido de que efectivamente entrará al mercado y que lo hará con el tamaño suficiente y oportunidad para imponer disciplina de precios.<sup>270</sup>*

**Masco Corp., a través de BEHR es un nuevo entrante (ampliado) al mercado mexicano. Masco entró recientemente al mercado a través de productos importados de Estados Unidos. Masco busca ser el tercer competidor tras SW-COMEX y BEREL,<sup>271</sup> asimismo busca superar a otros competidores locales, regionales y nacionales que han tenido una**

---

según el cual dicha presentación constituye un documento “presentado al Consejo de Administración de SW para autorizar la adquisición de Comex”.

<sup>269</sup> La CFC tenía conocimiento de AXALTA y Ther Carlyr Group, dado que autorizó la concentración CNT-059-2012. Con ello, conocía la ventana del negocio de recubrimientos de “Dupont Performance Coatings” y hubiera sido natural el haber solicitado información a la parte adquirente de ese negocio respecto de sus planes de expansión respecto de productos decorativos. Tal circunstancia era un hecho notorio para la CFC. No obstante, véase Anexo 18 de este recurso. Así, la reversión de la carga de la prueba a SW-COMEX es indebida e ilegal.

<sup>270</sup> Valga esto último (iii) para evidenciar la carga probatoria que la CFC impuso a las PARTES y que de suyo es imposible de cumplir por obligarle a obtener información privada de terceros. Más aún, la CFC teniendo la facultad de solicitar información a AXALTA para incluir esto en el análisis del Expediente, se abstuvo de hacerlo.

<sup>271</sup> Las PARTES exhibieron como prueba una nota publicada en el periódico Reforma el 4 de junio de 2013, en la que los directivos de Behr confirmaron lo anterior.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

más larga presencia en el mercado mexicano (DOAL, OSEL, PRISA, Optimus, Acuario, Pintumex, Sayer Lack, El águila, Valspar, Corev, Pintex, Casher, Mapla, entre otros).

La CFC no puede ignorar la información pública contenida en los periódicos. El hecho de que Masco Corp., haya divulgado a un periódico de circulación nacional que busca convertirse en el tercer competidor en el mercado decorativo, que ve una gran oportunidad de negocios en el creciente mercado mexicano y que no teme ni se siente amenazado por la Concentración SW-COMEX, constituye un fuerte indicio que no puede pasar desapercibido. Lo anterior combinado con la inexistencia de pruebas de que los competidores o los consumidores se hayan opuesto u objetado la Concentración, son una clara señal de la existencia de un mercado competitivo.

Las 101 tiendas de THE HOME DEPOT tampoco pueden ser subestimadas. La CFC muestra insatisfecha con el hecho de que 101 tiendas a lo largo de todo el territorio nacional comercialicen la marca BEHR y le parecen insuficientes para fungir como disciplina competitiva a los “altos márgenes” de COMEX.

En este sentido, THE HOME DEPOT (a través de BEHR) se apropió de ventas significativas de SW. THE HOME DEPOT continúa expandiendo su presencia en el mercado mexicano, el recientemente resuelto expediente DE-013-2010 debe ser valorado como un hecho notorio para esa CFC para dimensionar la importancia de este agente económico. En dicho expediente, la CFC analizó la cada vez más amplia presencia de THE HOME DEPOT en México a través de su cadena de tiendas propias. Se espera que para el 2015 THE HOME DEPOT abra 24 tiendas adicionales en México<sup>272</sup>. Así, THE HOME DEPOT mantendrá su crecimiento junto con la venta de recubrimientos, entre los que se encuentran BEHR y BEREL, que representan una división muy importante para dicha empresa. Casi el 19% de los ingresos mundiales de THE HOME DEPOT provienen de la venta de recubrimientos y (floorings)<sup>273</sup>.

En efecto, THE HOME DEPOT ha manifestado que: *“Hoy la meta de Ricardo sigue siendo ambiciosa, porque oportunidades sobran en el mercado mexicano. Ahora quiere llegar a 125 tiendas en el mediano plazo. Asimismo, ya explora nuevos formatos. En el estado de Querétaro, en San Juan del Río, abrió ya el primer The Home Depot Express, con solo 2,000 metros cuadrados en piso de venta y mercancía muy seleccionada. Ojalá pusiera uno en alguna zona muy céntrica de la ciudad, le expresé. Vendrán más, ya”*<sup>274</sup>.

Asimismo, se tiene información en el sentido de que *“México es el tercer mercado más importante para The Home Depot después de Estados Unidos –su sede- y de Canadá, y el segundo de mayor crecimiento en términos de aperturas”*<sup>275</sup>.

La CFC ilegalmente subestimó la importancia de THE HOME DEPOT, y realizó un análisis parcial, aislado y descontextualizado respecto del mismo. Aún y cuando THE HOME DEPOT por sí mismo sirve como disciplina competitiva, en el EXPEDIENTE se encuentra

<sup>272</sup> Referirse a la información que se adjunta como Anexo 19.

<sup>273</sup> Ver páginas 18 de la Presentación (PPTX) exhibida por las PARTES y que consta en el EXPEDIENTE en la que se refiere a la forma 10-K de The Home Depot.

<sup>274</sup> <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/f4ff22c8a91eac8228018245a0edb88f>

<sup>275</sup> <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/columnas/carlos-mota/1432-the-home-depot-quiere-125-tiendas-en-mexico.html>

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

evidencia suficiente de que existe presión competitiva de muchas otras fuentes, como lo son: (i) 377 establecimientos productores de recubrimientos; (ii) 12,000 tiendas de pintura en el territorio mexicano; (iii) 60,000 puntos totales de ventas (incluyendo ferreterías, supermercados, tiendas de artículo para la mejora del hogar, etc); (iv) los mapas que gráficamente demuestran cuan fuerte es la competencia a nivel local, incluso en las 10 localidades más concentradas en las que existe un alto nivel de competencia; y (v) la presencia un número significativo de competidores (locales, regionales y nacionales) como lo son BEREL, DOAL, OSEL, PRISA, BEHR, Acuario, Optimus, Mapla, Casther, entre otros, tal como se acredita en el Anexo 8.

En adición, BEHR continúa divulgando importantes declaraciones en prensa para el caso que nos ocupa, tanto periódicos como sitios web. Por ejemplo, el lunes 22 de julio de 2013, le periódico "El Financiero" publicó una declaración de Angélica Farías, Gerente General de Pinturas BEHR (Anexo 20) en la que señaló: *"Se concretó o no la fusión de Comex con Sherwin Williams el mercado de pinturas en México ofrece una competencia sana y con cabida para la llegada de nuevos jugadores."*, *"Nosotros queremos posicionar a nivel nacional... nuestra expectativa es tener 20% [del mercado] en un plazo de 3 a 5 años... Aunque tienen menos de dos años en México, Pinturas Behr están importando mensualmente 70,000 galones del producto para cubrir la demanda nacional. En Estados Unidos somos los líderes en decoración personalizada de hogares y en México tenemos como socio estratégico a The Home Depot, el cual cuenta con 100 unidades en todo el país... Tenemos que ver cómo reacciona el público con la fusión Comex-Sherwin Williams, pero confiamos que será exitosa, y lejos de preocuparnos, nos motiva a seguir innovando"*, aseveró.

Más adelante, el autor del artículo señala lo siguiente: *"La Asociación Nacional de Fabricantes de Pinturas y Tintas (Anafapyt) reafirmó que la compra de Comex por parte de Sherwin Williams no implicaría una afectación real para los fabricantes del sector por lo que esperan que se logre con éxito. Incluso, la agrupación espera que con esto se alimente una mejor competencia que permita generar mayor calidad en los productos que hoy se comercializan en todo el país."*<sup>276</sup>.

Adicionalmente, THE HOME DEPOT señala en su página de internet: *"The Home Depot, la tienda de mejoras para el hogar número uno en México, anuncia la distribución en exclusiva de la marca de pinturas Behr en prácticamente todas sus tiendas del territorio nacional... nos entusiasma profundamente presentarles Behr, la marca de pinturas de clase mundial que cuenta con la más amplia gama de colores en el país... Behr introduce al mercado mexicano 3 líneas de producto para las diferentes necesidades del consumidor..."*<sup>277</sup>.

Tales declaraciones son contundentes.

<sup>276</sup> <http://www.elfinanciero.com.mx/component/content/article/45-negocios/24153-pinturas-behr-quiere-ser-el-sgundo-en-mexico.html>

<sup>277</sup>

<http://www.homedepot.com.mx/webapp/wcs/stores/servlet/AboutUsView?storeId=10778&cmspath=thdm/thdm/acerca/noticias/n00049> (Referirse al Anexo 17)



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

Valspar y Grace son ejemplos de marcas importadas que tienen presencia en el territorio nacional. También está el caso de Olympic (producida por PPG)<sup>278</sup> que es comercializada en las tiendas de Lowe's en México<sup>279</sup>. De la misma manera, Ace Hardware Paint es vendida en ferreterías,<sup>280</sup> mientras que las ferreterías ubicadas en las ciudades fronterizas de México (por ejemplo Tijuana) venden las marcas Benjamin Moore y Dunn Edwards<sup>281</sup> las cuales tienen ventas representativas en Estados Unidos, y están disponibles de manera muy fácil. No obstante todo lo anterior, la clave radica en que existe la posibilidad de realizar importaciones, y que los casos de BEHR, Valspar y Grace son ejemplos que acreditan que dichas importaciones se encuentran listas ya disponibles para el supuesto de que SW-COMEX elevaran sus precios.

El caso de AXALTA difiere de los anteriores, pero resulta de mayor relevancia. AXALTA constituye un nuevo competidor en el mercado, pero no a través de importaciones. AXALTA es el resultado de la escisión o venta del negocio de pinturas de Dupont a nivel mundial, incluido México. La CFC determinó de manera ilegal que las PARTES no proporcionaron información o evidencia fehaciente respecto de dicha empresa, ya que sólo exhibieron notas periodísticas y no reportes o información proporcionada por dicha empresa en la que se acreditara que AXALTA efectivamente pudiera entrar al mercado y que lo hiciera con el tamaño suficiente para imponer disciplina de precios. Tal determinación es ilegal, SW y AVISEP exhibieron información pública que se encontraba a su alcance, SW y AVISEP no cuentan con facultades o medios para obtener dicha información propia de terceros.<sup>282</sup> Como arriba se ha apuntado al margen, se ratifica aquí que la RESOLUCIÓN también es ilegal al haber revertido la carga de la prueba a SW y AVISEP, cuando precisamente la CFC es quien debió en ejercicio de sus facultades de investigación, haber requerido dicha información a AXALTA en caso de que desease corroborar la información pública exhibida por SW y AVISEP.

<sup>278</sup> Este hecho no fue valorado en forma alguna por la CFC. Véase el Punto 7, inciso (ii), Anexo 3, Separador 9, de la información presentada por SW, en la carpeta que identifica los competidores transnacionales que tienen presencia en México, exhibida junto con el escrito de fecha 13 de mayo de 2013. En este particular, la marca Olympics de PPG, es utilizada para el segmento arquitectónico. La parte relevante al efecto, respecto de dicha información, se exhibe como Anexo 21.

<sup>279</sup> Actualmente Lowe's cuenta con 6 tiendas; sin embargo ha manifestado que advierte una oportunidad significativa de expansión en México. De esta manera tendrá un crecimiento importante que permitirá a Valspar y Grace penetrar sus marcas. En efecto, en la foja 6 del 10K de Lowe's para 2012, se señala que: "Cada tienda de Lowe's comercializa una amplia selección de productos de marcas nacionales como Whirlpool electrodomésticos y calentadores de agua, GE and Samsung electrodoméstico, Stainmaster alfombras, Valspar pinturas y colorantes...". De igual manera, señala a foja 8 que: "Operar internacionalmente nos ha presentado retos y obstáculos únicos que nos han obligado a adaptar las funciones de operación, comercialización y distribución de nuestras tiendas, para atender a nuestros clientes en Canadá y México y trabajar de manera efectiva con nuestro socio en Australia. Una porción significativa de nuestro crecimiento en tiendas anticipado en los próximos 5 años, será en Canadá y México. También contamos con un joint venture con el distribuidor más grande de Australia, Woolworths Limited, para desarrollar la red de los autoservicios de mejora para el hogar para los consumidores en Australia". Se adjunta como Anexo 22, la parte relevante de la forma 10-K de Lowe's para 2012, así como diversa información actualizada respecto de dicho agente.

<sup>280</sup> Referirse a la información que se adjunta como Anexo 23.

<sup>281</sup> Referirse a la información que se adjunta como Anexo 24.

<sup>282</sup> Además que era un hecho notorio para la CFC al haber resuelto el 11 de octubre de 2012 la concentración cnt-059-2012 que se refiere precisamente a la compra del negocio de recubrimientos de Dupont por parte de The Carlyle Group que llegó a ser AXALTA. Véase las diversas noticias de prensa y brochure de AXALTA, que se exhiben en el Anexo 25.

La CFC omitió valorar debidamente la información pública contenida en el EXPEDIENTE<sup>283</sup>, de la cual se desprende que AXALTA:<sup>284</sup> (i) es una compañía que se dedicará específicamente a los recubrimientos; (ii) derivó de la escisión del negocio de recubrimientos de Dupont; (iii) cuenta con 3 plantas en México (Apodaca, Nuevo León; Ocoyoacac, Morelos y Tultitlán, Estado de México; (iv) tiene el 27% del mercado automotriz (OEM); (v) es líder en acabado automotriz y uno de los dos más importantes jugadores en OEM *“tenemos grandes oportunidades para el mercado arquitectónico, impermeabilizantes y ya estamos compitiendo en mercados como petróleo y gas”*; (vi) tiene una capacidad anual instalada de 30 millones de litros; y (vii) espera vender \$200 millones de dólares en México.

En adición, información pública disponible y que se exhibe como Anexo 26 confirman que: *“Axalta tenga un arranque más sencillo, puesto que se conserva gran parte de la plantilla y la infraestructura que se tenía [Dupont]... Aquí opera tres plantas... Sólo en México hay programada una inversión de 20 millones de dólares este año para expandir su presencia en el ámbito automotriz y de autopartes, pero también en pintura para hotelería, industrial y otro rubro que será prioritario y en donde ve muy buenas oportunidades que es el de recubrimientos arquitectónicos... Cuenta en nuestro país con una red de mil 300 puntos de venta”*<sup>285</sup>.

En el mismo sentido, la página de internet de AXALTA, contiene las siguientes afirmaciones: *“Otros recubrimientos decorativos incluyen nuestra gama de pinturas para uso residencial en México. Nuestras pinturas residenciales satisfacen la necesidad del creciente mercado de la construcción y remodelación, que refleja el rápido crecimiento de la clase media del país”*<sup>286</sup>. [Anexo 27]

En conclusión, AXALTA ya se encuentra presente en el mercado. AXALTA es la antigua división de recubrimientos de Dupont que fue escindida y vendida a The Carlyle Group. AXALTA se dedica a los recubrimientos. AXALTA competirá en el mercado decorativo. AXALTA tiene el apoyo financiero de The Carlyle Group<sup>287</sup>, a quien le pertenece. AXALTA es la empresa líder en el mercado de acabado automotriz y OEM. AXALTA ve grandes oportunidades en el mercado decorativo y no ve peligro, ni demuestra temor a competir en dicho mercado. Información adicional sobre AXALTA es presentada junto al presente Recurso como Anexo 28<sup>288</sup>.

<sup>283</sup> Estas pruebas tienen el valor probatorio que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles para una prueba documental (artículos 79, 88, 133, 188, 203 y 201 A). Lo anterior se corrobora con los criterios jurisdiccionales cuyo rubro cita, tal como sigue: *“INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ESTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO.”* y *“INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO.”*, entre otros.

<sup>284</sup> Declaraciones formuladas por Francisco Xavier González (Director del Negocio de Pinturas para México y Centro América de AXALTA).

<sup>285</sup> <http://leon.milenio.com/cdb/doc/impreso/9182104> Periódico Milenio de fecha 27 de julio de 2013.

<sup>286</sup> [http://axalta.coatingsystems.com/en\\_US/industries/architectural-decorative.html](http://axalta.coatingsystems.com/en_US/industries/architectural-decorative.html)

<sup>287</sup> Según se advierte de la página 1/2 [sic] de la RESOLUCIÓN de fecha 11 de octubre de 2012, emitida en el CNT-059-2012.

<sup>288</sup> Véase punto 7, como Anexo 3, presentado por SW mediante escrito de fecha 13 de mayo de 2013.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

La CFC nuevamente de manera ilegal omitió valorar la expansión de los competidores actuales hacia otras zonas geográficas. SW y AVISEP exhibieron el 10 de julio de 2013 una nota de prensa publicada en el periódico "El Economista", en la que la reportera Patricia Romo señaló que: *"La tapatía pintará el sureste de México. La cadena proyecta aumentar su presencia en estados de esa región e instalar un almacén de distribución en Puebla".* Asimismo, señaló: *"El objetivo es cubrir a Oaxaca, el sur de Veracruz, la zona del istmo, Chiapas, Campeche, Tabasco y la Península de Yucatán, con lo cual, la fabricante de pinturas proyecta un crecimiento en ventas de 15% para el presente año [2013]... Los proyectos de expansión de la empresa tapatía permitirán generar la menos 70 empleos adicionales que se sumarán a la plantilla e 700 trabajadores que conforman la plantilla laboral de Prisa en todo el país". [Anexo 29]*

La CFC omitió analizar las declaraciones que PRISA divulgó públicamente en un periódico. Las declaraciones de PRISA confirman y refuerzan que: (i) las barreras de entrada son muy bajas, (ii) PRISA planea expandirse en el mercado decorativo a 6 estados más para incrementar en 15% sus ventas; y (iii) que no demuestra temor o preocupación alguna en competir en el mercado con SW-COMEX.

En conclusión, la expansión de PRISA debe valorarse por la CFC junto con el resto de los aspectos hechos valer para la autorización de la Concentración, entre los que destacan: (i) bajas barreras de entrada, (ii) numerosos competidores en el mercado, (iii) la entrada de BEHR y AXALTA y la expansión de PRISA, (iv) la existencia de 12,000 tiendas especializadas de pintura, así como de 60,000 puntos de venta, (v) señales del mercado que indican que el mercado decorativo es inmaduro y con posibilidades de continuar creciendo. Así las pruebas exhibidas por SW y AVISEP en el EXPEDIENTE, ante la omisión de la CFC de ejercer sus facultades de investigación para requerir información a terceros, resultan suficientes para acreditar los hechos anteriormente referidos. Lo anteriormente expuesto es razón suficiente para revocar la RESOLUCIÓN y emitir una nueva en la que valorando de manera correcta, fundada y motivada, toda la evidencia existente en el EXPEDIENTE, se autorice la Concentración.

Los agravios anteriores resultan **infundados**, en virtud de las siguientes consideraciones:

Las recurrentes afirma que la CFC omitió o no valoró de forma correcta información pública en relación a la relevancia de sus competidores.

Ahora bien, parte de esa información se basa en información contenida en notas periodísticas, específicamente la señalada en los incisos A, C (respecto de su señalamiento en el que remite al Anexo 19), D, E, G, K, L,<sup>289</sup> O y P; no obstante, como se menciona en el apartado de "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS" de la presente resolución, al cual se remite para evitar repeticiones innecesarias, las notas periodísticas o de prensa no constituyen elementos idóneos para acreditar algún hecho distinto a su mera publicación; únicamente son susceptibles de acreditar que en su oportunidad se publicaron esas declaraciones o reportajes, pero de ninguna manera pueden probar la veracidad de los hechos a los que se refieren esas publicaciones. Por tanto, son elementos que carecen de valor probatorio para acreditar, por sí mismos, los hechos y situaciones que pretenden demostrar las recurrentes, pues por más que se hayan publicado esas notas en algunos medios impresos o electrónicos, no por ese sólo

<sup>289</sup> Se refiere a una nota de prensa que fue presentada por las recurrentes y se encuentra en el folio 5630.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

hecho se acredita que las declaraciones o señalamientos publicados se apeguen a la realidad. Así, esos elementos no pueden acreditar lo señalado por las recurrentes en los incisos indicados.

De esta forma, se advierte que resulta **infundado** que la determinación del alcance de las notas de prensa presentadas por las ahora recurrentes durante el procedimiento de notificación de concentración hubiera sido incorrecta.

Por otro lado, las recurrentes se refieren en el inciso C al expediente DE-013-2010 como un hecho notorio que acredita la *“cada vez más amplia presencia de The Home Depot a través de su cadena de tiendas propias”*. También en los incisos J y N citan como hecho notorio la resolución emitida en el expediente CNT-059-2012 respecto de la venta de Dupont a The Carlyle Group. En el inciso F, las recurrentes se refieren al Anexo 8 de su escrito de recurso de reconsideración, en el cual se encuentra un listado que tiene, por Estado, cuáles son los competidores y si distribuyen a nivel local, regional o nacional. En este sentido, se les remite al apartado de valoración de las pruebas que ofrecieron, concretamente al apartado *“III. Hechos notorios”*, en el cual se analizan sus señalamientos al respecto, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

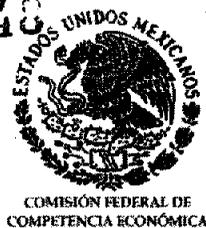
En el inciso H, las recurrentes citan la página de Internet de THE HOME DEPOT referida en su recurso como Anexo 17. Por su parte, en el inciso I, las recurrentes citan páginas de Internet referidas también como anexos 21, 22, 23 y 24, respecto de la posible competencia por parte de PPG, ACE y Dunn Edwards y Lowe’s. Asimismo, en los incisos J, K, M y N, las recurrentes presentan información respecto de AXALTA que presentaron a su recurso como Anexo 25, Anexo 27 y Anexo 28. En este aspecto, se les remite al apartado de valoración de las pruebas que ofrecieron, concretamente al apartado *“II. Documentales”* letra *“C. Información respecto de otros posibles competidores”*, en el cual se analizan sus señalamientos respecto de los Anexos 17, 21, 22, 23, 24, 25, 27 y 28 de su recurso de reconsideración, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

En todo caso, se advierte que del Anexo 24 no se hace ninguna mención a una marca *“Benjamin Moore”*, lo que hace que ese señalamiento en particular resulte **inoperante por gratuito**.

En el inciso F existe un señalamiento que se encuentra vinculado con la prueba marcada como Anexo 10 de su escrito de recurso de reconsideración (mapas que demuestran supuestamente cuán fuerte es la competencia a nivel local en diez localidades). En este aspecto, toda vez que esa información fue valorada y se determinó su alcance probatorio, se les remite al apartado de valoración de las pruebas que ofrecieron, concretamente al apartado *“II. Documentales”* letra *“D. Cálculos e información preparada por las recurrentes”*, en el cual se analizan sus señalamientos respecto del Anexo 10 de su recurso de reconsideración, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

En todo caso, no podría haberse subestimado dicha información, pues ni siquiera fue presentada por las ahora recurrentes.

En el inciso J, las recurrentes señalan que AXALTA es un nuevo competidor resultado de la escisión o venta del negocio de pinturas de Dupont a nivel mundial. No obstante, dicho señalamiento es incorrecto, pues no se trata de un nuevo competidor precisamente porque sustituyó a otro que ya estaba en el mercado. Asimismo, las recurrentes no presentaron información en donde constara que Dupont era un competidor importante en el mercado de recubrimientos decorativos, ya que sólo se le ha identificado como un competidor importante dentro de los mercados de pintura automotriz, recubrimientos en polvo y otros recubrimientos industriales. Por otro lado, la información proporcionada por las recurrentes no acredita que AXALTA efectivamente pudiera entrar al mercado y



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

que pueda hacerlo con el tamaño suficiente para imponer disciplina de precios.

En este aspecto, se insiste en que la naturaleza del procedimiento de control de concentraciones, en términos de lo dispuesto por los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE es de carácter preventivo; no es un procedimiento de carácter sancionador. En este sentido, se remite a las recurrentes a lo señalado en el apartado "II. Análisis y definición del Mercado Relevante" de la presente resolución, en el cual se atiende puntualmente la pretensión respecto de la carga de la prueba que tiene la autoridad y se señala por qué si bien se deben fundar y motivar, como cualquier acto, sus resoluciones, ello no implica que la carga de la prueba se distribuya como lo señalan las recurrentes. Asimismo, las recurrentes olvidan que quien afirma tiene que probar en términos de lo que dispone el artículo 81 del CFPC y precisamente quienes están afirmando que AXALTA es un competidor con presión competitiva son ellos y no la autoridad.

En los incisos B, C e I, las recurrentes insisten en que THE HOME DEPOT tiene 101 tiendas y por ello no puede ser subestimada porque ha señalado que mantendrá su crecimiento y casi el 19% de sus ingresos mundiales proviene de la venta de recubrimientos y *floorings*, así como que la posibilidad de realizar importaciones acredita que las mismas se encuentran listas y ya disponible para el supuesto que se SW y COMEX elevaran sus precios.

En este sentido, se remite a las recurrentes a los argumentos analizados en el apartado "IV. Análisis de barreras de entrada" de la presente resolución, en el cual claramente se indica por qué el hecho de que BEHR sea una marca que se vende en las cien tiendas de THE HOME DEPOT no impide considerar que la RESOLUCIÓN fue incorrecta.

En todo caso, el porcentaje de 19% que señalan las recurrentes respecto a la participación de THE HOME DEPOT incluye el concepto de "*flooring*"; esas cifras no son indicativas de la presencia de THE HOME DEPOT en el mercado mexicano de recubrimientos decorativos, ya que incluyen otros productos como los distintos pisos (madera, loseta vinílica, loseta cerámica, etc) y otro tipo de recubrimientos como los impermeabilizantes. Asimismo, el hecho de que tanto la marca BEHR como Valspar y Grace deriven de pintura importada no demuestra lo que señalan las recurrentes, pues las tres marcas han utilizado el canal de distribución ya existente en México para entrar al mercado y no han tenido que desarrollarlo y realizar la inversión necesario a efecto de lograr el reconocimiento de su marca; ello sólo demuestra que la red de distribución y el reconocimiento de las marcas efectivamente son barreras a la entrada. Asimismo, ese hecho no implica que haya desaparecido la barrera a la entrada detectada en la RESOLUCIÓN. Finalmente, las recurrentes no indican cifras específicas de ventas o a cuánto ascendería entonces el porcentaje de la marca BEHR en el territorio nacional.

De hecho, si se toma como referencia que las ventas de SW en THE HOME DEPOT representaban \* de sus ventas de recubrimientos decorativos, y suponiendo que BEHR obtuvo esta participación al sustituir a SW significa BEHR tendría una participación de entre \* de las ventas totales del mercado de recubrimientos, por lo que para llegar a una participación de mercado del \* necesitaría crecer por lo menos \* es decir un \*. Por ello, esperan \* años tener una participación similar a la que BEREL tuvo en dos mil doce. No se cuenta con información suficiente para evaluar si lo dicho por BEHR es posible o no, porque todo dependerá de la inversión que se realice en desarrollar la marca en México y la aceptación que la misma tenga en el público consumidor, pero en todo caso, la participación de BEHR utilizando a THE HOME DEPOT la ubica muy por debajo de las principales empresas en el mercado que son Comex (entre \* y \* de participación de mercado) y BEREL (entre \* de participación de mercado)

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En todo caso, PRISA es un competidor en el mercado de recubrimientos decorativos el cual tuvo en dos mil doce una participación de entre \* y \* en el mercado de recubrimientos decorativos, por lo que no se le puede considerar como un nuevo entrante y las recurrentes no ofrecen algún medio de convicción para acreditar que la supuesta expansión efectivamente tiene un impacto a nivel nacional; BEHR, como se ha señalado, entró al mercado mexicano utilizando la red de distribución y el apoyo de la marca THE HOME DEPOT, con lo cual se evitó el desarrollar un sistema de distribución propio y la inversión necesaria para que el público reconociera su marca, en tanto que AXALTA no es un nuevo competidor, ya que es una empresa resultante de la escisión de Dupont.

Por lo que hace al anexo F, las recurrentes insisten en que existe una presión competitiva de muchas otras fuentes, pero únicamente insisten en señalamientos que han sido analizados a lo largo de la presente resolución. Por ello, se remite las recurrentes a lo establecido en los apartados "(ii) *Infraestructura de Producción- Capacidad instalada y utilizada*" y "(vi) *La RESOLUCIÓN es inconsistente. Al realizar el análisis para otros "mercados" (industrial, protección, etc.), la CFC reconoció la metodología propuesta por las partes en la respuesta a la pregunta 18 del OFICIO ENERO. No obstante, para el análisis realizado para el denominado mercado de recubrimientos decorativos, la CFC utilizó la información de mercado contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA*". Asimismo, se insiste en que el hecho de que existan numerosos competidores en el mercado no acredita, por sí mismo, que tengan la capacidad suficiente para disciplinarlo y no desvirtúa la existencia de las barreras a la entrada identificadas en la RESOLUCIÓN como las redes de distribución junto con el reconocimiento de las marcas y la inversión en publicidad que permite considerar la existencia de un portafolio de marcas entre las notificantes, así como la elevada capacidad ociosa de COMEX.

**X. Ganancias en eficiencia.**

SW y AVISEP señalaron:

A foja 112 de la RESOLUCIÓN, la CFC dispone que "*las partes no indican cuál sería el impacto de las eficiencias derivadas de la operación sobre el bienestar de los consumidores*". La conclusión de la CFC es incorrecta, por las siguientes razones:

- (i) **Ahorro en recursos:** la concentración SW-COMEX resultará en una reducción permanente de costos variables en materias primas en los procesos de producción (al utilizar diferentes plantas de diferentes tamaños ubicadas en diferentes lugares), en costos administrativos y de distribución, así como en costos de ventas.
- (ii) **Reducción de costos por producción conjunta:** la racionalización y especificación de la producción permitirá una producción conjunta de ciertas pinturas y recubrimientos, que darán lugar a importantes reducciones de costos.
- (iii) **Gastos administrativos:** la concentración resultará en una disminución en los costos administrativos en México, Estados Unidos y Canadá, que se logrará mediante el trabajo conjunto; centralización de sistemas de información, estrategias de ventas, gobierno corporativo y el área de recursos humanos, entre otros.
- (iv) **Transferencia de tecnología:** la concentración permitirá el intercambio de tecnología en términos de procesos de fabricación y la expansión de producto para diferentes usos con tecnologías innovadoras para el mercado mexicano. COMEX se beneficiará de los avances



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

tecnológicos de SW en diversos productos, así como las sinergias de investigación y desarrollo.

(v) En suma, se espera que los ahorros en costos variables resulten en menores precios para los consumidores. La combinación de ambas empresas buscará transferir los beneficios a los consumidores en un entorno competitivo. Además, COMEX se beneficiará de la transferencia tecnológica de SW.

El agravio anterior resulta **infundado** en virtud de las siguientes consideraciones:

Como se establece en la página 112 de la RESOLUCIÓN, las promoventes presentaron una tabla con las estimaciones de las sinergias esperadas en millones de dólares para diez años (2013-2022). En dicha tabla estiman sinergias en: a) materias primas, b) producción, c) ventas y gastos generales y administrativos. La COMISIÓN reitera su postura al respecto de que con esa información no es posible demostrar que existen aportaciones al bienestar del consumidor que se derivarían de dicha concentración, y que las supuestas aportaciones al bienestar superarían de forma permanente los efectos anticompetitivos detectados, como lo dispone el artículo 16 del Reglamento de la LFCE.

Los promoventes argumentan erróneamente que de la información que proporcionaron al expediente, se puede inferir que la concentración generará ganancias en eficiencia en cada uno de los rubros I a IV a que se refiere el artículo 16 del Reglamento; es decir, ahorro de recursos, reducción de costos por producción conjunta, gastos administrativos y transferencia de tecnología. Asimismo, señalan que esperan que estas medidas resulten en mejores precios.

Las manifestaciones realizadas por las promoventes son genéricas, y conforman dichos gratuitos porque no están respaldados por datos concretos sobre los costos variables en materia prima que actualmente enfrentan y los que prevén obtener. Tampoco explican cómo el uso de más plantas en los procesos de producción permitirá reducir costos, particularmente en vista de la capacidad ociosa que enfrentan varias de las plantas a adquirir. No aportan evidencia de que producirán a niveles más eficientes debido a la racionalización del uso de las plantas que se acumularían con la operación. En cuanto a la producción conjunta, no aportan elementos objetivos del tipo de productos que al producirse de manera conjunta permita reducir costos.

Además, no se cuantifica ni se explica cómo las *sinergias* esperadas por las recurrentes se transmitirían en un bienestar al consumidor. Si bien los ahorros en costos variables podrían generar menores costos marginales susceptibles de ser transferidos a los consumidores y suponiendo que las presuntas sinergias señaladas por las recurrentes generaran algún tipo de bienestar para el consumidor, las recurrentes no acreditan que las presuntas aportaciones al bienestar que se derivarían de la concentración superarían de forma permanente sus beneficios anticompetitivos.

Por lo tanto, esta autoridad considera que las ganancias en eficiencia señaladas por las PARTES no cumplen con lo establecido en el artículo 16 del RLFCE. Todas las ganancias en eficiencia aludidas por los promoventes únicamente versan sobre beneficios para los adquirentes; pero no acredita que tales ahorros y eficiencias serán efectivamente trasladados a los consumidores y tampoco las recurrentes señalan o acreditan cuál sería el mecanismo a través del cual se trasladarían los beneficios a los consumidores.

#### X. Conclusiones ilegales de la RESOLUCIÓN.<sup>290</sup>

SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:

(i) La CFC considera ilegalmente que el periodo estándar considerado por otras autoridades de competencia en el mundo para considerar que un competidor entró exitosamente al mercado es de dos años. La CFC señala que COMEX mencionó que tomaría [REDACTED] \* (y SW mencionó [REDACTED] \* para construir una planta). Sin embargo, la CFC concluye que dichos plazos no consideran el plazo para comercializar el nuevo producto ni el plazo para que la entrada del nuevo competidor impacte significativamente al mercado.

La CFC basa su incorrecta conclusión en una afirmación que no tiene sustento legal ni probatorio; es decir, no se encuentra debidamente fundada y motivada. Asimismo, la CFC tergiversó las respuestas formuladas por SW y AVISEP, las cuales fueron dadas en el contexto de la pregunta que concretamente les fue formulada en el OFICIO ENERO<sup>291</sup> y que se encontraba limitada al tiempo e inversión necesaria para construir una planta de recubrimientos de un determinado volumen. Por ello, tal estimación proporcionada por SW y AVISEP no puede ser descontextualizada y valorada en el sentido que pretende la RESOLUCIÓN.

Lo anterior resulta **infundado**, en virtud de las siguientes consideraciones:

En relación con el plazo requerido para entrar al mercado de forma exitosa la RESOLUCIÓN señaló lo siguiente:

*“El periodo para una entrada exitosa al mercado toma más de dos años, que es el referente empleado por otras autoridades de competencia para considerar la existencia de una barrera. Comex señala que la nueva entrada al mercado toma [REDACTED] \* mientras que SW señaló que toma [REDACTED] \* construir una planta. Sin embargo, en su cálculo no consideran el plazo para comercializar el nuevo producto ni el plazo para que la entrada del nuevo competidor impacte significativamente al mercado, los cuales son elementos normalmente considerados por las autoridades de competencia.”*

Así, es falso que esta autoridad no hubiera tenido en cuenta que SW señaló que toma [REDACTED] \* construir una planta, pues tal situación se expresó textualmente en la RESOLUCIÓN, atendiendo de forma íntegra y sin alteración la forma en que SW respondió al requerimiento formulado.

En este sentido, se señala que mediante la pregunta 43 del OFICIO ENERO se requirió a AVISEP y a SW lo siguiente:

*“En caso de que sea posible para un agente económico instalar plantas con una capacidad distinta al promedio de las plantas de Grupo Comex y Sherwin Williams, detallar: el costo de la inversión, las fases del proyecto, el tiempo que tomaría cada una de las fases, el volumen de producción que podría ser logrado, el tipo de productos que podrían ser elaborados y la capacidad para atender a los distintos tipos de clientes”.*

En respuesta a dicho requerimiento, SW señaló:

<sup>290</sup> Páginas 109 y 110 de la RESOLUCIÓN.

<sup>291</sup> Respuesta que dieron las PARTES a la pregunta 43 del OFICIO ENERO.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*"SW estima que el proceso de construcción de una instalación para la producción de recubrimientos variará significativamente en relación con el tamaño de la instalación a construirse. En general, el proceso incluirá la selección del sitio, solicitud de los permisos aplicables, ingeniería de diseño, construcción e instalación de equipos. El tiempo aproximado para la construcción de una instalación para producción también variará con base al tamaño de la instalación.*

*Sin embargo, no es necesaria la construcción de instalaciones de producción desde cero, ya que es factible utilizar un edificio vacío que puede ser adaptado como planta de producción. La adecuación de un edificio vacío permitirá reducir los tiempos de forma significativa.*

*SW estima que sería necesaria una inversión de [...] dólares para establecer una planta de producción (asumiendo que se arriende el inmueble) con una capacidad anual de \* galones y que se podría construir en aproximadamente de \**

En otras palabras, la respuesta proporcionada por SW considera el tiempo de construir una planta asumiendo que se arriende el inmueble y expresamente excluye el tiempo que se requiere para el desarrollo de una marca, la recuperación de la inversión y el desarrollo de canales de distribución de los recubrimientos que sean eficientes.

Asimismo, en la página 74 de la RESOLUCIÓN también se hizo notar que en respuesta al requerimiento contenido en el OFICIO ENERO, AVISEP señaló que toma \* realizar tan sólo algunas de las actividades básicas para entrar al mercado:

*"Respecto del establecimiento de una planta de producción de recubrimientos Comex presentó el siguiente cuadro*

[...]

*Según la información del cuadro anterior, la construcción y puesta en marcha de una fábrica de recubrimientos llevaría \* y es necesario invertir \* de dólares. Lo anterior no toma en cuenta el costo del terreno para establecer la planta, el desarrollo de una marca y el sistema de distribución de los recubrimientos."*  
[Énfasis añadido]

En otras palabras, sólo la construcción y puesta en marcha de una fábrica de recubrimientos llevaría \* de acuerdo con lo señalado por AVISEP. Es decir, otros gastos como los que corresponden al acceso a canales de distribución eficientes, el plazo de la recuperación de la inversión requerida o el tiempo requerido para que una marca o nombre comercial adquiera presencia en el mercado no se incluyen en la respuesta proporcionada por AVISEP.

Al respecto, debe señalarse que las barreras a la entrada benefician a las empresas que ya operan en una industria porque protegen los ingresos y las utilidades de los competidores establecidos de ser arrebatados por nuevos entrantes más eficientes. Entre los costos que previenen una entrada exitosa al mercado se encuentran algunos de los previstos en las fracciones I, II y IV del artículo 12 del RLFCE (costos financieros, acceso limitado al financiamiento o a la tecnología, acceso a canales de distribución eficientes, monto, indivisibilidad y plazo de la recuperación de la inversión requerida, la inversión requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos).

En el presente caso, en la página 70 de la RESOLUCIÓN expresamente se reconoció que "No se detectaron barreras específicas respecto de costos financieros, acceso limitado al financiamiento o a

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

la tecnología; sin embargo, sí se observó que los canales de distribución pueden constituir una barrera de entrada." [Énfasis añadido]

En materia del análisis del acceso a canales de distribución eficientes, y a lo largo las páginas 70 a 109, la RESOLUCIÓN explicó en diversos apartados las razones y los elementos de convicción que permiten concluir que la operación notificada por SW y AVISEP conllevaría a la acumulación, por parte de SW, del sistema de distribución más grande del mercado mexicano e, incluso, de América Latina.

Al respecto, se explica de qué manera COMEX controla una red [redacted] de venta al por menor constituida por [redacted] tiendas, que son operadas por [redacted] concesionarios y que están distribuidas a lo largo de todo el país y que representan [redacted] por ciento de sus ventas totales. Asimismo, en la RESOLUCIÓN se explicó que el sistema de distribución a través de concesionarios constituye el principal canal de distribución de COMEX y que es, por mucho, el más grande que el que podría tener cualquiera de sus competidores. SW y AVISEP señalaron que existen más de 60,000 puntos de venta de pinturas lo que conformaría una presión competitiva para COMEX. Sin embargo, COMEX que cuenta principalmente con [redacted] distribuidores [redacted] tiene una participación de mercado de [redacted] por ciento; ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de COMEX pueden ser muchos, pero venden muy poco en comparación con los concesionarios de COMEX, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente.

Adicionalmente, se explicó que según los datos proporcionados por los promoventes, las tiendas COMEX manejan volúmenes de ventas mucho mayores que sus competidores. De acuerdo con la empresa, el [redacted] por ciento de sus ventas totales se hicieron a través de las [redacted] tiendas que operan sus concesionarios. Considerando solamente las ventas de recubrimientos decorativos de COMEX, que representaron [redacted] litros en dos mil doce, el [redacted] por ciento de ellas significa [redacted] de litros, que divididos entre las [redacted] tiendas COMEX da un promedio de [redacted] litros. Si efectivamente existen aproximadamente 60,000 (sesenta mil) establecimientos que comercializan recubrimientos decorativos como señalaron los promoventes, Comex tiene [redacted] tiendas de concesionarios y SW tiene [redacted] tiendas propias y [redacted] de distribuidores certificados, resulta que los expendios distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW son aproximadamente [redacted]. Tomando en consideración un mercado con un tamaño de [redacted] de litros, de acuerdo con los promoventes, resultaría que entre los [redacted] expendios distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW comercializarían [redacted] de litros, esto es un promedio de [redacted] litros al año. Esto significa que el volumen que cada tienda COMEX expende es [redacted] veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW.

En materia del costo y el tiempo de la inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos, la RESOLUCIÓN señaló lo siguiente:



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

"Comex señala que en dos mil doce invirtió un monto de [REDACTED] \* pesos (monto equivalente al [REDACTED] \* por ciento de sus ventas), en promoción y publicidad de sus productos.

[...]

En el caso de SW, los promoventes señalan que esta empresa realizó una inversión en promoción y publicidad durante dos mil doce por [REDACTED] \* de [REDACTED] \* (monto equivalente a [REDACTED] \* por ciento de sus ventas).

[...]

En cuanto al reconocimiento de marcas, los promoventes proporcionaron encuestas aplicadas durante marzo de dos mil ocho, febrero de dos mil nueve y marzo de dos mil nueve, en doce ciudades de distintos estados de la República mexicana.

[...]

Los principales resultados obtenidos respecto de usos y reconocimiento de marca por ciudad son los siguientes

[...]

De lo anterior puede señalarse que:

1. Dependiendo de la ciudad donde se llevó a cabo la encuesta, los encuestados mencionaron diferentes marcas competidoras en los distintos tipos de recubrimientos.
2. En todos los casos la marca Comex fue mencionada como una de las más importantes dentro de las pinturas vinílicas (recubrimiento decorativo).
3. La marca Sherwin Williams tuvo un mayor reconocimiento dentro de las marcas dirigidas a la industria.

[...]

Por otra parte, de acuerdo con la Presentación Ejecutiva de Venta, Comex es la marca de recubrimientos [REDACTED] \* México con la presencia de reconocimiento [REDACTED] \* de reconocimiento "top of mind" entre pintores y [REDACTED] \* por ciento "top of mind" entre amas de casa."

[...]

Comex y SW cuentan con un amplio portafolios de marcas, principalmente en el mercado de recubrimientos decorativos, así como en un amplio rango de otro tipo de recubrimientos, por lo que, de unirse ambas empresas, se consolidarán ambos portafolios. Ello podría darles una ventaja competitiva, ya que los demás competidores en estos mercados difícilmente contarán con un portafolio con marcas tan reconocidas, tanto en el mercado de recubrimientos decorativos como en los recubrimientos utilizados en la industria.

Conforme a comparaciones de Comex, SW sería la [REDACTED] \* marca en el mercado con mejor posicionamiento, con [REDACTED] \* por ciento de top of mind y [REDACTED] \* por ciento de reconocimiento de marca entre las amas de casa.

Comex y SW cuentan con un amplio portafolios de marcas, principalmente en el mercado de recubrimientos decorativos, así como en un amplio rango de otro tipo de recubrimientos, por lo que, de unirse ambas empresas, se consolidarán ambos portafolios. Ello podría darles una ventaja competitiva, ya que los demás competidores en estos mercados difícilmente contarán con un portafolio con marcas tan reconocidas, tanto en el mercado de recubrimientos decorativos como en los recubrimientos utilizados en la industria."

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Así, con independencia del hecho de que los estándares y referentes internacionales que efectivamente son empleados por otras autoridades de competencia en el mundo para considerar la existencia de una barrera rebasan por sólo dos meses el plazo señalado por AVISEP (plazo que, como se dijo, no tiene en cuenta otros elementos que previenen una entrada exitosa al mercado); debe señalarse que la normativa vigente en nuestro país prevé precisamente la necesidad de tener en cuenta elementos adicionales a los señalados por AVISEP y SW para considerar exitosa una entrada al mercado.

En particular, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 12 del RLFCE, se señalaron diversos elementos que previenen una entrada exitosa al mercado y se analizaron a detalle, entre otros, los problemas de acceso a canales de distribución eficientes y la relevancia de la inversión requerida para que una marca o nombre comercial adquiriera una presencia de mercado que les permita competir con marcas o nombres ya establecidos.

Por ello, es falso que la autoridad no hubiera fundado y motivado de forma apropiada el análisis de los elementos que previenen una entrada exitosa al mercado en términos de lo que exige la normatividad vigente y aplicable en materia de competencia económica, en particular el artículo 12 del RLFCE.

(ii) La CFC determinó incorrectamente que: a) COMEX es la marca [REDACTED]<sup>\*</sup> en recubrimientos decorativos en las encuestas aplicadas en doce ciudades de la República Mexicana, b) que SW tiene reconocimiento en mercados industriales, y c) que la CONCENTRACIÓN significaría la creación de un portafolio de marcas reconocidas en diversos mercados.

Tal conclusión es ilegal, pues no se encuentra debidamente fundada y motivada: a) esa afirmación no es acreditada con prueba alguna, no existe algún estudio de mercado en el expediente que permita llegar a tal conclusión; b) doce ciudades no pueden ser representativas de las 32 entidades federativas de la República Mexicana; c) la existencia de una marca reconocida o "top of mind" no significa que la marca constituya un elemento que determina la decisión del consumidor, d) el argumento del portafolio de marcas no toma en cuenta la dinámica del mercado en la que los consumidores no atan sus necesidades de recubrimientos. Elementos como la existencia de tantos competidores, bajas barreras de entrada –lo cual fue expresamente reconocido por la CFC- y que la competencia se dé a nivel local, hacen improbable que otros competidores no puedan contrastar un posible aumento de precios.

Lo anterior resulta **infundado**, en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es totalmente falso que la CFC hubiera afirmado o reconocido de forma expresa o implícita que existan bajas barreras a la entrada. Dicha afirmación falsa no viene acompañada de ningún razonamiento o elemento de convicción que la sostenga. El hecho de que algunos de los elementos previstos en el artículo 12 del RLFCE no se hubieran actualizado no significa que la autoridad se haya pronunciado en el sentido referido por las recurrentes.

Por otro lado, las manifestaciones anteriores respecto a: (i) el análisis e importancia del reconocimiento de las marcas de AVISEP y SW, (ii) el supuesto pronunciamiento indebido respecto a que SW tiene reconocimiento en mercados industriales; (iii) el supuesto ilegal e indebido análisis en materia de la creación de un portafolio de marcas reconocidas en diversos mercados como resultado de la operación; (iv) la falta de estudios de mercado y pruebas que permitan arribar a tales conclusiones; (v) el análisis indebido debido a que doce ciudades no pueden ser representativo de las



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

treinta y dos entidades federativas de la República Mexicana; y (vi) la existencia de una marca reconocida o “*top of mind*” no significa (en opinión de las recurrentes) que la marca constituya un elemento que determina la decisión del consumidor; constituyen repeticiones que ya han sido analizadas de forma exhaustiva en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados “IV. Análisis de barreras de entrada” y “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

Asimismo, el argumento según el cual el hecho de que existan tantos competidores, bajas barreras de entrada y que la competencia se dé a nivel local, hacen improbable que otros competidores no puedan contrastar un posible aumento de precios constituye una manifestación que también ha sido ya previamente analizada de forma exhaustiva en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados “II. Análisis y definición del mercado relevante”, “III. Indebida determinación del poder sustancial”, “IV. Análisis de barreras de entrada”, “VI. Elementos del artículo 13 del RLFCE” y “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

(iii) La CFC incorrectamente asume que COMEX controla un sistema de distribución integrado por [REDACTED] distribuidores exclusivos que es mayor a cualquiera de los sistemas de sus competidores.

La CFC determinó de manera ilegal que COMEX controla un sistema de distribución. Tal afirmación es falaz. COMEX no controla a sus concesionarios, en virtud de que los mismos son independientes, tal como lo reconoció expresamente la CFC, y pueden fácilmente terminar la relación con COMEX y cambiar de proveedor.

Por el otro lado, tal como lo reconoció la CFC, la competencia se da a nivel local, cada compañía tiene diferentes –y no necesariamente excluyentes– opciones para comercializar sus productos. Asimismo, los mapas presentados como Anexo 10 acreditan contundentemente que los consumidores tienen suficientes alternativas a nivel local para adquirir recubrimientos en caso de un incremento de precios.

La CFC no puede sancionar a una empresa exitosa por el simple hecho de disfrutar de manera legal y competitiva de la preferencia del consumidor. Haber alcanzado un modelo exitoso de negocios no puede ser considerado una causa de preocupación en un análisis de competencia, más cuando no existen antecedentes en el sentido de que COMEX haya abusado o pueda abusar de un inexistente poder de mercado.

Lo anterior es **infundado**, en virtud de las siguientes consideraciones:

Es falso que la CFC hubiera afirmado o reconocido de forma expresa o implícita que en el mercado de recubrimientos decorativos la competencia se dé a nivel local. Dicha afirmación falsa no viene acompañada de ningún razonamiento o elemento de convicción que la sostenga. El hecho de que la CFC hubiera reconocido que, desde la perspectiva de la demanda, los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local y les resultaría costoso desplazarse a una localidad distinta para adquirirlos, no significa que desde la perspectiva de la oferta o del análisis de barreras a la entrada la competencia se dé a nivel local. De hecho, la autoridad señaló que la dimensión del mercado relevante de recubrimientos decorativos es nacional y que existen barreras a la entrada significativas en dicho mercado. Lo anterior, de conformidad con el análisis incluido en los apartados “II. Análisis y definición del mercado relevante”, “IV. Análisis de barreras de entrada”, “VI. Elementos del artículo



1457

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

13 del RLFCE” y “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución, a los cuales se remite para evitar repeticiones innecesarias.

Asimismo, se señala que es completamente falso que se hubiera sancionado a AVISEP, SW o a cualquier otra persona mediante la RESOLUCIÓN o mediante la presente resolución que corresponde al recurso de reconsideración. Se insiste en que el procedimiento de control de concentraciones es de naturaleza preventiva y su objeto es prevenir la creación y actualización de riesgos reales al proceso de competencia libre concurrencia. Asimismo, de conformidad con lo establecido por la SCJN, dicho procedimiento analiza una expectativa de derecho. El pronunciamiento de la autoridad, negando la autorización a la concentración, implica que no se realiza ni actualiza la condición que determina la existencia del derecho de los particulares a acumular activos o capital social y/o a ejercer directa o indirectamente el control de hecho o de derecho de otro agente económico cuando dicha operación rebasa los umbrales que establece la LFCE.

Al respecto, el análisis detallado en materia de la naturaleza y el alcance del procedimiento de control de concentraciones previsto en los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de la LFCE se lleva a cabo de forma exhaustiva en diversas secciones incluidas dentro de los apartados “II. Análisis y definición del mercado relevante” y “III. Indebida determinación del poder sustancial”, por lo que se remite a ellos para evitar repeticiones innecesarias.

Por otro lado, respecto de las manifestaciones sobre: (i) los supuestos ilegales e indebidos pronunciamientos respecto del control de COMEX de un sistema de distribución; (ii) el análisis de la competencia a nivel local y las distintas opciones que tienen las empresas para comercializar sus productos; (iii) la información contenida en los mapas y el Anexo 10 según la cual las recurrentes consideran que se acredita que los consumidores tienen suficientes alternativas a nivel local para adquirir recubrimientos en caso de un incremento de precios; (iv) el señalamiento de que no es posible sancionar a una empresa exitosa por el hecho de disfrutar de la preferencia del consumidor; (v) el modelo exitoso no puede ser considerado una causa de preocupación cuando no existen antecedentes en el sentido de que COMEX haya abusado o pueda abusar de poder de mercado; constituyen repeticiones que ya han sido analizadas de forma exhaustiva en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados “II. Análisis y definición del mercado relevante”, “III. Indebida determinación del poder sustancial”, “IV. Análisis de barreras de entrada”, “V. Análisis de los elementos previstos en las fracciones IV y V del artículo 13 de la LFCE (acceso a fuentes de insumos y comportamiento reciente)”, “VI. Elementos del artículo 13 del RLFCE” y “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

(iv) La CFC ignoró ilegalmente la existencia de 60,000 puntos de venta de pinturas, bajo la infundada afirmación de que una sola tienda de COMEX vende \* veces más volumen de venta que el resto de sus competidores. Tal afirmación resulta de una simple operación aritmética realizada en la RESOLUCIÓN que es incorrecta, pues: a) ignora que la gran variedad de opciones existentes para los consumidores a nivel local resulta clave en esta industria, b) da por cierta una supuesta participación de mercado de \* contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, sin fundar ni motivar por qué dicho porcentaje es correcto o definitivo; c) no es correcto tomar las ventas promedio por tienda, en virtud de que el denominador es mayor (60,000 tiendas); y d) como se acreditó con el Anexo 10, los mapas demuestran de manera contundente la existencia de competencia en el nivel local.

Lo anterior es infundado, en virtud de las siguientes consideraciones:



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Las manifestaciones anteriores respecto a: (i) la supuesta ilegal e indebida omisión de un análisis apropiado en materia de la existencia de 60,000 puntos de venta de pinturas, (ii) la supuesta infundada afirmación de que por el hecho de que una sola tienda de COMEX vende \* veces más volumen de venta que el resto de sus competidores, no se considere de forma adecuada la existencia de 60,000 puntos de venta de pinturas; (iii) la omisión de la gran variedad de opciones existentes para los consumidores a nivel local resulta clave en esta industria; (iv) el análisis indebido sobre la participación de mercado contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA; (v) el indebido análisis que considera las ventas promedio por tienda, dado que el denominador es mayor (60,000 tiendas); (vi) la información contenida en los mapas y el Anexo 10 según la cual las recurrentes consideran que se acredita que existe suficiente competencia a nivel local; constituyen repeticiones que ya han sido analizadas en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados "III. Indebida determinación del poder sustancial", "IV. Análisis de barreras de entrada", "VI. Elementos del artículo 13 del RLFCE" y "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS" de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

No obstante lo anterior, y en particular respecto de la manifestación según la cual el análisis en materia de la existencia de 60,000 puntos de venta de pinturas que consideró las ventas promedio por tienda es incorrecto debido a que el denominador es mayor, se señala lo siguiente

En primer lugar, no es posible identificar un agravio específico toda vez que no señalan en qué parte de la RESOLUCIÓN la CFC consideró las ventas promedio y no explican cuál es el denominador mayor que debió haberse considerado y por qué razones consideran que el análisis es incorrecto más allá de dicha situación.

Al respecto, se señala que si efectivamente existen aproximadamente 60,000 (sesenta mil) establecimientos que comercializan recubrimientos decorativos como señalaron los promoventes, COMEX tiene \* tiendas de concesionarios y SW tiene \* tiendas propias y \* de distribuidores certificados, resulta que los expendios distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW son aproximadamente \*. Tomando en consideración un mercado con un tamaño de \* de litros, de acuerdo con los promoventes, resultaría que entre los \* expendios distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW comercializarían \* de litros, esto es un promedio de \* litros al año. Esto significa que el volumen que cada tienda COMEX expende es \* veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW.

Por otro lado, si efectivamente existen 12,000 tiendas de pintura a lo largo del país, como argumentaron los promoventes, la concentración COMEX y SW representaría el \* por ciento de tiendas de pintura, considerando las \* tiendas de concesionarios COMEX, \* tiendas propias de SW y \* de distribuidores certificados de SW, con una participación de mercado que se encuentra entre \* por ciento y el \* por ciento en recubrimientos decorativos. De esta forma, los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado después de la concentración.

**(v) Contrario a lo concluido por la CFC, en relación con los precios de pintura y la inflación, los precios de los insumos –como fue reconocido por la CFC- han aumentado**

**por encima de la inflación. Como se muestra en las Tablas 9 y 10 de este recurso, los precios se han mantenido debajo del incremento de las materias primas.**

Lo anterior resulta **infundado**, en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el argumento es contradictorio, pues consiste en afirmar algo que por una parte señalan es contrario a lo concluido por la CFC y por el otro lado afirman fue reconocido por la autoridad. En otras palabras, las recurrentes señalan al mismo tiempo que la autoridad reconoció que los precios de los insumos han aumentado por encima de la inflación y, por otro lado, señala que lo concluido por la CFC es contrario a dicho comportamiento.

Al respecto, se aclara que el pronunciamiento contenido en la página 101 de la RESOLUCIÓN es el siguiente: *“en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación. Sin embargo, a partir de enero de dos mil doce, se observa que el precio de las pinturas evolucionó por debajo de la tasa de inflación”*.

Por otro lado, sobre las manifestaciones anteriores respecto a: (i) los supuestos indebidos e ilegales pronunciamientos en torno a los precios de los insumos y la inflación; y (ii) la evidencia que se desprende de las Tablas 9 y 10 de su recurso en el sentido de que los precios se han mantenido por debajo del incremento de las materias primas, se señala que constituyen repeticiones que ya han sido analizadas en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados “VII. La CFC también determinó ilegalmente que “en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación. Sin embargo, a partir de enero de dos mil doce, se observa que el precio de las pinturas evolucionó por debajo de la tasa de inflación.” y “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

**(vi) No existe vínculo o correlación alguna entre el EBITDA y el poder de mercado. Además, la relación imputada por la CFC entre estos dos conceptos carece de fundamentación y motivación, no existe fundamento legal ni material que permita llegar a tal conclusión.**

**(vii) La concusión implícita respecto a altos márgenes es incorrecta porque la CFC omitió analizar los diferentes aspectos que pudieron tener como efecto mantener dichos márgenes, tales como la eficiencia de sus operaciones o la reformulación de sus productos.**

Lo anterior resulta **infundado**, en virtud de las siguientes consideraciones:

Las manifestaciones anteriores según las cuales: (i) no existe vínculo o correlación alguna entre el EBITDA y el poder de mercado, además de que la relación imputada entre ambos conceptos carece de debida fundamentación y motivación, y (ii) la concusión implícita respecto a altos márgenes es incorrecta porque no se consideran aspectos como la eficiencia de las operaciones o la reformulación de productos constituyen repeticiones que ya han sido analizadas en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados “VIII. La CFC concluyó ilegalmente que: a) SW tienen “márgenes elevados” y b) Comex ha sido capaz de incrementar su EBITDA, lo cual es indicativo de poder de mercado” y “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

**(viii) La CFC omitió valorar debidamente la entrada de BEHR y AXALTA como hechos suficientemente probados. Asimismo, omitió analizar que dichos hechos constituyen**



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

suficiente presión competitiva para disciplinar los precios. Como se acreditó en el presente recurso, BEHR, AXALTA y la expansión de PRISA están probados.

El agravio y/o conclusión anterior resulta **infundado**, en virtud de las siguientes consideraciones:

Las manifestaciones anteriores respecto a: (i) la supuesta omisión de valorar debidamente la entrada y expansión de BEHR, AXALTA y de PRISA como hechos suficientemente probados; y (ii) la supuesta omisión de analizar que dichos hechos constituyen suficiente presión competitiva para disciplinar los precios; constituyen repeticiones que ya han sido analizadas en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados “IV. Análisis de barreras de entrada”, “VI. Elementos del artículo 13 del RLFCE”, “(iv) La CFC también subestimó la importancia de las importaciones y específicamente la exitosa entrada de la marca BEHR, así como la creciente importancia de Valspar y Grace/ La CFC también omitió expresar una conclusión válida respecto del incremento de las ventas anuales de Comex en el mercado decorativo y la disminución de las de SW.”, “IX. La CFC realizó un incorrecto e ilegal análisis sobre el impacto de la entrada de nuevos competidores como disciplina competitiva hacia SW” y “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS” de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

Asimismo, se señala que en virtud de los razonamientos expuestos a lo largo de la presente resolución y de conformidad con el análisis incluido en la sección “CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS”, los agravios expuestos y las pruebas exhibidas no se consideran suficientes para revocar la RESOLUCIÓN y autorizar la operación.

**SW Y AVISEP adicionalmente señalaron:**

**En las páginas 112 a 117 de la RESOLUCIÓN, la CFC lleva a cabo un análisis deficiente e incorrecto de sus supuestas conclusiones, para determinar que la concentración plantea problemas de competencia basados en los supuestos del artículo 17 de la LFCE.**

**La CFC no acreditó lo siguiente que: (i) COMEX tenga poder sustancial y/o que la combinación con SW confiera poder de mercado a favor de SW; (ii) Los competidores no tendrían capacidad real o potencial para contrarrestar cualquier presunto poder de mercado; (iii) La concentración tiene como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes económicos o impedir sustancialmente su entrada al mercado; y (iv) la concentración facilita sustancialmente la comisión de prácticas monopólicas.**

**Por el contrario, las PARTES acreditaron que:**

- 1. Todos los tipos de recubrimientos representan una restricción competitiva entre sí, puesto que los procesos de fabricación son similares a pesar de la diferenciación del producto. Así, todos los productores de recubrimientos pueden actuar y potencialmente competir respecto de cada tipo específico de recubrimiento.**
- 2. Hay sustitutos nacionales e internacionales y fuerte competencia entre las marcas que ofrecen diferentes calidades y precios.**
- 3. Hay un alto nivel de sustitución desde el punto de vista de la oferta y la demanda.**
- 4. No hay necesidad de tecnología sofisticada o costosa para producir recubrimientos.**

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

5. Para instalar una tienda de recubrimientos o pintura, se requiere de una inversión modesta fácilmente amortizable.
6. Los fabricantes de recubrimientos tienen acceso a una amplia gama de insumos a precios internacionalmente competitivos y las opciones del consumidor se han ampliado con marcas importadas.
7. El precio es un factor clave en la elección de un proveedor y las empresas deben fijar precios competitivos para comercializar sus productos.
8. Los consumidores en México tienen acceso a una amplia variedad de marcas y proveedores y así tienen múltiples opciones nacionales e internacionales.
9. Una vez consumada la concentración, la industria seguirá siendo altamente competitiva debido a las bajas barreras de entrada. Productores existentes o potenciales pueden fácilmente: (i) establecer nuevas plantas de producción o expandir las existencias, o (ii) modificar instalaciones existentes para producir casi cualquier tipo de recubrimiento.
10. La liberalización comercial de México ha fortalecido la competencia y fomentado la competencia en el mercado relevante.
11. Nuevos participantes han entrado en el mercado mexicano (por ejemplo, "BEHR" a través de THE HOME DEPOT y AXALTA).
12. Los consumidores tienen acceso a los recubrimientos a través de diversos canales de distribución y tienen muchas opciones.
13. Presencia importante de varios competidores nacionales a niveles local, regional y nacional.
14. El análisis de la participación de mercado con los datos disponibles muestra que la combinación de SW y COMEX resultará en un incremento moderado en la participación que no debería plantear preocupaciones de competencia económica. Además, los consumidores satisfacen sus necesidades de recubrimientos de forma local, por lo que las participaciones de mercado a nivel nacional son irrelevantes.
15. Los consumidores son sensibles al precio. Cualquier intento de aumentar precios resultaría en muchas pérdidas de ventas a favor de los competidores (ya sea de los competidores actuales o de nuevos participantes).
16. La competencia a nivel de distribución seguirá siendo fuerte. La plataforma contractual que COMEX tiene con sus concesionarios permite una fácil terminación. Así, los concesionarios pueden hacer un cambio rápido a una plataforma diferente de las marcas de los competidores.
17. SW, COMEX y sus concesionarios independientes enfrentan fuerte competencia de plataformas similares de los competidores, así como de otros tipos de canales de distribución, como (1) ferreterías tradicionales y (2) tiendas para la mejora del hogar y supermercados, que son cada vez más fuertes opciones en la distribución de recubrimientos. Pequeños y medianos fabricantes de recubrimientos compiten regionalmente y otros también tienen distribución en todo el país.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

**Finalmente, es importante mencionar que no es válido que la CFC mejore sus argumentos porque ello le negaría una instancia de defensa.**

Los agravios, las manifestaciones y conclusiones referidas resultan **inoperantes** debido a que constituyen manifestaciones **gratuitas** y **generales** que **no combaten** los razonamientos y elementos de convicción contenidos en la RESOLUCIÓN, de conformidad con los siguientes razonamientos:

En primer lugar, las recurrentes no plantean argumentos o razonamientos que permita en tender por qué consideran que los elementos y planteamientos incluidos en las páginas 112 a 117 no encuadran dentro de la hipótesis prevista en las fracciones I, II y III del artículo 17 de la LFCE. Sus manifestaciones se limitan a afirmar, sin expresar los motivos de su dicho, que el análisis es indebido e incorrecto para acreditar los problemas de competencia descritos en los supuestos del artículo 17 de la LFCE. Para sustentar dicha afirmación, en lugar de expresar razonamientos lógico-jurídicos o relacionar y exponer elementos de convicción, las recurrentes se limitan a incluir una breve lista respecto de lo que la CFC supuestamente no demostró: (i) que COMEX tenga poder sustancial y/o que la combinación con SW confiera poder de mercado a favor de SW; (ii) Los competidores no tendrían capacidad real o potencial para contrarrestar cualquier presunto poder de mercado; (iii) La concentración tiene como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes económicos o impedir sustancialmente su entrada al mercado; y (iv) la concentración facilita sustancialmente la comisión de prácticas monopólicas.

Dichos señalamientos, junto con las posteriores afirmaciones sobre lo que supuestamente sí lograron acreditar las recurrentes, no refieren una explicación que permita analizar un agravio en concreto, toda vez que no combaten los razonamientos expresados en la RESOLUCIÓN y constituyen meras afirmaciones gratuitas y generales que no desarrollan argumentos específicos.

Asimismo, las manifestaciones según las cuales la CFC supuestamente no demostró que: (i) COMEX tenga poder sustancial y/o que la combinación con SW confiera poder de mercado a favor de SW; y (ii) los competidores no tendrían capacidad real o potencial para contrarrestar cualquier presunto poder de mercado; constituyen repeticiones que ya han sido analizadas en la presente resolución. Por dicho motivo, se remite al análisis contenido en los apartados "III. Indebida determinación de poder sustancial", "IV. Análisis de barreras de entrada", "VI. Elementos del artículo 13 del RLFCE", "VII. La CFC omitió expresar una conclusión válida respecto del incremento de las ventas anuales de COMEX en el mercado decorativo y la disminución de las de SW", "IX. La CFC realizó un incorrecto e ilegal análisis sobre el impacto de la entrada de nuevos competidores como disciplina competitiva hacia SW" y "CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS" de la presente resolución para evitar repeticiones innecesarias.

En segundo lugar, el hecho de que en las páginas 112 a 117 se hayan colmado los supuestos normativos previstos en el artículo 17 de la LFCE mediante las conclusiones a las que arribó la autoridad a lo largo de la RESOLUCIÓN no implica en forma alguna que la CFC haya omitido su obligación constitucional y legal de fundar y motivar apropiadamente sus determinaciones.

Al respecto, de conformidad con el principio de economía procesal, la autoridad no está obligada a repetir en varias ocasiones a lo largo de la RESOLUCIÓN la totalidad de los razonamientos y elementos de convicción que sustentan el fallo.

Asimismo, el análisis que corresponde realizar en términos del artículo 17 de la LFCE cumple la función de emitir un pronunciamiento concluyente sobre la actualización de riegos reales al proceso de



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

competencia y libre concurrencia. Precisamente por ello debe tener en cuenta los pronunciamientos previos respecto a la definición de mercado relevante, el análisis del poder de los agentes económicos que abastecen el mercado relevante, la existencia de barreras a la entrada, el posicionamiento de competidores, las posibilidades de acceso a fuentes de insumo, así como el análisis de los posibles efectos que podrían disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en caso de que la operación se llevara a cabo, y el análisis de las posibles ganancias en eficiencia que podrían producirse como resultado de la operación, entre otros elementos; todo ello para determinar si la concentración notificada debe o no ser autorizada.

Por ese motivo, no se analizan hechos adicionales específicos o distintos a los que ya se habían analizado al encuadrar diversos hechos en los supuestos normativos de los artículos 13 y 18 de la LFCE, así como 12 y 13 del RLFCE. Dicha situación no conlleva o implica ningún perjuicio o falta de motivación, toda vez que el ejercicio cumple con la finalidad ya explicada de realizar una aproximación concluyente respecto de la totalidad de los razonamientos y elementos de convicción que permiten señalar que la operación notificada podría tener por objeto o efecto la actualización de riesgos reales al proceso de competencia y libre concurrencia

De esta manera, se trata de meros señalamientos **gratuitos** de las recurrentes que **no combaten** en particular los razonamientos y elementos específicos que expresó la CFC en las páginas 115 a 117 de la RESOLUCIÓN de la respecto de la actualización de los supuestos normativos previstos en las fracciones II y III del artículo 17 de la LFCE.

Por otro lado, las recurrentes incluyen una lista de diecisiete hechos, elementos y situaciones que afirman lograron acreditar.

Respecto de dichas manifestaciones se señala lo siguiente:

1. Las recurrentes no refieren o relacionan cuáles son los razonamientos específicos a través de los cuales lograron acreditar los hechos, elementos y situaciones que refieren.
2. Las recurrentes no refieren o relacionan cuáles son los elementos probatorios específicos a través de los cuales lograron acreditar los hechos, elementos y situaciones que refieren.
3. Las recurrentes no señalan si la información y los medios a través de los cuales consideran se acreditan sus dichos se encuentra en el expediente CNT-095-2012, en el expediente del recurso de reconsideración RA-027-2013, en fuentes de acceso público o en otros expedientes que obran en los archivos de esta autoridad.

Dado que dichas afirmaciones no se relacionan con apartados específicos y podrían guardar relación con el análisis incluidos en uno o más apartados, se señala que las recurrentes deben tener en cuenta la totalidad de los razonamientos y elementos de convicción referidos en los apartados que corresponden al análisis de todos los agravios, así como el que corresponde a la valoración de las pruebas, pues las resoluciones no deben interpretarse o leerse de forma **aislada**.

#### CUARTA. VALORACIÓN DE PRUEBAS.

En el presente apartado se valorarán las pruebas ofrecidas por las recurrentes en sus escritos de recurso de reconsideración conforme a lo siguiente:

##### I. Notas de prensa

Durante el plazo para presentar el recurso de reconsideración, SW y AVISEP ofrecieron algunos anexos que únicamente contienen notas de prensa:



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

1. El Anexo 15, consistente en el original de la nota de prensa titulada *"Invertirá Dupont 500 MDD"* publicada en la sección negocios del periódico Reforma (de circulación nacional), el martes treinta de julio de dos mil trece. SW y AVISEP pretenden acreditar: (i) que la planta de Dupont de [REDACTED] \* ubicada en Altamira, México se convertirá en la segunda planta más grande productora de [REDACTED] \* en el mundo, (ii) existirá una mayor disponibilidad en México de [REDACTED] \* el cual es uno de los principales insumos para la fabricación de recubrimientos decorativos, y (iii) confirma la ausencia de barreras de entrada desde el punto de vista de insumos.
2. El Anexo 19, con el cual pretenden acreditar que THE HOME DEPOT continúa expandiendo su presencia en el mercado mexicano de recubrimientos decorativos. Dicho anexo contiene impresiones de diversas notas de prensa relacionadas con la expansión de THE HOME DEPOT en México: 1. *"The Home Depot quiere 125 tiendas en México"* de diez de mayo de dos mil trece, publicada en la versión en línea del periódico El Financiero; 2. *"The Home Depot abrirá 25 tiendas en México en 2013"* de siete de febrero de dos mil trece, publicada en la versión en línea de la Guía Inmobiliaria Real Estate Market & Lifestyle; 3. *"Home Depot va por más tiendas en México"* de trece de enero de dos mil trece, publicada en la versión en línea del portal CNN Expansión, y 4. *"Plantea The Home Depot abrir 9 tiendas por año hasta 2015"* de diecinueve de julio de dos mil doce publicada en la versión en el línea del periódico Milenio.
3. El Anexo 20, mismo que contiene la impresión de la nota de prensa titulada *"Pinturas Behr quiere ser el segundo en México"*, publicada en la versión en línea del periódico El Financiero el veintidós de julio de dos mil trece. SW y AVISEP señalan que esta prueba es atribuible a pinturas BEHR pues, en su opinión, constituyen declaraciones divulgadas en prensa por conducto de su Gerente General, Angélica Farías. Las oferentes pretenden acreditar que: (i) los competidores no demuestran temor o preocupación en competir con SW-COMEX; (ii) la ausencia de barrera de entrada; (iii) la existencia de numerosos competidores en el mercado, y (iv) el mercado decorativo es inmaduro y con posibilidades de continuar creciendo.

El mismo documento fue ofrecido dentro del Anexo 12, bajo el inciso E. Con ello, las recurrentes pretenden acreditar: (i) la importancia de los competidores como presión competitiva en los municipios y localidades en las que los productos de SW y AVISEP se encuentran presentes, y (ii) la inexistencia de barreras de entrada al mercado.

Dicho documento señala:

*• Se concrete o no la fusión de Comex con Sherwin Williams el mercado de pinturas en México ofrece una competencia sana y con cabida para la llegada de nuevos jugadores, dijo Angélica Farías, gerente general de Pinturas Behr. "Nosotros nos queremos posicionar a nivel nacional, tenemos la competencia con Comex, la cual ostenta poco más de 50% del mercado y nuestra expectativa es tener 20% en un plazo de 3 a 5 años", agregó la ejecutiva en entrevista con El Financiero. Actualmente Comex lidera la industria con una penetración de 57.7%, seguido de Sayer Lack Mexicana con 8%, Sherwin Williams 6.6% y otros, poseen el 27.7% restante, según datos de Euromonitor Internacional. Angélica Farías refirió que el valor del mercado nacional de pinturas es superior al billón de dólares y que en el país todas las empresas son fuertes, serias y con esquemas especiales. Aunque tiene menos de dos años en México, Pinturas Behr están importando mensualmente 70,000 galones del producto para cubrir la demanda nacional. "En*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*Estados Unidos somos los líderes en decoración personalizada de hogares y en México tenemos como socio estratégico a The Home Depot, el cual cuenta con 100 unidades en todo el país, ellos nos permitieron colocar en cada local un centro de atención al cliente", destacó [el pie de página correspondiente señala: "Sección 5, página 1"]*

4. Dentro del Anexo 22, el documento consistente en una nota de prensa publicada en el periódico "The Wall Street Journal", con el cual las recurrentes pretenden acreditar los planes de expansión de Lowe's en el mercado mexicano, y por ende, la penetración de las marcas Valspar y Grace.
5. Dentro del Anexo 25, los siguientes documentos: 1. Nota de prensa titulada "Nace Axalta Coating Systems" publicada el seis de junio de dos mil trece en la versión en línea del periódico Dinero; 2. Nota de prensa titulada "México representa oportunidad de crecimiento, destaca empresa AXALTA" publicada el cuatro de junio de dos mil trece en el portal web de Yahoo Noticias; 3. Nota de prensa titulada "Denota AXALTA proyectos en México y China" publicada el trece de junio de dos mil trece en el portal web Urbe Económica, y 4. Nota de prensa titulada "AXALTA la heredera de Dupont" publicada el catorce de junio de dos mil trece en la versión en línea del periódico El Semanario. SW y AVISEP pretenden acreditar la compra del negocio de recubrimientos de Dupont por parte de The Carlyle Group que llegó a ser AXALTA.
6. El Anexo 26 que contiene una nota de prensa titulada "*Surge Axalta líder en recubrimientos, escisión de Dupont y hoy de Carlyle, Cossío en timón aquí por el avance a doble dígito*" publicada el treinta de junio de dos mil trece, en la columna "*Nombres, Nombres y... Nombres*" de la versión en línea del periódico Milenio. Con ese documento, SW y AVISEP pretenden acreditar que: (i) es la antigua división de recubrimientos de Dupont que fue escindida y vendida a The Carlyle Group; (ii) se dedica a los recubrimientos; (iii) competirá en el mercado decorativo; (iv) tiene el apoyo financiero de The Carlyle Group; (v) es la empresa líder en los mercado de acabado automotriz y OEM, y (vi) ve grandes oportunidades en el mercado decorativo y no ve peligro, ni demuestra temor a competir en dicho mercado.
7. Dentro del Anexo 28 las recurrentes incluyeron los documentos señalados en los incisos B, C y E y que se refieren a:
  - B. Impresión de artículo "Preguntas y respuestas con Axalta Coating Systems" publicado en lo que los oferentes consideran es el portal de Internet *Coatings World*.
  - C. Impresión de nota de prensa publicada, según los oferentes, por "Reuters".
  - E. Impresión de nota de prensa publicada en lo que los oferentes consideran el portal web de 20 minutos.
8. El Anexo 29, que contiene el original de la nota de prensa titulada "*La tapatía Prisa pintara el sureste de México*" publicada en la sección "Urbes y Estados" del periódico El Economista el miércoles diez de julio de dos mil trece y con el cual SW y AVISEP pretenden acreditar que: (i) las barreras de entradas son muy bajas; (ii) PRISA planea expandirse en el mercado decorativo a seis estados más para incrementar en 15% sus ventas, y (iii) no demuestra temor o preocupación para competir en el mercado con SW-COMEX.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

En este aspecto, las notas periodísticas o de prensa no constituyen elementos idóneos para acreditar algún hecho distinto a su mera publicación; únicamente son susceptibles de acreditar que en su oportunidad se publicaron esas declaraciones o reportajes, pero de ninguna manera pueden probar la veracidad de los hechos a los que se refieren esas publicaciones. Las recurrentes no acompañaron otros elementos de convicción para administrar esas pruebas que acrediten lo que pretenden. Por tanto, son elementos que carecen de valor probatorio para acreditar, por sí mismos, los hechos y situaciones que pretenden demostrar las recurrentes, pues por más que se hayan publicado esas notas en algunos medios impresos o electrónicos, no por ese sólo hecho se acredita que las declaraciones o señalamientos publicados se apeguen a la realidad.<sup>292</sup>

Así, esos elementos no pueden acreditar: (i) la importancia de otros competidores como presión competitiva a nivel local para SW y AVISEP; (ii) la ausencia de barreras a la entrada al mercado; (iii) si la planta de algún otro competidor respecto de un insumo se convertirá en la segunda más grande en el mundo; (iv) si existirá mayor disponibilidad de ese insumo; (v) la expansión de otros competidores respecto de los recubrimientos decorativos o el hecho de que algunos otros posibles competidores entrarán al mercado mexicano; (vi) que no exista preocupación para competir en el mercado o que éste sea inmaduro; y (vii) los planes de expansión de otros competidores.

En todo caso, es de resaltar que las recurrentes niegan constantemente que las participaciones de mercado que señala la RESOLUCIÓN sean correctas y aduzcan que son inferiores y, al mismo tiempo, ofrezcan como prueba un documento y su traducción (Anexo 20 y parte del Anexo 12) en la que claramente se indica que la participación de mercado de COMEX es de 57.7% y la de SW de 6.6%. Al sumar dichas cifras, se tendría una participación incluso superior a los cálculos de la RESOLUCIÓN, dando un total de 64.3%.

Finalmente, no pasa desapercibido que respecto de algunas de dichas notas de prensa, las recurrentes ofrecieron como prueba la inspección de las páginas de Internet correspondientes (prueba marcada con el número 31), particularmente respecto de algunos de los documentos señalados en las pruebas marcadas con los anexos 19, 20 y 26. Dicha inspección se llevó a cabo el veintiséis de agosto de dos mil trece en las oficinas de la CFC en términos de lo dispuesto por el artículo 50 del RLFCE.<sup>293</sup> Sin embargo, a pesar de que efectivamente durante la inspección correspondiente se verificó el contenido de esas direcciones electrónicas, ello no desnaturaliza que se trata de reportajes o notas de prensa que

<sup>292</sup> Al respecto, resultan aplicables los siguientes criterios emitidos por el PJJ: "*NOTAS PERIODÍSTICAS, INEFICACIA PROBATORIA DE LAS. Las publicaciones en los periódicos únicamente acreditan que tuvieron realización en el modo, tiempo y lugar que de las mismas aparezca, más en forma alguna son aptas para demostrar los hechos que en tales publicaciones se contengan, pues no reúnen las características de documento público a que se refiere el artículo 795 de la Ley Federal del Trabajo, ni tampoco puede ser considerado como documental privada conforme a los artículos 796 y 797 del propio ordenamiento legal, en cuyo caso surge la posibilidad de formular las objeciones respectivas; consecuentemente, el contenido de una nota periodística, -generalmente redactada y dada a conocer por profesionales de la materia, cuyas fuentes no son necesariamente confiables, amén de que cabe la posibilidad de que sean producto de la interpretación e investigación personal de su autor- no puede convertirse en un hecho público y notorio, pues aunque aquella no sea desmentida por quien puede resultar afectado, el contenido de la nota solamente le es imputable al autor de la misma, mas no así a quienes se ven involucrados en la noticia correspondiente.*" Novena Época Registro: 203623. SJF y su Gaceta Tomo: II, Diciembre de 1995 Materia(s): Común Tesis: I.4o.T.5 K. Página: 541, y "*PERIÓDICOS, VALOR PROBATORIO DE LAS NOTAS DE LOS. Las publicaciones en los periódicos únicamente acreditan que en su oportunidad se llevaron al cabo las propias publicaciones, con diversos reportajes y fotografías, pero de ninguna manera demuestran la veracidad de los hechos a que las citadas publicaciones, se refieren.*" Registro No. 250934 Localización: Séptima Época. SJF 145-150 Sexta Parte Página: 192 Tesis Aislada Materia(s): Común.

<sup>293</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

únicamente acreditan, como se ha señalado, que efectivamente se publicó esa noticia, pero que en forma alguna pueden determinar la certeza de lo que se afirma en dichos documentos.

## II. Documentales

En su recurso, SW y AVISEP ofrecieron diversos elementos de convicción que tienen un carácter documental, mismos que fueron admitidos y que se refieren a lo siguiente:

### A. Información existente en la RESOLUCIÓN

- i) **Anexo 4. Tabla de precios implícitos calculados por la CFC con base en ingresos por segmento y volúmenes por segmento proporcionados por COMEX.**
- ii) **Anexo 5. Tabla de precios implícitos por segmento de recubrimiento para SW.**

SW y AVISEP pretenden acreditar que el análisis de “precios relativos” y el análisis econométrico de co-integración realizado en la RESOLUCIÓN es erróneo, así como sus conclusiones.

En este aspecto, se advierte que los anexos 4 y 5 contienen información que fue parte integrante de la RESOLUCIÓN, concretamente de su Anexo “Análisis de co-integración” específicamente en los apartados “3. Series de precios empleados para los ejercicios de co-integración” (folios 6163 a 6165) y “SW (pesos por litro)” (folios 6166 y 6167). El único cambio que existe entre la información señalada por la RESOLUCIÓN y la que presentan las recurrentes existe en el anexo 4, en el cual resaltan en amarillo los ejemplos que a su entender implican “*amplia variación*”.<sup>294</sup>

Dicha información proviene de los datos proporcionados por las propias recurrentes y fue procesada y utilizada en la RESOLUCIÓN para sostener el análisis de co-integración realizado en la misma. Se trata de documentales privadas que tienen el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203, 206 y 210 del CFPC y, para poder probar los hechos señalados, tendrían que estar administrados con algún otro medio de convicción. En este aspecto, esas tablas se encuentran confirmadas con lo que señala la propia RESOLUCIÓN, por lo cual tienen valor para acreditar que efectivamente esos son los datos contenidos en la misma y que fueron utilizados para el análisis de co-integración realizado en la misma.

Adicionalmente se señala que la afirmación según la cual la “excesiva” o “amplia” variación que se observa en el análisis de los precios implícitos de COMEX demuestra que la CFC cometió un error, constituye un señalamiento que malinterpreta el concepto de co-integración y de series de tiempo por raíces unitarias. Si la serie de precios implícitos no rechaza la prueba de raíz unitaria, su varianza es, por definición, infinita, porque estamos hablando de una caminata aleatoria. La idea de co-integración es que si tenemos dos series que se comportan como caminatas aleatorias (es decir, tienen varianza infinita), no importa qué tanto se muevan las dos series, en el largo plazo se mueven de manera paralela. Por lo tanto, la excesiva variabilidad de una serie no afecta la prueba de co-integración, de hecho podría ser una condición necesaria (en la medida en que una caminata aleatoria tiene varianza infinita y es no estacionaria).

<sup>294</sup> Asimismo, existen algunos errores marginales en las cifras que presentaron las recurrentes. Por ejemplo, en la primera Columna del Anexo 4 se establece una cantidad de \* cuando la RESOLUCIÓN señala la cantidad de \*. Asimismo, la columna 6, fila 11 del Anexo 5 señala la cantidad de \* cuando la RESOLUCIÓN establece la de \*. Lo mismo sucede con la última columna, fila 5, que establece una cantidad de \* en tanto que la RESOLUCIÓN señaló la cifra de \*.

Adicionalmente se señala que el análisis que las recurrentes hacen de la información contenida en la RESOLUCIÓN no tiene el alcance que pretenden y no es susceptible de acreditar que el análisis de precios relativos y el análisis econométrico de cointegración realizado en la RESOLUCIÓN así como sus conclusiones son erróneos, pues la sola presentación de esa información no desvirtúa el análisis realizado. Las recurrentes únicamente señalan que con esos elementos (que son los mismos que utiliza la RESOLUCIÓN para llegar a sus conclusiones) se demuestra que ese análisis es incorrecto, pero ello no se desprende de los documentos que se analizan.

#### B. Carta de HSBC

Las recurrentes ofrecieron como prueba el Anexo 6, consistente en una carta fechada el cinco de agosto de dos mil trece aparentemente suscrita por el apoderado de HSBC. SW y AVISEP pretenden acreditar que no hubo verificación o confirmación alguna de HSBC ni de COMEX de la información incluida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA, así como el hecho de que ni HSBC ni COMEX realizaron análisis económico alguno para dicha presentación.

Dicho elemento constituye una documental privada cuyo valor está establecido en los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 206 del CFPC. Para probar los hechos para los cuales se ofreció, tendría que estar administrado con algún otro medio de convicción; no obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en dicho documento efectivamente es cierto. Ese elemento de convicción no puede tener el alcance probatorio pretendido por los siguientes motivos: a) el documento carece de una certificación debidamente traducida que incluya menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de fechas y autenticaciones de firmas; b) el documento no se encuentra acompañado ni avalado con la apostilla correspondiente;<sup>295</sup> c) en lugar de la certificación y la apostilla, el documento incluye únicamente un sello con un breve texto en un idioma distinto al

<sup>295</sup> Respecto a los incisos a) y b) se remite al siguiente criterio del P.J.F: "*PRUEBAS DOCUMENTALES PÚBLICAS. TIENEN ESE VALOR LAS CERTIFICACIONES OFICIALES PUESTAS SOBRE DOCUMENTOS PRIVADOS PROVENIENTES DEL EXTRANJERO Y QUE CUENTAN CON LA "APOSTILLA", DE ACUERDO CON LA CONVENCION POR LA QUE SE SUPRIME EL REQUISITO DE LEGALIZACION DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL CATORCE DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO. En lo que se refiere a las pruebas documentales provenientes del extranjero, como lo son las certificaciones puestas sobre documentos privados por notarios públicos (en que se contienen menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de fechas y autenticaciones de firmas), y que además se encuentran avaladas con la correspondiente "apostilla", es oportuno mencionar que la valoración que debe otorgarse a esos medios es la de pruebas documentales públicas, dada la jerarquía de que están revestidos los tratados internacionales en relación con la legislación secundaria, así como lo referente a la observancia que debe tenerse de los aludidos tratados, para catalogar así a las pruebas de que se habla (dotadas por la norma procesal aplicable, con pleno valor convictivo), pues al efecto el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los diversos numerales 543 y 546, ambos del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en el juicio de amparo, previenen la comentada jerarquización, cuya existencia toma sustento en la cooperación procesal internacional en la que México participa, máxime que en lo referente a la naturaleza de las pruebas documentales, debe tomarse en cuenta que por provenir del extranjero cuentan con la correspondiente formalidad (apostilla) a que se refieren los artículos 3, primer párrafo y 4, ambos de la Convención por la que se suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, concluida en la ciudad de La Haya el día cinco de octubre de mil novecientos sesenta y uno, dado que la aplicación de la mencionada convención, según el texto del numeral 1, inciso d), de la misma, recae sobre los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante, considerándose como documentos públicos en el sentido de la aludida convención, entre otros, precisamente a las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como las menciones de registro, las comprobaciones sobre la certeza de una fecha y las autenticaciones de firmas.*" ([TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Diciembre de 2004; Pág. 1423).



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

español, cuya traducción no fue presentada;<sup>296</sup> d) el documento no fue adminiculado con algún otro medio de convicción; es decir, SW y AVISEP, no ofrecieron alguna forma de confirmar que lo que aparece en dichos documento efectivamente es cierto y que efectivamente el autor es quien las recurrentes señalan, máxime que existen otros elementos de convicción que contradicen el valor y alcance probatorio que los recurrentes pretenden atribuirle a dicho elemento probatorio (en particular, la PRESENTACIÓN EJECUTIVA y la presentación elaborada por SW que fue presentada el veintidós de febrero de dos mil trece).<sup>297</sup>

Se reitera que la PRESENTACIÓN EJECUTIVA constituye un documento privado que hace prueba plena en contra de quien lo presentó (SW y AVISEP, en este caso) conforme a los artículos 34 bis de la LFCE, 203 y 210 del CFPC.

*C. Información respecto de otros posibles competidores*

**Anexo 12.**

**Las recurrentes ofrecieron como parte de dicho anexo la que denominaron información pública disponible respecto de los competidores de recubrimientos decorativos. SW y AVISEP**

<sup>296</sup> Véase el criterio del PJJ: “DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO. MEDIO DE PRUEBA EN MATERIA ADMINISTRATIVA. En todo documento que se encuentre redactado en idioma extranjero y pretenda utilizarse como medio de prueba en materia administrativa, el interesado que lo ofrezca estará obligado a presentar la traducción al castellano, en caso contrario, carece de valor probatorio.” (Registro: 196779, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, Febrero de 1998, Materia(s): Administrativa, Tesis: II.A.23 A, Página: 492.)

<sup>297</sup> El artículo 203 del CFPC establece que la verdad del contenido de un documento privado debe demostrarse mediante pruebas adicionales. Asimismo, de acuerdo con el principio de libre valoración de las pruebas previsto en el artículo 197 del CFPC se señala que el elemento lógico y jurídico primario de validez sobre el que descansa la eficacia probatoria del documento es su autenticidad, circunstancia indispensable para poder fijar el alcance de la prueba, pues demostrada la legitimidad y originalidad de un documento, el juzgador cuenta, cuando menos, con la certeza de que lo plasmado en él ciertamente ocurrió, dependiendo, después de este paso, de su contenido, idoneidad, autoría, el alcance exacto que le dé el juzgador a los hechos que arroja el documento. En los sistemas de valoración de pruebas imperantes en el derecho nacional, por regla general los documentos privados son considerados imperfectos; esto es, ordinariamente llegan al juicio sin que la ley reconozca que por sí mismos demuestran su autenticidad, como por ejemplo sí ocurre con los documentos públicos que las legislaciones presumen auténticos, cuando se elaboran con los requisitos de ley, hasta que no se demuestre lo contrario. Ahora bien, para llenar esta imperfección (que no tienen los documentos públicos), las leyes generalmente prevén que el documento privado se relacione con otras probanzas, con cuya adminiculación es posible completarlo o perfeccionarlo; es decir, probar su autenticidad. Los medios más naturales reconocidos para completar la fuerza de convicción del documento privado son: el reconocimiento expreso y el reconocimiento tácito (en algunos ordenamientos procesales este reconocimiento tácito resulta de la falta de objeción de autenticidad, que no hace valer la contraparte del oferente en el término que para tal efecto señala la ley), aun cuando pueden aportarse otras probanzas aptas para perfeccionarlo, tales como la prueba pericial y la prueba testimonial. Las PARTES pueden ofrecer generalmente cualquier medio de prueba para demostrar sus pretensiones, en tanto la ley no excluya alguno de los medios probatorios precisados. Así, el valor de las pruebas documentales queda sujeto a que la fuerza de convicción de las mismas sea complementada a efecto de producir certeza y seguridad sobre su existencia y así excluir, en lo posible, la incertidumbre que multiplicaba los conflictos, el malestar general y la inestabilidad social, sin que ello pueda implicar una “carga” excesiva para quien interviene en algún procedimiento. Este señalamiento es aplicable al resto de los documentos privados presentados por las recurrentes.

En todo caso, la convicción del juzgador proviene de dos hechos plenamente acreditados: i) el contenido de la PRESENTACIÓN EJECUTIVA se encuentra corroborado por otros documentos (como la presentación denominada “Project Comet” que fue presentada por SW el veintidós de febrero de dos mil trece), así como por las propias manifestaciones de SW y AVISEP en el sentido de que ambos documentos tienen el mismo contenido, el cual fue traducido por ellos mismos) y ii) la contenido de la carta supuestamente elaborada por HSBC de fecha cinco de agosto de dos mil trece, misma que fue presentada como Anexo 6 del recurso de reconsideración SW y AVISEP, no se encuentra confirmado ni corroborado con ningún medio probatorio adicional que haya sido ofrecido por los recurrentes.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

**pretenden acreditar con esos elementos: (i) la importancia de los competidores como presión competitiva en los municipios y localidades en las que los productos de SW y AVISEP se encuentran presentes, y (ii) la inexistencia de barreras de entrada al mercado.**

Entre ese anexo existían varios documentos. El primero consiste en un escrito que contiene una serie de señalamientos sin suscripción ni algún logotipo. En específico, en la traducción al español de ese documento que presentaron las recurrentes<sup>298</sup> se señala:

*“Masco es una sociedad de EUA\$7.7 miles de millones [en el pie de página correspondiente se señala “Ver el reporte Anual de Masco 2012, página 1, que se adjunta como anexo 1”] que cotiza públicamente bajo el símbolo “MAS” en la Bolsa de Valores de Nueva York. Masco es uno de los productores líderes de mejoras para el hogar y productos de construcción a nivel mundial. Al 31 de diciembre de 2012, Masco tenía aproximadamente 30,000 empleados y operaba 70 plantas de producción [en el pie de página correspondiente se señala “Id página 4”].*

*Masco divide sus operaciones de negocios en cinco segmentos de mercado: Gabinetes y Productos Relacionados; productos de Plomería; Instalaciones y Otros Servicios; Otros Productos Especializados; Productos Arquitectónicos Especializados. Durante el 2012, Las ventas netas de Masco de productos arquitectónicos decorativos ascendieron a EUA\$1.8 miles de millones. Masco es uno de los proveedores más grandes de pintura arquitectónica decorativa y productos para el cuidado de madera de “hágalo usted mismo” en Estados Unidos de América y Canadá [en el pie de página correspondiente se señala “Id”].*

*Masco produce y distribuye una amplia variedad de productos decorativos arquitectónicos incluyendo pinturas, primers, colorantes, impermeabilizantes y otros recubrimientos misceláneos. Estos productos se venden a clientes de “hágalo usted mismo” y profesionales en Estos Unidos, Canadá, China, Sudamérica y México bajo las marcas “BEHR” y “KILZ”. [En el pie de página correspondiente se señala: “ver forma 10 K para el periodo terminado al 31 de diciembre de 2012, página 6, que se adjunta como anexo 2”] Masco distribuye los productos arquitectónicos decorativos de “BEHR” y “KILT” a través de The Home Depot, el minorista más grande de productos para la mejora para el hogar de Estado Unidos.*

*Masco se encuentra comprometido a crecer a través del fortalecimiento sus [sic] marcas y construyendo el valor de marca mediante la expansión geográfica [en el pie de página correspondiente se señala “Id. Reporte Anual 2012 de Masco, página 2] Este compromiso de expansión geográfica incluye un compromiso de crecimiento en México. Masco comenzó su distribución de producto [sic] arquitectónico decorativos en México en 2009. La entrada inicial de Masco en México involucró la distribución de los productos arquitectónicos decorativos de “BEHR” y “KILZ” en aproximadamente 13 ubicaciones de Home Depot. Los productos de Behr actualmente se venden en más de 100 tiendas de Home Depot en México [el pie de página correspondiente señala “Ver la historia de Behr México, que se adjunta como Anexo 3”]*

*La introducción exitosa de Behr a México ha impactado significativamente el crecimiento reciente de ingresos de Masco, como se resalta en la presentación para inversionistas trimestral desde el 3er trimestre de 2012 [el pie de página correspondiente indica: “Ver la Presentación de Ingresos del Tercer Trimestre de 2012, página 6, Presentación de Ingresos de Cuarto Trimestre y del Año Completo de 2012, página 12, Presentación de Ingresos del Primer Trimestre de 2013, página 10, y Presentación de Ingresos del Segundo Trimestre de 2012, página 10 que se adjunta como Anexo 4”]. Las expectativas de Masco para el crecimiento de Behr en México son altas [el pie de página correspondiente señala: “Ver artículo de El Financiero de fecha 22 de julio de 2013, que se adjunta*

<sup>298</sup> Folios 268 y 269 del expediente del recurso de reconsideración.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*como Anexo 5”] Masco importa más de 70,000 galones de producto Behr a México cada mes para satisfacer la demanda [el pie de página correspondiente señala: “Id”]. El Gerente General de Behr México, Angélica Farías, espera tener 20% de participación de mercado en tres a cinco años [el pie de página correspondiente señala: “Id”]. Este plan de crecimiento agresivo son [sic] consistentes con los planes de crecimiento de Home Depot en México. Home Depot ha tenido como objetivo México para la apertura de la mayoría de tiendas Home Depot futuras” [en el pie de página correspondiente se señala: “Ver la Conferencia de Inversionistas y Analista de Home Depot Inc. De 6 de junio de 2013, p. 3 y p. 25 que se adjunta como Anexo 6”].*

Dicha información consiste en un documento privado que tiene el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 206 del CFPC y, para poder probar los hechos que señala, tendría que estar administrado con algún otro medio de convicción debido a que precisamente el artículo 203 del CFPC establece que la verdad del contenido de un documento privado debe demostrarse mediante pruebas adicionales.<sup>299</sup> No obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en dicho documento efectivamente es cierto, siendo que el mismo ni siquiera está suscrito por alguna persona, por lo cual se desconoce su autor, además de carecer de fecha cierta. Las recurrentes no presentan alguna forma para evidenciar quién es el autor de ese documento o en qué fecha fue realizado como para poder determinar la certeza de los señalamientos que contiene. Por tanto, se trata de un elemento de convicción que, en general, al no poder ser acreditado en cuanto a su autenticidad, no tiene el valor ni el alcance para acreditar lo que pretenden las recurrentes.

Ahora bien, dicho documento cita en su texto como fuentes diversa información que también fue acompañada por las recurrentes en el Anexo 12, así como otros documentos que tampoco tienen valor probatorio, por sí mismos, para acreditar las pretensiones de las recurrentes tal y como se señala a continuación:

**1) Cuatro presentaciones de MASCO relativas a los ingresos por diversos periodos, mismas que se presentan en inglés y la traducción al español de las partes relevantes que los oferentes**

<sup>299</sup> Asimismo, de acuerdo con el principio de libre valoración de las pruebas previsto en el artículo 197 del CFPC se señala que el elemento lógico y jurídico primario de validez sobre el que descansa la eficacia probatoria del documento es su autenticidad, circunstancia indispensable para poder fijar el alcance de la prueba, pues demostrada la legitimidad y originalidad de un documento, el juzgador cuenta, cuando menos, con la certeza de que lo plasmado en él ciertamente ocurrió, dependiendo, después de este paso, de su contenido, idoneidad, autoría, el alcance exacto que le dé el juzgador a los hechos que arroja el documento. En los sistemas de valoración de pruebas imperantes en el derecho nacional, por regla general los documentos privados son considerados imperfectos; esto es, ordinariamente llegan al juicio sin que la ley reconozca que por sí mismos demuestran su autenticidad, como por ejemplo sí ocurre con los documentos públicos que las legislaciones presumen auténticos, cuando se elaboran con los requisitos de ley, hasta que no se demuestre lo contrario. Ahora bien, para llenar esta imperfección (que no tienen los documentos públicos), las leyes generalmente prevén que el documento privado se relacione con otras probanzas, con cuya administración es posible completarlo o perfeccionarlo; es decir, probar su autenticidad. Los medios más naturales reconocidos para completar la fuerza de convicción del documento privado son: el reconocimiento expreso y el reconocimiento tácito (en algunos ordenamientos procesales este reconocimiento tácito resulta de la falta de objeción de autenticidad, que no hace valer la contraparte del oferente en el término que para tal efecto señala la ley), aun cuando pueden aportarse otras probanzas aptas para perfeccionarlo, tales como la prueba pericial y la prueba testimonial. Las PARTES pueden ofrecer generalmente cualquier medio de prueba para demostrar sus pretensiones, en tanto la ley no excluya alguno de los medios probatorios precisados. Así, el valor de las pruebas documentales queda sujeto a que la fuerza de convicción de las mismas sea complementada a efecto de producir certeza y seguridad sobre su existencia y así excluir, en lo posible, la incertidumbre que multiplicaba los conflictos, el malestar general y la inestabilidad social, sin que ello pueda implicar una “carga” excesiva para quien interviene en algún procedimiento.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

invocan. Conforme a la traducción de las partes relevantes de dichos documentos presentada por las recurrentes<sup>300</sup> se señala:

*"\* Behr Pro, la expansión de Behr a México, y las ventas minoristas de Productos de Ferretería continúan creciendo [en el pie de página correspondiente se señala: "Presentación de Ingresos del Segunda [sic] Trimestre de 2013, página 10"].*

*\* Directo a Pro y la expansión a México continúa creciendo [en el pie de página correspondiente se señala: "Presentación de Ingresos del Primer Trimestre de 2013, página 10"].*

*\* Behr Pro, la expansión de Behr a México, y las ventas minoristas de Productos de Ferretería continúan creciendo [en el pie de página correspondiente se señala: "Presentación de Ingresos del Primer Trimestre de 2013, página 10"].*

*\* Ventas se encabezan por fuertes ventas de Behr Premium Plus Ultra, crecimiento de Behr Pro, la expansión de Behr a México, y el desempeño de Productos de Ferretería al Menudeo [en el pie de página correspondiente se señala: "Presentación de Ingresos del Cuarto Trimestre y del Año Completo de 2012, página 12"].*

*\* Expansión de Pinturas Behr con The Home Depot México [en el pie de página correspondiente se señala: "Presentación de Ingresos de Tercer Trimestre de 2012, página 6"].*

Dicha información consiste en presentaciones que constituyen documentos privados que tienen el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC. No obstante, a efecto de poder probar lo que pretenden las recurrentes, tendrían que estar adminiculados con algún otro medio de convicción; Ahora bien, esos documentos no señalan algún hecho desconocido por la RESOLUCIÓN, pues en la misma se indica que en dos mil doce BEHR tomó el lugar de SW como proveedor de recubrimientos de THE HOME DEPOT, con lo cual obviamente se incrementaron exponencialmente sus ventas en México.

Sin embargo, los señalamientos que indican únicamente se refieren a un supuesto crecimiento por parte de la marca BEHR en México; sin embargo, esos documentos omiten señalar a cuánto ascendería dicho crecimiento o en qué porcentaje se habría dado, lo que impide considerar que efectivamente ese hecho impide considerar la existencia de barreras a la entrada a efecto de demostrar una verdadera presión competitiva que pudiera disciplinar la capacidad de SW de fijar precios o restringir el abasto de forma unilateral derivada de la concentración.

Por tanto, se trata de un elemento de convicción que no tiene el valor ni el alcance para acreditar lo que pretenden las recurrentes.

**2) Reporte anual 2012 de Masco Corporation.<sup>301</sup> Respecto de ese documento, las recurrentes únicamente presentan la siguiente traducción:**

*"TRADUCCIÓN DE PARTES RELEVANTES DE LOS DOCUMENTOS VARIOS DE MASCO, ADJUNTOS AL ANEXO 12.*

*• Nuestras ventas netas para el 2012 incrementaron en 4% a \$7.7 billones en comparación con el año 2011 [el pie de página correspondiente señala: "Sección 1, página 1"]".*

<sup>300</sup> Folio 270 del expediente del recurso de reconsideración.

<sup>301</sup> Folios 371 a 379 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción se encuentra en el folio 369 bajo los pies de página que tienen referencias a la Sección 1.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

• Behr también tomo medidas encaminadas al crecimiento internacional en 2012 al desarrollar un portafolio de productos distintamente a la medida de México. Al final de Marzo 29013, [sic] los productos Behr estarán disponibles en 90 tiendas Home Depot en México [el pie de página correspondiente señala: "Sección 1, página 2"]".

• Masco Corporation es una de los productores mundiales líder en productos de construcción y para mejora de hogar así como un proveedor líder de servicios que incluyen la instalación y aislamiento al igual que otros productos de construcción.

Desde el 31 de diciembre 2012, la compañía cuenta con 30,000 empleados y aproximadamente 70 plantas de producción.

*Productos Decorativos Arquitectónicos*

Ventas netas: \$1.8 billones 24% de las ventas totales netas. Somos el más grande proveedor de pintura arquitectónica y productos para el cuidado exterior de madera en el segmento de hágalo usted mismo de Canadá y Estados Unidos [el pie de página correspondiente señala: "Sección 1, página 4"]".

**3) Forma 10-K de Masco Corporation.<sup>302</sup> Respecto de ese documento, las recurrentes únicamente presentan la siguiente traducción:**

"[...]

• *Productos Decorativos Arquitectónicos: Producimos recubrimientos decorativos incluyendo pinturas, imprimaciones, productos de pintura especializados, colorantes y productos resistentes al agua. Los productos se venden en los Estados Unidos, Canadá, China, México y Sudamérica bajo las marcas BEHR® y KILZ® para clientes "hágalo usted mismo" y profesionales a través de centros de hogar, tiendas de pintura y otros minoristas. Las ventas netas de recubrimientos arquitectónicos comprendieron aproximadamente 20 por ciento de nuestras ventas netas consolidadas para los años 2012, 2011 Y 2010. Los competidores en el mercado de recubrimientos arquitectónicos incluyen marcas nacionales e internacionales tales y como Benjamin Moore, Glidden, olympic, [sic] SherwinWilliams, Valspar y Zinsser, así como varias otras marcas nacionales y regionales. En adición al precio, creemos que la competencia en esta industria se basa mayormente en la calidad del producto, tecnología e innovación de producto, servicio a clientes y reputación de marca. Durante el 2012, mejoramos nuestras formulaciones de pintura con pintura zero-VOC PREMIUM PLUS® y mayores propiedades de bloqueo de manchas en nuestras pinturas PREMIUM PLUS UL TRA® [el pie de página correspondiente señala: "Sección 2, página 6"]".*

**4) Presentación de MASCO relativa a ingresos.<sup>303</sup> Respecto de ese documento, las recurrentes únicamente presentan la siguiente traducción:**

"[...]

• *Aspectos Significativos Cuatrimestrales: Ventas conducidas por ventas fuertes de Behr Premium Ultra Plus, crecimiento de Behr Pro, expansión de Behr a México [el pie de página correspondiente señala: "Sección 4, página 12"]".*

<sup>302</sup> Folios 380 a 476 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción se encuentra en el folio 369 bajo el pie de página que tiene referencias a la Sección 2.

<sup>303</sup> Folios 480 a 506 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción se encuentra en los folios 369 y 370 bajo el pie de página que tiene referencias a la Sección 4.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

**5) Versión estenográfica de una conferencia supuestamente realizada por THE HOME DEPOT el seis de junio de dos mil doce.<sup>304</sup> Respecto de ese documento, las recurrentes únicamente presentan la siguiente traducción:**

"[...]"

- *Los mercados de Estados Unidos y Canadá se encuentra efectivamente saturados. Las únicas tiendas nuevas serán aquellas necesarias para ser destinadas a encargarse del cambio de oportunidades de crecimiento. Tendremos oportunidades continuas en México y China permanece siendo un trabajo progreso [sic] [el pie de página correspondiente señala: "Sección 6, página 3"]*".
- *Es probable que no promediamos más de 12 por año y la mayoría será en México [el pie de página correspondiente señala: "Sección 2, página 25"]*".

**6) Impresión de página web de BEHR México sobre la historia de la compañía.<sup>305</sup> Respecto de ese documento, las recurrentes únicamente presentan la siguiente traducción:**

*"TRADUCCIÓN DE PARTES RELEVANTES DE LOS DOCUMENTOS VARIOS DE MASCO, ADJUNTOS AL ANEXO 12.*

"[...]"

- *2009 - Behr Entra al Mercado Mexicano: En 2009, Behr entró al mercado mexicano con The Home Depot en los estados de Baja California, Baja California Sur y Nuevo León expandiéndose a 13 tiendas. Esta alusión inicial de México fue una oportunidad para entender si al consumidor local disfrutaba de la calidad de la pintura PREMIUM PLUS® como sus vecinos en Estados Unidos y Canadá.*

*2012 - Behr Expande su Huella en México con The Home Depot:*

*En 2012, Behr alcanzo otra meta al iniciar con una expansión masiva de originalmente 13 tiendas Home Depot hasta 100 a lo largo de México. Juntos en esta expansión, Behr introdujo dos nuevas líneas de pintura especialmente formuladas - Premium y Pro Advantage para juntarse con PREMIUM PLUS®, con esto provee una amplia gama de productos al consumidor mexicano [el pie de página correspondiente señala: "Sección 3, página 3"]*".

**7) Veinticinco impresiones de algunos productos de recubrimiento ofrecidos por THE HOME DEPOT identificados en su portal de Internet, en las cuales se observan imágenes de los productos y algunas de sus características, entre ellas el precio.<sup>306</sup>**

**8) Trece impresiones de algunos productos de recubrimiento ofrecidos por Lowe's identificados en su portal de Internet, en las cuales se observan imágenes de los productos y algunas de sus características, entre ellas el precio.<sup>307</sup>**

Por lo que hace a los documentos señalados en los incisos 1) a 5) anteriores, se trata de documentos privados que tienen el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC y, para probar los hechos que consignan, tendrían que estar adminiculados con algún otro medio de convicción; no obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en

<sup>304</sup> Folios 510 a 555 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción se encuentra en los folios 369 y 370 bajo el pie de página que tiene referencias a la Sección 6.

<sup>305</sup> Folios 477 a 479 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción se encuentra en el folio 370 bajo el pie de página que tiene referencias a la Sección 3.

<sup>306</sup> Folios 569 a 593 del expediente del recurso de reconsideración.

<sup>307</sup> Folios 556 a 568 del expediente del recurso de reconsideración.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

dichos documentos efectivamente es cierto; que esa información efectivamente pertenece a Masco o que las cifras y declaraciones que se señalan en el mismo se apeguen a la realidad.

En todo caso, de dichos documentos únicamente se desprenden cifras de las supuestas ventas globales de Masco y señalamientos respecto de su presencia a nivel mundial o la posición de las ventas de decorativos arquitectónicos en Canadá y Estados Unidos o a nivel global; el número de tiendas en las que supuestamente se vendería la marca BEHR en México o el hecho de que efectivamente vende en México o que hay una expansión de esa marca en el territorio nacional; el hecho de que tienen diversos competidores a nivel nacional e internacional; las mejoras que pudieran haber tenido en alguno de sus productos y señalamientos en abstracto sobre la posibilidad de crecer en el mercado mexicano. Ninguno de esos datos explica por sí mismo cómo es que las situaciones que se señalan podrían efectivamente considerarse como indicativas de una efectiva presión competitiva; no refieren a cuánto habría ascendido el crecimiento de la marca BEHR ni cuáles son sus participaciones de mercado o cómo cambiaron en el transcurso del tiempo que corrió desde su entrada a México a la fecha. Además, a pesar de la importancia que pudiera tener Masco a nivel Norteamérica, tuvo que utilizar la red de tiendas de THE HOME DEPOT para tener acceso al mercado mexicano, en tanto que no cuenta con una red de tiendas propia, lo cual únicamente refuerza la importancia de las redes de distribución para poder entrar al mercado, según se señaló en la RESOLUCIÓN.

Así, esos documentos no tienen el alcance ni el valor probatorio para considerar que existe una verdadera presión competitiva por parte de los competidores que se señalan y mucho menos para probar la ausencia de barreras a la entrada. En específico, dichos elementos no desvirtúan que COMEX tenga capacidad ociosa; que exista una red de distribución que complica la entrada o la expansión de competidores; que se requiera inversión en publicidad o que el reconocimiento de las marcas de COMEX y SW efectivamente complique la entrada al mercado de recubrimientos decorativos.

Por lo que hace a la información contenida en los documentos marcados con los incisos 6 a 8, corresponde a información de páginas de Internet a las cuales le son aplicables las reglas establecidas para valorar las pruebas documentales en términos de lo que dispone el CFPC<sup>308</sup> atendiendo también a lo que señalan los artículos 188 y 210 A del mismo Código.<sup>309</sup> Al tratarse de documentales que no

<sup>308</sup> En este aspecto, resulta aplicable, por analogía, la tesis XIX.2o.P.T.37 L del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, cuyo contenido es: "INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ÉSTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO. La información contenida en páginas de Internet constituye un adelanto científico que puede resultar útil como medio probatorio; sin embargo, su ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración no están regulados por la legislación laboral, como sucede en relación con las pruebas confesional, testimonial, pericial y documental; no obstante ello, doctrinalmente se ha considerado que la prueba de documentos comprende todo aquel instrumento mediante el cual se representan gráficamente hechos relevantes, susceptibles de perfeccionarse y apreciarse por los sentidos, por lo que si mediante la impresión de una página de Internet se reproduce la información en un documento que puede tener valor probatorio, debe concluirse que a la impresión de esa información, dada su naturaleza, le resultan aplicables las reglas sobre el ofrecimiento, admisión, desahogo, objeciones, alcance y valor probatorio establecidas por la Ley Federal del Trabajo para la prueba documental". [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Julio de 2011; Pág. 2051.

<sup>309</sup> Al respecto, resulta aplicable la tesis V.3o.10 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, misma que señala: "INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO. El artículo 188 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de lo previsto en el diverso artículo 2o. de este ordenamiento legal, dispone: "Para acreditar hechos o circunstancias en relación con el negocio que se ventila, pueden las partes presentar fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, toda clase de elementos aportados por los



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

proviene de una fuente oficial, debe considerarse que se trata de documentos privados y al provenir de Internet, debe considerarse que pueden, en su caso, tener un valor indiciario en términos de lo que dispone el artículo 197 del CFPC, pero en todo caso, su valor queda al arbitrio de quien resuelve precisamente como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en el expediente.<sup>310</sup> En este sentido, el artículo 210 A del CFPC establece que para valorar la fuerza probatoria de la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos se debe estimar la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir el contenido de la información y ser accesible para su ulterior consulta. Las recurrentes no ofrecieron algún elemento de convicción para considerar que esa información es efectivamente de BEHR, de Masco o de Lowe's. Tampoco ofrecieron alguna prueba para confirmar que esas páginas efectivamente pertenecen o son atribuibles a las empresas que comercializan los productos que señalan.

No obstante, por lo que hace a las páginas de Lowe's, al consultar las páginas de Internet <http://www.lowes.com.mx/products/index/categories:115>, <http://www.lowes.com.mx/products/index/categories:116>, <http://www.lowes.com.mx/products/view/1958>, se encontró información parcialmente coincidente con los documentos que presentaron las recurrentes.<sup>311</sup>

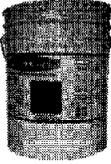
---

*descubrimientos de la ciencia."; asimismo, el diverso artículo 210-A, párrafo primero, de la legislación que se comenta, en lo conducente, reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnología; ahora bien, entre los medios de comunicación electrónicos se encuentra "internet", que constituye un sistema mundial de disseminación y obtención de información en diversos ámbitos y, dependiendo de esto último, puede determinarse el carácter oficial o extraoficial de la noticia que al efecto se recabe, y como constituye un adelanto de la ciencia, procede, en el aspecto normativo, otorgarle valor probatorio idóneo". [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Agosto de 2002; Pág. 1306*

<sup>310</sup> En este sentido, resulta aplicable por analogía la tesis V.3o.9 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo contenido es el siguiente: "*DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO. El Código de Comercio establece en sus artículos 1237, 1238 y 1297, respectivamente, cuáles son los instrumentos públicos, los privados y los simples; asimismo, en los diversos artículos 1277, 1279 y 1284 de la legislación en cita, refiere las presunciones humanas; ahora bien, de la interpretación armónica de los citados artículos se infiere que el documento que contiene información referente a las tasas de intereses recabadas de "internet", como medio de disseminación y obtención de información, el citado instrumento no constituye un documento público pues, además de no ser un documento original, no contiene sello o alguna otra característica que señale la ley para darle el carácter de público, ni tampoco puede considerarse como documento privado, porque no constituye un documento original, conforme lo requiere el artículo 1242 de la ley en consulta; en consecuencia, de ello se deduce que dicho instrumento sólo puede ser considerado como documento simple y, por tanto, innominado; de suerte que si éste es un medio de prueba reconocido por la ley y no se demostró que la información contenida en dicho documento sea incongruente con la realidad, de ello deriva que es apto para integrar la presuncional humana, con observancia, además, del artículo 1205, del Código de Comercio, que señala: "Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad."; de ahí que su valor quede al arbitrio del juzgador como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en autos". [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Agosto de 2002; Pág. 1279*

<sup>311</sup> Algunos de los precios no son los mismos que los que se exhiben en las documentales presentadas por las recurrentes.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

				
EGAL PINTURA PARA ALBERCA 19 LT	EGAL PINTURA PARA ALBERCA 4 LT	SELLADOR ACCESORIOS 3.7 L CRETOSIL	SELLADOR CARTERA 19L CRETOSIL	PINTURA VINIL-ACRILICA SUPREMA MATE
SKU: #100150436	SKU: #100150410	SKU: #780494	SKU: #779255	SKU: #100026751
<b>\$645.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$645.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$430.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$1,745.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$199.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido
				
PINTURA VINIL-ACRILICA SUPREMA PRO MATE	PINTURA ACRILICA MILLENNIUM MATE	PINTURA ACRILICA MILLENNIUM PLUS MATE	PINTURA ACRILICA MILLENNIUM ECOBEST MATE	OSEL PINTURA VINIL-ACRILICA SUPREMA MATE
SKU: #100027180	SKU: #100035831	SKU: #100030459	SKU: #100032384	SKU: #100029561
<b>\$235.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$259.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$1,329.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$1,779.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$629.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido
				
PINTURA VINIL-ACRILICA SUPREMA PRO MATE	PINTURA ACRILICA MILLENNIUM MATE	VAL SPAR PINTURA DURAMAX ELASTOMÉTRICA	VAL SPAR PINTURA DURAMAX	
SKU: #100029927	SKU: #100029601	SKU: #100021854	SKU: #100021032	
<b>\$709.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$799.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$2,339.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	<b>\$2,299.00</b> Precio en M.N. IVA Incluido	

En este aspecto, dado que se trata de una oferta de pinturas, que es exigible en términos de lo que señalan los artículos 32, 37, 42, 46, fracción I, 58, fracción II y 50 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, misma que regula las relaciones de consumo en nuestro país y tomando en consideración que las páginas que se analizan expresamente señalan "LOWE'S DE MÉXICO, SA DE CV © Todos los derechos reservados. 2013" y que tanto la marca como el logotipo que aparece en dicha página de Internet efectivamente están registrados ante el IMPI,<sup>312</sup> a nombre de la empresa LF, LLC, con sede en Wilmington, De, Estados Unidos de América, lo cual constituye un hecho notorio para esta autoridad, se considera que para el caso está confirmado que en dichas tiendas se ofertan esos productos.<sup>313</sup>

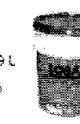
<sup>312</sup> [http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/controler/ExpedienteDespliega/\\_expediente/Rh%7CsNuENEBpRRRqeG7girQw==](http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/controler/ExpedienteDespliega/_expediente/Rh%7CsNuENEBpRRRqeG7girQw==)

<sup>313</sup> Además, ello se confirma al utilizar la información de Network Information Center México (NIC México). NIC México es la organización encargada de la administración del nombre de dominio territorial (Country Code Top-Level Domain o ccTLD por sus siglas en inglés).MX, el código de dos letras asignado a cada país según el ISO 3166, que es un estándar que codifica los nombres de países y áreas dependientes y sus principales subdivisiones publicado por la Organización Internacional para



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Por lo que hace a las páginas de "THE HOME DEPOT" se advierte que las mismas se refieren a "Monterrey". Al consultar dicha página (<http://www.homedepot.com.mx/webapp/wcs/stores/servlet/HomeView?storeId=10751>) en el vínculo de Monterrey, se desprende información sobre los mismos productos referidos por las recurrentes,<sup>314</sup> a saber:

 <p><b>BEREL</b> <b>\$445</b> <b>PINTURA 100 ACRYL 4 L</b> 100% acrílica. Acabado semi-brillante. Para interiores: exterior. Capacidad: 4 L. (788177)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$325</b> <b>PINTURA BERELEX SUPER SATIN 4 L</b> Color blanco. Paredes y techos. Resistencia a la contaminación. Acabado semi-brillante. Capacidad: 4 L. (788178)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$505</b> <b>PINTURA DE ALBERCA 4 L</b> Color blanco. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 4 L. (788179)</p>	 <p><b>BEHR</b> <b>\$319</b> <b>PINTURA PREMIUM EXTERIOR MATE 4 L</b> Resistencia a la contaminación. Acabado mate. Capacidad: 4 L. (204436)</p>
 <p><b>BEREL</b> <b>\$1735</b> <b>PINTURA DE TRÁNSITO 19 L</b> Color blanco. 19 L. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (892190)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$415</b> <b>PINTURA DE TRÁNSITO 4 L</b> Color blanco. 4 L. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 4 L. (885112)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$105</b> <b>PINTURA FONDO NOXID 1 L</b> Resistencia a la contaminación. Capacidad: 1 L. (821771)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$345</b> <b>PINTURA SEMIGLOSS 4 L</b> Acabado semibrillante. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 4 L. (812474)</p>
 <p><b>H &amp; C</b> <b>\$405</b> <b>PINTURA PARA CONCRETO</b> Para uso exterior. Color que queda. 4 L. (840566)</p>	 <p><b>H &amp; C</b> <b>\$605</b> <b>AFORS</b> <b>\$455</b> <b>PINTURA PARA PISO DE CONCRETO</b> Color que queda. 19 L. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (844540)</p>	 <p><b>BEHR</b> <b>\$1429</b> <b>PINTURA PREMIUM 19 L</b> Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (215571)</p>	 <p><b>LOBA</b> <b>\$379</b> <b>PASTA TEXTURIZADA BASICO 1000</b> Color blanco. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 1000 g. (821864)</p>
 <p><b>LOBA</b> <b>\$399</b> <b>PASTA TEXTURIZADA SELECTO 500</b> Color blanco. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 500 g. (828733)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$1189</b> <b>PINTURA BERELEX 19 L</b> Color blanco. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (751749)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$899</b> <b>PINTURA BERELINTE 19 L</b> Color blanco. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (751750)</p>	 <p><b>BEREL</b> <b>\$689</b> <b>PINTURA KALOS TONE 19 L</b> Color blanco. Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (752204)</p>
 <p><b>BEHR</b> <b>\$1349</b> <b>PINTURA PREMIUM 19 L</b> Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (206563)</p>	 <p><b>BEHR</b> <b>\$315</b> <b>PINTURA PREMIUM INTERIOR MATE</b> Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 4 L. (201940)</p>	 <p><b>BEHR</b> <b>\$1419</b> <b>PINTURA PREMIUM INTERIOR SATINADO 19 L</b> Acabado satinado. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (201938)</p>	 <p><b>BEHR</b> <b>\$1849</b> <b>PINTURA PREMIUM PLUS 19 L</b> Acabado mate. Resistencia a la contaminación. Capacidad: 19 L. (427344)</p>

la Normalización de la cual México forma parte.<sup>313</sup> Entre las funciones de NIC México están el proveer los servicios de información y registro para .MX así como la asignación de direcciones de IP (Protocolo de Internet) y el mantenimiento de las bases de datos respectivas a cada recurso. Al analizar el caso del sitio lowes.com.mx se tienen los siguientes resultados: **Información relevante:** Registrante: Nombre: LF, LLC --- Ciudad: Wilmington --- Estado: Delaware --- País: United States --- **Name Servers:** --- **DNS:** auth00.ns.uu.net --- **DNS:** auth100.ns.uu.net. Como puede verse, se confirma que el dominio de Internet citado efectivamente corresponde y está registrado a nombre de quien tiene también la titularidad de la marca de Lowe's.

<sup>314</sup> En la mayoría de los casos, los precios de esos productos son iguales a los que aparecen en los documentos presentados por las recurrentes.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013



En este aspecto, dado que se trata de una oferta de pinturas, que es exigible en términos de lo que señalan los artículos 32, 37, 42, 46, fracción I, 58, fracción II y 50 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, misma que regula las relaciones de consumo en nuestro país, tomando en consideración que las páginas que se analizan expresamente señalan “© 2013 Homer TLC, Inc. Todos los derechos reservados. El uso de este sitio está sujeto a ciertos términos de uso que requieren un acuerdo legal entre Usted y The Home Depot México, S. de R.L. de C.V.” y que tanto la marca como el logotipo que aparece en dicha página de Internet efectivamente están registrados ante el IMPI,<sup>315</sup> lo cual constituye un hecho notorio para esta autoridad, se concluye que para el caso está confirmado que en dichas tiendas se ofertan esos productos.<sup>316</sup>

No obstante, la sola presencia de esa oferta no es suficiente para demostrar la presión competitiva que pudieran ejercer esas marcas o la ausencia de barreras a la entrada al mercado de recubrimientos. Las recurrentes no señalan cuánto es el volumen de ventas o la participación de mercado de esas marcas y en esos canales de distribución. No demuestran que efectivamente las marcas señaladas tengan un reconocimiento como el de las marcas de COMEX y de SW. Tampoco explican cómo es que las cerca de 100 tiendas de Home Store y las 5 o 6 tiendas de Lowe’s efectivamente generan una presión con respecto a las más de tres mil tiendas que utiliza COMEX para distribuir sus productos en forma

Finalmente, por lo que hace a la impresión de página web de BEHR México sobre la historia de la compañía, al consultar la página de Internet <http://www.behrpaint.com.mx/mexico/v/index.jsp?vgnextoid=f959bf241f3b1210VgnVCM100000647964c7RCRD> se advierte que existe, de hecho, la información en español que presentaron en inglés las recurrentes. En este aspecto, la traducción que presentaron coincide sustancialmente con dicha página,<sup>317</sup> misma que expresamente señala: “Copyright © 2013 Behr Process Corporation, Una

<sup>315</sup> [http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/controler/ExpedienteDespliega/\\_expediente/DFoRMAe4mG16r3S7YMchXw==](http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/controler/ExpedienteDespliega/_expediente/DFoRMAe4mG16r3S7YMchXw==)

<sup>316</sup> Asimismo, ello se confirma al consultar NIC México, pues se tienen los siguientes resultados respecto del sitio [homedepot.com.mx](http://homedepot.com.mx): **Información relevante:** --- Registrante: --- Nombre: Homer TLC, Inc. --- Ciudad: Atlanta --- Estado: Georgia --- País: United States --- **Name Servers:** --- DNS: ns2.homedepot.com --- DNS: ns3.homedepot.com --- DNS: ns4.homedepot.com --- DNS: ns5.homedepot.com.

<sup>317</sup> En la página señalada se advierte: “2009 - Behr entra al mercado mexicano.--- En 2009, Behr entró al mercado mexicano con The Home Depot en los estados de Baja California y Monterrey, alcanzando presencia en 13 tiendas. Esta incursión inicial en México fue una oportunidad para saber si al consumidor local le gustaba la calidad de la PREMIUM PLUS® tanto como a sus vecinos estadounidenses. [...] 2012 - Behr expande su presencia en México con su The Home Depot --- En 2012 Behr logró otro hito al comenzar una expansión masiva y pasar de estar en 13 a más de 100 tiendas en todo México gracias a The Home Depot. Junto con esta expansión minorista, Behr introdujo al mercado dos nuevas líneas de pintura especialmente



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

empresa Masco” y, al igual que en los casos anteriores, la marca BEHR se encuentra registrada ante el IMPI,<sup>318</sup> lo cual es un hecho notorio para esta autoridad.<sup>319</sup>

De esta forma, se puede considerar, aplicando prudentemente el artículo 197 del CFPC que efectivamente esa página de Internet es atribuible al titular de la marca BEHR. No obstante, ese hecho no es suficiente, por sí mismo, para acreditar la veracidad de lo que afirma dicha página. En todo caso, la propia RESOLUCIÓN señala que a partir de dos mil doce se comenzó a vender la marca BEHR en las tiendas de Home Depot; es decir, la venta de los productos de BEHR a través de las tiendas de THE HOME DEPOT es un hecho reconocido por la RESOLUCIÓN.

En este sentido, dicha información no es susceptible de acreditar, por sí misma, la supuesta presión competitiva que alegan las recurrentes. Si bien se habla de la venta a través de THE HOME DEPOT, una vez más las recurrentes omiten expresar datos que efectivamente demuestren que esas marcas pueden disciplinar la capacidad de fijar precios o de restringir la oferta por parte de COMEX. Asimismo, la mera existencia de esos señalamientos no es suficiente para desvirtuar las barreras a la entrada consideradas en la RESOLUCIÓN, como el hecho de que COMEX y SW podrían tener un portafolio de marcas que difícilmente podría ser igualado por otro competidor (lo cual implica el correspondiente gasto en publicidad y el reconocimiento de marcas que tiene ante el consumidor mexicano) y el hecho de que COMEX tiene capacidad ociosa, por lo que podría bajar sus precios ante un nuevo entrante o un competidor que pretendiera expandirse; tampoco es susceptible de demostrar que THE HOME DEPOT, con sus cien tiendas, efectivamente puede considerarse como un competidor viable ante la red de distribución que de forma conjunta tendrían COMEX y SW.

En todo caso, la marca BEHR es un ejemplo del uso del canal de distribución de una empresa ya establecida en México para entrar al mercado, lo cual únicamente confirma la importancia que tienen las redes de distribución para poder entrar al mercado. El caso de BEHR no implica la inexistencia de barreras a la entrada, pues éstas siguen existiendo en tanto que es necesario desarrollar esas redes.

#### Anexo 17.

**Las recurrentes ofrecieron como prueba la impresión de la nota de fecha tres de abril de dos mil trece denominada “UNIDOS CON BEHR PARA OFRECER PINTURA DE ALTA GAMA EN MÉXICO” contenida en la página de Internet THE HOME DEPOT sección Noticias. SW y AVISEP señalan que esta prueba deriva de medios electrónicos (Internet) y consideran que su contenido es atribuible a THE HOME DEPOT MÉXICO por constar en su página web. Los oferentes pretenden acreditar: (i) la entrada de BEHR al mercado mexicano a través THE HOME DEPOT; (ii) la inexistencia de barreras de entrada para la venta de pinturas en México, así como el hecho de que el mercado es disputable, (iii) la posibilidad de importaciones de recubrimientos decorativos en el mercado mexicano, y (iv) que el reconocimiento de marca no es un factor determinante de la decisión de compra del consumidor. El documento indicado señala:**

---

*formuladas: la Premium y la Pro-Advantage, para unir las a la PREMIUM PLUS® y así proporcionar una amplia gama de productos para el consumidor mexicano.*

<sup>318</sup>

[http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/controler/ExpedienteDespliega/\\_expediente/Rh%7CsNuENEBR%7CnKpnUL+WOG==](http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/controler/ExpedienteDespliega/_expediente/Rh%7CsNuENEBR%7CnKpnUL+WOG==)

<sup>319</sup> A través de NIC México, se obtienen los siguientes resultados respecto del sitio behrpait.com.mx: Información relevante: -  
-- Registrante: --- Nombre: Behr Process Corporation --- Ciudad: Santa Ana --- Estado: California --- País: United States ---  
Name Servers: --- DNS: ns1.behr.com --- DNS: ns2.behr.com.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

*"México D.F., 03 de abril de 2013. The Home Depot, la tienda de mejoras para el hogar número uno en México, anuncia la distribución en exclusiva de la marca de pinturas Behr en prácticamente todas sus tiendas del territorio nacional, ofreciendo a sus clientes una marca de pinturas con más de 50 años de experiencia y consolidada como líder mundial en términos de calidad, innovación, valor y rendimiento.*

*Bajo la premisa "experimenta el placer de pintar", Behr ocupará amplias áreas de exhibición en las tiendas The Home Depot, espacio en el que presentará sus fichas de colores, folletos y material de especialidad, además del sistema interactivo digital Color Smart, el cual facilita la elección del color de forma sistemática y rápida, permitiendo a los clientes combinar y coordinar los colores, visualizando el aspecto final de cualquier tipo de habitación sin tener que pintarla realmente, funcionalidad que destaca entre las muchas otras que posee el sistema.*

*"A todos aquellos interesados en buscar la mejor calidad de pintura en México, durable y con gran variedad de colores, nos entusiasma profundamente presentarles Behr, la marca de pinturas de clase mundial que cuenta con la más amplia gama de colores en el país. La unión con Behr y su distribución en nuestras tiendas, representa para The Home Depot, el resultado de nuestra búsqueda constante por ofrecer las mejores marcas y productos a nuestros clientes", señaló Erika Díaz, Directora de Mercadotecnia y Relaciones Públicas de The Home Depot México.*

*Behr introduce al mercado mexicano 3 líneas de producto para las diferentes necesidades del consumidor: Premium Plus, la pintura con la más amplia gama de acabados y durabilidad / lavabilidad; Premium, una vasta selección de colores en acabados mate, satinado; y Pro-Advantage, pintura que ofrece cerca de 400 colores en un formato híbrido (interior / exterior) de alta calidad, permitiendo a los consumidores usar una pintura de alto estándar a un precio más accesible. Todas las gamas de productos Behr se distinguen por una inigualable durabilidad y calidad.*

*Al igual que The Home Depot, Behr se preocupa por la seguridad y la calidad de sus productos, por lo que sus pinturas son plenamente amigables con el medio ambiente; están certificadas por el Instituto Greenguard, una organización independiente que tiene como objetivo proteger la salud y la calidad de vida de las personas, mediante la mejora de la calidad del aire y reduciendo la exposición a productos químicos. Esto significa que las pinturas Behr están diseñadas para usarse de manera segura en ambientes interiores, tales como escuelas y guarderías, donde los niños pasan periodos prolongados de tiempo.*

*La vinculación entre The Home Depot y Behr permitirá a los clientes encontrar en sus productos belleza, calidad, durabilidad y seguridad, características que The Home Depot busca persistentemente en sus proveedores. Manteniéndose a la vanguardia y ofreciendo una vez más los mejores productos, de las mejores marcas y a los mejores precios, The Home Depot es el distribuidor oficial de Behr en México".*

Una vez más, las recurrentes ofrecen información de Internet. En este caso, ofrecieron como prueba, además, la inspección de páginas web en términos de lo dispuesto por 50 del RLFCE, misma que fue desahogada el veintiséis de agosto de dos mil trece<sup>320</sup> y se considera no idónea para determinar la autoría o propiedad del dominio correspondiente, sino únicamente para demostrar que efectivamente en la dirección electrónica proporcionada aparece la información señalada.

Con independencia de lo anterior, conforme a lo señalado, existe evidencia que permite suponer que el dominio <http://www.homedepot.com.mx/> corresponde precisamente a THE HOME DEPOT. Por tanto, se

<sup>320</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

considera que el contenido de ese comunicado es atribuible a dicha empresa y se considera que queda acreditado que efectivamente se dio esa comunicación, aunque ello no es susceptible de acreditar, por sí mismo, que es cierto lo que señala esa comunicación.

En todo caso, lo único que señala dicho comunicado es precisamente que BEHR tiene una relación con THE HOME DEPOT mediante la cual ésta ofrece pinturas de la marca de aquélla en todas sus tiendas.

En este aspecto, respecto de este elemento de convicción y de los documentos del Anexo 12 y que se refieren a la venta de la marca BEHR en THE HOME DEPOT, se advierte que la propia RESOLUCIÓN en sus páginas 107 y 108 señaló lo siguiente:

*"7.2.8. Entrada de nuevos competidores.*

*"De acuerdo con la información proporcionada por los promoventes, la entrada más relevante al mercado de los recubrimientos durante los últimos años ha sido en el mercado de los recubrimientos decorativos mediante la entrada de las pinturas marcas Behr en Home Depot.*

*A nivel mundial Home Depot tiene dos mil doscientas cincuenta y seis tiendas, de las cuales ciento una se encuentran en México a lo largo de las treinta y dos entidades federativas cubriendo prácticamente todo el territorio nacional.*

*Como ya se mencionó, Home Depot hasta diciembre de dos mil doce comercializó la marca Dutch Boy de SW, pero a partir de enero de dos mil trece comenzó a comercializar en sustitución de las pinturas de SW pinturas de la marca Behr fabricada por Masco Corp. en los Estados Unidos de América.*

*Al respecto, considerando la evolución de los precios de recubrimientos decorativos (en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación), así como los importantes márgenes obtenidos por Comex, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado".*

Como se advierte de dicha transcripción, la propia RESOLUCIÓN reconoce que BEHR es una marca de Masco que entró al mercado mexicano, al menos desde enero de dos mil trece y que se vende en cerca de cien tiendas en México. Sin embargo, la RESOLUCIÓN señaló con claridad que la evolución de los precios de recubrimientos decorativos y los márgenes de COMEX impedían considerar que efectivamente dicho competidor pudiera generar una disciplina competitiva en el mercado. Los elementos presentados por las recurrentes no desvirtúan ese señalamiento, pues únicamente insisten en que existe presión competitiva y que no existen barreras a la entrada, pero no explican con esas pruebas los elementos que permiten considerar que la entrada de Home Depot es insuficiente para cambiar la conclusión de la RESOLUCIÓN, tomando en consideración que existen barreras a la entrada señaladas en la RESOLUCIÓN (la capacidad ociosa de COMEX, el reconocimiento de las marcas de COMEX y SW derivado de una importante inversión en publicidad o una red de distribución difícilmente replicable).

La entrada de BEHR en México a través de THE HOME DEPOT le evito los costos de desarrollar su propia red de distribución y le permitió hacer uso del reconocimiento de la marca "The Home Depot" en su beneficio. Por tanto, las barreras siguen existiendo simplemente que Masco las eludió mediante su asociación con THE HOME DEPOT.

En todo caso, las indicaciones sobre la historia de la marca BEHR y la asociación comercial con Home Depot así como que supuestamente existió una expansión y un crecimiento de BEHR no señalan en qué porcentaje o monto ha crecido o se ha expandido la marca en México y no permite determinar la

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

inexistencia de barreras a la entrada en el mercado de recubrimientos decorativos o que el mercado es, como señalan las recurrentes, abiertamente disputable.

Finalmente, además de lo indicado, respecto del Anexo 17, debe señalarse lo siguiente:

Por lo que hace a la posibilidad de importaciones de recubrimientos decorativos, la página 50 de la RESOLUCIÓN señala efectivamente que existe un porcentaje de los recubrimientos decorativos en México que se abastece a través de importaciones; sin embargo, dicho porcentaje representa entre el [redacted] \* por lo cual es posible determinar que la definición del mercado es nacional en tanto que las importaciones representan un porcentaje menor del consumo. Así, el hecho que pretenden probar las recurrentes se reconoce en la RESOLUCIÓN.

Por otro lado, no se advierte en qué sentido lo que señala dicho Anexo 17 efectivamente demuestra que el reconocimiento de marca no es un factor determinante de la decisión de compra del consumidor. De hecho, lo que señala ese elemento es precisamente lo contrario, pues se realizan menciones que no hacen sino confirmar que la marca es importante para la comercialización del producto; de hecho, ese elemento indica con toda claridad que “nos entusiasma profundamente presentarles Behr, la marca de pinturas de clase mundial que cuenta con la más amplia gama de colores en el país. La unión con Behr y su distribución en nuestras tiendas, representa para The Home Depot, el resultado de nuestra búsqueda constante por ofrecer las mejores marcas y productos a nuestros clientes”, señaló Erika Díaz, Directora de Mercadotecnia y Relaciones Públicas de The Home Depot México” y que se introducen tres líneas de producto que “se distinguen por una inigualable durabilidad y calidad” y que “La vinculación entre The Home Depot y Behr permitirá a los clientes encontrar en sus productos belleza, calidad, durabilidad y seguridad [...] Manteniéndose a la vanguardia y ofreciendo una vez más los mejores productos, de las mejores marcas y a los mejores precios, The Home Depot es el distribuidor oficial de Behr en México”.

**Anexo 21.**

Las recurrentes ofrecieron como prueba la impresión de la página de Internet de PPG Industries en la que, a su entender, señala su participación en el negocio de recubrimientos decorativos. SW y AVISEP indican que esta prueba deriva de medios electrónicos (Internet) y consideran que su contenido es atribuible a PPG Industries pues, en su opinión, constituye información divulgada en su página de Internet. Los oferentes pretenden acreditar la participación de PPG Industries en el mercado de recubrimientos decorativos a través de la marca Olympic que, según los promoventes, comercializa en las tiendas Lowe's en México.

Respecto de esa información, las recurrentes únicamente acompañaron la siguiente traducción:

*“Acerca de PPG Industries*

*Nuestros Negocios: Recubrimientos de alto rendimiento*

*(...)*

*Recubrimientos Decorativos América y Asia-Pacífico: Con las marcas Pinturas Pittsburgh, Olympic, PPG Porter, Monarch, y Lucite, esta unidad produce pinturas, tintas y recubrimientos especiales para los mercados comercial, de mantenimiento y residencial”*

**Anexo 23.**



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Las recurrentes ofrecieron como prueba la impresión de la página de Internet de Ace<sup>321</sup> en la que supuestamente señala su participación en México por conducto de minoristas. SW y AVISEP señalan que esta prueba deriva de medios electrónicos (Internet) y consideran que su contenido es atribuible a Ace pues, en su opinión, constituye información divulgada en su página de Internet. SW y AVISEP pretenden acreditar la venta de productos de Ace Hardware Paint en México.

La traducción que acompañaron señala:

*"Ace International.*

*La división "Ace International" se estableció en 1975 para asistir a los minoristas internacionales en el funcionamiento y operación de ferreterías alrededor del mundo. Este departamento actualmente asiste a más de 500 tiendas minoristas en 70 países. Las principales regiones en las que "Ace International" hace negocios incluyen el Caribe, Medio Oriente, Costas del Océano Pacífico, México, Centro, Sudamérica y Canadá. Este departamento proporciona asistencia para la venta a minoristas internacionales así como para la proveeduría de productos procedentes de Estados Unidos y Asia..."*

**Anexo 24.**

Las recurrentes ofrecieron como prueba la impresión de la página de Internet de Dunn Edwards Paints<sup>322</sup> en la que señala la comercialización de sus productos en México. SW y AVISEP señalan que esta prueba deriva de medios electrónicos (Internet) y consideran que su contenido es atribuible a Dunn Edwards Paints pues, en su opinión, constituye información divulgada en su página de Internet. SW y AVISEP pretenden acreditar la venta de productos de en las ciudades fronterizas de México (por ejemplo Tijuana).

La traducción de ese elemento que fue presentada por las recurrentes, señala:

*"Los distribuidores Dunn Edwards comercializan una amplia gama de pinturas Dunn-Edwards y productos suplementarios en varios mercados alrededor del mundo. Si usted no tiene una tienda Dunn-Edwards cerca, cualquiera de nuestros distribuidores puede ser una gran fuente de productos Dunn-Edwards. Todos los distribuidores Dunn-Edwards reciben la misma capacitación conferida a los empleados de nuestras tiendas [...posteriormente aparecen cuatro direcciones de México que se encuentran en Tijuana, Agua Prieta, Nogales y Magdalena de Kino, Sonora]"*

La información referida corresponde a páginas de Internet a las cuales les son aplicables las reglas establecidas para valorar las pruebas documentales en términos de lo que dispone el CFPC<sup>323</sup> atendiendo también a lo que señalan los artículos 188 y 210 A del mismo Código.<sup>324</sup> Al tratarse de documentales que no provienen de una fuente oficial, debe considerarse que se trata de documentos privados y al provenir de Internet, debe considerarse que pueden, en su caso, tener un valor indiciario

<sup>321</sup> Folio 742 del expediente del recurso de reconsideración.

<sup>322</sup> Folio 749 del expediente del recurso de reconsideración.

<sup>323</sup> En este aspecto, resulta aplicable, por analogía, la tesis XIX.2o.P.T.37 L del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, cuyo rubro es: "INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ÉSTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO" y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>324</sup> Al respecto, resulta aplicable la tesis V.3o.10 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO", misma que ha sido citada con anterioridad.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

en términos de lo que dispone el artículo 197 del CFPC, pero en todo caso, su valor queda al arbitrio de quien resuelve precisamente como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en el expediente.<sup>325</sup>

Las recurrentes no ofrecieron algún elemento de convicción idóneo para considerar que esa información es efectivamente de PPG Industries, ACE o Dunn-Edwards. Tampoco ofrecieron alguna prueba idónea para confirmar que esas páginas efectivamente pertenecen o son atribuibles a quienes señalan las recurrentes. En este aspecto, las recurrentes ofrecieron como prueba, además, la inspección de páginas web en términos de lo dispuesto por 50 del RLFCE, respecto de esas páginas, misma que fue desahogada el veintiséis de agosto de dos mil trece;<sup>326</sup> no obstante, como se ha indicado, dicha prueba no puede determinar si un dominio o página de Internet pertenece a alguna determinada persona.

En este sentido, el artículo 210 A del CFPC establece que para valorar la fuerza probatoria de la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos se debe estimar la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir el contenido de la información y ser accesible para su ulterior consulta. Las recurrentes no ofrecieron algún medio de prueba para atribuir el contenido de esa información a alguna persona específica. En esos casos, no existe una oferta concreta que vincule a esos proveedores ni un registro del dominio en territorio nacional que permita inferir que efectivamente se trata de sus sitios de Internet.

Con independencia de lo anterior, para el caso de PPG, esa información parece referirse únicamente a datos a nivel internacional. Únicamente señala que existe una oferta pero no existe una referencia directa al mercado mexicano. Así, dicho elemento no es susceptible de acreditar, por sí mismo, la participación de PPG Industries en el mercado de recubrimientos decorativos a través de la marca Olympic que, según los promoventes, comercializa en las tiendas Lowe's en México<sup>327</sup> y mucho menos que efectivamente la presencia de esa marca genere una presión competitiva efectiva en el mercado.

Por lo que hace a ACE, únicamente señala que hace negocios en México, pero no señala cuáles de sus tiendas minoristas (que por lo demás están, según esa página, en 70 países) se encuentran en México. Además, dicha página tampoco señala que vendan recubrimientos decorativos. Asimismo, respecto de Dunn-Edwards, únicamente se señalan las direcciones de cuatro supuestos distribuidores en México, sin indicar algún dato adicional y, aún más importante, sin señalar que se trate de recubrimientos decorativos.

En los tres casos, dicha información no refiere cuál sería la presencia de esas marcas o empresas en México; no establecen alguna información que permitiera determinar su participación en el mercado o la capacidad para disciplinarlo evitando un ejercicio unilateral por parte de algún agente económico

<sup>325</sup> En este sentido, resulta aplicable por analogía la tesis V.3o.9 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "*DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO*" y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>326</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898 del EXPEDIENTE.

<sup>327</sup> A pesar de que las recurrentes no señalaron algún elemento para confirmar ese elemento, al consultar la página de Lowe's a que se ha hecho referencia <http://www.lowes.com.mx/products/index/brand:322> se advierte que efectivamente en esa tienda se venden productos de la marca Olympic.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
**Recurso de reconsideración**  
**Expediente RA-027-2013**

para fijar precios o restringir el abasto. No señalan datos que permitan comparar sus redes de distribución con las de COMEX y SW ni su capacidad de producción; tampoco las recurrentes señalan cuál sería el reconocimiento de marcas que pudiera ser comparable con el de sus propias marcas.

En todo caso, la RESOLUCIÓN reconoce que hay muchos competidores en el mercado (más de cuarenta), y la sola mención respecto a que existen competidores en México o en el extranjero (sin especificar si se trata de competidores respecto de los recubrimientos decorativos) no es susceptible de desvirtuar la existencia de barreras a la entrada que pueden impedir no sólo la entrada de nuevos competidores, sino la expansión de los ya existentes.

**Anexo 22.**

Las recurrentes ofrecieron como prueba la que denominaron "*Información pública disponible respecto de Lowe's en recubrimientos decorativos y sus planes de expansión en México*". SW y AVISEP pretenden acreditar los planes de expansión de Lowe's en el mercado mexicano, y por ende, la penetración de las marcas Valspar y Grace.

Entre ese anexo existían varios documentos, entre los cuales está el titulado "*LOWE'S CORPORATION*" en inglés y su traducción al español. Dicho documento contiene varias afirmaciones y no está suscrito ni tiene algún logotipo. Conforme a la traducción de las partes relevantes de dicho documento presentada por las recurrentes<sup>328</sup> se señala:

*"LOWE'S CORPORATION*

*("Lowe's")*

*Lowe's es el segundo minorista más grande en productos para mejoras del hogar. [El pie de página correspondiente señala: "Ver "About Lowe's Company Overview" en la página en línea de Lowe's, la cual se incluye como Anexo 1."]. Lowe's opera más de un 1,750 tiendas en los Estados Unidos, Canadá y México. [El pie de página correspondiente señala: "Id."]. Lowe's tuvo ventas en la cantidad de \$50.5 Billones de dólares en el 2012 y cuenta con más de 245,000 empleados. [El pie de página correspondiente señala: "Id."]. Las oficinas principales de Lowe's se encuentran ubicadas en Mooresville, Carolina del Norte y cotiza en la Bolsa de Valores de Nueva York bajo la clave de pizarra LOW. [El pie de página correspondiente señala: "Id."]*

*Como parte del "Resumen Estratégico" de Lowe's incluido en la página de Relaciones con Inversionistas de la página en línea de Lowe's, enfatizan en lo atractivo del mercado de vivienda mexicano. [El pie de página correspondiente señala: "Ver Resumen Estratégico de la sección de Materiales para Inversionistas de la página en línea de Lowe's, el cual se incluye como Anexo 2"] Un "aliciente fundamental" es que Lowe's ha continuado evaluando oportunidades en mercados internacionales. [El pie de página correspondiente señala: "Id en página 3"] Concretamente, Lowe's cree que existen oportunidades significantes de expansión en México dado el hecho que México representa un mercado de mejoras para el hogar de \$25 billones de dólares con más de un 70% de propiedad sobre hogares. [El pie de página correspondiente señala: "Id en página 11"] En diciembre 2012, el Presidente Ejecutivo del Lowe's reiteró que existe una "oportunidad significativa de expansión" para Lowe's en México, [El pie de página correspondiente señala: "Ver materiales de presentación de Robert Niblock, Presidente Ejecutivo y Director General de la Conferencia de Inversionistas y Analistas 2012 del 5 de diciembre, 2012, Página 11, la cual se incluye como Anexo 3"] lo cual se acredita con recientes esfuerzos.*

<sup>328</sup> Folios 686 y 687 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción se encuentra en los folios 688 y 689.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*Lowe's recientemente entro a México en el 2010. [El pie de página correspondiente señala: "Ver nota de prensa de Lowe's publicada el 7 de marzo de 2013 de la página de línea de Lowe's, la cual se incluye como Anexo 5"] Aun así, Lowe's cuanto con seis tiendas abiertas en México. Las tiendas Lowe's en México se encuentran ubicadas en Saltillo, Hermosillo, Culiacán, Monterrey, Escobedo y Guadalupe. [El pie de página correspondiente señala: "Ver ubicación de tiendas Lowe's en México de la página en línea de Lowe's, la cual se incluye como Anexo 5"] En ocasiones anteriores, Lowe's ha demostrado su habilidad para expandirse rápidamente. Lowe's abrió por lo menos 115 tiendas en los Estados Unidos cada año desde 2003 hasta 2007. [El pie de página correspondiente señala: "Ver varias páginas de los reportes anuales Lowe's 2003-2007 que muestran tonto de tiendas, adjunto al presente como Anexo 6"] La infraestructura corporativa de Lowe's se encuentra diseñada para abrir más de 100 tiendas por año. [El pie de página correspondiente señala: "Ver materiales de presentación de Robert Niblock, Presidente Ejecutivo y Director General de la Conferencia de Inversionistas y Analistas 2012 del 5 de diciembre, 2012, Página 7, la cual se incluye como Anexo 3"]*

*Lowe's se encuentra muy enfocada en venta de pinturas, tal y como se acredita por la promoción Valspar estando hasta arriba de la página en línea de Lowe's el 25 de Julio de 2013. [El pie de página correspondiente señala: "Ver impresión de la página de internet de Lowe's del 25 de julio de 2013, la cual se incluye como Anexo 7"] Este enfoque ha resultado en Lowe's, conjuntamente con Home Depot siendo sumamente exitosos en generando ventas de pinturas. La diapositiva de Canal de Participación incluida en la porción de Relaciones con Inversionistas de la página en línea identifica a los Centros de Materiales de Construcción y para el Hogar (como Home Depot y Lowe's) con una participación del 44% en el mercado de pinturas en los Estados Unidos. [El pie de página correspondiente señala: "Ver materiales"].*

*La relación cercan de Lowe's con Valspar se expandió recientemente en abril de 2013 con el lanzamiento del Programa de Pinturas Pro Valspar, el cual fue diseñado para satisfacer las necesidades de pintores profesionales. [El pie de página correspondiente señala: "Ver nota de prensa de Valspar publicada el 14 de abril, 2014, la cual se incluye como Anexo 9"]]. El Vicepresidente Senior de Global Consumer, Howard Heckes, describió la forma en la que este programa está enfocado a ayudar a Lowe's y Valspar competir con tiendas de pinturas como Sherwin-Williams. El Sr. Heckes mencionó:*

*"Creemos que este programa en Lowe's proporciona una alternativa persuasiva para tiendas autónomas/independientes de pinturas al proveer productos de pintura de calidad profesional a un precio bajo diario con el [sic] la conveniencia agregada/valor agregado de compra en una misma ocasión." [El pie de página correspondiente señala: "Id."]."*

Dicha información consiste en un documento privado que tiene el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC y, como tal, para poder acreditar los señalamientos que refiere, tendría que estar adminiculado con algún otro medio de convicción debido a que precisamente el artículo 203 del CFPC establece que la verdad del contenido de un documento privado debe demostrarse mediante pruebas adicionales. No obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en dicho documento efectivamente es cierto, siendo que el mismo ni siquiera está suscrito. No presentan alguna forma para evidenciar quién es el autor de ese documento o en qué fecha fue realizado como para poder determinar la certeza de los señalamientos que contiene o a partir de qué fuente se obtuvo. Por tanto, se trata de un elemento de convicción que no tiene el valor ni el alcance para acreditar lo que pretenden las recurrentes.

Asimismo, no se advierte cómo es que esa prueba podría, en su caso, acreditar la expansión de Lowe's en el mercado mexicano y la penetración de las marcas Valspar y Grace. En este aspecto, conforme a

dicho documento, incluso si efectivamente correspondiente a Lowe's, únicamente se habrían abierto seis tiendas en algunas localidades de territorio nacional y ni siquiera se señala cuál es efectivamente el plan de expansión o cuántas tiendas de Lowe's abrirían en México y mucho menos un plazo para ello. Tampoco se indica cuál es la participación de mercado en México ni se realiza algún señalamiento respecto de la marca Grace e incluso la mayoría de las referencias se hacen con respecto a la participación que tiene en Estado Unidos. De hecho, la única referencia que se hace respecto de venta de pinturas es respecto de Estados Unidos y no se menciona a México.

Ahora bien, se advierte que dicho documento cita como fuentes diversos documentos que también fueron acompañados por las recurrentes en el Anexo 22, así como otros documentos que tampoco tienen valor probatorio, por sí mismos, para acreditar las pretensiones de las recurrentes tal y como se señala a continuación:

**1) Presentación de Lowe's (*Never Stop Improving*).<sup>329</sup> La única parte cuya traducción presentaron las recurrentes de esos documentos es:**

*"\* Continuamos evaluando oportunidades en nuevos y existentes mercados internacionales.*

*\* México.- Mercado de mejoras para el hogar de \$25 millones y más de 70% de propiedad sobre hogares.*

*5 tiendas al final del ejercicio social de 2012 con oportunidad significativa de expansión".<sup>330</sup>*

**2) Presentación de Lowe's (*Never Stop Improving [Capital Allocation Priorities]*).<sup>331</sup>**

*"\*Nuestra estructura corporativa fue construida para soportar un negocio de canal único con más de 100 tiendas por año".*

*\* México.- Mercado de mejoras para el hogar de \$25 millones y más de 70% de propiedad sobre hogares.*

*5 tiendas al final del ejercicio social de 2012 con oportunidad significativa de expansión".<sup>332</sup>*

**3) Fragmentos de diversos reportes anuales de Lowe's.<sup>333</sup> Respecto de esos documentos, la traducción acompañada por las recurrentes señala diversas cifras respecto de las tiendas de Lowe's: i) por ejemplo, se señalan en dos mil tres, dos mil dos y dos mil uno existieron 952, 828 y 718 tiendas, respectivamente;<sup>334</sup> ii) en el documento correspondiente a dos mil cuatro se señalan 1,081 tiendas;<sup>335</sup> iii) en el documento correspondiente a dos mil cinco, se señalan, para los años dos mil cinco, dos mil cuatro y dos mil tres los números 1,234, 1,087 y 952, respectivamente y que se abrieron ciento cincuenta y cinco tiendas;<sup>336</sup> en el documento correspondiente a dos mil seis<sup>337</sup> indica que en dos mil seis "expandimos nuestro alcance al**

<sup>329</sup> Folios 696 a 716 del expediente del recurso de reconsideración.

<sup>330</sup> Folio 690. La parte traducida corresponde a las partes subrayadas en inglés que se encuentran en los folios 698 y 706.

<sup>331</sup> Folios 717 a 728 del expediente del recurso de reconsideración.

<sup>332</sup> Folio 690. La parte traducida corresponde a las partes subrayadas en inglés que se encuentran en los folios 723 y 727.

<sup>333</sup> SW y AVISEP señalaron que presentaron los reportes anuales de Lowe's correspondientes a los años 2003, 2004, 2006, 2006 y 2007. No obstante, únicamente se presentó una página por cada uno de dichos años. Dicha información se encuentra en los folios 732 a 736.

<sup>334</sup> Folio 732.

<sup>335</sup> Folio 733.

<sup>336</sup> Folio 734.

<sup>337</sup> Folio 735.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*abrir 155 tiendas, finalizando el año con 1,385 tiendas en 49 estados, permitiéndonos servir de mejor forma a nuestros clientes” y en el documento correspondiente a dos mil siete, se indica que “Tenemos oportunidades considerables de crecimiento y consideramos un potencial de 2,400 a 2,500 tiendas en Norteamérica”.*<sup>338</sup>

**4) Presentación de Lowe’s (2010 Channel Share).** Consiste en una impresión que contiene una tabla.<sup>339</sup> La traducción correspondiente señala:

*“Canal de Participación: Pinturas: 9% (Mayoreo/Directa/Otro) - 32% (Independiente/Especialidad) - 8% (Comisionistas Mercantiles Mayoristas/Descuentos) - 1 % (Sears/Tiendas Departamentales) - 6% (Ferreterías)”.*<sup>340</sup>

**5) Forma 10 K de Lowe’s.** Las recurrentes presentaron dentro de su escrito de recurso de reconsideración, un fragmento de ese documento traducido al español. Específicamente, en el pie de página 122 de su escrito, señalaron:

*“Actualmente Lowe’s cuenta con 6 tiendas; sin embargo ha manifestado que advierte una oportunidad significativa de expansión en México. De esta manera tendrá un crecimiento importante que permitirá a Valspar y Grace penetrar sus marcas. En efecto, en la foja 6 del 10K de Lowe’s para 2012, se señala que: “Cada tienda de Lowe’s comercializa una amplia selección de productos de marcas nacionales como Whirpool electrodomésticos y calentadores de agua, GE and Samsung electrodoméstico, Stainmaster alfombras, Valspar pinturas y colorantes...”. De igual manera, señala a foja 8 que: “Operar internacionalmente nos ha presentado retos y obstáculos únicos que nos han obligado a adaptar las funciones de operación, comercialización y distribución de nuestras tiendas, para atender a nuestros clientes en Canadá y México y trabajar de manera efectiva con nuestro socio en Australia. Una porción significativa de nuestro crecimiento en tiendas anticipado en los próximos 5 años, será en Canadá y México. También contamos con un joint venture con el distribuidor más grande de Australia, Woolworths Limited, para desarrollar la red de los autoservicios de mejora para el hogar para los consumidores en Australia”. Se adjunta como Anexo 22, la parte relevante de la forma 10-K de Lowe’s para 2012, así como diversa información actualizada respecto de dicho agente”.*

Dicha información consiste en documentos privados que tienen el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC; por ello, para poder acreditar los hechos que señalan, tendrían que estar administrados con algún otro medio de convicción; no obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en dichos documentos efectivamente es cierto. Ni siquiera presentan alguna forma para evidenciar quién es el autor de esos documentos o en qué fecha fueron realizados como para poder determinar la certeza de los señalamientos que contienen. Por tanto, se trata de elementos de convicción que no tienen el valor ni el alcance para acreditar lo que pretenden las recurrentes.

Asimismo, no se advierte cómo es que esas pruebas podrían, en su caso, acreditar la expansión de Lowe’s en el mercado mexicano y la penetración de las marcas Valspar y Grace. Conforme a dichos documentos, incluso si efectivamente correspondiente a Lowe’s, únicamente se habrían abierto cinco o seis tiendas de Lowe’s en territorio nacional pero sólo se señala que se tiene una *“oportunidad significativa de expansión”* o una *“oportunidad significativa de expansión en México”* sin especificar por qué o cuál sería la expansión proyectada; asimismo, los datos que se presentan sobre la capacidad

<sup>338</sup> Folio 736.

<sup>339</sup> Folio 739.

<sup>340</sup> Folio 691.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

de apertura de tiendas al año, sobre el número total de sucursales o tiendas y sobre los canales de participación no se refieren en exclusiva a México, lo que impediría, en todo caso, valorar esos elementos como demostrativos de las posibilidades reales de expansión de dichas tiendas en territorio nacional.

Además, las recurrentes olvidan que las marcas mencionadas han utilizado el canal de distribución de una empresa ya establecida en México para entrar al mercado.

**6) Impresión de la sección “Acercas de nosotros” de la página de Internet de Lowe’s.<sup>341</sup> Conforme a la traducción que acompañaron las recurrentes,<sup>342</sup> respecto de dicho documento se señala:**

*“Fundada en 1946, Lowe’s ha crecido de ser una pequeña ferretería a el segundo minorista más grande en productos para mejoras del hogar.*

*Lowe’s opera más de 1,750 tiendas en los Estados Unidos, Canadá y México. Sirven aproximadamente 15 millones de clientes cada año y contratamos a más de 245,000 personas.*

*Lowe’s Companies, Inc es una compañía FORTUNE®100 constituida en Carolina del Norte 1 n 1952 y ha sido públicamente mantenida desde 1961. Las acciones de Lowe’s cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York (NYSE) bajo la clave de pizarra LOW. Durante el ejercicio social de 2012, con ventas de \$50.5 billones y ganancias netas de \$2.0 billones, Lowe’s ha registrado sus utilidades cada año desde que se convirtió pública”.*

**7) Impresión de la página de Internet de Lowe’s con la ubicación de sus tiendas en México.<sup>343</sup>**

**8) Impresión de la página de Internet de Lowe’s (ww.lowes.com)<sup>344</sup> con los recubrimientos decorativos que, a decir de las recurrentes, dicha empresa comercializa. La traducción presentada por los recurrentes de esa página, que se encuentra en idioma inglés, únicamente señala “Promoción Valspar” y, de hecho, en esa impresión únicamente se advierte una foto de un bote de pintura con la marca Valspar, sin que la traducción presentada permita determinar en qué consiste la oferta.**

**9) Impresión de comunicado de prensa contenido en la página de Internet de Valspar.<sup>345</sup> La traducción presentada por las recurrentes sólo indica: “A Valspar le complace presentar la mejor experiencia de mayoreo en su clase para pintores profesionales,” dijo Howard Heckes, Vicepresidente Senior de Global Consumer. “Creemos que este programa en Lowe’s proporciona una alternativa persuasiva para tiendas independientes de pinturas al proveer productos de pintura de calidad profesional a un precio bajo diario con el valor agregado de compra en una misma ocasión”.**

Respecto de la información referida en los numerales 6) a 9), corresponde a páginas de Internet a las cuales le son aplicables las reglas establecidas para valorar las pruebas documentales en términos de lo que dispone el CFPC<sup>346</sup> atendiendo también a lo que señalan los artículos 188 y 210 A del mismo

<sup>341</sup> Folios 692 a 695.

<sup>342</sup> La traducción se encuentra en el folio 690.

<sup>343</sup> Folio 731.

<sup>344</sup> Folio 737.

<sup>345</sup> Folios 740 y 741.

<sup>346</sup> En este aspecto, resulta aplicable, por analogía, la tesis XIX.2o.P.T.37 L del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, cuyo rubro es: “INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

Código.<sup>347</sup> Al tratarse de documentales que no provienen de una fuente oficial, debe considerarse que se trata de documentos privados y al provenir de Internet, pueden, en su caso, tener un valor indiciario en términos de lo que dispone el artículo 197 del CFPC, pero en todo caso, su valor queda al arbitrio de quien resuelve precisamente como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en el expediente.<sup>348</sup>

En este sentido, el artículo 210 A del CFPC establece que para valorar la fuerza probatoria de la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos se debe estimar la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir el contenido de la información y ser accesible para su ulterior consulta. Las recurrentes no ofrecieron algún elemento de convicción idóneo para considerar que esa información es efectivamente de Lowe's. Tampoco ofrecieron alguna prueba para confirmar que esas páginas efectivamente pertenecen o son atribuibles a quienes señalan las recurrentes.

En este caso, a diferencia de lo que sucede en el caso de la información de Internet presentada como Anexo 12, la información que presentan las recurrentes, derivada de Internet en el Anexo 22 en los numerales 6), 8) y 9) no se refiere a la oferta de dichas empresas en México. La inexistencia del vínculo derivado de la oferta con respecto a la Ley Federal de Protección al Consumidor impide tener un elemento que corroboraría el indicio derivado de esa página de Internet. Tampoco existe un registro del dominio en territorio nacional que permita inferir que efectivamente se trata de sus sitios de Internet.

Con independencia de lo anterior, esa información parece referirse únicamente a datos de Lowe's a nivel internacional. Únicamente señala que tiene tiendas en México que ofrece la marca Valspar (pero conforme a esa información, no se trata de una oferta exigible o aplicable al territorio nacional) o al supuesto señalamiento de una persona respecto a la estrategia de esa empresa, sin referirse en específico a México. Así, esa información no es susceptible de acreditar los supuestos planes de expansión de Lowe's en el mercado mexicano, y por ende, la penetración de las marcas Valspar y Grace.

Por otro lado, respecto del numeral 7), consiste únicamente en la ubicación de las tiendas de Lowe's en México. Dicha información se encuentra en la página de Internet de Lowe's México y puede confirmarse en términos de lo señalado al analizar las pruebas derivadas de Internet incluidas en el Anexo 12 del recurso de reconsideración de las recurrentes (efectivamente aparece una leyenda que vincula a esa página con Lowe's).

En este aspecto, el hecho de que Lowe's tenía seis tiendas en México en las cuales se venden las marcas Valspar y Grace se reconoce en la página 99 de la RESOLUCIÓN, por lo que se trata de un hecho

---

*INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ÉSTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO* y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>347</sup> Al respecto, resulta aplicable la tesis V.3o.10 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO", misma que ha sido citada con anterioridad.

<sup>348</sup> En este sentido, resulta aplicable por analogía la tesis V.3o.9 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO" y que ha sido citada con anterioridad.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

que no se discute en el presente caso. Asimismo, se reitera que incluso si efectivamente correspondiente a Lowe's, únicamente se habrían abierto seis tiendas en algunas localidades de territorio nacional y ni siquiera se señala cuál es efectivamente el plan de expansión o cuántas tiendas de Lowe's abrirían en México y mucho menos un plazo para ello. Tampoco se indica cuál es la participación de mercado en México ni se realiza algún señalamiento respecto de la marca Grace.

Finalmente, respecto de las pruebas que se analizan, la RESOLUCIÓN señaló en su página 108 que "[...] los promoventes refieren que a las tiendas Lowes han ingresado nuevas marcas de pinturas decorativas, tales como Valspar y Grave. Sin embargo, estas marcas mencionadas por los promoventes como marcas importadas no se han identificado como alguno de los principales competidores en el mercado ni tampoco se encuentran mencionadas como marcas ampliamente conocidas en las encuestas de reconocimiento de marca, por lo que su presión competitiva en el mercado es cuestionable". Ninguna de las pruebas ofrecidas por las recurrentes respecto a Lowe's tiende a demostrar que efectivamente exista un reconocimiento de marca de Valspar y Grace o que sí se hayan señalado como parte de los principales competidores en el mercado.

**Anexo 25.**

**Las recurrentes ofrecieron como prueba información pública disponible respecto AXALTA en México, con la cual pretenden acreditar la compra del negocio de recubrimientos de Dupont por parte de The Carlyle Group que llegó a ser AXALTA. Entre ese anexo existían varios documentos, entre los cuales se encuentra el supuesto *Brochure* de AXALTA y la traducción al español de las partes que los oferentes consideran relevantes.**<sup>349</sup>

**Anexo 28.**

**Asimismo, las recurrentes ofrecieron en ese anexo la información pública disponible respecto de AXALTA en México, con la cual pretenden acreditar que AXALTA: (i) es la antigua división de recubrimientos de Dupont que fue escindida y vendida a The Carlyle Group; (ii) se dedica a los recubrimientos; (iii) competirá en el mercado decorativo; (iv) tiene el apoyo financiero de Carlyle Group; (v) es la empresa líder en los mercado de acabado automotriz y OEM, y (vi) ve grandes oportunidades en el mercado decorativo y no ve peligro, ni demuestra temor a competir en dicho mercado.**

**Entre ese anexo existían varios documentos, entre los cuales se encuentra el titulado "AXALTA COATING SYSTEMS" el cual en la traducción presentada por las recurrentes indica lo siguiente:**

*"AXALTA COATING SYSTEMS*

*("AXALTA")*

*El 3 de febrero de 2013, el administrador de bienes de alternativas globales The Carlyle Group L.P. (NASDAQ:CG) anunció el cierre de su adquisición de EU\$4.9 miles de millones de DuPont Performance Coatings.<sup>350</sup> Una vez finalizada la operación, la empresa cambio su denominación a Axalta Coatings Systems.<sup>351</sup> Este nuevo nombre específicamente incluía la palabra "Recubrimientos" para comunicar claramente al mercado que la nueva empresa era*

<sup>349</sup> Dicho documento se encuentra en los folios 758 a 769. La traducción se encuentra en el folio 770.

<sup>350</sup> Ver Comunicado de Prensa de Carlyle Group de 3 de febrero de 2013, que se adjunta como Anexo 1.

<sup>351</sup> *Id.*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*exclusivamente una empresa de recubrimientos ahora con la capacidad de perseguir su pasión por los recubrimientos tiempo completo.*<sup>352</sup>

*Después de la adquisición total de DuPont Performance Coatings, Axalta tiene más de 14,000 empleados, ingresos anuales de EUA\$4.3 miles de millones, 35 plantas de manufactura y 42 instalaciones de investigación y desarrollo.*<sup>353</sup> *Axalta mantiene las operaciones a nivel mundial, incluyendo tres plantas de producción en México.*

*Axalta está comprometida con México.*<sup>354</sup> *Las oficinas principales de Axalta en Latinoamérica (salvo Brasil) se encuentran ubicadas en México. El Presidente de la región Latinoamérica de Axalta, Jorge Cossio, ha declarado que Axalta espera un crecimiento de dobles dígitos en los siguientes tres años en Latinoamérica, y particularmente en México.*<sup>355</sup> *Axalta ve a México como una oportunidad de desarrollo importante.*<sup>356</sup>

*Axalta maneja una amplia variedad de recubrimientos, incluyendo pinturas arquitectónicas líquidas que actualmente se venden en México para uso residencial.*<sup>357</sup> *Estas marcas arquitectónicas incluyen RenZel, SuperNovi, DuraVin, AcriVin y EconoAcril.*<sup>358</sup> *Axalta promueve que estos productos arquitectónicos permiten "alcanzar las necesidades de la construcción de hogares y mercado de renovación que refleja la creciente clase media en México".*<sup>359</sup>

*Carlyle Group, tiene aproximadamente EUA\$160 miles de millones bajo su administración y tienen un historial de crecer las empresas de su propiedad.*<sup>360</sup>

*Axalta cree que puede ser "una organización más rápida, agresiva y ágil...como negocio por sí solo" a comparación de cuando era parte de un empresa más grande no enfocada en recubrimientos DuPont.*<sup>361</sup> *De conformidad con el CEO de Axalta, Charlie Shaver, la nueva sociedad se encuentra "constantemente evaluando oportunidades de mercado"*<sup>362</sup>. *Carlyle Group ha mostrado compromiso para expandir negocios a través de grandes gastos de capital (incluyendo México). Estos gastos de capital incluyen la construcción de una nueva planta de producción en China de EUA\$50 millones,<sup>363</sup> un Centro de Tecnología de Recubrimientos de EUA\$20 millones en Tlalnepantla, México<sup>364</sup> y dos instalaciones de reactores automáticos de última tecnología de EUA \$2 millones.*<sup>365</sup>

Dicha información consiste en un documento privado que tiene el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 205 del CFPC; por tanto, no es susceptible, por sí mismo, de acreditar los señalamientos que en el su texto se realizan, pues para ello tendría que estar adminiculado con algún otro medio de convicción debido a que precisamente el artículo 203 del CFPC establece que la verdad

<sup>352</sup> Ver entrevista de preguntas y respuestas con el CEO de AXALTA, Charlie Shaver, y Presidente, John McCool, que se adjuntó como Anexo 2.

<sup>353</sup> Ver Comunicado de Prensa de Carlyle Group de 27 de mayo de 2013, que se adjunta como Anexo 3.

<sup>354</sup> Ver panfleto corporativo de AXALTA, que se adjunta como Anexo 4.

<sup>355</sup> Ver artículo de Notimex de fecha 4 de junio de 2013, que se adjunta como Anexo 5.

<sup>356</sup> *Id.*

<sup>357</sup> Ver la descripción de AXALTA de recubrimientos líquidos decorativos y arquitectónicos, que se incluye como Anexo 6.

<sup>358</sup> Ver las impresiones de los productos arquitectónicos de Axata, que se adjunta como Anexo 7.

<sup>359</sup> Ver la descripción de AXALTA de recubrimientos líquidos decorativos y arquitectónicos, que se incluye como Anexo 6.

<sup>360</sup> Ver actualización de Axalta Coating Systems Post Venta a The Carlyle Group, página 1, que se adjunta como Anexo 8.

<sup>361</sup> *Id* página 2.

<sup>362</sup> Ver entrevista de preguntas y respuestas con el CEO de Axalta, Charlie Shaver, y Presidente, John McCool, página 2, que se adjunta como Anexo 2.

<sup>363</sup> Ver Comunicado de Prensa de Carlyle Group de 27 de mayo de 2013, que se adjunta como Anexo 3.

<sup>364</sup> Ver artículo de Notimex de fecha 4 de junio de 2013, que se adjunta como Anexo 5.

<sup>365</sup> Ver actualización de Axalta Coating Systems Post Venta a The Carlyle Group, página 1, que se adjunta como Anexo 8.

del contenido de un documento privado debe demostrarse mediante pruebas adicionales. No obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en dicho documento efectivamente es cierto, siendo que el mismo ni siquiera está suscrito por alguna persona, por lo cual se desconoce su autor. Las recurrentes no presentan alguna forma para evidenciar quién es el autor de ese documento o en qué fecha fue realizado como para poder determinar la certeza de los señalamientos que contiene. Por tanto, se trata de un elemento de convicción que, en general, no tiene el valor ni el alcance para acreditar lo que pretenden las recurrentes.

Ahora bien, se advierte que dicho documento cita como fuentes diversos documentos que también fueron acompañados por las recurrentes en el Anexo 28, así como otros documentos que tampoco tienen valor probatorio, por sí mismos, para acreditar las pretensiones de las recurrentes tal y como se señala a continuación:

**1) Brochure de AXALTA.<sup>366</sup> Conforme a la traducción presentada de las partes relevantes de dicho documento, se señala:**

“HOJA 4.

-----  
*2012. DuPont Performances Coatings se convierte en Axalta Coating Systems, empresa global líder dedicada totalmente a recubrimientos.*

-----  
HOJA 8.

-----  
*Decorativo y Arquitectónico.*

*Los recubrimientos de alto rendimiento mejoran la vida diaria. Desde exteriores de edificios hasta muebles metálicos, electrodomésticos y equipos HVAC, los recubrimientos Axalta [sic] son más duros, hermosos y mejores para el ambiente. En construcción y agricultura, los recubrimientos Axalta previenen el desgaste mientras permiten un crecimiento viable y sostenible”.*

Dicha información constituye un documento privado que tiene el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 206 del CFPC; por tanto, no es susceptible de acreditar, por sí mismo, lo que señala su texto, pues para ello, tendría que estar adminiculado con algún otro medio de convicción debido a que precisamente el artículo 203 del CFPC establece que la verdad del contenido de un documento privado debe demostrarse mediante pruebas adicionales. No obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en dicho documento efectivamente es cierto, siendo que el mismo ni siquiera está suscrito. Ni siquiera presentan alguna forma para evidenciar quién es el autor de esos documentos o en qué fecha fue realizado como para poder determinar la certeza de los señalamientos que contiene o a partir de qué fuente se obtuvo. Por tanto, ese elemento no es susceptible de causar convicción a esta autoridad.

**2) Impresión de comunicado de prensa emitido por The Carlyle Group.<sup>367</sup> La única parte de dicho documento de la cual presentan traducción señala: “Washington, D.C. El administrador**

---

<sup>366</sup> Es el mismo documento que presentaron las recurrentes dentro de su anexo 25. La única traducción que presentaron al respecto fue la incluida en dicho Anexo 25.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*de bienes de alternativas globales The Carlyle Group ha completado la adquisición de DuPont performance Coating por EUA \$4.9 miles de millones y anuncio [sic] hoy que la empresa cambiará de nombre a Axalta Coating Systems” [el pie de página señala “Comunicado de Prensa de Carlyle Group de 3 de febrero de 2013, Anexo 1, página 1”]*

3) Impresión de lo que las oferentes señalan es un comunicado de prensa publicado por Dupont en su página web.<sup>368</sup> La traducción presentada por las recurrentes indica:

*“¿Quién es The Carlyle Group y por qué compraron DPC? – The Carlyle Group es un [sic] de las firmas de capital privado más grandes del mundo. Tienen aproximadamente \$160 miles de millones de bienes bajo su administración, que proviene de fuentes como fondos para pensión, individuos con grandes patrimonios, administradores de patrimonio independientes y donaciones de universidades. Son propietarios de 200 empresas, con más de 650,000 empleados alrededor del mundo. Son propietarios de nombres como Durkin’Donuts [sic] and Hertz y tienen un foco específico de inversión en la industria automotriz. Su enfoque es el crecimiento de las empresas de que son propietarios y que tienen un historial a nivel mundial de hacerlo.*

*The Carlyle Group pago [sic] más de \$5 miles de millones por DPC. Estuvieron particularmente impresionados con nuestra historia de innovación, nuestros productos, y nuestros prospectos de crecimiento. Más importantemente, vieron el inmenso valor de nuestras fuertes relaciones con los clientes y nuestra red de distribución a nivel mundial. También creyeron que pudiera ser una organización más rápida, agresiva y ágil si pudiéramos operar como negocio independiente en lugar de cómo [sic] parte de una parte [sic] de una entidad más grande que no se enfocara a recubrimientos”.*

4) Impresión de lo que las oferentes señalan es la página de Internet de AXALTA que indica las marcas de recubrimientos decorativos que comercializa México.<sup>369</sup> La traducción presentada por las PARTES únicamente señala: *“Arquitectónico y Decorativo – Las aplicaciones decorativas utilizan pintura Supernovi ®, pintura Renzel ® y otras pinturas de AXALTA para uso residencial en México. Nuestras pinturas para el hogar cumplen con las necesidades de el [sic] negocio creciente de construcción y renovación que refleja la clase media creciente del país”.*

5) Impresión de lo que las oferentes señalan es la página de Internet de Indeko que detalla las marcas de recubrimientos decorativos pertenecientes a Dupont.<sup>370</sup>

Anexo 27.

Las recurrentes ofrecieron como prueba la impresión de la sección “Arquitectónico y Decorativo” de la página de Internet de AXALTA.<sup>371</sup> También señalaron que era información atribuible a AXALTA porque constituía información de su página de Internet y que pretendían probar que: (i) AXALTA participa en el mercado decorativo en México, y (ii) AXALTA ve grandes oportunidades de crecimiento en el mercado decorativo. La única traducción que acompañaron respecto de ese documento se encuentra en la página 84 de su recurso, en el cual señalan *“Ortos recubrimientos decorativos incluyen nuestra gama de pinturas para uso*

<sup>367</sup> Folio 786 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción correspondiente se encuentra en el folio 784.

<sup>368</sup> Folio 814 del expediente del recurso de reconsideración.

<sup>369</sup> Folio 808 del expediente del recurso de reconsideración. La traducción correspondiente se encuentra en los folios 784 y 785.

<sup>370</sup> Folios 809 a 813.

<sup>371</sup> Folio 779 del expediente del recurso de reconsideración.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

*residencial en México. Nuestras pinturas residenciales satisfacen la necesidad del creciente mercado de la construcción y remodelación, que refleja el rápido crecimiento de la clase media del país”.*

La información referida corresponde a páginas de Internet a las cuales les son aplicables las reglas establecidas para valorar las pruebas documentales en términos de lo que dispone el CFPC<sup>372</sup> atendiendo también a lo que señalan los artículos 188 y 210 A del mismo Código.<sup>373</sup> Al tratarse de documentales que no provienen de una fuente oficial, debe considerarse que se trata de documentos privados y al provenir de Internet, debe considerarse que pueden, en su caso, tener un valor indiciario en términos de lo que dispone el artículo 197 del CFPC, pero en todo caso, su valor queda al arbitrio de quien resuelve precisamente como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en el expediente.<sup>374</sup> Asimismo, respecto del documento referido en el anexo 27, las recurrentes ofrecieron la prueba de inspección de páginas web, misma que se llevó a cabo el veintiséis de agosto de dos mil trece en las oficinas de la CFC en términos de lo dispuesto por el artículo 50 del RLFCE.<sup>375</sup>

En este sentido, el artículo 210 A del CFPC establece que para valorar la fuerza probatoria de la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos se debe estimar la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir el contenido de la información y ser accesible para su ulterior consulta. Las recurrentes no ofrecieron algún elemento de convicción para considerar que esa información es efectivamente de AXALTA. Tampoco ofrecieron alguna prueba idónea para confirmar que esas páginas pertenecen o son atribuibles a quienes señalan las recurrentes, pues la inspección no permite determinar la propiedad o autoría de la página de Internet correspondiente, aunque sí de su contenido.

En este aspecto, la compra del negocio de denominado “*Dupont Performance Coatings*” por parte de Carlyle Group es un hecho notorio para esta CFCE, pues precisamente ese fue el objeto de la concentración notificada bajo el expediente CNT-059-2012. Sin embargo, el hecho de que se haya realizado esa transacción y que el negocio adquirido se pudiera haber referido a los recubrimientos, así como el hecho de que se pudiera contar con el apoyo de Carlyle Group, no significa ni acredita que: (i) AXALTA represente una presión competitiva en México; (ii) AXALTA pueda entrar al mercado o expandir su participación sin enfrentar barreras a la entrada. De hecho, las recurrentes no presentan algún dato que permita corroborar cuál sería la participación de mercado de AXALTA, la forma en la que habría crecido en el mercado o cómo es que su marca es reconocida por el consumidor mexicano como para considerar que efectivamente puede competir en los términos en los que lo suponen las

<sup>372</sup> En este aspecto, resulta aplicable, por analogía, la tesis XIX.2o.P.T.37 L del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, cuyo rubro es: “*INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ÉSTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO*” y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>373</sup> Al respecto, resulta aplicable la tesis V.3o.10 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: “*INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO*”, misma que ha sido citada con anterioridad.

<sup>374</sup> En este sentido, resulta aplicable por analogía la tesis V.3o.9 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: “*DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO*” y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>375</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898.

recurrentes. Tampoco señalan algún elemento para acreditar que, aún ante la existencia de la red de distribución de SW y COMEX, AXALTA puede competir y expandirse en el mercado.

Por tanto, el documento señalado con el numeral 2) no desvirtúa lo que señala la RESOLUCIÓN, pues únicamente indica que AXALTA adquirió el negocio de Dupont. Asimismo, el documento indicado en el numeral 3) sólo señala la posición de AXALTA a nivel mundial y datos corporativos sobre sus negocios, pero no está relacionado ni con el mercado mexicano ni con alguna pretensión de desvirtuar el análisis realizado en la decisión que se recurre.

Por lo que hace al documento señalado en el numeral 4) y el señalado en el Anexo 27, únicamente indican que venden recubrimientos para uso residencial en México y que sus pinturas *“satisfacen la necesidad del creciente mercado de la construcción y remodelación, que refleja el rápido crecimiento de la clase media del país”*. En este aspecto, dicho señalamiento no lleva a la única conclusión de que AXALTA ve grandes oportunidades en el mercado decorativo y no ve peligro ni demuestra temor a competir en dicho mercado, pues lo único que señala es que su producto satisface las necesidades del “creciente mercado” reflejado por el crecimiento de la clase media.

Respecto del documento marcado con el numeral 5), se trata de la impresión de una página que contiene diversas imágenes de pinturas “DuPont”. Al consultar la página de Indeko - <http://www.indeko.com.mx/#pintura-> (empresa dedicada a la venta de productos para la construcción en Zapopan), se puede confirmar que efectivamente, entre los productos que anuncian, están los que indica el documento presentado por las recurrentes:



No obstante, el solo señalamiento respecto a que una empresa de la zona metropolitana de Guadalajara comercializa pintura de la marca DuPont es incapaz de desvirtuar lo señalado en la RESOLUCIÓN. Como se ha señalado, ésta reconoce efectivamente que existen muchos competidores en el mercado de recubrimientos decorativos, sin que esa sola circunstancia impida considerar la existencia de fuertes barreras a la entrada que impedirían la entrada o la expansión de competidores.

Ahora bien, respecto de las pruebas de las recurrentes ofrecidas en los anexos 27 y 28, se advierte que en todo caso, en la página 108 de la RESOLUCIÓN se señala:

*“El cuatro de junio de dos mil trece los promoventes presentaron información pública respecto de que Axalta Coating Systems, empresa resultado de la adquisición por parte de The Carlyle Group de DuPont Performance Coatings, busca desarrollarse en el mercado de recubrimientos decorativos en México. De acuerdo con los promoventes, quienes citan como fuente el periódico*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*“Reforma”, Axalta cuenta con mil empleados en México y tiene una capacidad de producción de 30 millones de litros de pintura al año. Al respecto, las partes no proporcionaron información o evidencia fehaciente, ya que se trataba únicamente de notas periodísticas y no de reportes o información presentada por la misma empresa, que acredite que Axalta efectivamente pudiera entrar al mercado y que lo hiciera con el tamaño suficiente para imponer disciplina de precios”.*

Tal como indicó la RESOLUCIÓN, las recurrentes no presentan información que acredite que efectivamente AXALTA ha entrado al mercado mexicano con el tamaño suficiente para imponer disciplina de precios. El hecho de que The Carlyle Group pudiera ser un agente económico con una capacidad económica importante no determina, automáticamente, que existirá una presión competitiva real en el mercado de recubrimientos decorativos en México, sobre todo cuando las recurrentes ni siquiera indican o acreditan con algún otro medio de convicción cuál sería la trayectoria de crecimiento de DuPont o de AXALTA o cuál sería su participación de mercado a partir de la entrada de ésta al negocio de los recubrimientos.

Asimismo, las recurrentes no presentaron información en donde se constatará que Dupont era un competidor importante dentro del mercado de recubrimientos decorativos. En la RESOLUCIÓN se ubicó a Dupont como un competidor importante dentro de los mercados de pintura automotriz, recubrimientos en polvo y recubrimientos industriales, pero no en los recubrimientos decorativos.

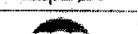
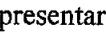
**Anexo 7.**

**Las recurrentes ofrecieron como prueba la información actualizada correspondiente a 24 empresas que participan en el mercado mexicano de recubrimientos en general, obtenida de sus páginas web. Señalaron que esa información era atribuible a cada una de las respectivas empresas y que con ella se acredita que el mercado mexicano de recubrimientos en general cuenta con diversos grupos internacionales bien reconocidos que participan en el territorio mexicano y que cuentan con la capacidad y posibilidad de cambiar y expandir su presencia en el mercado de recubrimientos decorativos.**

En específico, ofrecieron la siguiente lista:

[Sin texto]

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

	<a href="http://www.dupont.com/Mexico_Consultary_Servicio_Mex/">http://www.dupont.com/Mexico_Consultary_Servicio_Mex/</a>	A
	<a href="http://www.bard.com.mx">http://www.bard.com.mx</a>	B
	<a href="http://www.pentafaradial.com/">http://www.pentafaradial.com/</a>	C
	<a href="http://www.pentafaradial.com/">http://www.pentafaradial.com/</a>	D
	<a href="http://www.sayer.com/">http://www.sayer.com/</a>	E
	<a href="http://www.culturasadibier.com.mx/">http://www.culturasadibier.com.mx/</a>	F
	<a href="http://www.curtv.com.mx/">http://www.curtv.com.mx/</a>	G
	<a href="http://www.faber.com.mx/">http://www.faber.com.mx/</a>	H
	<a href="http://www.joh.com.mx/">http://www.joh.com.mx/</a>	I
	<a href="http://www.joh.com.mx/">http://www.joh.com.mx/</a>	J
	<a href="http://www.joh.com.mx/">http://www.joh.com.mx/</a>	K
	<a href="http://www.pintumax.com">http://www.pintumax.com</a>	L
	<a href="http://www.bvsa.com/mercado/pintumax.html">http://www.bvsa.com/mercado/pintumax.html</a>	M
	<a href="http://www.pinturasoptimus.com/">http://www.pinturasoptimus.com/</a>	N
	<a href="http://www.pint.com.mx/">http://www.pint.com.mx/</a>	O
	<a href="http://www.pinturaspromex.com.mx/">http://www.pinturaspromex.com.mx/</a>	P
	<a href="http://www.pint.com.mx/">http://www.pint.com.mx/</a>	Q
	<a href="http://www.pint.com.mx/">http://www.pint.com.mx/</a>	R
	<a href="http://www.behrpaint.com.mx">http://www.behrpaint.com.mx</a>	S
	<a href="http://www.pint.com.mx/">http://www.pint.com.mx/</a>	T
	<a href="http://www.valsarpaint.com">http://www.valsarpaint.com</a>	U
	<a href="http://www.valsarpaint.com/">http://www.valsarpaint.com/</a>	V
	<a href="http://www.falkor.com">http://www.falkor.com</a>	W
	<a href="http://www.falkor.com.mx/">http://www.falkor.com.mx/</a>	X

Asimismo, las recurrentes presentaron información consultable en esos vínculos de Internet de cada una de esas empresas.<sup>376</sup>

Como se ha señalado, al ser páginas de Internet, les son aplicables las reglas establecidas para valorar las pruebas documentales en términos de lo que dispone el CFPC<sup>377</sup> atendiendo también a lo que señalan los artículos 188 y 210 A del mismo Código.<sup>378</sup> Al tratarse de documentales que no provienen de una fuente oficial, debe considerarse que se trata de documentos privados y al provenir de Internet, debe considerarse que pueden, en su caso, tener un valor indiciario en términos de lo que dispone el artículo 197 del CFPC, pero en todo caso, su valor queda al arbitrio de quien resuelve precisamente

<sup>376</sup> Folios 141 a 225.

<sup>377</sup> En este aspecto, resulta aplicable, por analogía, la tesis XIX.2o.P.T.37 L del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, cuyo rubro es: "INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ÉSTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO" y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>378</sup> Al respecto, resulta aplicable la tesis V.3o.10 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO", misma que ha sido citada con anterioridad.



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en el expediente.<sup>379</sup>

En este sentido, la mera existencia de más de cuarenta competidores en el mercado de recubrimientos decorativos es un hecho reconocido por la RESOLUCIÓN. De hecho, en sus cálculos se incluye la participación de competidores como BEREL, PRISA, DOAL, OSEL y otros cuarenta y dos (treinta y cuatro de la ANAFAPYT y ocho que no pertenecen a la misma) que se dedican precisamente a la comercialización de recubrimientos decorativos (página 58 de la RESOLUCIÓN). De esta forma, el hecho de que pretenden demostrar las recurrentes no controvierte lo señalado por la RESOLUCIÓN.

En todo caso, la mera existencia de esos competidores no es susceptible de acreditar, como lo pretenden las recurrentes, que automáticamente tienen la capacidad y posibilidad de cambiar y expandir su presencia en el mercado de recubrimientos decorativos. De hecho, la RESOLUCIÓN expresamente aborda dicha supuesta posibilidad cuando analiza las barreras a la entrada. El análisis de las barreras a la entrada tiene sentido precisamente porque la existencia de las mismas puede impedir la entrada o expansión de nuevos o actuales competidores que pudieran disputar el mercado y disciplinarlo, evitando que COMEX junto con SW elevaran el precio o restringieran la oferta. Así, en la RESOLUCIÓN se señalan las siguientes barreras a la entrada:

1. Los concesionarios de COMEX forman una parte importante de la imagen que la empresa tiene en el mercado, ya que todas las tiendas deben tener los colores y logotipos que los identifican como concesionarios de COMEX y que desarrollar un sistema de distribución como el de COMEX le llevó décadas (páginas 71 y 87). Asimismo, replicar el sistema de comodatos de COMEX en las tiendas de autoservicio necesitaría una inversión de más de [REDACTED] \* pesos más el costo de los operadores del equipo (página 87)
2. También se indica que la construcción y puesta en marcha de una fábrica de recubrimientos lleva [REDACTED] \* y es necesario invertir más de [REDACTED] \* pesos, sin tomar en cuenta el costo del terreno y el desarrollo de la marca y del sistema de distribución (página 87).
3. Por otra parte, también se hace énfasis en el hecho de que COMEX tiene una elevada capacidad ociosa e incluso le maquila a otras empresas, lo que puede ser una barrera a la entrada, y ello le da el poder de incrementar su producción y disminuir sus precios ante la entrada de un nuevo competidor (páginas 76 y 77).
4. La RESOLUCIÓN también señala que con la concentración se daría un portafolio de marcas, lo que les daría una ventaja competitiva en tanto que los demás competidores en esos mercados difícilmente contarán con un portafolio de marcas tan reconocidas tanto en el mercado de recubrimientos decorativos como en el de recubrimientos utilizados en la industria (página 79).
5. Relacionado con lo anterior, la RESOLUCIÓN señala la importancia de la inversión en publicidad realizada por COMEX. Asimismo, indica que existe un claro reconocimiento de las marcas de COMEX pues en las encuestas que utiliza se advierte que en todos los casos esa marca fue mencionada como una de las más importantes dentro de los recubrimientos decorativos en tanto que SW tuvo un mayor reconocimiento dentro de las marcas dirigidas a la industria, lo cual incluso se confirma con la PRESENTACIÓN EJECUTIVA (página 85), pero en todo caso, se tiene que las dos empresas ocupan los [REDACTED] \* de reconocimiento de marcas (página 92).

<sup>379</sup> En este sentido, resulta aplicable por analogía la tesis V.3o.9 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "*DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNARSELE VALOR INDICIARIO*" y que ha sido citada con anterioridad.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Los documentos ofrecidos por las recurrentes únicamente contienen una descripción general de las actividades de veinticuatro competidores. No obstante, dicha información no contiene datos que tiendan a controvertir el cálculo de las participaciones de mercado que realiza la RESOLUCIÓN. Tampoco establecen que exista capacidad ociosa como la de COMEX ni un reconocimiento de marcas como el que tienen SW y COMEX, mucho menos establecen la existencia de una red de distribución que se acerque a la que tiene COMEX y tampoco se menciona que exista la misma capacidad de producción y un portafolio de marcas (en recubrimientos decorativos y otro tipo de productos) con ese reconocimiento que puede efectivamente constituir una presión competitiva.

**Anexo 3.**

Las recurrentes ofrecieron como prueba las impresiones de las páginas de Internet de Sayer Lack, correspondientes a las secciones denominadas “Barnices para Madera”, así como “Pintura Arquitectónica”. Al respecto, SW y AVISEP señalan que dicha documental deriva de medios electrónicos (Internet) y consideran que su contenido es atribuible a Sayer Lack por constar en su página web. Asimismo, los oferentes pretenden acreditar que la prueba “*acredita que existen ejemplos exitosos de transición de producción de distribución y comercialización de barnices y lacas para el cuidado de la madera, hacia la producción, distribución y comercialización de recubrimientos decorativos, como el de Sayer Lack*”.

Como se ha señalado, al ser páginas de Internet, les son aplicables las reglas establecidas para valorar las pruebas documentales en términos de lo que dispone el CFPC<sup>380</sup> atendiendo también a lo que señalan los artículos 188 y 210 A del mismo Código.<sup>381</sup> Al tratarse de documentales que no provienen de una fuente oficial, debe considerarse que se trata de documentos privados y al provenir de Internet, debe considerarse que pueden, en su caso, tener un valor indiciario en términos de lo que dispone el artículo 197 del CFPC, pero en todo caso, su valor queda al arbitrio de quien resuelve precisamente como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en el expediente.<sup>382</sup>

Las recurrentes no ofrecieron algún medio idóneo para acreditar que efectivamente esa página era propiedad de Sayer Lack, pues ofrecieron únicamente la inspección de las páginas web en términos de lo dispuesto por 50 del RLFCE, misma que fue desahogada el veintiséis de agosto de dos mil trece<sup>383</sup> y se considera no idónea para determinar la autoría o propiedad del dominio correspondiente, sino únicamente para demostrar que efectivamente en la dirección electrónica proporcionada aparece la información correspondiente; sin embargo, la página citada por las recurrentes <http://www.gruposayer.com/> efectivamente refiere que Sayer Lack comercializa tanto Barnices para

<sup>380</sup> En este aspecto, resulta aplicable, por analogía, la tesis XIX.2o.P.T.37 L del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, cuyo rubro es: “*INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ÉSTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO*” y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>381</sup> Al respecto, resulta aplicable la tesis V.3o.10 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: “*INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO*”, misma que ha sido citada con anterioridad.

<sup>382</sup> En este sentido, resulta aplicable por analogía la tesis V.3o.9 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: “*DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO*” y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>383</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

madera como Pintura Arquitectónica. La existencia de esa página de Internet fue verificada por esta autoridad y se advierte que conforme a la misma se señala la leyenda “*Todos los derechos reservados © SayerLack*”. Dicha marca está registrada precisamente en el IMPI a nombre de Grupo Sayer, S.A. de C.V., lo cual es un hecho notorio para esta autoridad.<sup>384</sup>

Ahora bien, dicho elemento no tiene el alcance que pretenden las recurrentes, pues esas páginas únicamente refieren que Sayer participa en ambos segmentos del mercado, pero en momento alguno en las mismas se indica que haya existido una transición de producción de distribución y comercialización de barnices y lacas para madera hacia producción, distribución y comercialización de recubrimientos decorativos. Asimismo, a partir de esos documentos no se puede acreditar, como señalan las recurrentes, que se trata de un ejemplo “exitoso” como lo refieren, pues no señalan cuál sería la participación de Sayer en dicho mercado, siendo que ni siquiera es de los principales participantes de ese mercado.

### Anexo 31.

Las recurrentes ofrecieron la inspección de diversas páginas de Internet. Entre dichas páginas, se encontraban <http://www.berel.com.mx/distribucion.php> y <http://www.prisa.com.mx/empresa>. Dicha inspección se llevó a cabo el veintiséis de agosto de dos mil trece en las oficinas de la CFC en términos de lo dispuesto por el artículo 50 del RLFCE.<sup>385</sup> Derivado de la inspección se obtuvo la siguiente información:

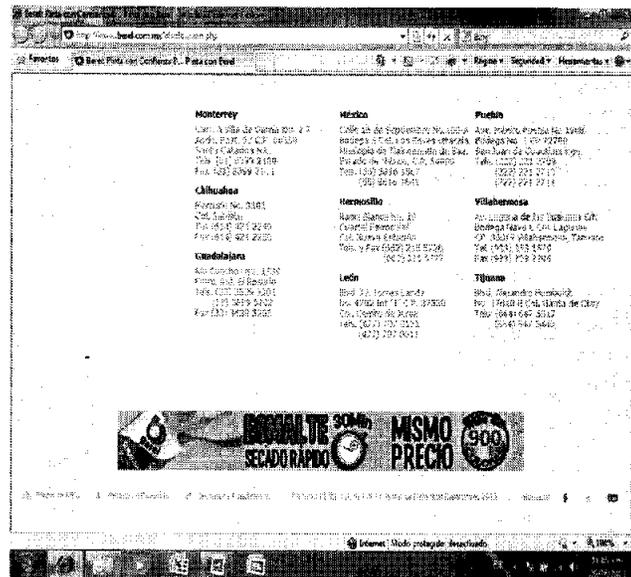
Información utilizada en la página 41 del recurso de reconsideración respecto a que “*los competidores también cuentan con un número relevante de distribuidores. Tal es el caso de Berel, que cuenta con más de mil puntos de venta, o que nuevamente demuestra que no existen barreras de entrada en el sector*” y que cita una parte de la dirección de Internet: <http://www.berel.com.mx/distribucion.php>. La imagen de esa página es la siguiente:



<sup>384</sup> <http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/controler/DenominacionLista>

<sup>385</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898.

The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013



Información utilizada en la páginas 41 y 42 del recurso de reconsideración respecto a que “la penetración de mercado de marcas de la competencia en algunas regiones del país indica que los contratos de distribución [redacted] no impiden, y menos sustancialmente, la participación de competidores en el mercado” y posteriormente se cita una parte de la dirección de Internet: <http://www.prisa.com.mx/empresa>. La imagen de esa página es la siguiente:





Como se ha señalado, al ser páginas de Internet, les son aplicables las reglas establecidas para valorar las pruebas documentales en términos de lo que dispone el CFPC<sup>386</sup> atendiendo también a lo que señalan los artículos 188 y 210 A del mismo Código.<sup>387</sup> Al tratarse de documentales que no provienen de una fuente oficial, debe considerarse que se trata de documentos privados y al provenir de Internet, debe considerarse que pueden, en su caso, tener un valor indiciario en términos de lo que dispone el artículo 197 del CFPC, pero en todo caso, su valor queda al arbitrio de quien resuelve precisamente como indicio, y como tal deben atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en el expediente.<sup>388</sup>

En este aspecto, en la RESOLUCIÓN se hace referencia tanto a BEREL como a PRISA, por lo cual la existencia de esos competidores no es un hecho desconocido. Incluso está confirmado que BEREL tiene un número importante de distribuidores, ya que de acuerdo con la información presentada por BEREL durante el procedimiento,<sup>389</sup> dicha empresa distribuye los recubrimientos decorativos que produce a través de [REDACTED] \*

La información presentada por las recurrentes se refiere, por una parte, a los centros de distribución de BEREL y, por otra, en la historia general de ambas compañías. Como se ha señalado, la inspección no

<sup>386</sup> En este aspecto, resulta aplicable, por analogía, la tesis XIX.2o.P.T.37 I. del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, cuyo rubro es: "INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PÁGINA DE INTERNET. AL EQUIPARARSE SU IMPRESIÓN A UNA PRUEBA DOCUMENTAL, LE RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA ÉSTA POR LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO RESPECTO A SU OFRECIMIENTO, ADMISIÓN, DESAHOGO, OBJECIONES, ALCANCE Y VALOR PROBATORIO" y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>387</sup> Al respecto, resulta aplicable la tesis V.3o.10 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO", misma que ha sido citada con anterioridad.

<sup>388</sup> En este sentido, resulta aplicable por analogía la tesis V.3o.9 C, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, cuyo rubro es: "DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO" y que ha sido citada con anterioridad.

<sup>389</sup> Véase el escrito presentado el diez de junio de dos mil trece.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

es la prueba idónea para determinar la autoría o titularidad de una página de Internet, pero sí puede probar la existencia de su contenido.

Respecto de estos elementos, se aclara que es falso que la CFC haya establecido que los contratos de distribución [redacted] de COMEX impidan por sí mismos y con independencia de otros elementos, como el reconocimiento de marcas, la penetración de los productos de los competidores. Una vez más se aclara que la barrera a la entrada que identificó la RESOLUCIÓN consiste en la existencia de limitantes para tener acceso a canales de distribución eficientes (propios o de terceros), y esto está dado por la extensión de la red requerida, el tiempo que toma desarrollarla y la necesidad de desarrollar también marcas reconocidas.

Los señalamientos de las recurrentes sobre la presencia de BEREL y su red de distribución confirman lo argumentado en relación con la importancia de contar una red de distribución que tenga presencia a nivel nacional y que esto se erige como una barrera a la entrada. En este caso, como ya se mencionó en la RESOLUCIÓN, BEREL es el [redacted] competidor con mayor participación en el mercado de recubrimientos decorativos. Por su parte, las recurrentes indican que BEREL cuenta con una extensa red de 1000 puntos de venta, de tal forma que BEREL es el [redacted] competidor gracias a que también controla la [redacted] red [redacted] de ventas al por menor. De acuerdo con la información que obra en su página de Internet, es posible que el desarrollo de dicha red haya tomado más de setenta años, dado que la empresa surgió en 1937.<sup>390</sup>

En el caso de la PRISA, la RESOLUCIÓN estableció que es la [redacted] marca con mayor participación de mercado en recubrimientos decorativos, con una participación entre [redacted] por ciento y [redacted] por ciento. PRISA es señalada por las recurrentes como una empresa importante en el Occidente del país. Lo anterior confirma el argumento de esta COMISIÓN respecto de la importancia de tener presencia a nivel nacional. Debido a que PRISA es un competidor que ha sido capaz de incursionar en el mercado de recubrimientos decorativos de una manera local o regional, ha tenido un impacto limitado en el mercado nacional, ya que la participación de mercado de PRISA es marginal comparada con la participación de mercado que tiene COMEX.

**Documento adicional presentado el seis de septiembre de dos mil trece**

**Las recurrentes ofrecieron como prueba el primer testimonio del instrumento público 63,990 de seis de septiembre de dos mil trece, pasado ante la fe del Notario Público número 102 del Distrito Federal, por medio del cual el señor [redacted] de SW formula diversas declaraciones ante notario publico.**

Con esa prueba, las recurrentes pretenden acreditar que: (i) AXALTA participa en el mercado decorativo en México; (ii) AXALTA ve grandes oportunidades de crecimiento en el mercado decorativo, y (iii) AXALTA emprendió una importante competencia en el mercado decorativo, a tal grado que contrató a una importante firma de búsqueda y selección de ejecutivos de alto nivel [redacted] para allegarse de los servicios de altos directivos que trabajan para sus competidores. Asimismo, las recurrentes señalaron que esta prueba se relaciona con el correo electrónico que fue exhibido por las PARTES mediante escrito de fecha 10 de julio de 2013 y que la CFC deberá hacer referencia a esta prueba en los apartados del escrito de fecha ocho de agosto de dos mil trece, en los que se invocan los anexos 25, 26, 27 y 28 del recurso de reconsideración.

<sup>390</sup> Véase la página de Internet: [http://www.berel.com.mx/quienes\\_somos.php](http://www.berel.com.mx/quienes_somos.php).

En este aspecto, al consultar la fe de hechos respectiva, se advierte que el notario hace constar que [REDACTED] se indicó que fue contactado vía *linkedin* por una persona que se ostentó como [REDACTED] de la empresa [REDACTED] con la finalidad de obtener su número de teléfono, así como que posteriormente fue contactado por la [REDACTED] de esa empresa, derivado de lo cual le solicitó acudir a sus oficinas.

Asimismo, hace constar que el solicitante de esa fe de hechos declara que el trece de junio de dos mil trece *“acudió personalmente”* al domicilio de [REDACTED] y esa [REDACTED] le manifestó que *“una importante compañía de recubrimientos buscaba a un líder estratégico para expandir su negocio de recubrimientos arquitectónicos en México, que en unos días le mandarían la información necesaria para reunirse con los representantes de la compañía interesada a la cuenta de correo electrónico que él les indicará [sic] motivo por el cual proporcionó”* una cuenta de correo electrónico.

También hace constar que el solicitante de la fe de hechos declaró que fue contactado vía correo electrónico *“en el cual le proporcionaba la información necesaria para acudir a una reunión”* con una persona *“la cual se llevaría a cabo el día veintisiete de junio del presente año”*; que acudió a una reunión con quien dijo ser [REDACTED] de *“Dupont Performance Coatings, y personas de Axalta Coating Systems y que lo invitaron a trabajar como Director de Unidad de Negocio de la empresa “Axalta Coating Systems en México, con la intención de capitalizar su experiencia en el negocio de recubrimientos arquitectónicos y tomar ventaja de lo que consideraba era una oportunidad de negocios para “Axalta Coating Systems”, describiendo agresivos planes para crecer en el negocio de recubrimientos arquitectónicos en México y que “no obstante el atractivo ofrecimiento formulado por “Axalta Coating Systems, consideró que era más conveniente continuar prestando sus servicios para SW.*

Asimismo, indica que el solicitante ingresó a su cuenta de correo electrónico e imprimió dos correos electrónicos y el contenido de varias direcciones electrónicas de *linkedin* que se adjuntaron a la fe de hechos.<sup>391</sup>

A las declaraciones realizadas en esa fe de hechos les corresponde el valor de testimonial prevista en los artículos 93, fracción VI, 165, 166, 197 y 215 del CFPC, ya que se trata de una declaración ante un fedatario público; sin embargo **no constituye prueba plena de lo asentado en dicho documento**, ya que lo único que de lo que hacen fe es que se hicieron dichas declaraciones ante notario público, pero sin las formalidades que exige el CFPC, por lo que **resulta una prueba ineficaz**, por sí misma, para sustentar lo que pretenden las recurrentes.<sup>392</sup>

Por otro parte, respecto de los documentos electrónicos que se acompañan a dicha fe de hechos y que imprimió el solicitante, tampoco son susceptibles de probar lo que pretenden las recurrentes, pues el artículo 210 A del CFPC establece que para valorar la fuerza probatoria de la información generada o

<sup>391</sup> Las recurrentes acompañaron a su prueba de una “traducción de partes relevantes” y que básicamente se refieren a supuesta información curricular respecto de las personas a que hace referencia el solicitante de la fe de hechos.

<sup>392</sup> Resulta aplicable la siguiente tesis emitida por el P.J.F: ***“DECLARACION HECHA EN UN INSTRUMENTO PÚBLICO. SU VALOR EN JUICIO. La circunstancia de que la declaración de una persona se asiente en un instrumento público, no atribuye al contenido de aquélla, el carácter de prueba plena, ya que lo único de lo que hace fe es que, ante el funcionario que intervino, se hizo la declaración, por lo que dicha declaración no constituye una prueba documental, sino una testimonial rendida sin las formalidades de ley, por haberse recibido por funcionario público, que no es autoridad judicial y sin audiencia de la parte contraria. Sexta Época.”*** Tercera Sala SCJN. Apéndice de 1995, Tomo IV, Parte SCJN, materia Civil, tesis: 198, página: 135, Registro 392325.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

comunicada que conste en medios electrónicos se debe estimar la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir el contenido de la información y ser accesible para su ulterior consulta. Las recurrentes no ofrecieron prueba alguna para demostrar que ese correo pudiera haber sido enviado por la persona que se señala en la fe de hechos y tampoco acreditan que los vínculos a *linkedin* contengan información apegada a la realidad. De hecho, los correos electrónicos que se adjuntan a la fe de hechos únicamente señalan el nombre de una persona de [REDACTED] pero no de alguna persona de “Dupont Performance Coatings” o de Axalta Coating Systems.

Por tanto, la prueba que se analiza carece de valor y alcance para demostrar lo que pretenden las recurrentes.

*D. Cálculos e información preparada por las recurrentes*

- i) **Anexo 10. Mapas y tablas correspondientes a diez localidades en la que existe mayor presencia de SW o en la que la suma de los puntos de venta SW-COMEX resultaría mayor**

[REDACTED]

SW y AVISEP pretenden acreditar: (i) que el efecto de la concentración a nivel local resulta marginal incluso en las localidades en la que existe mayor presencia de SW o en aquellas donde los puntos de venta SW-COMEX resultara mayor, pues los consumidores cuentan con suficientes opciones para adquirir productos distintos a SW y COMEX, y (ii) la existencia de numerosos competidores que ejercen disciplina competitiva a COMEX y SW a nivel local, regional y nacional.

Por lo que hace al Anexo 10, las recurrentes ofrecieron como prueba, además, la inspección de páginas web en términos de lo dispuesto por 50 del RLFCE, respecto de la página del INEGI <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/mapa/denue/default.aspx>, misma que fue desahogada el veintiséis de agosto de dos mil trece.<sup>393</sup> Sin embargo, el vínculo correspondiente se refiere a la página principal del Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas. Así, se advierte que el Anexo 10 proviene de información del INEGI, por lo cual se trata de datos estadísticos que constituyen un hecho notorio para esta autoridad.<sup>394</sup>

<sup>393</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898.

<sup>394</sup> Al respecto, resultan aplicables, por analogía, las siguientes tesis: “HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR. Los datos que aparecen en las páginas electrónicas oficiales que los órganos de gobierno utilizan para poner a disposición del público, entre otros servicios, la descripción de sus plazas, el directorio de sus empleados o el estado que guardan sus expedientes, constituyen un hecho notorio que puede invocarse por los tribunales, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de diseminación y obtención de datos denominada “internet”, del cual puede obtenerse, por ejemplo, el nombre de un servidor público, el organigrama de una institución, así como el sentido de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular”. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 2470, y “HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LA PÁGINA ELECTRÓNICA QUE EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN UTILIZA PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS Y, POR



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

El Anexo 10 únicamente refiere información sobre el supuesto número de tiendas de SW, COMEX, Distribuidores de SW y otros competidores. En general, conforme a esa información se advierte que en esas localidades habría muchos puntos de venta de los competidores; sin embargo, ese señalamiento no combate lo establecido en la RESOLUCIÓN, pues ésta en su página 109 indica con claridad que según las recurrentes existen más de sesenta mil puntos de venta en México, pero que ello no es en realidad una presión competitiva para COMEX, en tanto que ésta “*cuenta principalmente con [redacted] distribuidores [redacted] tiene una participación de mercado de [redacted] por ciento; ello implica que los puntos de venta que corresponden a los competidores de Comex pueden ser muchos, pero venden muy poco en comparación con los concesionarios de Comex, por lo que difícilmente pueden generar una presión competitiva suficiente*”<sup>395</sup> así como que:

“Según los datos proporcionados por los promoventes, resulta que las tiendas Comex manejan volúmenes de ventas mucho mayores que sus competidores. De acuerdo con la empresa, el [redacted] por ciento de sus ventas totales se hicieron a través de las [redacted] tiendas que operan sus concesionarios. Considerando solamente las ventas de recubrimientos decorativos de Comex, que representaron [redacted] litros en dos mil doce, el [redacted] por ciento de ellas significa [redacted] de litros, que divididos entre las [redacted] tiendas Comex da un promedio de [redacted] litros.

Si efectivamente existen aproximadamente 60,000 (sesenta mil) establecimientos que comercializan recubrimientos decorativos como señalaron los promoventes, Comex tiene [redacted] tiendas de concesionarios y SW tiene [redacted] tiendas propias y [redacted] de distribuidores certificados, resulta que los expendios distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW son aproximadamente [redacted]. Tomando en consideración un mercado con un tamaño de [redacted] litros, de acuerdo con los promoventes, resultaría que entre los [redacted] expendios distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW comercializarían [redacted] litros, esto es un promedio de [redacted] litros al año. Esto significa que el volumen que cada tienda Comex expende es [redacted] veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW.”<sup>396</sup>

Como se desprende de la cita anterior, la existencia de [redacted] puntos de venta adicionales a los pertenecientes a COMEX y SW constituye un hecho reconocido por la RESOLUCIÓN. No obstante, entre las razones que la RESOLUCIÓN hizo notar se encuentra el hecho de que “Comex controla un sistema de distribución constituido por [redacted] distribuidores [redacted] que constituyen su

---

ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR. Los datos que aparecen en la página electrónica que el Poder Judicial de la Federación utiliza para poner a disposición del público, entre otros servicios, el directorio de sus empleados, constituye un hecho notorio, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de disseminación y obtención de datos denominada “Internet”, del cual puede obtenerse el nombre del servidor público, el cargo que ocupa, así como su historial laboral; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular”. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Agosto de 2007; Pág. 1643.

<sup>395</sup> Véase la página 109 de la RESOLUCIÓN.

<sup>396</sup> Véase la nota al pie 128 contenida en las páginas 109 y 110 de la RESOLUCIÓN.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*principal canal de distribución y que es, por mucho, más grande que el que podría tener cualquiera de sus competidores”.*<sup>397</sup>

Al respecto, los recurrentes no han presentado evidencia que acredite la existencia de un solo competidor que cuente con una red de distribución similar a la que tiene COMEX, la cual le permite, de acuerdo a lo señalado por SW y AVISEP.<sup>398</sup>

*“Servir a los consumidores a través de concesionarios:*

- Más de \* puntos de venta, la mayor red de tiendas de pintura en el país
- Más de \* transacciones por día
  - Acceso y conocimiento de \* clientes de su tipo en México
- Establecedor de tendencias

\*  
[Redacted]

*Sirviendo a los consumidores directamente*

- Infraestructura excepcional que cubre a clientes \*
  - La colaboración con red de tiendas permite la penetración al cliente y el conocimiento local específico que ayuda a anticipar las necesidades del cliente a través de un amplio portafolio de productos
- La cobertura \* permite soluciones a medida
  - El desarrollo de soluciones específicas para los clientes a través de \*

*Comex aprovecha su escala para entender a sus clientes y les ofrece soluciones a medida ilimitadas a través de un amplio portafolio de productos.”*

Asimismo, las recurrentes no aportan en dicho anexo participaciones en el mercado local de recubrimientos decorativos. Por lo tanto, no es posible identificar el tamaño de las tiendas en cada municipio en términos de sus ventas. De esta forma, tampoco es posible saber si es o no insignificante la adición de SW a Comex en cada municipio.

Por otro lado, en relación con la afirmación según la cual el Anexo 10 permite acreditar la existencia de numerosos competidores que ejercen disciplina competitiva a COMEX y SW a nivel local, regional y nacional, se señala que el Anexo 10 no contiene datos ni cifras respecto de montos o volúmenes de ventas, participaciones de mercado o cualquier otro indicador que permita evaluar o corroborar que efectivamente existe la presión o disciplina competitiva que señalan. Como se señaló anteriormente, el número de tiendas por sí mismo no constituye un indicador válido debido a que la información presentada no permite identificar el tamaño de las tiendas en cada municipio en términos de sus ventas.

El artículo 11 del RLFCE establece que para determinar participaciones de mercado se deberán tomar en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la CFC (ahora la COFECE) determine. Al respecto, las recurrentes no explican en qué medida el número

<sup>397</sup> Véase la página 109 de la RESOLUCIÓN.

<sup>398</sup> Dicha información se encuentra contenida en la PRESENTACIÓN EJECUTIVA Folios 5796 y 6001 del EXPEDIENTE.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

de tiendas en las que potencialmente se puede vender pintura constituye un indicador viable para medir participaciones de mercado o evaluar la disciplina competitiva.

El dato de participación de mercado basado en el número de tiendas no permite establecer el grado de competencia entre productores comercializadores de recubrimientos decorativos que es donde se darán los efectos de la operación. Un tienda de pintura puede vender marcas de uno, dos o más productores, y esto no se puede conocer con el simple dato del número de tiendas por localidad. Más aun, la información presentada no permite conocer qué productores efectivamente tienen presencia en las localidades señaladas en el estudio ofrecido por las recurrentes. Por lo tanto, el cálculo de participaciones de mercado basado en el número de tiendas es un indicador inválido e insuficiente respecto del nivel de competencia a nivel local.

Se reitera que el volumen que cada tienda COMEX expende es [REDACTED] \* veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW; en este sentido, con base en la información que obra en el expediente, no es posible concluir que la mera existencia de un número determinado de tiendas que no guardan relación con las recurrentes constituya información suficiente para acreditar la supuesta presión competitiva.

- ii) **Anexo 11. Análisis de uso de tiendas por clientes de SW. SW y AVISEP pretenden acreditar que los consumidores compran recubrimientos en un número limitado de tiendas [REDACTED] y lo hacen conforme a la opción que este más cercana a ellos, por lo que no es necesario contar con un gran número de tiendas para lograr ser competitivo.**
- iii) **Anexo 13. Análisis del incremento del volumen de producción de recubrimiento en México de mil novecientos noventa y cuatro a dos mil diez. SW y AVISEP pretenden acreditar la existencia de un incremento consistente en la producción de recubrimientos a través de los años.**
- iv) **Anexo 16. Análisis de venta de pinturas de SW por municipio. SW y AVISEP pretenden acreditar que [REDACTED] \* de las ventas de SW ocurren en municipios en los que SW [REDACTED] \***

Dicha información consiste en documentales privadas que aparentemente fueron realizados por las propias recurrentes y que tienen el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203 y 206 del CFPC; por ello, por sí mismas son incapaces de demostrar los hechos que refieren, pues para ello tendrían que estar administradas con algún otro medio de convicción; no obstante, las recurrentes no ofrecen alguna forma de confirmar que lo que aparece en dichos documentos efectivamente es cierto. Por tanto, se trata de elementos de convicción que no tienen el valor para acreditar lo que pretenden las recurrentes.

En este sentido, las recurrentes no explican la metodología o las operaciones que siguieron para realizar esos cálculos. Tampoco acompañaron alguna otra prueba, como podría ser la pericial, para demostrar que efectivamente los datos que presentan se apegan a la realidad.

Por lo que hace al Anexo 11, el mismo no incluye la más mínima explicación o descripción de los datos expresados. Los títulos de las columnas son: "Pintura Tipo de ingreso", "Número de clientes", "Ventas en tiendas 1 y 2", "2012 Ventas en tiendas 3+" y "Total".

La primera columna que versa sobre el tipo de ingreso, cuenta con una subdivisión en cinco intervalos que van de [REDACTED] \*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En este caso, no es posible saber si los ingresos son por ventas de pintura o si corresponden a los ingresos que registran los distribuidores de acuerdo a la cantidad de pintura que le compra cada tienda, además no es posible entender si los ingresos son diarios, semanales, mensuales o anuales.

La segunda columna representa el número de clientes que corresponden a cada subdivisión: de esta columna se puede inferir que a  $\blacksquare$  \* ingreso  $\blacksquare$  \* número de clientes. Sobre las dos columnas siguientes: "Ventas en tiendas 1 y 2" y "2012 Ventas en tiendas 3+"; no se entiende cómo se obtienen tales cifras, cuáles son esas tiendas 1, 2 y 3+; ni mucho menos a qué se refieren las cifras negativas. Finalmente, la columna denominada "Total" representa la suma de la tercera y cuarta columna. Por lo tanto, la tabla del Anexo 11 no permite corroborar lo que las PARTES pretenden. Sólo se desprende que las ventas de las tiendas 1 y 2 son  $\blacksquare$  \* que las de las tiendas 3+. Se podría presumir que la elección de las tiendas 1, 2 y 3+ repercute en este resultado.

Por otro lado, las recurrentes pretenden acreditar que la demanda de pinturas es local y conforme a la opción más cercana al consumidor por lo cual a su entender no es necesario contar con un gran número de tiendas para ser competitivo; dicho señalamiento tampoco es susceptible de desvirtuar la RESOLUCIÓN, pues incluso ésta reconoce que efectivamente el consumidor acude a las tiendas que tiene cerca; sin embargo, las recurrentes olvidan, como ya se ha señalado, que la dimensión geográfica del mercado la determinan tanto la oferta como la demanda. Mientras que por el lado de la demanda, efectivamente la dimensión geográfica podrá ser local, ya que un consumidor no se desplaza de una ciudad a otra para encontrar su pintura favorita, por el lado de oferta la dimensión del mercado es claramente nacional debido a que la red de distribución de los promoventes es nacional y sobre todo a que las decisiones de precios, calidad, variedad, producción, publicidad, etc., se toman a nivel corporativo con implicación nacional y no a nivel local.

Asimismo, las recurrentes olvidan que la RESOLUCIÓN señaló en su página 50 que: "*Los consumidores de recubrimientos se abastecen a nivel local y les resultaría costoso el desplazarse a una localidad distinta para adquirirlos. Sin embargo, no es posible realizar el análisis del impacto en la competencia de la operación, pues los promoventes no proporcionaron la información para realizar el análisis a nivel de localidad*".

Por lo que hace al Anexo 13, el mismo no resulta inconsistente con el análisis de barreras a la entrada contenido en la RESOLUCIÓN y según el cual resultan relevantes no sólo los plazos y costos de instalación de una planta, sino también los costos y el tiempo para establecer la distribución y comercialización de los productos a nivel nacional. Lo anterior debido a que los  $\blacksquare$  competidores en el mercado de recubrimientos decorativos; es decir, las empresas que realizan la gran mayoría de las ventas en el país  $\blacksquare$  cuentan con sistemas de distribución a nivel nacional y con un número significativo de puntos de venta a nivel nacional.

El Anexo 16 es una tabla que lleva por título "Ventas de productos arquitectónicos en tiendas propias de SW". La tabla cuenta con tres columnas: la primera "Etiquetas", la segunda "Cuenta de valores de Sucursal" y la tercera "Suma de TTL menos distribuidor".

La última columna está dividida en dos partes, cuando hay más de una tienda y que acumula hasta el  $\blacksquare$  \* y cuando hay sólo una tienda que acumula el  $\blacksquare$  \*. Si dividimos el total de ventas entre el número de tiendas, para el primer caso se tiene que  $\blacksquare$  \* entre  $\blacksquare$  \* tiendas nos da un promedio de ventas por tienda de  $\blacksquare$  \* mientras que para el segundo caso se dividen  $\blacksquare$  \* entre  $\blacksquare$  \* tiendas, lo que implica un promedio de ventas por tienda de  $\blacksquare$  \*. Se puede



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

notar que la diferencia en promedio de ventas por tienda no es significativa para ambos casos. Por lo tanto, el argumento de las PARTES respecto a que la mayoría de las ventas en tiendas propias de SW se realiza en municipios en los que [REDACTED] \* no permite concluir lo que pretenden; es decir, que hay un número significativo de competidores en cada municipio y que no existen barreras a la entrada en la apertura de tiendas de pintura. Las recurrentes no aportan participaciones en el mercado local de recubrimientos decorativos. Por lo tanto, no es posible identificar el tamaño de las tiendas en cada municipio en términos de sus ventas. De esta forma, tampoco es posible saber si es o no insignificante la adición de SW a Comex en cada municipio.

### III. Hechos notorios.

En su recurso de reconsideración, SW y AVISEP señalaron:

**Si bien cada uno de los mercados e industrias tienen sus particularidades y por ende cada concentración tiene sus peculiaridades, basado en las características del mercado de recubrimientos y los elementos contenidos en el expediente CNT-095-2012, así como aquellos aportados por las PARTES en el presente recurso de reconsideración, la CFC deberá observar como hechos notorios los siguientes elementos concluidos en las resoluciones que se citan a continuación, mismos que fueron resueltos por esa misma autoridad:**

- (i) **Bajas barreras de entrada de producción (concentraciones CNT-054-2012 y CNT-079-2012);**
- (ii) **Existencia de competidores internacionales importantes y nuevos entrantes (CNT-054-2012 y CNT-052-2010);**
- (iii) **Los índices constituyen una herramienta, pero deben ser completados con otros análisis (CNT-042-2012);**
- (iv) **No afectación a condiciones de competencia, no obstante la reducción de competidores y el aumento de participaciones de mercado (CNT-042-2012);**
- (v) **Presencia de múltiples competidores con capacidad para contrarrestar posibles acciones unilaterales (CNT-036-2012);**
- (vi) **Nuevos entrantes o expansión con capacidad económica importante (CNT-040-2011); y**
- (vii) **Bajas barreras para establecimiento de tiendas al público (CNT-017-2011).**

En este aspecto, las recurrentes ofrecieron como prueba de hechos notorios, las siguientes:

- i) Anexo 30. "Hechos notorios":

*"Se invocan como hechos notorios para esa CFC, por haberse tramitado y resuelto por ella misma, además de los referidos en este escrito, todos y cada uno de los documentos contenidos en los siguientes expedientes y específicamente las resoluciones emitidas en los siguientes procedimientos.*

- *Concentración CNT-017-2011.*
- *Concentración CNT-059-2012.*
- *Denuncia DE-013-2010.*
- *Concentración CNT-054-2012.*
- *Concentración CNT-079-2012.*

- Concentración CNT-052-2010.
- Concentración CNT-042-2010.
- Concentración CNT-036-2012.
- Concentración CNT-040-2011.
- Concentración CNT-017-2011.

*Esta prueba se encuentra relacionada con todos y cada uno de los hechos identificados en el presente recurso de reconsideración, específicamente acredita que:*

*a) En la concentración CNT-017-2011, la CFC concluyó que aún [sic] cuando los índices de concentración rebasaran los umbrales establecidos por la CFC, no se advirtió que la concentración pudiera tener efectos contrarios a la competencia en las distintas localidades/regiones en los que se llevó a cabo el análisis.*

*b) Con motivo de la concentración CNT-059-2012 conocía la venta del negocio de recubrimientos de "Dupont Performance Coatings".*

*c) Con motivo de la denuncia DE-013-2010, la CFC debe dimensionar la expansión e importancia de The Home Depot en México.*

*d) De las concentraciones CNT-054-2012, CNT-079-2012, CNT-052-2010, CNT-042-2010, CNT-036-2012, CNT-040-2011, CNT-017-2011, se desprende que la CFC al emitir la resolución a este Recurso de Reconsideración, deberá tomar en consideración lo resuelto en dichos expedientes respecto: (i) bajas barreras de entrada de producción; (ii) la existencia de competidores internacionales y nuevos entrantes; (iii) los índices constituyen una herramienta, pero deben ser completados con otros análisis; (iv) no afectación a condiciones de competencia, no obstante la reducción de competidores y el aumento de participaciones de mercado; (v) presencia de múltiples competidores con capacidad para contrarrestar posibles acciones unilaterales, (vi) nuevos entrantes o expansión con capacidad económica importante, y (vii) bajas barreras para el establecimiento de tiendas al público.*

*Para el caso de que dicha CFC no considere dichos expedientes y resoluciones como hecho notorio, las Partes solicitan la realización de una inspección de los referidos expedientes en las oficinas de esta CFC, concretamente de las resoluciones finales recaídas a los mismos."*

- ii) **Anexo 18.** Resolución de once de octubre de dos mil doce, emitida por la CFC en el expediente CNT-059-2012. SW y AVISEP pretenden acreditar que la CFC tenía conocimiento fehaciente de la entrada de AXALTA al mercado tras la venta del negocio de recubrimientos de Dupont Performance Coatings, por lo que pudo haber requerido información a dicho agente respecto de sus planes de expansión respecto de productos decorativos y no revertir de manera imposible la carga de la prueba a SW y AVISEP.

Las manifestaciones de las recurrentes resultan **inoperantes**, según se expone a continuación:

Las recurrentes señalan como hechos notorios diversas resoluciones emitidas en otros expedientes ante la CFC y pretenden que a partir de esas resoluciones se desprenden diversos hechos o situaciones que fortalecen su posición respecto a que se debe autorizar la concentración que notificaron.

En este aspecto, suponiendo que en realidad existiera una analogía entre los casos analizados en los expedientes citados por las recurrentes y el que se analizó en el EXPEDIENTE, las razones que se exponen para demostrar que en otra resolución se aplicaron criterios distintos **no combaten** las razones

de la RESOLUCIÓN, misma que se sustenta en sus propios motivos y consideraciones y no en los sostenidos en otros asuntos.<sup>399</sup>

Por otra parte, los asuntos con los que tratan de ejemplificar los criterios de la CFC no son iguales y en ocasiones ni siquiera similares al caso en estudio; de hecho, derivan de situaciones (como participaciones de mercado, condiciones temporales y barreras a la entrada) completamente distintas. De esta forma, algunos mercados son totalmente diferentes e implican un análisis respecto de empresas distintas que motivan un análisis caso por caso, por lo que no se les puede considerar como un verdadero precedente de una situación jurídica idéntica o siquiera aplicable por analogía.

Así, las recurrentes tratan de crear una regla general a partir de decisiones que consideran similares argumentando una supuesta analogía, pero dejan de observar que las decisiones de esta COMISIÓN se realizan en función de un análisis particular de cada caso concreto; es decir, las circunstancias particulares de las decisiones tomadas en relación con los asuntos que exponen a manera de ejemplo fueron analizadas en cada uno de los casos que presentan, siendo que las condiciones de uno u otro caso no pueden constituir elementos que deban llevar a una única conclusión o que se conviertan en una regla general aplicable a todas las concentraciones notificadas ante la COMISIÓN.

Por lo anterior, las conclusiones a las que arribó la RESOLUCIÓN son congruentes con las circunstancias particulares y actuales del caso concreto y de la situación particular de los agentes económicos solicitantes en los mercados. El análisis de las particularidades de cada caso en el momento preciso en el que se efectúa la solicitud para realizar una concentración atienden en parte a que dichas condiciones no son estáticas sino dinámicas.

En todo caso, las recurrentes citan antecedentes que no son iguales al caso que se analizó en el EXPEDIENTE. La aplicación del mismo criterio en esos asuntos y en el que ahora se estudia no sólo podría ser perjudicial para la competencia y la libre concurrencia, sino que constituiría una aplicación indebida de un criterio aplicable para un caso, pero que no puede considerarse una regla aplicable a todos los asuntos que pudieran haberse tramitado ante la CFC.

Adicionalmente, se señala que, tal y como lo determinó el acuerdo de admisión de pruebas del presente expediente, al ser hechos notorios para esta autoridad, resultaba ociosa la inspección de los expedientes señalada por las recurrentes.

### **Expediente CNT-017-2011**

Ahora bien, en dicho expediente se analizó una concentración entre dos empresas: Elementia y Cuprum cuyo objeto era la asociación de los negocios de extrusión de aluminio pertenecientes a Elementia a cambio de la adquisición de acciones por parte de Cuprum respecto de una subsidiaria de Elementia. Conforme a la resolución emitida en ese expediente, se señaló que *“Las partes coinciden en territorio nacional en la producción y comercialización de perfiles de aluminio, ventanas y puertas de aluminio,*

---

<sup>399</sup> En este aspecto, los recurrentes citan una tesis de una Sala de la SCJN; sin embargo, la entonces Cuarta Sala del mismo Alto Tribunal también sostuvo lo siguiente: *“PRECEDENTES, MODIFICACION DE LOS. Si la responsable en su laudo ignoró precedentes de ella misma dictados en casos análogos; en todo caso el sentido del laudo reclamado sólo significaría que las circunstancias fueron diferentes en los distintos conflictos o que la responsable modificó su opinión sobre el particular, lo que en sí mismo no constituye violación de garantías”*. Sexta Época. Registro: 275671. SJF, Quinta Parte, XXXVI. Página: 91. El precedente es: Amparo directo 7313/59. Fábrica de Dulces “La Victoria”, S. A. 9 de junio de 1960. Cinco votos. Ponente: Arturo Martínez Adame.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

escaleras de aluminio, así como en la operación de tiendas al menudeo de perfiles y productos relacionados para ventanas y puertas de aluminio” (página 2). En la misma resolución se señala que:

*“En el mercado de perfiles de aluminio [...] los índices de concentración se ubican dentro de los parámetros establecidos por la Comisión para considerar que una concentración tendría pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia. Así, no se prevé que la operación notificada implique un riesgo para la competencia.*

[...]

*El mercado de ventanas y puertas de aluminio, evaluado a un nivel geográfico nacional, se encuentra pulverizado y las partes tienen en conjunto una participación de mercado de menos del cinco por ciento. Además, enfrentan a un sinnúmero de alumineros independientes, por lo que los índices se ubicaron dentro de los parámetros establecidos por la Comisión. Por lo anterior, no se prevé que la concentración evaluada otorgue a las partes la capacidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante.*

*En el mercado de escaleras de aluminio, bajo el peor escenario para la competencia que es el que incluye a todo el mercado nacional, Cuprum tiene una participación elevada, mientras que Conesa tiene una participación de menos del cinco por ciento. Los índices de concentración se ubican fuera de los parámetros establecidos por la Comisión. No obstante, no se prevé que puedan darse efectos contrarios a la competencia, en virtud de que: i) la venta de escaleras de Conesa es mínima [...] la operación de producción de escaleras de Conesa se realiza en un pequeño taller [...] en territorio nacional opera el principal productor de y comercializador de escaleras de los EUA; Werner, sociedad que comercializa el 63% de las ventas totales de escaleras en dicho país; Werner inició recientemente operaciones en México y, aunque en territorio nacional tiene una participación de mercado pequeña, tiene una planta productora de escaleras en Ciudad Juárez, Chihuahua, a través de la cual podría abastecer al mercado nacional.*

*En el mercado de operación de tiendas al menudeo de perfiles y productos relacionados para ventanas y puertas de aluminio, mercado analizado bajo una dimensión geográfica local, las partes coinciden en las siguientes localidades: [...] En las localidades de Guadalajara-Zapólan [sic], Veracruz, León, Monterrey y área conurbada, Culiacán y Ciudad Juárez los índices de concentración superan los parámetros establecidos por la Comisión. No obstante, no se prevé que la concentración pueda tener efectos contrarios [sic] a la competencia en dichas localidades, pues: a) la instalación de una tienda únicamente requiere de un local, que normalmente se renta, así como estantes y la compra de inventario; b) no es costoso instalar tiendas; c) tiendas de un tamaño similar a las de Cuprum y Conesa requieren de una inversión de [...] más el costo de inventario correspondiente y d) el período de acondicionamiento de una tienda es relativamente corto, de 6 a 8 semanas a partir de la renta del local*

*En cuanto a los efectos de conglomerado que podrían resultar de la ampliación del portafolio que pudieran llegar a tener Elementia, incluyendo los grupos a los que pertenecen sus accionistas y Cuprum en caso de que actuaran de forma coordinada no se identificaron efectos adversos a la competencia como resultado de una posible ampliación del portafolio de productos de las empresas involucradas. Lo anterior, en virtud de que los canales de distribución y los tipos de clientes que son atendidos por empresas como Cuprum con productos de aluminio son distintos a los canales de distribución y tipos de clientes atendidos por Elementia y los grupos económicos a los que pertenecen sus accionistas.*

*Cabe agregar que Cuprum, a través de su subsidiaria Grupo Metro Aluminio, al igual que Elementia, comercializa láminas de aluminio. Sin embargo, de la información presentada por los*



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*promoventes, se observa que las láminas de aluminio comercializadas por las partes no tienen los mismos usos [...]”.*<sup>400</sup>

Las recurrentes señalan que la CFC concluyó en dicho expediente que aun cuando los índices de concentración rebasaron los umbrales establecidos por la CFC no se advirtió que la concentración pudiera tener efectos contrarios a la competencia en las distintas localidades o regiones en las que llevó a cabo el análisis. Asimismo, indican específicamente que en dicho asunto se tomó en consideración el hecho de que existían bajas barreras a la entrada para establecimientos de tiendas al público.

Lo señalado por las recurrentes olvida que, a diferencia de lo que se indicó en dicha resolución, en el presente caso: i) los índices de concentración no son el único elemento que sustenta la negativa para autorizar la autorización notificada, y ii) existen barreras a la entrada que consisten principalmente en la existencia de capacidad ociosa por parte de COMEX, las existencia de redes de distribución necesarias para comercializar los recubrimientos decorativos y el reconocimiento necesario de marca por parte del consumidor. De hecho, a diferencia de lo que sucede en el presente caso, en aquél se consideró expresamente que *“los canales de distribución y los tipos de clientes que son atendidos por empresas como Cuprum con productos de aluminio son distintos a los canales de distribución y tipos de clientes atendidos por Elementia y los grupos económicos a los que pertenecen sus accionistas”*.

#### **Expediente CNT-059-2012**

Las recurrentes ofrecieron como prueba de hechos notorios el anexo 18 (resolución emitida en el expediente CNT-059-2012). Señalaron que ese expediente acredita que la CFC tenía conocimiento fehaciente de la entrada de AXALTA al mercado tras la venta del negocio de recubrimientos de Dupont Performance Coatings, por lo que pudo haber requerido información a dicho agente respecto de sus planes de expansión respecto de productos decorativos y no revertir de manera imposible la carga de la prueba a SW y AVISEP.

En dicho expediente se analizó una operación por medio de la cual se notificó una concentración consistente en la adquisición por parte de Flash Bermuda (vehículo de inversión controlado por fondos de inversión administrados por The Carlyle Group) del negocio de recubrimientos denominado *“Dupont Performance Coatings”* en varios países, incluyendo México. Conforme a dicha resolución, *“las empresas y activos adquiridos en México se dedican a la fabricación y venta de recubrimientos líquidos y en polvo para automóviles y otras aplicaciones de transporte. El negocio adquirido opera a través de cuatro áreas: (i) reparación de automóviles, (ii) fabricantes de equipo original del sector automotriz, (iii) recubrimientos industriales líquidos, y (iv) recubrimientos industriales a base de polvo”*<sup>401</sup> y que *“La transacción implica la participación de The Carlyle Group por primera vez en el mercado de recubrimientos líquidos y en polvo para automóviles y otras aplicaciones de transporte, por lo que no se modifica la estructura del mercado relevante y sólo conlleva a la sustitución de agentes económicos”*.<sup>402</sup>

De esta forma, no se advierte cómo es que la operación analizada en dicho expediente podría cambiar las conclusiones de la RESOLUCIÓN, cuando en todo caso lo señalado al resolver la CNT-059-2012 se refiere a la adquisición del negocio de recubrimientos para transporte o para recubrimientos industriales y no para el segmento de recubrimientos decorativos. En este aspecto, como señala la

<sup>400</sup> Páginas 2 y 3 de la resolución correspondiente a dicho expediente.

<sup>401</sup> Página 1 de la resolución señalada.

<sup>402</sup> Página 2 de la resolución señalada.



1517

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

RESOLUCIÓN y lo reconocen las propias recurrentes, en el segmento de recubrimientos automotrices no se identificaron problemas de competencia, por lo que es imposible demostrar lo erróneo de la RESOLUCIÓN a partir de la entrada de un nuevo competidor a ese segmento y no a aquél que motivó las preocupaciones de la CFC al emitir la decisión que se recurre.

Asimismo, la afirmación según la cual mediante la resolución emitida dentro del expediente CNT-059-2012 se acredita que la CFC tenía conocimiento de la entrada de AXALTA al mercado tras la venta del negocio de recubrimientos de “Dupont Performance Coatings”, por lo que pudo haber requerido información a dicho agente respecto de sus planes de expansión de productos decorativos, en lugar de revertir la carga de la prueba, resulta una manifestación que no combate la RESOLUCIÓN. Lo anterior, debido a la RESOLUCIÓN no se sustenta en los planes de expansión “posibles” de una o de varias empresas, sino en la evaluación de la situación actual del mercado y en la proyección sobre la participación conjunta que resultaría en caso de que fuera aprobada la concentración (es decir, una proyección basada precisamente en el objetivo de la operación notificada, no en las eventuales decisiones comerciales de terceros). Asimismo, en forma alguna señalan las recurrentes cómo es que los supuestos planes de expansión que la autoridad debió recabar se traducen en disciplina competitiva que reduzca el riesgo real de la operación notificada dentro del expediente CNT-095-2012.

**Expediente DE-013-2010**

Las recurrentes señalan que con motivo de la denuncia identificada en ese expediente se debe dimensionar la expansión e importancia de THE HOME DEPOT en México.

Al respecto, en dicho expediente se analizó una denuncia por prácticas monopólicas relativas por parte de Lowe’s en contra de THE HOME DEPOT, respecto de supuestas relaciones de exclusividad entre esta última y veinte proveedores. Conforme a su denuncia, Lowe’s tuvo conocimiento de la posible existencia de dichas relaciones durante las negociaciones que tuvo con otros proveedores, quienes se negaron a venderle sus productos argumentando que tenían compromisos previos adquiridos con Home Depot o que ésta les había prohibido venderle productos a Lowe’s; en algunos casos, los proveedores habrían señalado que Home Depot los amenazó o los incentivó a efecto de que evitaran vender sus productos a Lowe’s.

En la resolución emitida el veinticuatro de mayo de dos mil trece, se consideró que THE HOME DEPOT había realizado actos con agentes económicos relacionados con compras que pudieran implicar esquemas de colaboración contractual que pudieran adecuarse a algunas de las prácticas por las que se inició la investigación. No obstante, en dicha resolución se admitieron los compromisos presentados por THE HOME DEPOT.

Ahora bien, las recurrentes únicamente señalan de forma general que en dicho expediente se advierte “la importancia” o la “expansión” de THE HOME DEPOT, pero no señalan ninguna razón adicional para ello. No explican en qué sentido los hechos denunciados permiten considerar que esa importancia o expansión efectivamente representa una presión competitiva para COMEX o para SW en el mercado de recubrimientos decorativos y ni siquiera demuestran que los hechos denunciados se refirieran a ese tipo de recubrimientos. De hecho, la práctica denunciada se refería a contratos de exclusividad que impedían que diversos proveedores vendieran sus productos a Lowe’s y esa situación es muy diferente a la analizada en la RESOLUCIÓN.

**Expedientes CNT-054-2012, CNT-079-2012, CNT-052-2010, CNT-042-2010, CNT-036-2012 y  
CNT-040-2011**



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

Las recurrentes señalan que la CFC concluyó en dichos expedientes que aun cuando los índices de concentración rebasaron los umbrales establecidos por la CFC, no se advirtió que la concentración pudiera tener efectos contrarios a la competencia en las distintas localidades o regiones en las que llevó a cabo el análisis. Asimismo, señalan que conforme a dichos expedientes se debe considerar lo resuelto respecto a: (i) bajas barreras de entrada de producción; (ii) la existencia de competidores internacionales y nuevos entrantes; (iii) los índices constituyen una herramienta, pero deben ser completados con otros análisis; (iv) no afectación a condiciones de competencia, no obstante la reducción de competidores y el aumento de participaciones de mercado; (v) presencia de múltiples competidores con capacidad para contrarrestar posibles acciones unilaterales, (vi) nuevos entrantes o expansión con capacidad económica importante, y (vii) bajas barreras para el establecimiento de tiendas al público.

*CNT-054-2012*

En dicho expediente se analizó una operación por medio de la cual se notificó una concentración entre Grupo Kuo y Maderas y Sintéticos de México (Masisa México). Derivado de la operación, la resolución consideró que las PARTES coincidían en la producción y comercialización de tableros de aglomerado y de resinas para la elaboración y recubrimiento de tableros de aglomerado. En la resolución se señaló:

*“El análisis del mercado de producción y comercialización de tableros de aglomerado en México indica que, en cuanto al grado de concentración, con la adquisición de los activos de Rexcel, Masisa llegará a tener una participación de mercado superior al [...] por ciento en términos de capacidad instalada y al [...] por ciento en términos de la producción. A partir de lo anterior, los índices de concentración calculados se ubican por encima de los parámetros establecidos por la Comisión para considerar que una concentración tendría pocas posibilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia.*

*Fueron identificados elementos que podrían constituir barreras a la entrada, tales como los costos financieros y plazos de recuperación de la inversión. Asimismo, un competidor que requiera ampliar su capacidad en el mercado de tableros de aglomerado o bien un nuevo participante en el mercado, requeriría estar integrado en la producción de resinas para elaborar y recubrir dichos tableros o ampliar su capacidad de producción de tales resinas. Sin embargo, la información del expediente no resultó concluyente para determinar el plazo de instalación de una nueva planta para la producción de tableros de aglomerado resultaría significativamente más amplio que en otras industrias.*

*A pesar de que un aspecto preocupante de la operación es la acumulación tanto de una elevada capacidad de producción como de capacidad ociosa por parte de Masisa, no resulta previsible que la empresa adquirente utilice tal capacidad como base para restringir la oferta y elevar los precios, ya que sus competidores cuentan también con capacidad ociosa y, en consecuencia, con los incentivos para responder ante un intento de restringir la oferta ampliando sus actividades.*

*Por otra parte, Celulosa Arauco y Constitución, S.A. (Arauco), empresa chilena que recientemente adquirió plantas de producción de tableros de aglomerado y tableros de MDF en los Estados Unidos de América (EUA), tiene ya una fuerte presencia en México como oferente en el mercado relacionado de tableros de MDF y cuenta con una red extensa de distribuidores de estos productos. La operación podría amenazar la posición de Arauco en el mercado de MDF, si como resultado de la concentración analizada, Masisa amplía su oferta de productos a los clientes de Rexcel. De esta manera, es posible que la operación estimule a Arauco a ampliar sus*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*operaciones en México, incluyendo la posibilidad de ingresar el mercado de tableros de aglomerado.*

*En cuanto al mercado de producción y comercialización de resinas para la elaboración y recubrimiento de tableros de aglomerado, [...] las empresas que producen tableros de aglomerado en México están integradas y producen para autoconsumo de resinas para aglomerar y recubrir. Sólo una empresa de menor tamaño importa dichas resinas. Así, el mercado de producción y comercialización de resinas para aglomerar y recubrir se evalúa bajo un ámbito nacional.*

*En términos de producción, Rexcel y Masisa tiene participaciones de mercado superiores al [...] respectivamente. Los índices de concentración se ubican por encima de los parámetros establecidos por la Comisión para considerar que una operación tendría pocas posibilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia. Sin embargo, dado que la mayoría de los productores de tableros de aglomerado están integrados verticalmente en la producción de resinas, el volumen de comercio de resinas para aglomerar y recubrir entre los distintos productores de tableros de aglomerado es marginal e incluso nulo (con excepción de Masisa y Rexcel).*

*Por lo anterior, no se prevé que en el mercado de producción y comercialización de resinas para aglomerar y recubrir, la operación otorgue incentivos a Masisa para elevar precios o restringir cantidades.*

*Asimismo y dado que los productores de tableros de aglomerado en México están integrados en la producción de resinas y que el único que no lo está, importa resinas de los EUA; tampoco se prevé que la operación en relación con el mercado de resinas otorgue a Masisa la capacidad para desplazar a competidores en el mercado de tableros de aglomerado".<sup>403</sup>*

Conforme a lo transcrito, en dicho expediente se consideró que efectivamente se rebasaban los índices para considerar que una concentración tendría pocas posibilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia; que existía capacidad ociosa de Masisa y que podrían existir barreras a la entrada, como los costos financieros y los plazos de recuperación de la inversión o la necesidad de estar verticalmente integrado en la producción de resinas; sin embargo, también se consideró que: (i) los demás competidores contaban con capacidad ociosa y, por tanto, con los incentivos para responder ante un intento de restringir la oferta; (ii) existía un competidor con una fuerte presencia en México como oferente del mercado relacionado de tableros con una red extensa de distribuidores de estos productos, lo que generaba incentivos para que dicho competidor ampliara sus operaciones en México; (iii) las empresas que producían tableros de aglomerado estaban integradas verticalmente y producían para autoconsumo las resinas para aglomerar y cubrir (salvo una de menor tamaño que importaba las resinas) y el volumen de comercio de resinas para aglomerar y recubrir entre los distintos productores de tableros de aglomerado era marginal e incluso nulo (salvo por lo que hacía a las notificantes).

Ninguno de los elementos que sirvieron de fundamento para autorizar la concentración señalada se da en el presente caso y las recurrentes no demuestran que así sea, por lo cual su pretensión de igualar ambos procedimientos carece de sustento. Asimismo, se insiste en que en el caso que se analiza en la presente resolución no únicamente se tomaron en consideración los índices de concentración, sino también las barreras a la entrada y la imposibilidad de que los competidores existentes en el mercado pudieran competir porque no tienen la misma red de distribución o el reconocimiento de marca que las marcas objeto de la concentración, lo que confirma que no exista la igualdad entre este procedimiento y

<sup>403</sup> Páginas 3 y 4 de la resolución correspondiente a dicho expediente.

el analizado en el expediente CNT-054-2012. De esta forma, no se puede tomar ese antecedente como marco de análisis respecto de barreras a la entrada o de la presión competitiva que pudieran generar competidores internacionales y nuevos entrantes para el presente caso, como pretenden las recurrentes.

*CNT-079-2012*

En dicho expediente se analizó una operación por medio de la cual se notificó una concentración entre MATC Digital, S. de R.L. de C.V. y Axtel, S.A.B. de C.V. consistente en la compra respecto de diversas torres de telecomunicaciones de ésta. Conforme a dicha resolución, se señaló:

*“Si bien los índices de concentración derivados de la operación superan los umbrales para considerar que es poco probable que la operación pueda resultar riesgosa para la competencia, se considera que toda vez que la operación notificada implica la desconcentración por parte de Axtel de torres de telecomunicaciones que permitirá que MATC le arriende espacios a terceros, lo cual hará más eficiente la utilización del espacio disponible en las torres, ya que no se identificaron barreras significativas a la entrada del mercado de arrendamiento de espacios en torres de transmisión de señales de telecomunicación, no se prevé que la operación tenga efectos adversos sobre la competencia y la libre concurrencia”<sup>404</sup>*

Como se puede ver de la transcripción anterior, a diferencia de la concentración que se analiza en la presente resolución, en dicho asunto tampoco se identificaron barreras significativas a la entrada; asimismo, en dicho asunto se consideró que la operación notificada implicaba la desconcentración por parte de Axtel de torres de telecomunicaciones, situación que no guarda una igualdad con la que se presenta ante la operación notificada por SW y AVISEP.

*CNT-052-2010*

En dicho expediente se analizó una operación por medio de la cual se notificó la adquisición de acciones por parte de Codere, respecto de Jomaharho, GCaliente e Inverjuego, acciones propiedad en su mayor parte de Jorge Hank Rhon (JHR). Conforme a la resolución, se determinó que:

*“la operación, en el escenario más adverso, por la relación patrimonial existente entre las diversas empresas participantes en los mercados relevantes, podría conducir a cambios significativos en la concentración de mercado en ocho localidades para los mercados de SSN [salas de sorteo números] y en doce localidades para los mercados de CAR [centros de apuestas remotas].*

*Respecto de las barreras a la entrada, la principal es la obtención de los permisos específicos de la Secretaría de Gobernación para la operación de las SSN y los CAR. Sin embargo, los promoventes informaron que aproximadamente el [...] de los permisos otorgados hasta el año dos mil diez se encuentran inactivos, de los cuales más del [...] son detentados por operadores independientes a los agentes económicos analizados en la concentración. En cuanto al acceso a insumos y a la posición que Caliente y Codere tienen como proveedores de los mismos para los CAR y las SSN respectivamente, la Comisión concluyó que para los competidores existen otras alternativas viables.*

*Los promoventes presentaron información para acreditar que en los últimos meses ha habido un crecimiento en el número de establecimientos en las localidades que podrían ser mayormente afectadas por la operación. Asimismo, que está prevista la apertura de nuevos establecimientos en los próximos meses, por parte de grupos independientes a los promoventes.*

<sup>404</sup> Página 2 de la resolución correspondiente a dicho expediente.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

*Por tanto, toda vez que existen permisos ociosos que permitirían la entrada o expansión de terceros, que en los últimos meses se ha presentado el crecimiento del número de establecimientos competidores y que se vislumbra la entrada próxima de nuevos operadores en las principales localidades afectadas, no se prevé que la operación tenga efectos adversos sobre la competencia y libre concurrencia”.*<sup>405</sup>

La transcripción anterior evidencia que, a diferencia de la concentración que se analiza en la presente resolución, la principal barrera a la entrada identificada se diluía ante el hecho de que muchos de los permisos para operar estaban inactivos y un porcentaje eran detentados por operadores independientes. Asimismo, se consideró que existía un crecimiento importante de establecimientos que operaban en el mercado en las localidades que se podrían ver afectadas por la operación. Ninguno de esos elementos que sirvieron de fundamento para autorizar la concentración señalada se da en el presente caso y las recurrentes no demuestran que así sea, por lo cual su pretensión de igualar ambos procedimientos carece de sustento. Así, en dicho asunto tampoco se identificaron barreras significativas a la entrada, a diferencia de lo que sucede en la especie, lo que hace inviable el planteamiento de las recurrentes respecto a que la existencia de competidores internacionales o nuevos entrantes que pudieran existir en aquél asunto, por sí misma, permite considerar que no se afecta el proceso de competencia y libre concurrencia.

*CNT-042-2010*

En dicho expediente se analizó una operación por medio de la cual Online Career Center México (OCC) y Seek Limited (Seek) notificaron una concentración. Conforme a la resolución correspondiente, se consideró que, por una parte, OCC operaba una bolsa de trabajo por Internet en México, en tanto que Seek era una empresa que operaba en Australia, Nueva Zelanda y Reino Unido para personas que buscan empleo a través de Internet y para anunciantes que buscan empleados y que, además, operaba negocios como Seek Commercial, que permite a los buscadores de negocios observar negocios y franquicias en venta y Seek Learning, que apoya a buscadores de empleos, proveyéndoles de educación vocacional a través de asociaciones con prestadores líderes en capacitación; asimismo, se consideró que Seek tenía inversiones en sitios web en China, el sureste de Asia y Sudamérica. En todo caso, en dicha resolución se señaló que *“No obstante que ambas empresas proporcionan servicios similares, dada la naturaleza de los servicios brindados, la dimensión geográfica del mercado es nacional, de manera que no se vislumbra la posibilidad de afectar negativamente el proceso de competencia y libre concurrencia”*.

De esta forma, el análisis realizado en dicho expediente llevó a la conclusión de que no existía una afectación al proceso de competencia debido a que el mercado era nacional y sólo una de las notificantes operaba en México, situación completamente diferente a la que acontece en el caso en análisis. Asimismo, las recurrentes olvidan que los índices de concentración no fueron el único elemento que se analizó en la RESOLUCIÓN y que, precisamente por las características de la operación notificada en el expediente CNT-042-2012, no se trataba de una reducción de competidores o del aumento de participaciones de mercado.

*CNT-036-2012*

En dicho expediente se analizó una operación por medio de la cual General Motors Company y Peugeot, S.A. notificaron su intención de realizar una concentración. Conforme a la resolución emitida

<sup>405</sup> Páginas 2 y 3 de la resolución correspondiente a dicho expediente.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

en dicho expediente, las PARTES coincidían en el mercado de la distribución y comercialización de vehículos ligeros a nivel nacional. En dicha resolución se indicó:

*“Con la información proporcionada por las partes, se analizaron diversos segmentos del mercado. En el segmento de vehículos pequeños, el resultado de los índices de concentración no cumplió con los criterios establecidos por la Comisión para considerar que la operación no representa riesgos para el proceso de competencia y libre concurrencia. Sin embargo, la Comisión consideró que existen diversos competidores que cuentan con la capacidad para contrarrestar posibles acciones unilaterales por parte de los participantes en la operación.*

*Asimismo, la Comisión analizó los posibles efectos de la concentración en el mercado de autopartes, sin identificar que la operación pueda representar riesgos para la competencia, toda vez que la proveeduría de autopartes para los fabricantes de vehículos en términos generales tiene una dimensión geográfica que excede el territorio nacional [...]”<sup>406</sup>*

Como se puede ver de la transcripción anterior, a diferencia de la concentración que se analiza en la presente resolución, en dicho asunto se consideró que existían diversos competidores que podrían contrarrestar posibles acciones unilaterales por parte de los participantes en la operación. En la especie, esa posibilidad está descartada precisamente por la capacidad ociosa de COMEX, la existencia de redes de distribución difícilmente replicables y el reconocimiento de marca que complica la entrada al mercado de competidores nuevos o la expansión de las operaciones de los ya existentes.

*CNT-040-2011*

En dicho expediente se analizó una concentración por medio de la cual Basf e Ineos Holding constituirían una alianza estratégica global bajo la denominación Styrolution, donde cada parte detentaría el cincuenta por ciento de participación accionaria. La resolución emitida en dicho expediente consideró que la operación combinaría algunos negocios globales de estirenos de las PARTES, como poliestireno (PS), acrolinitrilo butadieno estireno (ABS) estireno acrolinotrilo (SAN) y se señaló lo siguiente:

*“Además de la colaboración entre las partes en Styrolution con respecto al producto PS, en la cual actualmente son competidores, se analizaron los mercados de SAN y ABS, en los cuales las partes son competidoras.*

*En PS, fueron evaluados dos mercados de los productos PS de alto impacto (HIPS) y PS para uso general (GPPS), a un nivel geográfico que abarca la región del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Lo anterior en virtud de que no se identificaron costos de transporte elevados entre México y los Estados Unidos de América (EUA) por el importante monto de importaciones que en su mayoría provienen de los EUA.*

*En el mercado de HIPS, a nivel TLCAN los índices de concentración se ubican dentro de los parámetros establecidos por la Comisión para considerar que una operación tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia.*

*En el mercado de GPPS, a nivel TLCAN, los índices de concentración se ubican fuera de tales parámetros. No obstante lo anterior, no se prevé que la concentración tenga efectos contrarios al proceso de competencia, entre otras, por las siguientes razones: se identifica la entrada de empresas como Del-Tech Polymers; existe una importante capacidad ociosa en el área geográfica relevante y se identifica una importante reducción en la demanda de aplicaciones*

<sup>406</sup> Página 1 de la resolución correspondiente a dicho expediente.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

*para PS, tanto GPPS como HIPS, como consecuencia de otros materiales plásticos que son alternativas del PS en diversas aplicaciones.*

*En SAN se evaluaron dos mercados de los productos SAN industrial y SAN comercial. La dimensión geográfica considerada fue la mundial en virtud de que no se identificaron costos de transportación elevados entre regiones a nivel internacional y por el importante monto de importaciones que provienen de distintas partes del mundo. Los índices de concentración se ubican dentro de los parámetros establecidos por la Comisión.*

*En ambos mercados existen un amplio número de competidores con participaciones de mercado diluidas y sólo se identificó que dos de ellos, Styron y Polimeri, tendrían participaciones de mercado de más del cuatro por ciento. Las partes identifican a otros competidores [...]*

*En el mercado de ABS [...] considerando las importaciones de Grupo Ineos y las ventas de Basf a nivel TLCAN, los índices de concentración se ubican dentro de los parámetros establecidos por la Comisión para considerar que una operación tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia [...] en virtud de que Styrolution llegaría a tener, después de la concentración, menos del doce por ciento del mercado y enfrentaría a competidores como [...]*

*En un escenario en el que Ineos [...] y la coinversión Styrolution pudieran actuar como un mismo agente, tampoco se prevé que la operación notificada pudiera tener efectos contrarios al proceso de competencia en tanto, a pesar de que bajo dicho escenario los índices de concentración superarían los parámetros establecidos por la Comisión –con excepción de la variación de ID–, la participación de mercado que llegaría a alcanzar la coinversión Styrolution e Ineos (con su planta Addyston) sería de menos del veintiséis por ciento.*

*Asimismo, en el mercado de ABS se identifica la existencia de un competidor grande SABIC [...] así como la presencia de otros cuatro competidores con participaciones de mercado que van de seis a nueve por ciento [...].<sup>407</sup>*

Como se puede advertir, no existe una analogía con el caso que se analiza, pues en la operación referida en la transcripción: (i) en varios de los mercados analizados los índices de concentración se encontraban dentro de los parámetros establecidos por la COMISIÓN; (ii) en los casos en los que sí se rebasaban esos índices, además de que existían nuevos entrantes, existía una importante capacidad instalada ociosa en toda el área geográfica relevante y una importante reducción en la demanda de aplicaciones para PS como consecuencia de otros materiales plásticos que eran alternativas de aquél material; (iv) incluso considerando a la coinversión materia de la notificación y a Ineos como un mismo agente, la participación de mercado que llegarían a tener sería de \*  
\* como sucede en la especie; (v) en uno de los mercados analizados existía un competidor grande y otros cuatro con participaciones de seis a nueve por ciento. Por tanto, por mucho que en aquél asunto existieran nuevos entrantes o expansión por su parte, los elementos específicos tomados en consideración para la resolución de aquella operación no permiten evaluar ambas operaciones como si fueran iguales.

#### **Anexo 14.**

**Las recurrentes ofrecieron como prueba el listado ejemplificativo de las marcas registradas en Clase 2 por los competidores de SW y COMEX ante el IMPI. SW y AVISEP pretenden acreditar el amplio portafolio de los competidores en el mercado de recubrimientos, razón por la cual la**

<sup>407</sup> Páginas 2 y 3 de la resolución correspondiente a dicho expediente.



The Sherwin-Williams Company y  
 Avisep, S.A. de C.V.  
 Recurso de reconsideración  
 Expediente RA-027-2013

**consolidación de los portafolios de manera SW – COMEX no puede ser considerado como una ventaja competitiva.**

En este aspecto, los recurrentes ofrecieron como prueba, además, la inspección de páginas web en términos de lo dispuesto por 50 del RLFCE, respecto de la página de Internet en la cual se encuentra esa información, misma que fue desahogada el veintiséis de agosto de dos mil trece.<sup>408</sup> No obstante, la dirección electrónica señalada por las recurrentes únicamente condujo a una página de inicio del sistema de Consulta Externa de Marcas.<sup>409</sup>

En todo caso, dicha información se trata de un hecho notorio para esta COMISIÓN pues se trata de un registro público llevado ante una autoridad;<sup>410</sup> sin embargo, dicha información únicamente contiene diversas columnas que contienen un número consecutivo, la marca o aviso comercial, la clase, el número de registro y la vigencia. En este sentido, la sola existencia de la marca no releva ningún dato relevante para el presente asunto, pues en realidad lo que interesa es el reconocimiento que tenga dicha marca por parte de los consumidores. De hecho, la inversión en publicidad aunada al reconocimiento de marca es lo que permitió llegar a la conclusión de que existía un portafolio de marcas en el caso de la operación notificada que constituía una barrera a la entrada importante al mercado. La prueba ofrecida no demuestra que el resto de los casos que exponen a través de los registros marcarios del IMPI efectivamente tengan un reconocimiento parecido por parte de los consumidores. Asimismo, las recurrentes únicamente señalan de forma por demás general que existe un amplio portafolio de los competidores, como si todos ellos compitieran como una sola entidad en contra de SW y COMEX. La mera presentación de las marcas que realizan no es suficiente para demostrar que algún competidor en el mercado tendría la misma acumulación de marcas reconocidas por el consumidor que tienen tanto COMEX como SW y que se expone en las páginas 78 a 85 de la RESOLUCIÓN.

<sup>408</sup> Dicha inspección se encuentra en los folios 872 a 898.

<sup>409</sup> Folio 894.

<sup>410</sup> Al respecto, resultan aplicables, por analogía, las siguientes tesis: “*HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR. Los datos que aparecen en las páginas electrónicas oficiales que los órganos de gobierno utilizan para poner a disposición del público, entre otros servicios, la descripción de sus plazas, el directorio de sus empleados o el estado que guardan sus expedientes, constituyen un hecho notorio que puede invocarse por los tribunales, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de diseminación y obtención de datos denominada "internet", del cual puede obtenerse, por ejemplo, el nombre de un servidor público, el organigrama de una institución, así como el sentido de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular*”. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 2470, y “*HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LA PÁGINA ELECTRÓNICA QUE EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN UTILIZA PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR. Los datos que aparecen en la página electrónica que el Poder Judicial de la Federación utiliza para poner a disposición del público, entre otros servicios, el directorio de sus empleados, constituye un hecho notorio, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de diseminación y obtención de datos denominada "Internet", del cual puede obtenerse el nombre del servidor público, el cargo que ocupa, así como su historial laboral; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular*”. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Agosto de 2007; Pág. 1643.

**Anexo 8.**

**Listado parcial de competidores por entidad federativa clasificados en: (i) locales, (si tienen presencia en uno o dos estados); (ii) regionales (si tienen presencia en más de 3 estados pero menos de 23), y (iii) nacionales (si tienen presencia en 24 estados o más). SW y AVISEP pretenden acreditar que muchos competidores eligen competir en mercados específicamente locales o regionales, así como el hecho de que algunos otros prefieren hacerlo a nivel nacional. Fue exhibida con el escrito presentado el ocho de julio de dos mil trece en el expediente CNT-095-2012.**

En este aspecto, esa información es una documental privada que tiene el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203, 206 y 210 del CFPC y, para poder probar lo que pretenden las recurrentes, tendría que estar administrados con algún otro medio de convicción. Con independencia de lo anterior, dicha información no contiene datos suficientes para establecer la posible presión competitiva que tendrían COMEX y SW en estas dimensiones geográficas. En particular, las recurrentes omiten mencionar que la información que presentan no incluye indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda y/o por Estado. Dichas omisiones impiden determinar de forma inequívoca la presión competitiva de cada competidor a nivel local o regional. En realidad, la información presentada por las recurrentes y que ahora refieren carece de la exhaustividad necesaria para ser tomada en cuenta como un indicador o referente para evaluar la presión competitiva a nivel local. Asimismo, el hecho de que existan o puedan existir competidores locales o regionales aislados no implica que tengan la capacidad suficiente para ejercer presión competitiva frente a un sistema de distribución a nivel nacional.

**Anexo 9.**

**Listado de tiendas de pintura por municipio. SW y AVISEP pretenden acreditar que tras la concentración: (i) los consumidores continuarán teniendo una serie nutrida de alternativas para adquirir recubrimiento; (ii) SW continuará enfrentando una fuerte competencia tras la concentración, y (iii) existirá una baja concentración del mercado. Información presentada en el expediente CNT-095-2012 el veintiocho de enero de dos mil trece como parte integrante del estudio de competencia (Tabla VIII, páginas 26 y 27).**

En este aspecto, esa información es una documental privada que tiene el valor que otorgan los artículos 93, fracción III, 133, 197, 203, 206 y 210 del CFPC y, para poder probar lo que pretenden las recurrentes, tendría que estar administrados con algún otro medio de convicción.

Aunado a lo anterior, es incorrecta la afirmación según la cual la información de tiendas de pintura en cada municipio con más de cincuenta tiendas en donde COMEX y SW tienen presencia demuestra la existencia de un número significativo de opciones para el consumidor. Lo anterior, de conformidad con lo siguiente:

El artículo 13, fracción I, de la LFCE, señala lo siguiente:

*“Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:*



**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

*I.- Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;”.*

Para determinar la participación de mercado señalada en dicho precepto, el artículo 11 del RLFCE establece que se deberán tomar en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la CFC (ahora la COFECE) determine. En el presente caso, la autoridad tomó en cuenta precisamente las cifras de volúmenes de ventas de COMEX y SW y otros competidores. Asimismo, el artículo 14 del RLFCE instruye la aplicación de índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante. A su vez, el análisis de índices de concentración se realiza en términos de la resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.<sup>411</sup>

Al respecto, resulta claro que las recurrentes pretenden arribar a conclusiones respecto de participaciones de mercado y la existencia plena de competencia en tiendas de pinturas distintas a las de COMEX y SW a partir de cifras correspondientes exclusivamente al número de tiendas. La premisa que considera que eso es posible es incorrecta, toda vez que los supuestos normativos referidos no prevén la posibilidad de calcular válidamente, a partir del número de tiendas, las participaciones de mercado, ni tampoco la posibilidad de determinar válidamente, solamente a partir del número de tiendas, la existencia plena de competencia en un mercado.

Al respecto, las recurrentes no explican cómo es que dicha información por sí misma permite acreditar la presión competitiva que señalan.<sup>412</sup>

El dato de participación de mercado basado en el número de tiendas no permite establecer el grado de competencia entre productores comercializadores de recubrimientos decorativos que es donde se darán los efectos de la operación. Un tienda de pintura puede vender marcas de uno, dos o más productores, y esto no se puede conocer con el simple dato del número de tiendas por localidad. Más aun, la información presentada no permite conocer qué productores efectivamente tienen presencia en las localidades señaladas en el estudio ofrecido por las recurrentes. Por lo tanto, el cálculo de participaciones de mercado basado en el número de tiendas es un indicador inválido e insuficiente respecto del nivel de competencia a nivel local.

Se reitera que la información presentada por las recurrentes no contiene datos ni cifras respecto de montos o volúmenes de ventas, participaciones de mercado o cualquier otro indicador que permita evaluar o corroborar que efectivamente existe la presión o disciplina competitiva que señalan. Como se señaló anteriormente, el número de tiendas por sí mismo no constituye un indicador válido debido a que la información presentada no permite identificar el tamaño de las tiendas en cada municipio en términos de sus ventas.

<sup>411</sup> Dicha resolución señala que “(...) La Comisión considera que una concentración tiene pocas posibilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando la concentración arroje alguno de los siguientes resultados: i) el aumento de IH sea menor de 75 puntos; ii) el valor de III sea menor de 2,000 puntos; iii) disminuya el valor de ID; o iv) el valor de ID sea menor de 2,500 puntos (...).”

<sup>412</sup> En el presente caso, la autoridad tomó en cuenta precisamente las cifras de volúmenes de ventas de COMEX y SW y otros competidores; es decir, la autoridad consideró precisamente el elemento que establece la norma. Con independencia de lo anterior, los particulares tienen la obligación de sustentar su afirmación respecto a la relevancia del número de tiendas al menos con los razonamientos que permitan evaluar de qué manera es posible considerar la presión competitiva con un listado que refiere únicamente números de tiendas.

**The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013**

En el presente caso, las recurrentes no expresan un solo motivo por el cual consideran que el número de tiendas puede considerarse como un indicador válido o viable para calcular de forma acertada las participaciones de mercado, ni mucho menos explican cómo es que a partir del número de tiendas sería posible determinar con certeza la existencia de competencia en el mercado de recubrimientos decorativos. De hecho, el planteamiento de las recurrentes omite considerar que lo relevante es la capacidad para fijar precios o restringir el abasto: un agente económico, por ejemplo, que detente el 60% o más de las tiendas en un mercado no tendría, por ese sólo hecho, poder de mercado. Máxime cuando el volumen que cada tienda COMEX expende es [REDACTED]\* veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW; en este sentido, con base en la información que obra en el expediente, no es posible concluir que la mera existencia de un número determinado de tiendas que no guardan relación con las recurrentes constituya información suficiente para acreditar la supuesta presión competitiva.

SW y AVISEP no presentaron cifras ni datos concretos respecto de las ventas (en valor o volumen), número de clientes o la capacidad productiva de los supuestos competidores que, según ellos, podrían disciplinar o contrarrestar el poder de mercado de SW-COMEX después de la concentración.

Así, la información contenida en la tabla denominada "Tiendas de Pintura por Municipio", incluida dentro del Estudio de Competencia y también referida en la Tabla 7 del recurso de reconsideración y presentada como Anexo 9, no contiene la información suficiente para arribar a las conclusiones que señalan las recurrentes.

La información sobre número de tiendas por municipio, en todo caso, sólo evidencia la existencia de un número importante de tiendas de pinturas en diversas localidades, adicionales a las tiendas [REDACTED]\* de COMEX y SW; es decir, podría ser un indicador de competencia en el negocio minorista de tiendas que venden pinturas, pero no en el segmento que corresponde a los productores de pinturas. El que existan muchas tiendas que venden pinturas no implica que el mismo número (o una cifra más o menos análoga) de proveedores; ello está acreditado en el análisis de concentración del mercado de recubrimientos decorativos. Las tiendas venden los productos ofrecidos por los productores concentrados (en otras palabras, el número de oferentes en el mercado "aguas abajo" es mayor el número de oferentes en el mercado "aguas arriba"). Así, la información respecto de los municipios que cuentan con más de cincuenta tiendas de ninguna manera demuestra la existencia de una baja concentración de mercado.

El dato de participación de mercado basado en el número de tiendas no permite establecer el grado de competencia entre productores comercializadores de recubrimientos decorativos que es donde se darán los efectos de la operación. Un tienda de pintura puede vender marcas de uno, dos o más productores, y esto no se puede conocer con el simple dato del número de tiendas por localidad. Más aun, la información presentada no permite conocer qué productores efectivamente tienen presencia en las localidades señaladas en el estudio ofrecido por las recurrentes. Por lo tanto, el cálculo de participaciones de mercado basado en el número de tiendas es un indicador inválido e insuficiente respecto del nivel de competencia a nivel local.

Precisamente por los motivos expuestos en los párrafos anteriores, las recurrentes no demuestran que la autoridad hubiera actuado de forma ilegal al no considerar la tabla denominada "Tiendas de Pintura por Municipio", como un indicador confiable de participaciones de mercado o de la supuesta plena competencia en el mercado de recubrimientos decorativos.



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

En ningún precepto la LFCE o el RLFCE establece que es una obligación de la autoridad tener en cuenta aquella información que resulta irrelevante, insuficiente o no idónea para realizar el análisis que corresponde llevar a cabo en términos de los artículos 13, fracción I, de la LFCE, 11 del RLFCE y la resolución publicada en el DOF del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.

En cumplimiento a lo ordenado en dichos preceptos, en las páginas 52 a 61 de la RESOLUCIÓN se analizaron las participaciones de mercado de COMEX y SW en el mercado de recubrimientos decorativos y se arribó a la conclusión de que los índices de concentración superan los umbrales para considerar poco probable que no se produjeran riesgos a la competencia. En particular, dicho análisis permitió concluir que *“la concentración entre COMEX y SW llevaría a tener un nuevo agente económico con una participación en el mercado de recubrimientos decorativos de entre \* por ciento y \* por ciento. El \* Berel, tendría una participación de mercado de entre \* por ciento y \* por ciento.”*

Esta diferencia en participaciones es indicativa de la poca capacidad, incluso del \* competidor, para contrarrestar el poder de mercado de las PARTES en caso de concentrarse, lo cual se corrobora posteriormente en la RESOLUCIÓN cuando se analizan los efectos de la concentración en el mercado relevante, de acuerdo con la fracción III del artículo 18 de la LFCE. En este análisis se señala que *“considerando la evolución de los precios de recubrimientos decorativos (en el largo plazo el precio de las pinturas ha crecido significativamente por arriba de la inflación), así como los importantes márgenes obtenidos por COMEX, no se observa que la entrada de Behr hubiera sido suficiente para generar una disciplina competitiva en el mercado.”*

Por otro lado, los recurrentes omiten señalar las deficiencias de la información por municipios que se observan en la tabla denominada “Tiendas de Pintura por Municipio”, incluida en el Estudio de Competencia, en el recurso de reconsideración y en el Anexo 9 de dicho recurso. En particular, dichas deficiencias hacen que los datos incluidos sean poco confiables para el análisis de competencia. Entre las deficiencias más significativas se encuentran las siguientes:

- a) El INEGI sólo reporta 3,197 tiendas Comex cuando en realidad son \* (situación señalada en la nota de la Tabla 7, páginas 66 y 67 del recurso de reconsideración);
- b) La información del INEGI es general y considera diferentes tipos de comercios al por menor como ferreterías, tlapalerías, tiendas de pinturas, tiendas de materiales para construcción, etc. En todo caso lo único que se puede afirmar de la información del INEGI es que se trata de posibles puntos de venta.
- c) En la página 67 y en la Tabla 7 señalan un total de 12,100 tiendas dedicadas a vender pinturas en el territorio nacional, mientras que en el DENUÉ el resultado obtenido son 12,209 unidades económicas de comercio al por menor de pinturas en el territorio nacional;
- d) En la nota de la Tabla 7 las PARTES mencionan el código DENUÉ (SCIAN 325510) el cual se refiere a “Fabricación de pinturas y recubrimientos” y no a puntos de venta como erróneamente lo señalan las PARTES;
- e) Según la información encontrada en la página de internet del INEGI, las tiendas de pintura reportadas en la DENUÉ no solo incluyen a tiendas de recubrimientos decorativos, sino también tiendas de pintura automotriz e impermeabilizantes, lo cual puede sobreestimar el número de competidores en cada localidad.

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Adicionalmente, como ya se mencionó las recurrentes omiten señalar que la información por municipio presentada carece de indicadores de ventas, por valor o volumen, por tienda que pudieran ayudar a determinar de manera inequívoca la presión competitiva de cada competidor por municipio y por tanto no es posible a esta CFC determinar que existe plena competencia a nivel local.

Asimismo, la RESOLUCIÓN señala que la mayor parte de las ventas de COMEX y SW se realizan por sus redes de distribución [redacted] y comporta niveles de venta por tienda muy superiores a los que podrían alcanzar de manera remanente los otros establecimientos, de manera que no imprimen la disciplina competitiva que las recurrentes pretenden atribuirles. En particular, en la nota al pie número 128 de la RESOLUCIÓN se establece que con base en datos de la empresa, el [redacted] por ciento de sus ventas totales se hicieron a través de las [redacted] tiendas que operan sus concesionarios. Considerando solamente las ventas de recubrimientos decorativos de COMEX, que representaron [redacted] de litros en dos mil doce, el [redacted] por ciento de ellas significa [redacted] litros, que divididos entre las [redacted] tiendas COMEX da un promedio de [redacted] litros.

Si efectivamente existen aproximadamente 60,000 (sesenta mil) establecimientos que comercializan recubrimientos decorativos como señalaron los promoventes, COMEX tiene [redacted] tiendas de concesionarios y SW tiene [redacted] tiendas propias y [redacted] de distribuidores certificados, resulta que los expendios distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW son aproximadamente [redacted]. Tomando en consideración un mercado con un tamaño de [redacted] de litros, de acuerdo con los promoventes, resultaría que entre los [redacted] expendios distintos a los de concesionarios Comex y tiendas SW comercializarían [redacted] de litros; esto es un promedio de [redacted] litros al año. Esto significa que el volumen que cada tienda COMEX expende es [redacted] veces el volumen de los competidores distintos a los de concesionarios COMEX y tiendas SW.

Por otro lado, si efectivamente existen 12,000 tiendas de pintura a lo largo del país, como argumentaron los promoventes, la concentración COMEX y SW representaría el [redacted] por ciento de tiendas de pintura, considerando las [redacted] tiendas de concesionarios COMEX, [redacted] tiendas propias de SW y [redacted] de distribuidores certificados de SW, con una participación de mercado que se encuentra entre [redacted] por ciento y el [redacted] por ciento en recubrimientos decorativos. De esta forma, los competidores no tendrían la capacidad actual o potencial de contrarrestar el poder de mercado después de la concentración.

#### IV. Presuncional legal y humana e instrumental de actuaciones

Las recurrentes ofrecieron la denominada "instrumental de actuaciones", la cual se admitió en su calidad de documental, al tratarse de todas las actuaciones que deriven del presente procedimiento.<sup>413</sup>

<sup>413</sup> Sirven de apoyo a lo anterior las siguientes tesis: i) "PRUEBA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, QUE SE ENTIENDE POR. La prueba "instrumental de actuaciones" propiamente no existe, pues no es más que el nombre que en la práctica se ha dado a la totalidad de las pruebas recabadas en un determinado negocio; por tanto, si una de las partes del juicio laboral que ocurre al amparo funda sus conceptos de violación en que la prueba instrumental de actuaciones

Asimismo, se admitió para las mismas recurrentes la prueba presuncional en su doble aspecto. A las pruebas referidas se les da el valor que otorgan los artículos 93, fracciones II, III y VII, 129, 133, 188 y 197 del CFPC y el otorgado por los artículos 93, fracción VIII, 190 y 197 del mismo ordenamiento, respectivamente.

Así, se indica a las recurrentes que dichas pruebas no tienen entidad propia, sino que dependen de las demás pruebas del EXPEDIENTE y de los autos del presente recurso.<sup>414</sup> En ese tenor, como se advierte del análisis de los argumentos presentados por las recurrentes y de las pruebas que presentaron en contra de la RESOLUCIÓN, así como en los elementos en que se basó la misma, estos últimos no les benefician.

#### QUINTA. Análisis de la propuesta de compromisos.

En términos del último párrafo del artículo 17 del RLFCE, SW Y AVISEP realizaron la siguiente propuesta de “compromisos/condiciones”<sup>415</sup> que modificó las propuestas realizadas mediante los escritos presentados el ocho y el dieciséis de agosto de dos mil trece:

- (i) SW otorgará las Licencias (según se define este término más adelante) a un tercero (identificado como “Licenciatario”), de conformidad con los términos que se describen más adelante;
- (ii) SW proporcionará capacidad de manufactura a dicho Licenciatario, en los términos que se describen más adelante;

---

*demuestra un determinado hecho, sin precisar a qué prueba en particular se refiere de las recabadas en el juicio, sus conceptos de violación, por deficientes, son infundados”. Registro 244 101. [TA]; 7a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; 52 Quinta Parte; Pág. 58, y ii) “PRUEBAS INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES Y PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA. NO TIENEN VIDA PROPIA LAS. Las pruebas instrumental de actuaciones y la presuncional legal y humana, prácticamente no tienen desahogo, es decir que no tienen vida propia, pues no es más que el nombre que en la práctica se ha dado a la totalidad de las pruebas recabadas en el juicio, por lo que respecta a la primera y por lo que corresponde a la segunda, ésta se deriva de las mismas pruebas que existen en las constancias de autos”. Registro: 209 572. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; XV, Enero de 1995; Pág. 291. XX. 305 K.*

<sup>414</sup>Al respecto, resulta aplicable la tesis I.4o.C.70 C del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito: “PRESUNCIONAL E INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES. SU OFRECIMIENTO NO SE RIGE POR LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 291 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. La prueba instrumental de actuaciones se constituye con las constancias que obran en el sumario; mientras que la de presunciones es la consecuencia lógica y natural de hechos conocidos, probados al momento de hacer la deducción respectiva, de lo que se advierte que tales pruebas se basan en el desahogo de otras, por consiguiente, no es factible que desde la demanda, la contestación o en la dilación probatoria, quien ofrece los medios de convicción señalados establezca con claridad el hecho o hechos que con ellos va a probar y las razones por las que estima que demostrará sus afirmaciones, pues ello sería tanto como obligarlo a que apoye tales probanzas en suposiciones. Así, tratándose del actor, éste tendría prácticamente que adivinar cuáles pruebas va a ofrecer su contrario, para con base en ellas precisar la instrumental y tendría que hacer lo mismo en cuanto al resultado de su desahogo, para con ello, sobre bases aún no dadas, señalar las presunciones legales y humanas que se actualicen. De ahí que resulte correcto afirmar que tales probanzas no tienen entidad propia, y debido a tan especial naturaleza, su ofrecimiento no tiene que hacerse con las exigencias del artículo 291 del código adjetivo, incluso, aun cuando no se ofrecieran como pruebas, no podría impedirse al Juez que tome en cuenta las actuaciones existentes y que aplique el análisis inductivo y deductivo que resulte de las pruebas, para resolver la litis planteada, pues en ello radica la esencia de la actividad jurisdiccional”. Registro: 179818, Tesis Aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, SJF y su Gaceta, Tomo: XX, Diciembre de 2004, Página: 1406.

<sup>415</sup> La propuesta modificada de compromisos se refiere únicamente al segmento de recubrimientos decorativos, según se identifica en la RESOLUCIÓN.

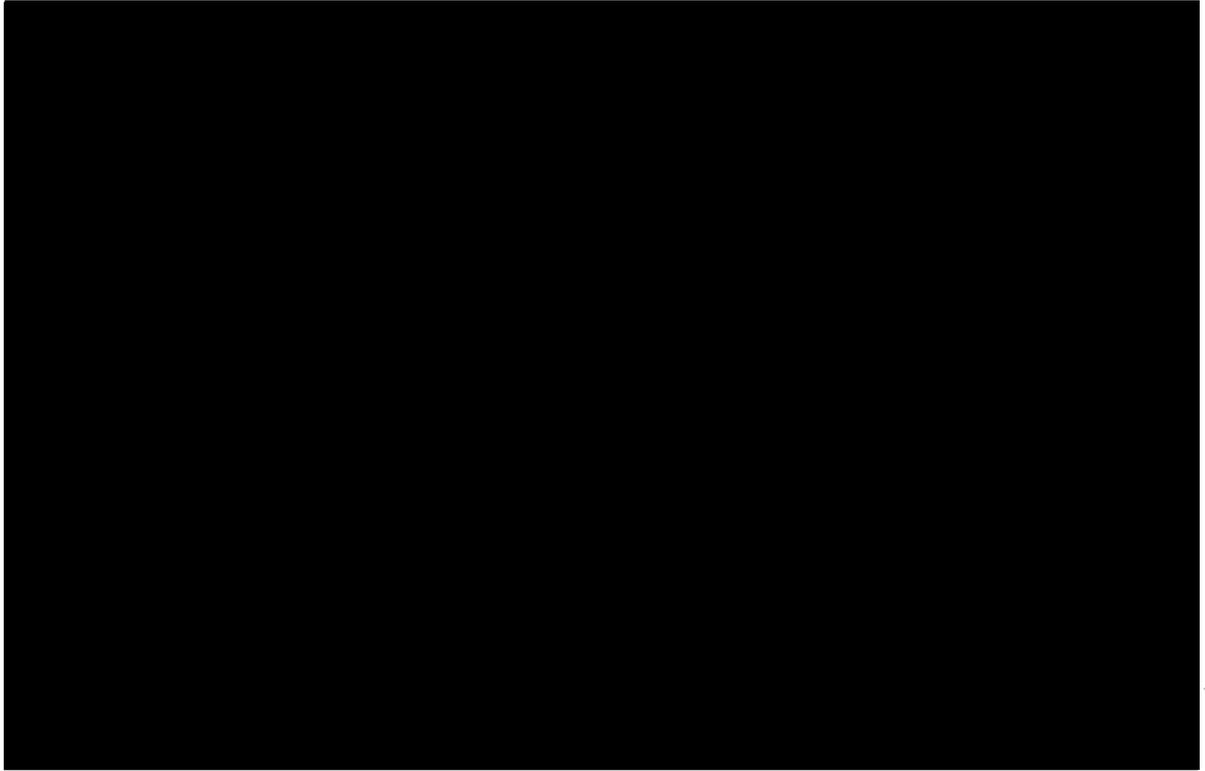
(iii) SW cederá a dicho Licenciatarlo los derechos de SW de los arrendamientos respecto de los inmuebles en donde se ubican las tiendas de pintura relacionadas en el Anexo "1" del presente escrito (identificadas conjuntamente como las "Tiendas de Pintura Decorativa"), en los términos señalados más adelante.

\*

1. LICENCIAS. SW otorgará licencias de tecnología y marcas respecto a los recubrimientos decorativos señalados en el Anexo "2" del presente escrito (conjuntamente referidas con las "Licencias").<sup>416</sup> Los recubrimientos decorativos señalados en el Anexo "2" serán referidos en lo sucesivo como los "Productos".

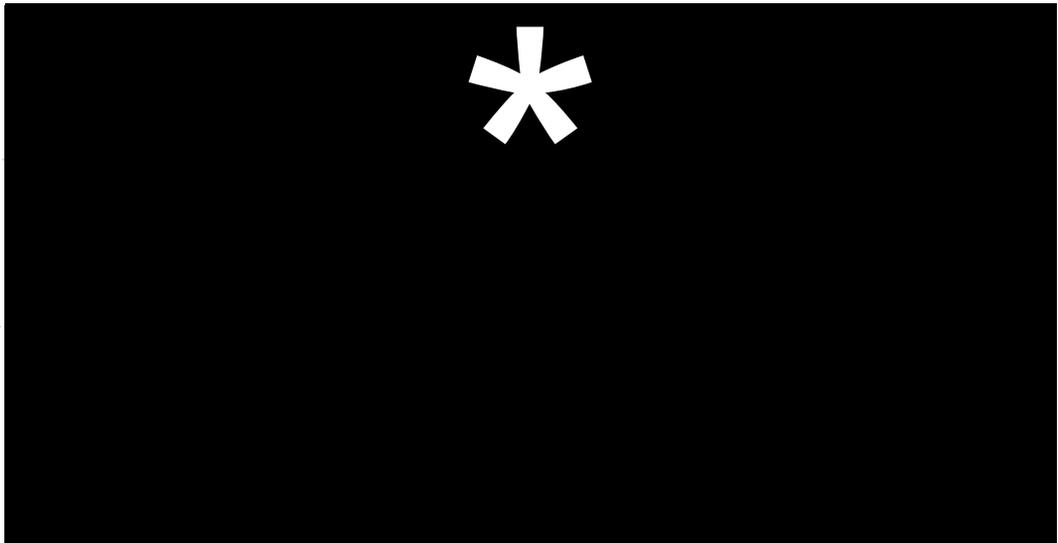
\*

<sup>416</sup> La lista de los Productos incluye recubrimientos decorativos producidos en México por SW. La lista excluye productos importados y otros productos tales como productos para techos, industriales, acabado automotriz, acabados OEM, de protección y marinos, así como materias primas.

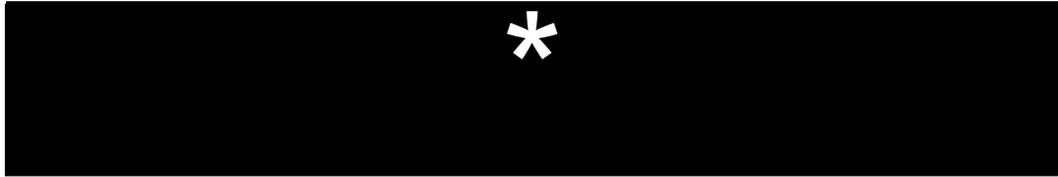


2. **CAPACIDAD DE MANUFACTURA.** SW está dispuesta a otorgar al Licenciatarío capacidad de manufactura, en los siguientes términos:

1.



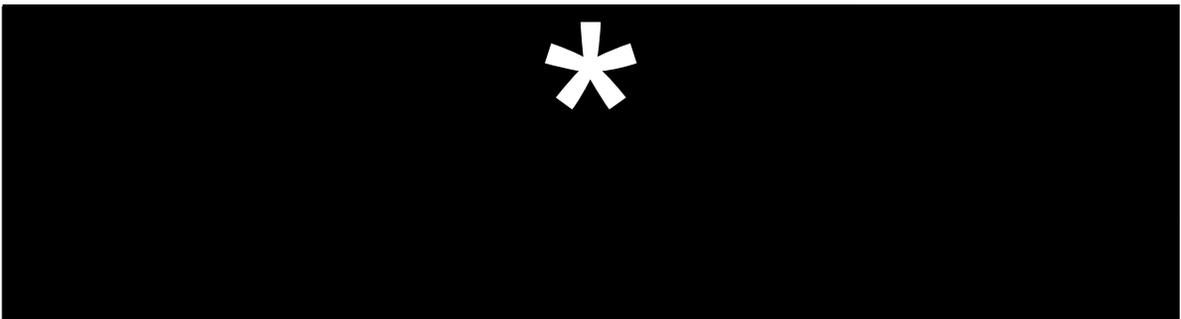
2. **Servicio de Manufactura.** En caso de que el Licenciatarío decida no comprar **\***  
**\*** SW está dispuesta a proporcionar al Licenciatarío servicios de  
**manufactura** **\***  
**\***



3. Ausencia de Necesidad de Capacidad de Manufactura. Se entenderá que SW está en total cumplimiento de sus obligaciones conforme a estos compromisos modificados en caso de que el Licenciataria decida:

- (i) No comprar [redacted] \* y
- (ii) El Licenciataria no quisiera que SW le prestara los servicios de manufactura, en los términos señalados en este párrafo.

1. **CESIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LAS TIENDAS.** SW está dispuesto a ceder al Licenciataria los derechos y obligaciones respecto de los arrendamientos de los locales de las Tiendas de Pintura Decorativa de SW, siempre que se cumpla con todas las condiciones siguientes:



Se entenderá que SW está en cumplimiento de sus obligaciones bajo los compromisos modificados si: (i) no se cumple alguna de las condiciones anteriores y/o (ii) el Licenciataria no está interesado en aceptar la cesión de dichos arrendamientos.

2. **DISTRIBUIDORES INDEPENDIENTES.** [redacted] \*

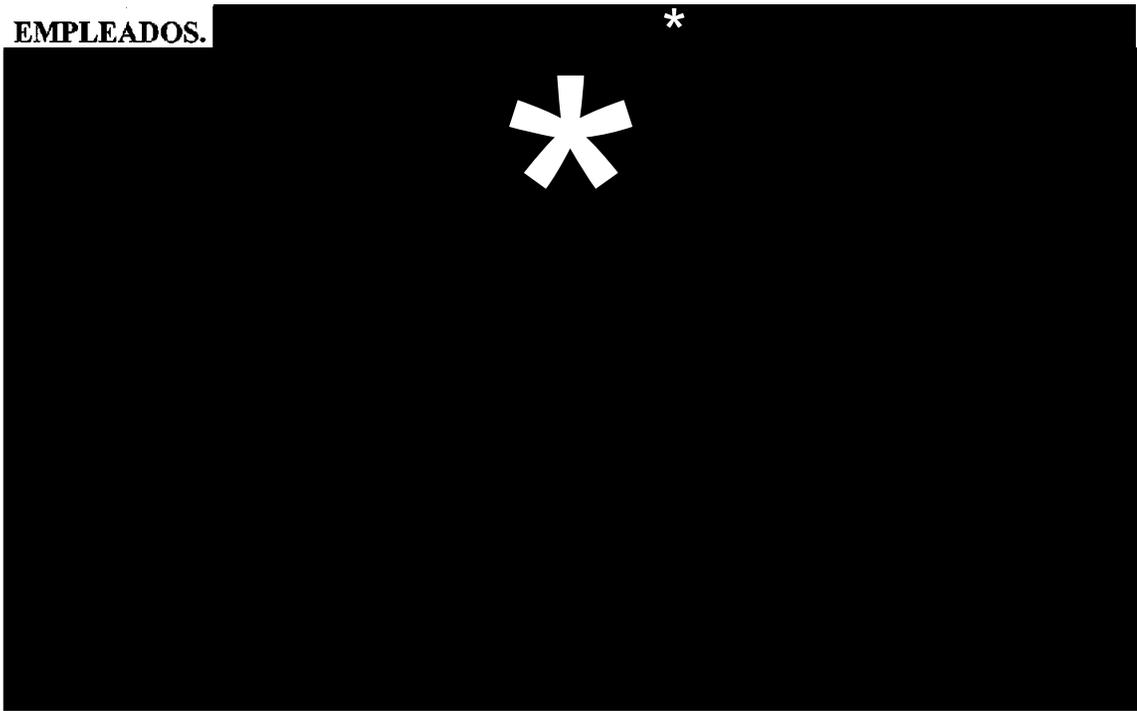
3. **LICENCIATARIO.** Cualquier licenciataria propuesto deberá:
- a) Ser independiente de las partes;
  - b) Tener la capacidad, comercialmente razonable, para vender los Productos licenciados en México; y
  - c) No contribuir, de forma alguna, al retraso de la implementación de las Licencias contempladas en este escrito.

1534



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

4. EMPLEADOS.



5. PLAZO PARA COMPLETAR LOS COMPROMISOS. Se considerará que SW ha cumplido con los compromisos aquí propuestos si, SW (o una filial):

1. Otorga las Licencias y/o lleva a cabo una transacción alternativa según se describe en el presente escrito;
2. [Redacted] \* al Licenciataro en los términos señalados en el presente escrito o celebra un contrato de manufactura con el Licenciataro en los términos aquí señalados, según sea el caso, conforme a lo establecido en este escrito;
3. Cede al Licenciataro los contratos de arrendamiento de los locales de las Tiendas de Pintura Decorativa en los términos aquí señalados;
4. Da [Redacted] \* de conformidad con lo señalado en el párrafo 4; y
5. Si así es requerido por el Licenciataro, [Redacted] \* [Redacted] \* en los términos aquí señalados.

Dentro de un plazo de [Redacted] \* siguientes al cierre de la adquisición de las acciones representativas del capital social de [Redacted] \*

[Redacted] \* En el supuesto de que los compromisos aquí señalados no sean cumplidos dentro del Periodo de Desincorporación, SW nombrará a [Redacted] \* lo cual será un tercero independiente de SW y Avisep, que realizará las acciones descritos [sic] en los incisos a), b), c), d) y e) de este párrafo 7 en un plazo que no excederá de [Redacted] \*

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

siguientes al Periodo de Desincorporación, conforme a los términos y condiciones antes señalados.

6. **COMPROMISOS RELACIONADOS.** Hasta en tanto SW (o una filial) no otorgue las Licencias o lleve a cabo una operación alternativa según se describe en este escrito, SW continuará la producción y comercialización de los Productos en México conforme a prácticas comerciales razonables.
7. **SUFICIENCIA DE LOS COMPROMISOS.** SW y AVISEP consideran que las condiciones/compromisos propuestos son suficientes para atender cualesquiera preocupaciones que la CFC pudiera tener en el segmento de recubrimientos decorativos.
8. **VIABILIDAD DE LOS COMPROMISOS PROPUESTOS.** Los compromisos modificados que se proponen en el presente escrito son viables y deben ser aprobados por la CFC, toda vez que eliminan por completo las preocupaciones identificadas en la RESOLUCIÓN respecto al segmento de recubrimientos decorativos. En este sentido, el tercero licenciatario o adquirente de los Productos preservará cualquier disciplina o presión competitiva que es motivo de preocupación de la CFC en la RESOLUCIÓN.

Se considera que la propuesta denominada de “compromisos/condiciones” de SW y AVISEP presentada ante la CFC el cuatro de septiembre de dos mil trece no atiende las preocupaciones de la autoridad en relación la creación de un riesgo real al proceso de competencia y libre concurrencia en virtud de que no mitigan los efectos de la operación en el mercado de recubrimientos decorativos debido a que no tienen como objetivo final trasladar a un tercero un negocio en marcha, sino que pretenden licenciar o vender el negocio de recubrimientos decorativos en partes. Las condiciones propuesta, en general, no implican la desaparición de los efectos derivados de la acumulación de las marcas (que como se ha señalado, gozan de un amplio reconocimiento y se encuentran posicionadas de forma importante en el mercado) y redes de distribución de COMEX y SW.

En particular, se destacan los siguientes puntos de la propuesta de SW:

a) Las marcas de SW que se pretenden licenciar solo representan alrededor del \* del valor y del \* en términos de volumen de las ventas totales de SW de recubrimientos decorativos. En otras palabras, los compromisos presentados no permiten reducir los efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia que se describen en la RESOLUCIÓN como el resultado de la unión de dos portafolios de marcas que actualmente compiten, toda vez que el porcentaje que dichas marcas “ofrecidas” representa en términos de volumen de las ventas totales es muy inferior al 100%. Dicha situación resulta particularmente relevante debido a que el reconocimiento de dichas marcas constituye una importante barrera a la entrada, de conformidad con el análisis incluido en el apartado “IV. Análisis de barreras a la entrada” de la presente resolución.

Adicionalmente, los recubrimientos decorativos no constituyen un *commodity* o un bien homogéneo, sino que son un producto diferenciado, respecto del cual el precio y la disponibilidad no son las únicas variables determinantes de elección para el consumidor, sino que la marca es igualmente importante para elegir.

Al ser SW la \* marca más reconocida por el consumidor final (de acuerdo con la misma información presentada por las recurrentes), y COMEX \* SW está adquiriendo a su



The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

competidor más fuerte en el mercado de recubrimientos decorativos. Es decir está eliminando al competidor que le ejerce mayor disciplina competitiva; lo que conlleva a un posible efecto unilateral de la concentración en el mercado de la comercialización tanto mayorista como minorista de recubrimientos decorativos a nivel nacional.

b) SW solicita que el licenciatarlo pague un monto máximo de regalía de \* de las ventas por las marcas licenciadas, lo cual se considera pudiera generar efectos colusorios entre SW y el licenciatarlo al alinearse los intereses y reducirse los incentivos para competir.

c) La cesión de los derechos de los arrendamientos de las tiendas SW se propone como una situación \*

d) SW plantea dar \* siendo que estos representan \* de SW, lo cual mermaría significativamente la red de comercialización de los productos a licenciar.

e) SW no está proponiendo dar acceso a canales de distribución de sus recubrimientos decorativos diferentes a las tiendas de pinturas, como son los clientes minoristas \*

f) SW está proponiendo un plazo de \* para realizar la desincorporación, el cual se considera que excede el tiempo necesario para realizar un proceso de licenciamiento de marcas, la venta de una planta y las demás obligaciones de hacer a las que se comprometen, \*

g) Por otra parte, la propuesta de las partes no precisa qué sucedería en caso de que las partes no logren \* en el plazo de \* meses, lo cual impediría a la COFECE poner plazo final al proceso de desincorporación.

Por lo anterior,

**SE RESUELVE**

**PRIMERO.-** Los agravios expuestos por SW y AVISEP resultan inoperantes o infundados, en los términos analizados en esta resolución.

**SEGUNDO.-** Se confirma el sentido de la resolución de once de julio de dos mil trece emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia en el expediente CNT-095-2012.

**TERCERO.-** Las condiciones presentadas por SW y AVISEP no resultan idóneas para evitar que la concentración disminuya, dañe o impida la competencia y la libre concurrencia en los términos señalados en la RESOLUCIÓN.

Así lo resolvió el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia Económica, por unanimidad de seis votos, en sesión ordinaria del veintidós de octubre de dos mil trece, con fundamento en los artículos indicados en el proemio de la presente resolución. Lo anterior, ante la fe del Secretario Ejecutivo de la COFECE, de conformidad con los artículos 29 de la LFCE, 5º, fracción III, 12, 13 y 19, fracción IV del ESTATUTO ORGÁNICO.



1537

The Sherwin-Williams Company y  
Avisep, S.A. de C.V.  
Recurso de reconsideración  
Expediente RA-027-2013

Notifíquese personalmente.

**Alejandra Palacios Prieto**  
Presidente

**Alejandro Idefonso Castañeda Sabido**  
Comisionado

**Benjamín Contreras Astazarán**  
Comisionado

**Martín Moguel Gloria**  
Comisionado

**Jesús Ignacio Navarro Zermeño**  
Comisionado

**Francisco Javier Nuñez Melgoza**  
Comisionado

**Pedro Adalberto González Hernández**  
Secretario Ejecutivo