



“2014, Año de Octavio Paz”

PLENO

MTRO. VIRGILIO ANDRADE MARTÍNEZ
Titular de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria
PRESENTE

Asunto: Se emite opinión.

Se hace referencia al anteproyecto “*Reglamento de la Ley de Hidrocarburos*” (anteproyecto)¹ remitido por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer) a la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece o Comisión) el diecisiete de septiembre de dos mil catorce en el marco del Convenio celebrado con esta institución el veintitrés de septiembre de dos mil trece. Lo anterior, para efecto de que la Cofece emita opinión en el procedimiento de consulta pública regulado por el Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Consideraciones particulares sobre el anteproyecto

Esta autoridad emite opinión sobre los efectos que el anteproyecto podría tener en el proceso de competencia y libre concurrencia, sin que la misma prejuzgue sobre aspectos de cualquier otra índole, toda vez que no son competencia de esta autoridad.

El objeto del anteproyecto es reglamentar la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el once de agosto de dos mil catorce, en relación con el reconocimiento y exploración superficial, la exploración y extracción de hidrocarburos, las disposiciones aplicables a la industria de hidrocarburos², el Consejo Consultivo para el Fomento y Desarrollo de la Industria Nacional en materia de hidrocarburos, así como al contenido nacional y las estrategias para el fomento industrial y la inversión en la industria de hidrocarburos.

El apartado de análisis de impacto en la competencia de la Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR) señala que las acciones regulatorias del anteproyecto promueven la competencia de la siguiente manera³:

1. *Los procesos de licitación de Contratos para la Exploración y Extracción de hidrocarburos a los que se hace referencia en los artículos 28 y 29 del anteproyecto, permiten a los privados participar en estos procesos a través de los cuales se asignarán áreas para operar, dando preferencia a los operadores que demuestren mayores y mejores capacidades con base en criterios de precalificación.*

¹ Visible en la página http://207.248.177.30/regulaciones/scd_expediente_3.asp?ID=13/0919/170914

² El artículo 1 del anteproyecto señala que las actividades de la industria de hidrocarburos a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos se regularán, además, por el reglamento que se expida para tal efecto.

³ Del apartado de “III.- IMPACTO DE LA REGULACIÓN” contenido en la MIR.

2. *El procedimiento para asociaciones en la migración de asignaciones a contratos para la exploración y extracción al que se refiere el artículo 27 del anteproyecto, permitirá que la selección del socio de la Empresa Productiva del Estado se realice mediante licitación pública, lo cual fomenta la libre concurrencia de los interesados. Asimismo, esta licitación buscará atraer al socio con mayores capacidades técnicas y de ejecución.*
3. *Las estrategias para el fomento industrial y de la inversión y establecimiento de un porcentaje de contenido nacional promueven la inversión nacional y extranjera para que se realicen actividades de permanencia en México, alineando así los objetivos de creación de industria nacional y de operación eficiente de las empresas.*

La Cofece considera que el anteproyecto podría promover de mejor manera el proceso de competencia y libre concurrencia en las diversas actividades reguladas, por lo que en esta primera parte se realizan recomendaciones puntuales para dichos efectos.

I. Licitaciones.

A. Alianzas y asociaciones. La Ley de Hidrocarburos prevé que, en los casos de Asignaciones que migren a Contratos para la Exploración y Extracción, Petróleos Mexicanos y cualquier Empresa Productiva del Estado (en lo sucesivo referidas indistintamente como EPE) podrán celebrar alianzas o asociaciones con Personas Morales. En este caso, la selección del socio correspondiente se realizará mediante licitación que represente las mejores condiciones de selección y que más convenga a la Nación, observando las mejores prácticas de transparencia. Esta licitación será conducida por la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) conforme a los lineamientos técnicos y las condiciones económicas relativas a los términos fiscales que establezcan la Secretaría de Energía (SENER) y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), respectivamente.

Para la elaboración de los lineamientos técnicos correspondientes, la SENER solicitará opinión favorable a la EPE de que se trate respecto de los elementos técnicos, financieros, de ejecución y de experiencia que debieran reunir las Personas Morales que participarían en la licitación. Asimismo, como parte del proceso de precalificación, la CNH deberá solicitar opinión a la EPE correspondiente⁴. En cualquier caso, las EPE podrán celebrar alianzas o asociaciones para participar en los procesos de licitación de Contratos para la Exploración y Extracción bajo esquemas que permitan la mayor productividad y rentabilidad⁵.

⁴ Artículo 13 de la Ley de Hidrocarburos.

⁵ Artículo 14 de la Ley de Hidrocarburos.

Por su parte, el artículo 27 del anteproyecto establece que en caso de que una EPE solicite una alianza o asociación con Personas Morales - para el caso de una solicitud de migración de Asignación a Contrato de Exploración y Extracción -, se estará a lo dispuesto en la Sección III del Capítulo III del anteproyecto relativa al proceso de licitación de los Contratos de Exploración y Extracción. En este orden de ideas - y considerando que en este procedimiento la Ley de Hidrocarburos no requiere opinión previa de la Cofece⁶ y sí dos opiniones a la EPE -, para esta autoridad resulta fundamental que el anteproyecto establezca contrapesos y salvaguardas efectivas encaminadas a garantizar que los lineamientos técnicos⁷ correspondientes no excluyan indebidamente a Personas Morales interesadas, de tal suerte que el socio de la EPE emerja de un verdadero proceso competitivo.

Por ende, el anteproyecto debería contener referencias explícitas en el sentido de que los lineamientos técnicos - que a su vez contendrían los criterios de precalificación en términos del anteproyecto⁸ - no podrán: (i) establecer requisitos discriminatorios o que de cualquier otra forma pudieran tener el efecto de excluir injustificadamente a potenciales participantes, y que no estén estrictamente asociados a los elementos técnicos, financieros, de ejecución y experiencia a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Hidrocarburos; (ii) establecer restricciones que no sean proporcionales a las características y necesidades de cada proyecto, y (iii) establecer restricciones que no tengan claridad en su definición y alcance. En términos generales, los lineamientos técnicos deberían considerar las condiciones mínimas necesarias que permitan la debida ejecución del Contrato de Exploración y Extracción conforme a cada caso en particular, y bajo una óptica de desempeño funcional (es decir, con énfasis en qué se pretende alcanzar y no en cómo). De igual forma, el anteproyecto podría establecer que el mecanismo de adjudicación deberá seleccionarse de tal forma que se promueva la competencia en el proceso licitatorio en atención a las características del proyecto, el número de potenciales interesados y los riesgos de colusión. Estas sugerencias son igualmente válidas tanto para el caso de migraciones de Asignaciones a Contratos por parte de una EPE en alianza o asociación con una Persona Moral, como para cualquier licitación de Contratos de Exploración y Extracción.

B. Transparencia. Es importante recordar que de conformidad con el Artículo Noveno Transitorio del Decreto por el que se reformaron diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de energía, publicado en el DOF el 20 de diciembre de 2013, los Contratos y las Asignaciones que el Estado suscriba con EPE o con particulares para llevar a cabo, por cuenta de la Nación, las

⁶ Como sí sucede para el proceso licitatorio de Contratos, aunque la opinión únicamente versará sobre los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Hidrocarburos.

⁷ Cabe señalar que el término “lineamiento técnico” establecido en la fracción VI del artículo 3 del anteproyecto está vagamente definido.

⁸ Artículo 28 del anteproyecto.

actividades de Exploración y Extracción, deberán ser otorgados “a través de mecanismos que garanticen la máxima transparencia”; el mismo precepto establece que el marco jurídico deberá prever que las bases y reglas de los procedimientos que se instauren al efecto “sean debidamente difundidas y públicamente consultables”. Por su parte, el artículo 13 de la Ley de Hidrocarburos establece que la selección del socio de la EPE de que se trate, se realizará mediante licitación que represente las mejores condiciones de selección y que más convenga a la Nación, “observando las mejores prácticas en materia de transparencia”, mientras que el artículo 23 de la misma ley dispone que “los procesos de licitación se deberán llevar a cabo bajo los principios de transparencia, máxima publicidad, igualdad, competitividad y sencillez”, y que las propuestas podrán ser presentadas y analizadas a través de medios electrónicos “en los términos que establezca el Reglamento”.

No obstante lo anterior, el anteproyecto en comento es omiso en reglas de transparencia, las cuales resultan fundamentales no únicamente para ejecutar los mandatos constitucionales y legales arriba referidos, sino también para fomentar y preservar un entorno más competitivo, sobre todo tratándose de proyectos altamente complejos. Por esta razón, esta Comisión sugiere establecer parámetros y referentes mínimos en el propio anteproyecto, los cuales podrían abarcar, por ejemplo, las siguientes obligaciones por parte de la SENER y la CNH, según corresponda: (i) definir claramente las reglas y los requisitos de participación; (ii) difundir ampliamente las bases y reglas (incluyendo los criterios de precalificación) con una anticipación razonable; (iii) otorgar la oportunidad a todos los interesados de presentar preguntas y solventar dudas; (iv) utilizar plataformas electrónicas para apoyar el desarrollo de los procesos, a través de las cuales se puedan presentar propuestas y consultar información; (v) registrar toda la información generada a lo largo del proceso y hacer pública la información relevante una vez que haya concluido el proceso (incluyendo el fallo);⁹ (vi) explicar y justificar los criterios de asignación;¹⁰ así como (vii) prever mecanismos eficaces e imparciales para atender denuncias y resolver controversias.

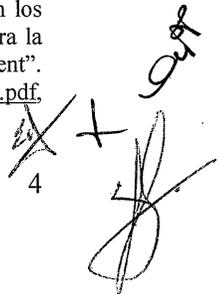
II. Participación de Cofece en procedimientos de licitación.

El artículo 28 del anteproyecto prevé lo siguiente:

“Artículo 28.- La Comisión incluirá dentro de las bases que emita para cada licitación, lo siguiente:

⁹ Resguardando la información confidencial, por ejemplo, aquella que pudiera comprometer la posición competitiva de los participantes, favorecer la colusión o poner en riesgo la seguridad del Estado.

¹⁰ Para el diseño de licitaciones procompetitivas y transparentes, resultan útiles las recomendaciones contenidas en los “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”, emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), así como en “OECD Principles for Integrity in Public Procurement”. Visibles en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf> y <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf> respectivamente.



4

- I. Los términos y condiciones técnicos del modelo de Contrato para la Exploración y Extracción diseñados por la Secretaría, que contendrán cuando menos las cláusulas previstas en el artículo 19 de la Ley, y
- II. Los Lineamientos Técnicos que deberán observarse en cada proceso de licitación, establecidos por la Secretaría, los cuales contendrán:
 - a. El objeto de la licitación;
 - b. Los actos y las etapas mínimas del procedimiento de licitación;
 - c. El área o las áreas a licitar;
 - d. Los criterios de precalificación;
 - e. El mecanismo de adjudicación a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 23 de la Ley;
 - f. Las variables de adjudicación de los procesos de licitación y el criterio de desempate conforme a lo que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y
 - g. Cualquier otro que determine la Secretaría.

Previo a la notificación referida a la Comisión, la Secretaría deberá contar con la opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica a que se refiere la fracción III del artículo 24 de la Ley, así como de la Secretaría de Economía a que se refiere el tercer párrafo del artículo 46 de la Ley.”

Al respecto, y a efecto de que esta Comisión esté en aptitud de ejercer esta importante atribución, es necesario establecer que la SENER deberá proporcionar toda la información y elementos necesarios que permitan y faciliten la valoración respectiva. Por lo anterior – y por cuestiones adicionales de claridad– se propone el siguiente texto:

“Artículo 28.- [...]

[...]

~~Previo a la notificación referida a la Comisión,~~ **La Secretaría deberá contar con la opinión *previa* de la Comisión Federal de Competencia Económica a que se refiere la fracción III del artículo 24 de la Ley, así como de la Secretaría de Economía a que se refiere el tercer párrafo del artículo 46 de la Ley.**”

La Secretaría deberá proporcionar a la Comisión Federal de Competencia Económica, al momento de la solicitud de opinión, todos los elementos que justifiquen que los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación propuestos se apegan a las mejores prácticas así como a principios en materia de libre competencia y competencia económica. La Comisión Federal de Competencia Económica, en cualquier momento y sin perjuicio del plazo establecido en la fracción III del artículo 24 de la Ley, podrá requerir cualquier información adicional que estime pertinente en términos de la Ley Federal de Competencia Económica.”

III. Contenido nacional.

El artículo 46 de la Ley de Hidrocarburos señala que el conjunto de actividades de Exploración y Extracción de hidrocarburos que se realicen en territorio nacional a través de Asignaciones y Contratos de Exploración y Extracción deberá alcanzar, en promedio, al menos el treinta y cinco por ciento de contenido nacional, excluyendo actividades en aguas profundas y ultra profundas. De conformidad con el artículo Vigésimo Cuarto Transitorio de dicha ley, el porcentaje mínimo



“2014, Año de Octavio Paz”

PLENO

promedio aumentará de forma gradual a partir de 25% en 2015 hasta llegar al menos a 35% en 2025.

Al respecto, la MIR del anteproyecto señala en la sección de análisis de impacto en la competencia lo siguiente: *“Las estrategias para el fomento industrial y de la inversión y establecimiento de un porcentaje de contenido nacional promueven la inversión nacional y extranjera para que se realicen actividades de permanencia en México, alineando así los objetivos de creación de industria nacional y de operación eficiente de las empresas”*.

La regulación del esquema (fijación de metas, programa de cumplimiento, metodología de medición y verificación de cumplimiento) debe operar de tal forma que no genere ventajas indebidas en favor de agentes económicos específicos, no afecte la posición competitiva de los Asignatarios o Contratistas y, en general, cumpla los propósitos perseguidos. De particular importancia será que las diferencias en las metas individuales de contenido nacional estén debidamente justificadas por la naturaleza y características de cada proyecto y que exista transparencia en cuanto a los esquemas de seguimiento y monitoreo. Esto también ayudaría a no poner en desventaja nuestra industria frente a las de otros países. En este sentido, esta Comisión sugiere que el anteproyecto establezca fórmulas específicas encaminadas a esos objetivos.

Consideraciones finales

En el contexto de la reforma y apertura del sector de hidrocarburos, el acompañamiento que la Cofece realice durante esta etapa inicial – en la que se determinarán las condiciones iniciales de competencia en los diversos mercados – resulta fundamental para garantizar que existan, en el mediano y largo plazo, condiciones de competencia en los mismos y, con ello, lograr los objetivos que la propia reforma energética pretende alcanzar.

En este sentido, existen momentos importantes en los cuales la Cofece podría colaborar con el Ejecutivo y otras Autoridades Públicas dentro del marco de colaboración entre Poderes. Tal sería el caso, por ejemplo, de participar de manera más amplia en los procesos de licitación de Contratos de Exploración y Extracción (sin que la intervención se tenga que limitar exclusivamente a una opinión sobre los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación), o de participar en las licitaciones a que se refiere el artículo 13 de la Ley de Hidrocarburos (migración de Asignaciones a Contratos mediante alianzas o asociaciones). Lo anterior, con el objeto de procurar procesos licitatorios competitivos que garanticen las mejores condiciones para el Estado.



“2014, Año de Octavio Paz”

PLENO

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 98 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), cuando así lo determine el Ejecutivo Federal mediante acuerdos o decretos, o a solicitud de éste, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, la Cofece puede emitir opinión tratándose de licitaciones, incluyendo las bases de licitación, la convocatoria, los proyectos de contrato y otros documentos relevantes.

De igual forma, esta autoridad estará pendiente y, de así estimarlo pertinente, ejercerá sus atribuciones conforme el marco jurídico, a fin de procurar la eficiencia de los mercados y no poner en riesgo el proceso de libre competencia y competencia económica, por ejemplo:

- a. Evitando la posible creación de fenómenos de concentración anticompetitivos y sancionando prácticas monopólicas¹¹;
- b. Solicitando a la SENER que instruya a las EPE, sus subsidiarias y filiales que realicen las acciones necesarias para garantizar que sus actividades y operaciones no obstaculicen la competencia y el desarrollo eficiente de los mercados¹²; y
- c. Materializando sus atribuciones establecidas en la LFCE, incluyendo las relativas a:
 - Emitir opinión respecto de los anteproyectos de disposiciones administrativas cuando puedan tener efectos contrarios al proceso de libre competencia y competencia¹³;
 - Promover, en coordinación con las Autoridades Públicas, que sus actos administrativos observen los principios de libre competencia y competencia económica¹⁴; y
 - Establecer mecanismos de coordinación con Autoridades Públicas en materia de políticas de libre competencia y competencia económica y para el cumplimiento de la LFCE y otras disposiciones aplicables¹⁵.

Lo anterior resulta congruente con el mandato que esta Comisión tiene conforme al artículo 28 constitucional, consistente en garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

¹¹ Es pertinente recordar que la celebración de alianzas y asociaciones entre una EPE y Personas Morales se deberán llevar a cabo sin perjuicio de lo establecido en la LFCE.

¹² Artículo 42 fracción III de la Ley de Hidrocarburos.

¹³ Artículo 12 fracción XIII de la LFCE.

¹⁴ Artículo 12 fracción XX de la LFCE.

¹⁵ Artículo 12 fracción XXVII de la LFCE.



"2014, Año de Octavio Paz"

PLENO

La presente opinión se emite con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto y vigésimo, fracciones I y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 2, 10, 12, fracción XIV y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce; así como 1, 5, fracción X, y 20, fracción XXXI, del Estatuto Orgánico de la Cofece, publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.

Notifíquese.- Así lo resolvió el Pleno de la Cofece por unanimidad de votos en sesión ordinaria del dos de octubre de dos mil catorce, de conformidad con los artículos antes referidos, ante la fe del Director General de Asuntos Jurídicos en suplencia del Secretario Técnico de la Cofece, en términos de lo dispuesto en los artículos 4, fracción IV, 18, 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI, y 50, fracción I; así como Décimo transitorio del Estatuto Orgánico de la Cofece.

Alejandra Palacios Prieto
Presidente

Jesús Ignacio Navarro Zermeño
Comisionado

Martín Moguel Gloria
Comisionado

Benjamín Contreras Astiazarán
Comisionado

Alejandro Ildelfonso Castañeda Sabido
Comisionado

Francisco Javier Núñez Melgoza
Comisionado

Eduardo Martínez Chombo
Comisionado

Fidel Gerardo Sierra Aranda
En suplencia por vacancia del Secretario Técnico