



México, D.F. a 15 de diciembre de 2015

MTRO. MARIO EMILIO GUTIÉRREZ CABALLERO
Titular de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria
PRESENTE

Asunto: Se emite opinión.

Se hace referencia al anteproyecto “Acuerdo por el que la Comisión Reguladora de Energía interpreta para efectos administrativos la participación cruzada a la que hace referencia el segundo párrafo del artículo 83 de la Ley de Hidrocarburos y establece el procedimiento para autorizarla” (anteproyecto)¹ remitido por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer) a la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) el cuatro de diciembre de dos mil quince 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.

El Pleno de esta Cofece en sesión ordinaria del quince de diciembre de dos mil quince 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.

De acuerdo con la Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR), el anteproyecto tiene por objeto interpretar, para efectos administrativos, la participación cruzada a la que se refiere el segundo párrafo del artículo 83 de la Ley de Hidrocarburos (LH), así como establecer el procedimiento que deberán seguir aquellos sujetos que se encuentren en el supuesto de participación cruzada, con el fin de obtener la autorización para dicha participación por parte de la Comisión Reguladora de Energía (CRE).²

El artículo 83 de la LH establece lo siguiente:

“Artículo 83.- La Comisión Reguladora de Energía, con la opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica, establecerá las disposiciones a las que deberán sujetarse los Permisionarios de Transporte, Almacenamiento, Distribución, Expendio al Público y comercialización de Hidrocarburos, Petrolíferos y Petroquímicos, así como los usuarios de dichos productos y servicios, con objeto de promover el desarrollo eficiente de mercados competitivos en estos sectores. Entre otros aspectos, dichas disposiciones podrán establecer la estricta separación legal entre las actividades permitidas o la separación funcional, operativa y contable de las mismas; la emisión de códigos de conducta, límites a la participación en el capital social, así como la participación máxima que podrán tener los agentes económicos en el mercado de la

¹ Visible en el sitio de Internet: <http://www.cofemersimir.gob.mx/expedientes/18134>

² Numeral 1 del apartado “I.- DEFINICIÓN DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS GENERALES DE LA REGULACIÓN” contenido en la MIR.



COMISIÓN FEDERAL DE
COMPETENCIA ECONÓMICA

PLENO
OMR-009-2015

comercialización y, en su caso, en la reserva de capacidad en los ductos de Transporte e instalaciones de Almacenamiento.

Las disposiciones a que se refiere el párrafo anterior contemplarán que las personas que, directa o indirectamente, sean propietarias de capital social de usuarios finales, productores o comercializadores de Hidrocarburos, Petrolíferos y Petroquímicos que utilicen los servicios de Transporte por ducto o Almacenamiento sujetos a acceso abierto, solamente podrán participar, directa o indirectamente, en el capital social de los Permissionarios que presten estos servicios cuando dicha participación cruzada no afecte la competencia, la eficiencia en los mercados y el acceso abierto efectivo, para lo cual deberán:

- I. Realizar sus operaciones en sistemas independientes, o
- II. Establecer los mecanismos jurídicos y corporativos que impidan intervenir de cualquier manera en la operación y administración de los Permissionarios respectivos.

En todo caso, la participación cruzada a la que se refiere el segundo párrafo de este artículo y sus modificaciones deberán ser autorizadas por la Comisión Reguladora de Energía, quien deberá contar previamente con la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia Económica.”
[Énfasis añadido]

Ahora bien el anteproyecto incorpora dos elementos no previstos en el segundo párrafo del artículo 83 de la LH: los conceptos de control y de grupo de interés económico.³ La inclusión de estos conceptos ocasiona que el anteproyecto no contemple a todos los agentes económicos que se ubican

³ En este sentido, los considerandos citados establecen lo siguiente:

“Séptimo. Que las participaciones en el capital social a que se refiere el Considerando inmediato anterior pueden ser de tipo directo o indirecto, entendiéndose como participación directa la mera titularidad de los documentos que representan el capital social, y como participación indirecta aquella que se lleva a cabo a través de instrumentos como fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, o cualquier otro mecanismo que otorgue, jurídicamente o de hecho, control sobre una persona moral.

Octavo.- Que, mediante el concepto de control al que se hace referencia en el Considerando Octavo anterior, se puede materializar la participación indirecta de una persona moral en el capital social de otras personas morales, pudiendo esta participación indirecta ser real si se refiere a la conducción efectiva de una persona moral controladora hacia sus subsidiarias, o bien, latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas que pueden darse entre las personas morales aún [sic] cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real, y por tanto, debe ser entendido como la capacidad para decidir sobre la totalidad o parte de las actividades de una o varias personas morales.

[...]

Undécimo.- Que, a partir de los Considerandos anteriores, se interpreta que la participación cruzada, contemplada en el segundo párrafo del artículo 83 de la LH, se refiere a una situación donde una Persona tiene participación directa o indirecta en el capital social de dos tipos de personas morales: (i) una participación en una persona que utilice servicios de transporte y almacenamiento, ya sea como comercializador, usuario final o productor de Hidrocarburos, Petrolíferos o Petroquímicos y (ii) una participación en una permisionario prestador de servicios de transporte o almacenamiento de Hidrocarburos, Petrolíferos o Petroquímicos, de tal manera que dichos sujetos pertenezcan a un mismo grupo de interés económico, entendido este como un conjunto de personas físicas o morales que tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común.”

en la hipótesis normativa prevista en el artículo 83 de la LH antes citado. Aunado a ello, dichos elementos establecen estándares que podrían no ser acordes con aquéllos que la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y las disposiciones que derivan de ella (Disposiciones Regulatorias),⁴ establecen para el análisis que esta Comisión realiza en uso de sus atribuciones.

Todo lo anterior podría vulnerar la labor de prevención que realiza la Cofece para proteger el proceso de competencia y la libre concurrencia en cumplimiento de su objeto⁵ e incluso imponer restricciones a las facultades que le otorga la propia LH.

En este sentido esta Comisión recomienda que el anteproyecto no establezca elementos que relajen o restrinjan lo establecido en el artículo 83 de la LH, con relación a las atribuciones de esta Cofece.

Aunado a lo anterior, el procedimiento que prevé el anteproyecto para analizar la participación cruzada contiene elementos que resulta necesario modificar de conformidad con lo siguiente:⁶

⁴ Publicadas en el DOF el diez de noviembre de dos mil catorce.

⁵ En especial a lo señalado en el párrafo décimo cuarto del artículo 28 Constitucional que indica: “El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto 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, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos”[Énfasis añadido]

⁶ “Decimotercero. Que, con el fin de que esta Comisión pueda autorizar la participación cruzada a la que hace referencia el segundo párrafo del artículo 83, se deberá de observar el siguiente procedimiento:

- a) En un plazo máximo de 3 meses contado a partir de la expedición de su permiso de Transporte por ducto, Almacenamiento o Comercialización de Hidrocarburos, Petrolíferos o Petroquímicos, según sea el caso, aquellos permisionarios cuyo grupo de interés económico se encuentre en el supuesto de participación cruzada en los términos del presente instrumento, deberán presentar ante esta Comisión la documentación que acredite que han solicitado la opinión favorable de la Cofece sobre la mencionada participación cruzada.
- b) La solicitud de opinión favorable que se presente ante la Cofece deberá ser a nombre del grupo de interés económico en donde se encuentren las personas morales mencionadas en los Considerandos Noveno a Undécimo anteriores, haciendo una clara referencia con respecto a cuales son los Permisionarios que se encuentran involucrados en este supuesto.
- c) Si los Permisionarios no entregan a esta Comisión la documentación referida en el inciso anterior en el plazo de 3 meses, esta Dependencia llevará a cabo una única prevención, con el fin de que cumplan con dicha obligación. Si en el plazo de un mes contado a partir de la fecha en que se notifique la prevención los Permisionarios no han entregado la documentación requerida, se determinará que se ha materializado el incumplimiento de la obligación dispuesta por el artículo 83 de la LH.
- d) Una vez que los Permisionarios obtengan la opinión favorable de la Cofece, deberán entregarla a esta Comisión conjuntamente con una solicitud de autorización de participación cruzada para que, en un plazo de 30 días, esta Dependencia analice la información correspondiente y en su caso, otorgue la autorización.

1. Modificaciones a la participación cruzada.- el inciso a) del considerando décimo tercero establece plazos a partir de la emisión de los permisos para solicitar opinión favorable a la Cofece sobre participación cruzada, lo que podría no abarcar el caso de un agente económico que adquiera, con posterioridad a la expedición del permiso correspondiente o cuando ya cuente con éste, participación directa o indirecta en otro agente económico. Por ello, se recomienda que el anteproyecto establezca que el supuesto de autorización aplica en cualquier caso que se actualice la participación cruzada, tal como se prevé en el artículo 83 de la LH.
2. Solicitante.- El inciso b) del considerando antes referido señala que la solicitud de opinión favorable que se presente ante la Cofece deberá ser a nombre del grupo de interés económico. Cabe señalar que las opiniones que emite la Cofece con base en la LFCE y sus Disposiciones Regulatorias se emiten únicamente respecto del agente económico solicitante (no respecto del grupo de interés económico). Ello, sin perjuicio de que la Cofece realice el análisis que corresponda para determinar el impacto en la competencia considerando a todos los integrantes del grupo de interés económico del solicitante involucrados en el mercado, con base en la información que deba presentarse en términos de lo que establecen las Disposiciones Regulatorias.
3. Consecuencias de una opinión no favorable.- se sugiere establecer de manera explícita en el inciso f) del citado considerando los efectos legales que generaría la emisión de una opinión no favorable por parte de la Cofece.

La presente opinión se emite con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo primero, décimo cuarto y vigésimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 2, 10, 12, fracción XIII 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 IX, y 20, fracción XXXI, del Estatuto Orgánico de la Cofece, publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.

-
- e) *Para que la CRE esté en posibilidad de emitir su autorización con fundamento en el artículo 83, segundo párrafo de la LH, y con el fin de garantizar que la participación cruzada no afecta la competencia, la eficiencia en los mercados y el acceso abierto efectivo, en adición a la opinión favorable de la Cofece, cualquiera de los Permisarios involucrados deberá presentar ante esta Dependencia la información que considere necesaria para acreditar que el grupo de interés económico al que pertenece:*
 - i. *Realiza sus operaciones en sistemas independientes, o*
 - ii. *Ha establecido los mecanismos jurídicos y corporativos que impiden intervenir de cualquier manera en la operación y administración de los Permisarios de Transporte por ducto, Almacenamiento y Comercialización respectivos, según sea el caso.*
 - f) *En el caso en que la opinión de la Cofece sobre la participación cruzada no sea favorable, los Permisarios deberán notificarlo inmediatamente a esta Comisión, **para los efectos legales correspondientes.**” [Énfasis añadido]*



Notifíquese.- Así lo resolvió por unanimidad de votos el Pleno de esta Cofece en la sesión ordinaria de mérito, con fundamento en los artículos citados a lo largo de la presente opinión. Lo anterior, ante la fe del Director General de Asuntos Jurídicos en suplencia por ausencia del Secretario Técnico, con fundamento en los artículos 4, fracción IV, apartado A, inciso a), 18, 19, 20, fracciones XXVI, XXVII, LVI, 32, fracción X, 50, fracción I del Estatuto Orgánico de la Cofece, así como en el oficio número ST-CFCE-2015-368.- Conste.

A. Palacios

Alejandra Palacios Prieto
Comisionada Presidenta

J. Navarro
Jesús Ignacio Navarro Zermeno
Comisionado

M. Moguel
Martín Moguel Gloria
Comisionado

B. Contreras
Benjamín Contreras Astiazarán
Comisionado

A. Castañeda
Alejandro Ildefonso Castañeda Sabido
Comisionado

F. Melgoza
Francisco Javier Méndez Melgoza
Comisionado

E. Chombo
Eduardo Martínez Chombo
Comisionado

F. Sierra
Fidel Gerardo Sierra Aranda
Director General de Asuntos Jurídicos
en suplencia por ausencia del Secretario Técnico