

Ciudad de México, D.F., a 7 de enero 2016

**Comisión Reguladora de Energía
Presente.-**

Asunto: Se emite opinión

Con fundamento en los artículos 28, párrafos segundo, décimo cuarto y vigésimo, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 2, 4, 10, 12, fracciones I y XII, y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)¹; 149 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE²; 1, 4, fracción I, y 5, fracciones I, VIII y IX, del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica (ESTATUTO)³, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica (Comisión o COFECE) emite la presente opinión sobre el contenido de los modelos de contrato de suministro y de franquicia presentados por Pemex Transformación Industrial (TRI) a la Comisión Reguladora de Energía (CRE). Esta opinión se refiere únicamente a los aspectos de competencia económica y libre concurrencia, sin que la misma prejuzgue sobre aspectos de cualquier otra índole. Lo anterior, de acuerdo con el análisis que a continuación se expresa:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha dieciocho de diciembre de dos mil quince, se recibió en esta Comisión oficio número SE/CGPP/22464/2015 (OFICIO), a través del cual el Secretario Ejecutivo de la CRE solicita opinión sobre el contenido de los modelos de contrato de suministro y franquicia de gasolinas y diésel que presentó Pemex TRI a esa autoridad (en lo sucesivo “Modelo de Contrato de Suministro” y “Modelo de Contrato de Franquicia”, respectivamente y, conjuntamente, “los Modelos de Contrato”). Lo anterior, en atención a la resolución número RES/635/2015 emitida el 17 de septiembre de 2015 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2014.
2. A través de la resolución citada en el numeral anterior, la CRE estableció a Petróleos Mexicanos (Pemex), sus empresas productivas subsidiarias o sus empresas filiales, las siguientes obligaciones con objeto de dar cumplimiento a los artículos Tercero y Décimo Cuarto Transitorios de la LH: *i*) que los contratos vigentes de franquicia y de suministro de gasolinas y diésel no estén condicionados entre sí a partir del 1° de enero de 2016, cuando entrarían en vigor los permisos de expendio expedidos por la CRE, *ii*) asegurar que la vigencia de los contratos de suministro de gasolinas y diésel que suscriban no exceda del 31 de diciembre de 2016, *iii*) que los contratos de suministro no estén condicionados a los de la franquicia, y *iv*) que no existan requisitos de nacionalidad o cláusulas de exclusión de extranjeros en los mismos.

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el 23 de mayo de 2014.

² Publicadas en el DOF, el 10 de noviembre de 2014.

³ Publicado en el DOF, el 8 de julio de 2014.

II. ANÁLISIS EN MATERIA DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA

1. Marco jurídico transitorio en materia de fuentes de suministro de gasolinas y diésel

El artículo Décimo Cuarto Transitorio de la LH, aplicable al mercado de gasolinas y diésel considera, en materia de fuentes de suministro, lo siguiente:

- a. La vigencia de los contratos de suministro (anteriormente denominados contratos de venta de primera mano) que suscriban Pemex, sus empresas productivas subsidiarias o sus empresas filiales, no podrá exceder del 31 de diciembre de 2016.
- b. Lo anterior, sin perjuicio de que, a partir del 1º de enero de 2017, Pemex, sus empresas productivas subsidiarias o sus empresas filiales puedan celebrar contratos de suministro bajo las nuevas condiciones de mercado.
- c. Los contratos de suministro que suscriban Pemex, sus empresas productivas subsidiarias o filiales no podrán: *i*) estar condicionados a la celebración de contratos de franquicia, ni *ii*) limitar a las partes del contrato de suministro a darlo por terminado de manera unilateral, en tanto que a juicio de la COFECE se presenten condiciones de competencia efectiva.

2. Consideraciones generales

Las disposiciones referidas tienen por objeto lograr que los comercializadores y propietarios de estaciones de servicio puedan decidir si continúan ligados a una relación jurídica con Pemex, o bien, si adoptan a partir del presente año modelos independientes de comercialización o expendio al público, así como acudir a fuentes alternativas de abasto en los años posteriores. Lo anterior será particularmente relevante cuando estos mercados se abran a las importaciones y los precios de expendio al público reflejen el costo real de los combustibles en condiciones de un mercado abierto y competido.

Para ello, es necesario que la CRE verifique y se asegure que los contratos de suministro y de franquicia celebrados por Pemex (**tanto los vigentes como los nuevos que se suscriban**): 1) no contengan cláusulas que resulten contrarias a lo establecido en el citado artículo Décimo Cuarto Transitorio de la LH; 2) se ajusten a la Resolución de la CRE referida en el Antecedente Primero; y, 3) no afecten el proceso de libre competencia y competencia en los términos de la presente opinión⁴.

3. Observaciones al Modelo de Contrato de Suministro

En tanto Pemex (o sus empresas subsidiarias) continúe siendo la única alternativa de suministro de gasolinas o diésel en el territorio nacional, los permisionarios de comercialización y expendio al

⁴ Cabe señalar que los Modelos de Contrato no incorporan "cláusulas de exclusión de extranjeros" u otras restricciones basadas en nacionalidad, ni contienen "cláusulas de no competencia" que tengan por objeto restringir actividades relacionadas con el objeto de los contratos con personas (físicas o morales) distintas a Pemex, durante un lapso de tiempo posterior a la terminación del contrato. Por ello, no se hacen señalamientos específicos sobre esos temas en los numerales 3 y 4 de la presente opinión. Para esta autoridad, sin embargo, dichas cláusulas son incompatibles con el marco jurídico vigente y afectan el proceso de libre competencia y competencia; por tanto, deben eliminarse de los contratos vigentes.

público estarán obligados a celebrar con esa empresa productiva del Estado un contrato de suministro de combustibles en términos de la LH. Sin embargo, a partir del presente año, el contrato de suministro no deberá estar condicionado a la existencia de un contrato de franquicia o similar, no deberá considerar elementos propios del esquema de franquicia, ni obligar la contratación de cualquier servicio adicional al de suministro.

Al respecto, esta autoridad observa lo siguiente:

- i. El artículo Décimo Tercero Transitorio de la LH señala que las ventas de primera mano de petrolíferos continuarán sujetas a principios de regulación asimétrica con objeto de limitar el poder dominante de Pemex. Asimismo, establece que las ventas de primera mano deberán realizarse a la salida de refinerías o en los puntos de inyección del producto importado. Por otro lado, el citado precepto habilita a Pemex, a personas controladas por ésta o a sus organismos subsidiarios a que lleven a cabo la comercialización en puntos distintos a los señalados para las ventas de primera mano, la cual también estará sujeta a regulación asimétrica⁵. El mismo artículo también establece que la comercialización deberá desagregar los distintos servicios que preste y el precio de venta de primera mano del producto que se trate.

Con motivo de lo anterior, será importante que Pemex esté obligada a desagregar los distintos servicios que presta a elección del usuario, incluyendo sus precios de forma individual. En cualquier caso, el modelo de contrato de suministro debiera considerar únicamente la adquisición o entrega de gasolinas o diésel, sin considerar de manera forzosa cualquier otra actividad o servicio adicional tales como el transporte, custodia, almacenamiento o de valor agregado.

Por esta misma razón, debe asimismo precisarse (en la Cláusula Primera y el Anexo 2) que el objeto del contrato se limita al suministro de gasolinas y diésel, a fin de evitar que el suministro se extienda a productos distintos a estos petrolíferos.

- ii. Es necesario, en este sentido, que Pemex TRI no establezca modalidades de entrega obligatorias para los adquirentes y que no condicione la venta de gasolina y diésel a la adquisición del servicio de traslado de dichos combustibles de las refinerías o de las Terminales de Almacenamiento y Reparto a las estaciones de servicio con personal y/o equipo de dicha empresa⁶. Por lo tanto, debe dejarse abierta en todo momento la modalidad de entrega mediante equipo de Autoabasto o cualquier otra forma de traslado a decisión libre del adquirente. De persistir la cláusula Tercera en sus términos, se inhibiría el desarrollo de nueva infraestructura de almacenamiento y transporte y se generarían ventajas exclusivas en favor de Pemex TRI en estos mercados. Además, se limitarían las opciones de los adquirentes para trasladar los productos de la forma que más convenga a sus propios intereses.

⁵ En términos del artículo 19 del Reglamento de las Actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos, la comercialización se entiende como la actividad de ofertar a usuarios o usuarios finales, en conjunto o por separado, lo siguiente: i) la compraventa de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos; ii) la gestión o contratación de los servicios de transporte, almacenamiento o distribución de dichos productos; y, iii) la prestación o intermediación de servicios de valor agregado en beneficio de los usuarios o usuarios finales.

⁶ Cabe señalar que esta cláusula es además contraria a la resolución de la autoridad de competencia que sancionó a Pemex por la comisión de prácticas monopólicas relativas. La resolución de la extinta Comisión Federal de Competencia (expediente DE-024-2010) obliga a Pemex a permitir que las estaciones de servicio puedan autoabastecerse o contratar el servicio de transporte de gasolina de las TAR a las estaciones de servicio a través de terceros. El expediente está *subjudice* en la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- iii. De conformidad con lo dispuesto en el régimen transitorio de la LH, la vigencia del contrato de suministro se establece al 31 de diciembre de 2016. Sin embargo, el modelo de contrato es omiso en establecer una disposición que permita al adquirente a dar por terminado el contrato de manera unilateral en términos del párrafo tercero del artículo Décimo Cuarto Transitorio de la LH. En consecuencia, es necesario que se incluya expresamente una disposición en ese sentido, aplicable ante cualquier escenario de renovación o extensión de vigencia.
- iv. Es necesario establecer en el modelo de contrato que la compra de combustibles a Pemex no genera exclusividad alguna y no limita la compraventa de combustibles a otros proveedores y, en general, que no se restringe la adopción de modelos de negocio independientes a Pemex.
- v. Con relación al margen comercial (diferencial de descuento sobre el precio de venta al público), el Anexo I del Modelo de Contrato de Suministro establece lo siguiente:

“ANEXO I MARGEN COMERCIAL

De acuerdo a la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, PEMEX TRANSFORMACIÓN INDUSTRIAL aplica al ADQUIRENTE un margen comercial por el producto adquirido para su comercialización de acuerdo al Producto y a la categoría de la Estación de Servicio que corresponda (...)

[Énfasis añadido]

Cualquier margen comercial que se decida incorporar en el Modelo de Contrato de Suministro no debe incorporar variable de calidad alguna ligada a la categoría de la estación de servicio, toda vez que dicha categoría estaría, en todo caso, determinada con base en parámetros definidos por el modelo comercial de la franquicia Pemex. De otra forma, esta disposición estaría generando ventajas exclusivas en favor de ciertas franquicias, en perjuicio de estaciones independientes que acudan a Pemex únicamente para efectos de suministro. Este aspecto es especialmente relevante en un contexto en donde Pemex es, al día de hoy, la única fuente de abasto del petrolífero en el país.

4. Observaciones al Modelo de Contrato de Franquicia

A partir del 1º de enero del presente año, los permisionarios de comercialización y/o expendio al público de gasolinas y diésel (nuevos o ya establecidos) podrán adoptar modelos de negocio diferentes al de la franquicia Pemex, o bien, deberán suscribir nuevos contratos de franquicia con Pemex TRI en términos de las disposiciones vigentes de la LH.

Como se señaló en el numeral 1 del presente apartado, dichos instrumentos no deben contener cláusulas que resulten contrarias a lo establecido en el citado artículo Décimo Cuarto Transitorio de la LH, a la resolución RES/635/2015 de la CRE y, en general, no afectar el proceso de libre competencia y competencia. En atención a ello esta Comisión observa lo siguiente:

- i. Las causales de terminación anticipada son rígidas y limitativas para los franquiciatarios (cláusula Novena): i) mutuo consentimiento, ii) resolución judicial o administrativa firme, iii) muerte del franquiciatario – salvo que se presente solicitud de cambio en favor de la sucesión, de los

herederos o legatarios, y iv) cambio de circunstancias que afecten de manera significativa el cumplimiento de las obligaciones del contrato. Para esta última causal, sin embargo, únicamente Pemex TRI podría solicitar la modificación o terminación.

Con la finalidad de prever opciones de salida razonables y generar presiones competitivas en los mercados, esta Comisión propone que, adicionalmente a las causales arriba señaladas, la terminación anticipada del contrato de franquicia pueda ser solicitada por los franquiciatarios a partir del presente año, sin mayor requisito que una notificación previa por escrito.

- ii. Por otra parte, la cláusula Tercera señala que la vigencia del mismo sería de 15 años, en tanto que las partes podrían acordar la ampliación de esta vigencia por periodos adicionales de 5 años. Sobre el particular, esta Comisión considera que una vigencia como la propuesta (particularmente cuando no existen opciones de salida) generaría problemas de competencia en los mercados al prolongar por tanto tiempo las relaciones de suministro exclusivo. En consecuencia, es deseable reducir al mínimo la duración obligatoria de los contratos para el efecto de que, en este momento de transición, exista mayor movilidad por parte de los comercializadores y propietarios de estaciones de servicio entre diferentes fuentes de suministro⁷. Esto, sin perjuicio de lo señalado en el numeral i) anterior.
- iii. El Modelo de Contrato de Franquicia refiere un Manual de Operaciones el cual, según establece, será del estricto cumplimiento del franquiciatario (numeral 1 de la cláusula Cuarta). Esta Comisión no se pronuncia respecto de dicho documento, así como sobre otros documentos referidos en los contratos de franquicia y de suministro, al no formar parte ni estar integrados al expediente citado al rubro. No obstante, se considera que dichos documentos no pueden contener como obligaciones aquellas consideradas como anticompetitivas en la presente opinión.
- iv. Se considera necesario precisar que la relación de franquicia solo comprende gasolinas y diésel, a fin de que el franquiciatario no esté constreñido a comercializar productos diferentes⁸.
- v. Finalmente, en virtud del nuevo régimen de banda en el precio al consumidor final de los combustibles (el cual está sujeto a mínimos y máximos)⁹, es necesario abrir la posibilidad de que los permisionarios ligados a una franquicia Pemex tengan la libertad de determinar los precios de venta al público conforme los parámetros fijados, de tal suerte que éstos no se encuentren determinados por esa empresa productiva del Estado¹⁰.

⁷ En este mismo sentido, es importante que no se establezcan pagos iniciales fijos excesivos para el otorgamiento de la franquicia que desincentiven o hagan difícil una eventual salida, debido a la necesidad de amortizar costos hundidos a lo largo del tiempo.

⁸ Por ello, habría que precisar o, en su caso, eliminar las referencias a "Servicios", a que se refieren los numerales 3 y 6 de la cláusula Cuarta del Modelo de Contrato de Franquicia.

⁹ Para los ejercicios fiscales de 2016 y 2017, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establecerá una banda con valores mínimos y máximos para los precios de las gasolinas y del diésel. Con ello, se busca que los precios máximos puedan comenzar a fluctuar de forma consistente con su referencia internacional como sucederá en la liberación definitiva de precios.

¹⁰ En consecuencia, sería conveniente establecer la posibilidad de que cada permisionario pueda determinar sus precios, lo que tendría que estar acompañado de un cambio en el esquema de compensaciones basado en el margen comercial establecido en el contrato de suministro.

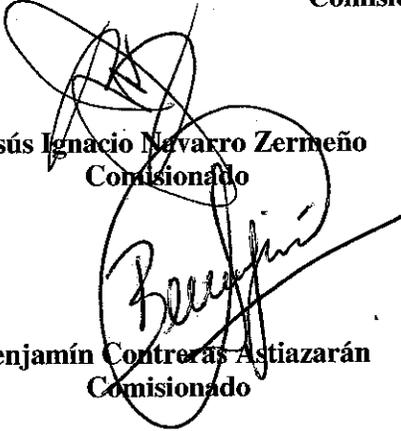
III. CONCLUSIÓN

Con base en lo expuesto, y con el objetivo de fomentar la libre competencia y concurrencia en los mercados de comercialización y expendio al público de gasolinas y diésel, el Pleno de esta COMISIÓN sugiere a la CRE que, en ejercicio de sus atribuciones, verifique y se asegure que los contratos de suministro y de franquicia **vigentes y aquellos que sean suscritos**, incorporen los elementos descritos en la presente resolución. En consecuencia, se sugiere que en el ámbito de sus atribuciones se instruya a Pemex a que lleve a cabo todas las medidas que sean necesarias a efecto de sustituir los actuales contratos de venta de primera mano y de franquicia, en el plazo que al efecto sea establecido.

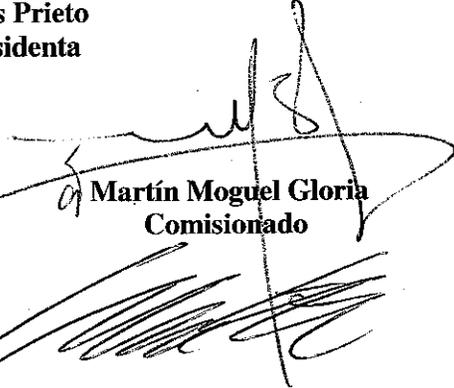
Notifíquese. Así lo resolvió, por unanimidad de votos, el Pleno de esta COMISIÓN en sesión del siete de enero de dos mil dieciséis, con fundamento en los artículos citados a lo largo de la presente resolución. Lo anterior ante la fe del Secretario Técnico, con fundamento en los artículos 4, fracción IV, 18, 19, 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI, del ESTATUTO.- Conste.



Alejandra Palacios Prieto
Comisionada Presidenta



Jesús Ignacio Navarro Zermeño
Comisionado



Martín Moguel Gloria
Comisionado

Benjamín Contreras Astiazarán
Comisionado



Alejandro Ildefonso Castañeda Sabido
Comisionado



Francisco Javier Núñez Melgoza
Comisionado



Eduardo Martínez Chombo
Comisionado



Sergio López Rodríguez
Secretario Técnico