

Reflexiones e implicaciones del Anteproyecto de Acuerdo de las DACG sobre la Participación Cruzada

Ciudad de México, a 26 de septiembre de 2022

Hacemos referencia a:

1. El Anteproyecto del "Acuerdo de la Comisión Reguladora de Energía ("CRE" o "Comisión") por el que se expiden las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen el procedimiento y requisitos para la autorización de participación cruzada, la metodología para el análisis de sus efectos en la competencia, la eficiencia en los mercados y el acceso abierto efectivo e, interpretan para efectos administrativos, la participación cruzada prevista en los párrafos segundo y tercero del artículo 83 de la Ley de Hidrocarburos", enviado por la CRE a la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria ("CONAMER") el pasado 9 de agosto de 2022, (el "Anteproyecto"), y
2. Las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen el procedimiento y requisitos para la autorización de participación cruzada, la metodología para el análisis de sus efectos en la competencia, la eficiencia en los mercados y el acceso abierto efectivo e, interpretan para efectos administrativos, la participación cruzada prevista en los párrafos segundo y tercero del artículo 83 de la Ley de Hidrocarburos, (las "DACG") contempladas en el Anteproyecto, con la finalidad de hacer un breve análisis y desarrollo de sus implicaciones a la luz de la controversia constitucional 55/2021¹ dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la "SCJN") 6 de abril de 2022, en contra del Poder Ejecutivo Federal, en la que la Comisión Federal de Competencia Económica ("COFECE") impugnó la resolución RES/133/2021² de fecha 16 de marzo de 2021, emitida por la CRE.

Al respecto, a continuación, se desarrolla una breve exposición del Anteproyecto y de las implicaciones que el mismo podría tener a la luz de la controversia constitucional 55/2021 y de la RES/133/2021.

¹ Disponible en: https://www.scjn.gob.mx > MI_ContConst-55-2021

² Disponible en: <https://www.cre.gob.mx/Resoluciones/index.html>

Los términos en mayúsculas que no han sido definidos en el presente, tienen el significado que se les atribuye de acuerdo con el Anteproyecto.

I. Motivación del Anteproyecto

De acuerdo con el Anteproyecto elaborado por la CRE, existen términos jurídicos y económicos como la participación cruzada, el acceso abierto efectivo, la competencia y la eficiencia en los mercados, cuya definición y delimitación resulta necesaria para brindar certeza jurídica. Asimismo, el Anteproyecto establece que es indispensable establecer la metodología que seguirá la CRE para el análisis de los efectos de la participación cruzada, el acceso abierto efectivo, la competencia y la eficiencia en los mercados, y determinar el procedimiento que deben seguir la CRE, los Agentes Económicos y los Grupos de Interés Económico ("GIE") involucrados para llevar a cabo el trámite de autorización de participación cruzada.

En ese sentido y con fundamento en el artículo 22, fracciones XI, XII y XIII de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (la "LORCME"), la CRE argumenta que tiene la facultad de solicitar a los sujetos regulados todo tipo de información o documentación y verificar la misma respecto de las actividades reguladas, misma que incluye;

- Requerir información directamente a los terceros que tengan cualquier relación de negocios con los sujetos regulados en el ámbito de su competencia;
- Ordenar y realizar visitas de verificación, inspección o supervisión, y
- Requerir la presentación de información y documentación, así como citar a comparecer a servidores públicos y representantes de empresas productivas del Estado y particulares que realicen actividades reguladas, a fin de supervisar y vigilar, en el ámbito de su competencia, el cumplimiento de las disposiciones jurídicas aplicables, así como de la regulación, autorizaciones y permisos que hubieran emitido, y de los contratos y convenios relativos a las actividades reguladas.

Adicionalmente, en términos del artículo 72, párrafo último, del Reglamento de las actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos (el "Reglamento"), la CRE señala que puede aplicar las medidas a que se refiere el artículo 83 de la Ley de Hidrocarburos (la "LH"), a fin de que el grado de intervención corresponda con el grado de apertura, la concentración de participantes y demás aspectos relacionados con las condiciones de competencia en cada segmento de la industria de los hidrocarburos.

De forma similar, el Anteproyecto señala que, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 83 de la LH, la opinión favorable de la COFECE es un requisito necesario para obtener la

autorización de participación cruzada de la Comisión, sin que dicha opinión favorable prejuzgue el sentido de la autorización.

Finalmente, el Anteproyecto establece que la CRE, con el fin de promover el desarrollo eficiente y competitivo de los mercados regulados, garantizar el acceso abierto efectivo, entre otros objetivos, considera indispensable expedir un nuevo Acuerdo que abrogue y sustituya el Acuerdo A/005/2016, a fin de dotar a la CRE de una mejor herramienta de regulación.

II. Disposiciones relevantes del Anteproyecto

A continuación se describen las disposiciones más relevantes del Anteproyecto:

- El establecimiento de la metodología para el análisis de los efectos de la participación cruzada en el acceso abierto efectivo, la competencia y la eficiencia en los mercados, y determinación del procedimiento para la tramitación de las solicitudes de autorización de participación cruzada, las cuales se integran en el Anexo Único del nuevo Acuerdo, así como la abrogación del Acuerdo anterior.
- Establecer que los Agentes Económicos, hasta su dimensión de GIE, que hayan actualizado el supuesto de participación cruzada y que no realizaron la solicitud de autorización de ésta, deberán presentar ante la Comisión la mencionada solicitud, a más tardar 30 (treinta) días hábiles posteriores a la entrada en vigor de las presentes Disposiciones Administrativas de Carácter General.
- Indicar que los procedimientos que se encuentren en trámite a la entrada en vigor de las presentes Disposiciones se sustanciarán conforme al Acuerdo anterior. En caso de que el permisionario así lo considere, mediante petición por escrito, podrá solicitar a esta Comisión iniciar nuevamente el trámite de solicitud de autorización de participación cruzada conforme a las Disposiciones Administrativas de Carácter General emitidas a partir del presente Acuerdo.

III. DACG

Las disposiciones y los cambios más relevantes en materia de competencia económica, así como respecto a la participación cruzada, contenidas en la iniciativa de DACG mencionadas en el Anteproyecto se describen a continuación.

1. GIE y acceso abierto

En principio, el supuesto de participación cruzada establecido en el segundo párrafo del artículo 83 de la LH se actualiza cuando los Agentes Económicos involucrados, hasta su dimensión de

Grupo de Interés Económico, sean propietarios del capital social, directa o indirectamente, a través de acciones, partes sociales u otros instrumentos, independientemente del monto, porcentaje o forma de su participación, en la estructura del capital social, de:

- Usuarios finales, productores o comercializadores de hidrocarburos, petrolíferos y/o petroquímicos que utilicen los servicios de transporte por ducto o almacenamiento, sujetos a acceso abierto, y
- Permisionarios que presten los servicios de transporte por ducto o almacenamiento sujetos a acceso abierto de hidrocarburos, petrolíferos y/o petroquímicos.

2. Modificación a la participación cruzada

Conforme a lo señalado en los artículos 48, párrafo segundo, y 50 del Reglamento, se entenderá como modificación a la participación cruzada referida en el artículo 83, párrafo tercero, de la LH a las modificaciones accionarias, cesiones de permiso, cambios en los permisos o cambios en las condiciones del mercado, que actualicen el supuesto de participación cruzada establecido en el numeral 3.5 de las DACG, así como las modificaciones derivadas de las acciones u omisiones de los Solicitantes a las condiciones de mercado que fueron analizadas por la CRE y bajo las cuales fue autorizada la participación cruzada, incluyendo, de manera enunciativa mas no limitativa los siguientes cambios:

- En el trayecto del sistema de transporte por ducto sujeto a acceso abierto;
- En la capacidad del sistema de transporte por ducto y/o almacenamiento, sujetos a acceso abierto;
- En las condiciones del mercado y de las actividades que realicen los Agentes Económicos y que a su vez implique la actualización del supuesto de participación cruzada establecido en el artículo 83, segundo párrafo, de la LH;
- En los productos autorizados en los permisos de comercialización, transporte por ducto o almacenamiento sujetos a acceso abierto, así como en los hidrocarburos, petrolíferos y/o petroquímicos producidos;
- Modificación de la estructura accionaria de Agentes Económicos involucrados que cuentan con uno o más permisos otorgados por la Comisión. Se incluyen los cambios derivados de una o más cesiones de permiso; y
- En el permiso a partir del cual está amparada una infraestructura determinada.

3. Metodología para resolver sobre participación cruzada

Con el fin de analizar los efectos que tendrá la solicitud de autorización de participación cruzada en la competencia, la eficiencia en los mercados y el acceso abierto, la Comisión aplicará su propia metodología, la cual incluye lo siguiente:

- Identificar a los Solicitantes como Agentes Económicos hasta su dimensión de GIE;
- Delimitar las actividades económicas en las que participa el GIE y en las que puede tener efectos la participación cruzada;
- Delimitar el área o zona de influencia de las actividades económicas en las que participan los Solicitantes como Agentes Económicos hasta su dimensión de GIE;
- Determinar las posibles Afectaciones en el mercado en las que pudiera incurrir el GIE en las actividades económicas;
- Determinar los efectos de la participación cruzada en la competencia, la eficiencia en los mercados y el acceso abierto efectivo considerando las posibles ganancias en eficiencias, y
- En su caso, establecer y aplicar las medidas regulatorias correspondientes.

IV. Controversia Constitucional 55/2022 y sus efectos derivados del Anteproyecto

La COFECE presentó una Controversia Constitucional en contra de la Resolución RES/133/2021, por medio de la cual, se negó la autorización en materia de participación cruzada, solicitada por un Agente Económico para la realización de sus operaciones, quien ya contaba con la opinión favorable emitida por la COFECE. En la sesión celebrada el 6 de abril de 2022, los cinco Ministros de la Primera Sala de la SCJN, declararon la invalidez de la citada resolución.

Dentro de la sentencia respectiva, la SCJN determinó que, conforme al último párrafo del artículo 83 de la LH, no es optativo para la CRE contar con la opinión de la COFECE para resolver, en el fondo, el procedimiento de autorización de participación cruzada correspondiente, sino que este tipo de procedimientos no puede fallarse en definitiva sin la previa obtención de dicha opinión.

La sentencia establece que, conforme a los párrafos décimo cuarto y vigésimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se le confiere a la COFECE la facultad para 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, por lo que resulta necesario que la CRE se abstenga de resolver los procedimientos administrativos que instruya en materia de autorizaciones de participación cruzada, hasta en tanto no se asegure de contar con la respectiva opinión de la COFECE.

No obstante, la SCJN también señaló que debe existir identidad entre la información presentada a la CRE y que sustentará el sentido de su resolución, y aquella que sustentó la opinión emitida por la COFECE. Por ello, si durante el curso de un procedimiento de autorización de participación cruzada, surge nueva información o evidencias que la COFECE no tuvo a la vista para la emisión de su respectiva opinión, ésta resultaría inútil para colmar el esquema coordinado requerido en el artículo 83, último párrafo, de la LH, lo cual a su vez impediría que la CRE emita la resolución respectiva. Si a pesar de una situación así, la CRE resuelve en cualquier sentido el fondo de un procedimiento de autorización de participación cruzada, sin una nueva opinión de la COFECE que considere los elementos novedosos de valoración, es indudable que la CRE estaría transgrediendo el esquema de coordinación contemplado en el último párrafo del artículo 83 de la LH, lo que, por ende, implicaría una transgresión a las facultades asignadas a la COFECE por el artículo 28 constitucional, y al principio de división de poderes protegido por el artículo 49, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por otro lado, la SCJN destacó que la CRE puede “promover” la competencia en el sector, actuando de manera tal que en su regulación y actos que emita (relacionados con permisos), vele por la protección de los principios de competencia económica. Lo cierto es que ello no debe implicar un ejercicio de sus funciones que exceda dicho contexto de promoción. En ese mismo orden de ideas, la sentencia es clara al establecer que es posible afirmar que la CRE, al “regular” la materia que nos ocupa, “emitir actos” relacionados con dicha regulación (otorgamiento de permisos) o incluso, “promover la competencia en el sector”, está vinculada por la Ley a actuar en coordinación con la COFECE. Lo anterior significa que la CRE no puede establecer disposiciones para promover el desarrollo eficiente de mercados competitivos en los sectores en cuestión sin contar con la opinión de la COFECE, y a la vez, no puede autorizar esquemas de participación cruzada sin contar previamente con la opinión favorable de la propia COFECE. Esto contempla, inclusive, los casos en que dichos esquemas de participación cruzada estén sujetos a modificaciones.

De acuerdo con la sentencia, es importante tomar en cuenta que la intervención de la COFECE no debe entenderse limitada a la emisión de la opinión correspondiente; en tanto que el conocimiento que pueda tener sobre los eventuales escenarios de participación cruzada, podría permitir a la misma ejercer plenamente otras facultades vinculadas precisamente con la prevención, investigación y, en su caso, combate de los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

A partir de lo anterior, la SCJN establece que la eventual invasión a la esfera competencial de la COFECE, en lo que toca específicamente a la cláusula prevista en el artículo 83 de la LH, se actualizaría si la CRE desatiende el modelo de coordinación previsto en dicho precepto, ignorando la necesidad de contar con la opinión favorable de participación cruzada de la COFECE.

Por último, es importante mencionar que, si bien la SCJN resolvió la invalidez de la Resolución número RES/133/2021, dicha sentencia se limitó a señalar exclusivamente que la COFECE y la CRE no contaron con el mismo nivel de información al emitir sus opiniones o permisos, y que la opinión favorable de COFECE es obligatoria para que la CRE pueda emitir un permiso.

Debido a esto, la gran carencia de la citada resolución fue pronunciarse sobre lo que sucedería si la COFECE emitiera una opinión favorable y la CRE decidiera negar el permiso con base en el mismo tema de participación cruzada. Al respecto, la citada resolución señala expresamente "(...) *no queda claro si, a pesar de una opinión favorable de esta [COFECE], dicha autorización podría ser negada.*" Esto aparentemente cimentó las bases de los cambios en las DACG y las bases de un posible litigio, ya que, como se indicó anteriormente, las propias DACG señalan que contar con la opinión favorable de la COFECE es un requisito indispensable para obtener el consentimiento de la CRE, pero no presupone ni asegura que la CRE también dará su autorización de participación cruzada.

V. Conclusiones

Si bien la SCJN en la sentencia no realizó un análisis sobre la obligatoriedad de la opinión favorable de participación cruzada de la COFECE, lo cierto es que establece de forma clara que la facultad Constitucional de 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 corresponde a COFECE. Por su parte, a pesar de ser un órgano regulador en materia de hidrocarburos, la CRE únicamente puede "promover" la competencia en el sector, actuando de manera tal que en su regulación y actos que emita (permisos), velen por la protección de los principios de competencia económica. Sin embargo, esto en principio no debería implicar un ejercicio de funciones que exceda dicho contexto de promoción.

La sentencia es clara al afirmar que la CRE incluso, al "promover la competencia en el sector", está vinculada por la Ley a actuar en coordinación con la COFECE. Lo anterior significa que la CRE no puede establecer disposiciones para promover el desarrollo eficiente de mercados competitivos en los sectores en cuestión sin contar con la opinión de la COFECE, y a la vez, no puede autorizar esquemas de participación cruzada sin contar previamente con la opinión favorable de la propia COFECE.

Dicho lo anterior, y una vez analizadas las disposiciones de las DACG que se emitirían en virtud del Anteproyecto, es posible indicar que, como resultado de litigios futuros, se llegue a la conclusión de que la CRE está excediendo su facultad de "promover" la competencia en el sector

en los términos que la faculta la Ley. En este sentido, parecería que está estableciendo regulación en materia de competencia económica, definiendo y desarrollando conceptos que parecería que corresponden exclusivamente a COFECE en términos del artículo 28 constitucional.

En este sentido, y como se mencionó anteriormente, las DACG desarrollan todo un procedimiento de análisis de competencia económica para decidir sobre la autorización de permisos y modificaciones en términos de participación cruzada, lo cual puede contravenir la obligación que tiene la CRE por Ley de actuar en coordinación con la COFECE. Además, establece un requisito adicional importante para aquellos Agentes Económicos que tengan que realizar una solicitud de opinión favorable ante la COFECE con el único fin de volver a realizar un procedimiento quizás mucho más gravoso ante la CRE. Esto también sin perjuicio de posibles contradicciones de criterio que pudieran existir entre ambas autoridades.

Considerando lo anterior, y en caso de que las DGAC se emitan conforme al Anteproyecto, en ausencia de litigios, los Agentes Económicos deberán al menos realizar la solicitud de opinión favorable ante la COFECE siguiendo las DGAC bajo un criterio estricto, a pesar de que las mismas sean emitidas por la CRE, con la finalidad de evitar un potencial conflicto de criterios entre ambas autoridades o dificultades en el propio proceso ante la CRE.

* * *

Este documento es un resumen con fines de divulgación exclusivamente. No constituye opinión alguna ni podrá ser utilizado ni citado sin nuestra autorización previa y por escrito. No asumimos responsabilidad alguna por el contenido, alcance o uso de este documento. Para cualquier comentario respecto al mismo, favor de dirigirse con cualquier socio de nuestra firma.

