

La Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE” o “Comisión”) emitió una opinión **no vinculante** en la que manifiesta que el proceso de competencia en los mercados de la cadena de valor de gasolinas y diésel está siendo afectado por diferentes organismos del Estado, en beneficio principalmente del Agente Económico con poder sustancial en dichos mercados, es decir, Petróleos Mexicanos (“PEMEX”). Para fundamentar lo anterior, la Comisión describe la inadecuada, y potencialmente discriminatoria, aplicación regulatoria por parte de la Secretaría de Energía (“SENER”), Secretaría de Economía (“SE”), Comisión Reguladora de Energía (“CRE”) y Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (“CONAMER”) en contra de quienes participan, o pretenden participar, en tales mercados. En consecuencia, COFECE recomienda a tales autoridades realizar cambios en la aplicación de la regulación establecida, para proteger el proceso de competencia y evitar seguir dañando a los consumidores de los mercados relevantes.

I. Análisis y resumen ejecutivo de la opinión

La Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) define distintas facultades de la Comisión, entre ellas, la de emitir opiniones de forma unilateral o a petición de parte. Aunque éstas no son vinculantes, dicha herramienta permite al organismo constitucional autónomo, voluntariamente o por solicitud de otra persona o ciertos organismos estatales, interactuar con otras autoridades y Agentes Económicos para intentar solucionar problemas de competencia de formas alternativas mediante el señalamiento de diversos problemas al proceso de competencia y recomendaciones para atenderlos. Asimismo, es un medio disponible al público para obligar a la Comisión a externar formalmente su posición y análisis fundamentado respecto de ciertas conductas comerciales y actos diversos que podrían tener fines o consecuencias anticompetitivas.

Considerando lo anterior y el contenido de la opinión OPN-007-2020 (la “Opinión”), pareciera que la misma fue emitida por dos principales razones. En primer lugar, el interés de ciertos participantes de los mercados de las cadenas de valor de gasolinas y diésel por reestablecer las condiciones de competencia para intentar competir con PEMEX, mediante una estrategia -no litigiosa- basada en la legislación mexicana de competencia económica y uno de sus procedimientos. En segundo lugar, el interés de COFECE por volver a externar formalmente su posición sobre el funcionamiento ineficiente y las posibles conductas anticompetitivas que se han realizado y materializado en los mercados diversos del sector de los hidrocarburos, tomando como eje principal el expendio de gasolinas al público en general. Al respecto, se estima que la Opinión probablemente tiene como trasfondo los diversos juicios de amparo, relacionados con el sector de electricidad, en los que se llamó a la Comisión como autoridad responsable por omitir intervenir en contra de conductas anticompetitivas posiblemente cometidas, unilateralmente o de forma coordinada, por la SENER, SE, CRE, CONAMER, PEMEX, el Centro Nacional de Control de Energía (“CENACE”) y la Comisión Federal de Electricidad (“CFE”). Al respecto, la propia Opinión señala que muchas de las conductas sobre las cuales ofrece recomendaciones podrían favorecer el uso de hidrocarburos y petrolíferos de Pemex, mismo que de otro modo no sería posible comercializar del modo que se realiza actualmente.

En virtud del análisis anterior, a continuación, se describen los elementos más relevantes de la Opinión, tanto desde una perspectiva comercial como jurídica. En primer lugar, la Comisión externó que considera que

existen elementos suficientes para considerar que PEMEX tiene poder sustancial en los mercados mexicanos de hidrocarburos, gasolinas y diésel en los segmentos de i) exploración y producción; ii) importación; iii) refinación; iv) venta al mayoreo; v) almacenamiento; vi) transporte y vii) venta minorista a consumidores finales. Para fundamentar lo anterior, COFECE establece que PEMEX tiene participaciones de mercado de casi el 90% en varios de los segmentos referidos, mientras que el 10% restante está pulverizado entre los particulares. Por ello, la Comisión considera que dichos mercados siguen sumamente concentrados y los consumidores han estado pagando precios más elevados de los que pagarían en mercados en los que más participantes compitan.

En segundo lugar, la Comisión sugiere que es posible que SENER, SE, CRE, CONAMER y PEMEX, de forma unilateral o coordinada, estén cometiendo conductas anticompetitivas con el objeto, o efecto, de desplazar a los competidores que tratan de ingresar, o ya participan, en los mercados del sector de hidrocarburos, gasolinas y diésel. Asimismo, la Comisión parece sugerir que, desde la pérdida de quórum de la CRE, esta autoridad ha perdido independencia. Entre las potenciales conductas anticompetitivas identificadas por COFECE, se hace énfasis en las siguientes, aunque no se denominan como tal en el documento:

- i. *Establecimiento de barreras a la entrada contra la inversión para desarrollar infraestructura de almacenamiento y transporte, así como para participar efectivamente en los segmentos de importación, venta al mayoreo y venta al menudeo a consumidores finales.* De acuerdo con la Comisión, lo anterior se basa en el hecho de que la SE, SENER y CRE niegan o retrasan el otorgamiento o cesión de permisos necesarios para incentivar o, por lo menos, permitir realizar esas actividades a jugadores distintos de PEMEX¹ y los revocan o terminan sin fundamento alguno (ya sea formalmente o *de facto*). Conforme a la Opinión, lo anterior se realiza de forma injustificada, desproporcionada y discriminatoria por cuestión de sujeto, nacionalidad y marca.
- ii. *Negativa de trato o acceso discriminatorio a insumo esencial.* Esto se basa en tres razones. La primera es que PEMEX controla casi el 80% de la infraestructura de almacenamiento y transporte en México y que tiene una presencia cinco veces mayor en puertos mexicanos. La segunda es que, si bien existe la figura de Temporadas Abiertas, la CRE no las ha realizado desde 2018.² La tercera consiste en que la SENER disminuyó aún más la obligación de inventarios mínimos de gasolina y eliminó los incentivos, basados en metas crecientes de inventarios estratégicos, establecidos en la regulación para incentivar la construcción de infraestructura. Lo anterior de forma contraria y muy por debajo de los estándares internacionales para asegurar el abasto de hidrocarburos, situación que además genera una preocupación en materia de seguridad nacional.

¹ La Opinión refiere que "existen por lo menos 229 solicitudes relacionadas con marcas distintas a PEMEX en materia de petrolíferos [...] que no han sido resueltas. Estas solicitudes se refieren, entre otros, a: (i) modificaciones por cesión; (ii) actualizaciones de permiso por cambio de marca o producto; y (iii) nuevos permisos de expendio."

² Si bien la Opinión menciona que es la CRE quien realiza las Temporadas Abiertas, en realidad es Pemex Logística quien convocó y realizó las mismas, mientras que la CRE es la autoridad que las regula y supervisa.

- iii. *Boicot o establecimiento de ventajas exclusivas, discriminatorias e indebidas en favor de PEMEX.* Esto se basa, por un lado, en el hecho de que los actos de las autoridades (o Agentes Económicos) mencionadas han sido exentos del Análisis de Impacto Regulatorio que debió realizarse ante la CONAMER. Por otro, en que, a diferencia de PEMEX, los particulares tienen que cumplir con trámites burocráticos desproporcionales, y algunas veces duplicados en normas locales, en los que parece haber evidencia de que se da prioridad a los que realiza PEMEX en igualdad de circunstancias. Asimismo, la Comisión se basa en el hecho de que la CRE, desde su pérdida de quórum, analiza los sujetos con los que los solicitantes de permisos tienen relaciones comerciales y contratos, con el aparente objetivo de priorizar aquellos que estén relacionados con PEMEX.

Por último, la Comisión manifiesta que considera que las actividades mencionadas han fomentado que la estructura de los mercados relevantes no se desconcentre y que, incluso, conserve la estructura monopólica que la reforma energética pretendía eliminar. De acuerdo con la Comisión, el reducido número de participantes y la dominancia de PEMEX ha causado que los consumidores que atienden los mercados mexicanos paguen sobre-precios y que los oferentes aumenten sus márgenes de ganancia, ya que no tienen incentivos para llevar los precios a la baja, aun cuando los precios internacionales de los insumos han llegado a bajar de forma significativa. En este sentido, no debe de pasar desapercibido que la COFECE estima que del precio promedio de gasolina regular que pagan los consumidores, el 47% va realmente destinado a pagar por el insumo en sí mismo y el resto es pago que se realiza desde costos de traslado hasta margen de ganancia de las estaciones de servicio, es decir, el costo añadido de toda la cadena de valor es mayor que el precio del insumo en sí. Si a esto se suma que el Agente Económico con poder sustancial, a saber, PEMEX, domina la infraestructura existente, es claro que dicho Agente es el principal beneficiario de dichas acciones, mismas que no están permitiendo que los beneficios de la fluctuación de precios lleguen a los consumidores finales mexicanos en forma de precios más bajos.

Asimismo, la COFECE expresa que los modelos de negocio del sector no evolucionan, ni se diferencian, para aumentar el bienestar de los consumidores en México. Esto es causado principalmente porque dicha regulación establece requisitos injustificados, que carecen de racionalidad o están duplicados, como el establecimiento de distancias mínimas entre estaciones de servicio y la duplicidad de solicitud de Manifestación de Impacto Ambiental. Además, la aplicación inadecuada de la regulación establecida y su ejecución por parte de las entidades referidas, así como autoridades locales, complica de manera adicional las posibilidades de mejora en dichos mercados. COFECE concluye que lo anterior se traduce en una pérdida de bienestar, que afecta principalmente a los consumidores y los cuales podrían beneficiarse con modelos de negocio innovadores como estaciones de expendio más pequeñas y baratas que podrían ser económicamente viables en zonas alejadas.

Por lo anterior, COFECE recomendó a la SENER, SE, CRE y CONAMER lo siguiente: i) eliminar las barreras para el otorgamiento y transmisión de permisos para participar en el sector; ii) eliminar las barreras para mantener la titularidad de los permisos y derechos reconocidos; iii) evitar discriminar o favorecer a determinados agentes económicos; iv) acelerar los trámites burocráticos requeridos para participar en los

mercados relevantes; v) garantizar la transparencia y seguridad jurídica a los agentes económicos con los que interactúan, y vi) incentivar a las autoridades locales para que eliminen las barreras y obstáculos regulatorios que distorsionan los mercados relevantes en su territorio.

Como se refirió anteriormente, las opiniones emitidas por COFECE al amparo de los artículos citados no son obligatorias para los Agentes Económicos a quienes son dirigidas. No obstante, es importante tomar en cuenta que sus recomendaciones, y principalmente, las razones encontradas para emitir las mismas, sí pueden ser utilizadas por los participantes afectados que deseen denunciar formalmente prácticas anticompetitivas ante la COFECE, así como la interposición de demandas diversas por afectaciones en su esfera jurídica.

* * *

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: Carlos de Maria y Campos (cdemaria@galicia.com.mx); Christian Lippert (clippert@galicia.com.mx); Antonio Borja (aborja@galicia.com.mx); Carlos Chávez (cchavez@galicia.com.mx) y/o Juan Carlos Burgos (jcburgos@galicia.com.mx), integrantes de las áreas de práctica de Competencia y de Energía del Despacho.