

REGULACIÓN DE ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA Y POLÍTICA DE COMPETENCIA. LA ACTUACIÓN DE COFECE FRENTE A LAS REFORMAS REGULATORIAS EN EL MERCADO ELÉCTRICO MEXICANO (2019-2020)

Esteban Manuel Greco y María Fernanda Vicens

Regulación de acceso a la infraestructura y política de competencia. La actuación de COFECE frente a las reformas regulatorias en el mercado eléctrico mexicano (2019-2020)

Enero 2021



Esteban Manuel Greco

Economista de la Universidad de Buenos Aires y Magíster en Economía ITDT-BID. Ha sido Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina -CNDC- (febrero 2016-enero 2020). Ha asesorado a gobiernos, organismos internacionales y empresas en América Latina. Es profesor de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato Di Tella.



María Fernanda Viacens

PhD en Economía e investigadora en el Centro Tecnología y Sociedad (CETyS) de la Universidad de San Andrés. Ha sido Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (abril 2016 - abril 2020). Ha sido investigadora de la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (Madrid) y ha realizado trabajos de consultoría para organismos internacionales. Es profesora en la Universidad de San Andrés y en la Universidad Torcuato Di Tella.

I. INTRODUCCIÓN

Entre 2019 y 2020 el gobierno de México introdujo medidas en el sector eléctrico, denominadas por actores del sector “la contrarreforma”, a las reformas de gran envergadura que se llevaron a cabo en México en 2014 en los sectores energéticos (además de telecomunicaciones, agencias reguladoras y la autoridad de competencia)¹. La Comisión Federal de Competencia (COFECE) ha considerado que estas medidas generan efectos adversos sobre la competencia y ha presentado una serie de opiniones y una controversia constitucional para defender el proceso competitivo en los mercados de energía eléctrica. La situación pone sobre la mesa la relevancia de la interacción entre los reguladores sectoriales y la agencia de competencia.

Los sectores de infraestructura en los que la provisión de los servicios se realiza mediante el despliegue y operación de redes, tales como el sector de energía eléctrica, el de gas natural y el de infraestructura de comunicaciones, están conformados por actividades verticalmente relacionadas. A lo largo de la historia reciente, la innovación y los cambios tecnológicos evidencian una trayectoria en la cual se han ido desregulando aquellos servicios de la cadena productiva potencialmente competitivos, lo que ha dado lugar a un área de intersección entre la política de regulación y la de defensa de la competencia, esto es, el acceso a la infraestructura provista en condiciones de monopolio². Al respecto, Ibañez Colomo destaca que como resultado del proceso de liberalización, algunas cuestiones de fondo han ganado un espacio importante en la práctica de competencia europea que no tenían en décadas anteriores, y que el ámbito de intervención de la legislación de la Unión Europea en materia de competencia se ha adaptado a las características de las industrias de redes³.

1 “La contrarreforma energética de México”, *Lexlatin*, (19 de octubre, 2020), <https://lexlatin.com/reportajes/contrarreforma-energetica-mexico>; “Especialistas critican la “contrarreforma” energética de México”, *Agencia EFE*, (27 de mayo, 2020), <https://www.efe.com/efe/america/mexico/especialistas-critican-la-contrarreforma-energetica-de-mexico/50000545-4256741>.

2 Esteban Greco, “Regulación y Competencia en la Industria del Gas. Las condiciones de acceso a los servicios de transporte y distribución”, en *Problemas de defensa de la competencia en sectores de infraestructura en la Argentina*, eds. Diego Petrecolla y Christian Ruzzier (Buenos Aires: Editorial Temas, 2004).

3 Pablo Ibañez Colomo, “EU Competition Law in the Regulated Network Industries”, en *Intersections of Antitrust: Policy and Regulation*, ed. Jonathan Galloway (Oxford: Oxford University Press, 2016).

El acceso a la infraestructura es central en las industrias de redes para posibilitar la competencia en los segmentos desafiables de la cadena productiva. La jurisprudencia revisada en este artículo muestra que la actuación de las agencias de competencia en esta área de intersección se ha dado a través de investigaciones por conductas anticompetitivas y el control de fusiones y adquisiciones. El caso mexicano, que aquí documentamos, pone de manifiesto la importancia de la herramienta de abogacía de la competencia, mediante la cual la agencia puede realizar opiniones y recomendaciones sobre normas y regulaciones con potencialidad de afectar negativamente la competencia.

En la Sección 2 se analizan antecedentes relativos a la mencionada intersección, y casos de competencia que involucran acceso a infraestructura. La cuestión está hoy presente en la agenda de Europa por la reciente opinión del Abogado General de la Corte Europea en el caso *Slovak Telecom*. Luego, en la Sección 3, el artículo revisa las intervenciones que COFECE, en su rol de abogacía de la competencia, ha desplegado los últimos dos años como respuesta a cambios planteados por el gobierno en el sector eléctrico. La Sección 4 concluye.

II. ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA Y POLÍTICA DE COMPETENCIA

Las estructuras verticalmente integradas generan incentivos para prácticas exclusorias por parte de las empresas incumbentes dueñas de una infraestructura esencial. Frente a estas estructuras, la regulación *ex ante* suele ser implementada de dos maneras: impone desintegración vertical entre las actividades en competencia y las monopólicas o aplica condiciones de regulación de acceso a la infraestructura. En el primer caso se eliminan los incentivos de las empresas integradas para la realización de prácticas anticompetitivas exclusorias, por lo que desde el punto de vista de la competencia es la mejor solución⁴. La separación de la propiedad no es la única opción de separación estructural, sino que existen alternativas intermedias que, aun manteniendo la propiedad integrada, permiten que la infraestructura esencial sea administrada por un operador independiente, o requieren separación de unidades de negocio para la operación de la infraestructura⁵. Cuando la desintegración vertical genera altos costos de eficiencia, por la pérdida de economías de alcance y costos de transacción, el segundo caso, es decir la regulación de las condiciones de acceso a la infraestructura, aparece como la mejor solución.

El derecho de la competencia por su parte, interviene vía el control de fusiones y adquisiciones de tipo vertical y en investigaciones por conductas de negativa u obstaculización de acceso a la infraestructura y por estrechamiento de márgenes. Desde el punto de vista económico, la regulación de acceso y la defensa de la competencia abordan las mismas teorías de daño: la negativa y obstaculización de acceso a insumos o infraestructura esencial y el estrechamiento de márgenes⁶. Esto explica la equivalencia entre el test de

4 La recomendación de separación estructural de la OCDE de 2001 y sus posteriores revisiones, indican que el impacto en la competencia debe ser uno de los elementos a evaluar al decidir sobre la regulación de la estructura de mercado y establecen los criterios a considerar. OECD, *Structural separation in regulated industries: Report on implementing the OECD Recommendation* (2016), <https://www.oecd.org/daf/competition/Structural-separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf>.

5 Las directivas europeas de gas y electricidad establecen que los países miembros deben aplicar alguno de estos tres diferentes modelos de separación estructural. Véanse Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC* (julio 2009), [Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2009/73/oj) y Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC* (julio 2009), [Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2009/72/oj).

6 Las teorías de daño son hipótesis contrastables, que se basan en la racionalidad económica del comportamiento e incentivos de las firmas, guían la investigación y ayudan a explicar por qué y bajo qué condiciones, una conducta afecta la competencia y daña el interés económico general. La teoría del daño del estrechamiento de márgenes implica que una firma verticalmente integrada y con posición dominante en el mercado aguas arriba, tiene los incentivos y la capacidad, para excluir a un competidor, en el mercado aguas abajo,

estrechamiento de márgenes que se utiliza para establecer si una conducta investigada es una infracción a la ley de competencia y una de las metodologías de regulación de los precios de acceso más difundida, la *Efficient Component Pricing rule* (ECPR)⁷. La aplicación de la ECPR implica no desalentar la entrada de competidores tan eficientes como la firma incumbente integrada, al establecer que el precio de acceso debe ser igual al precio de la firma integrada en el mercado competitivo (aguas abajo) menos el costo marginal del segmento competitivo. Esta regla es consistente con el test de estrechamiento de márgenes que también implica determinar si la conducta le impediría a un competidor igualmente eficiente mantenerse de manera rentable en el mercado.

En el sector de las telecomunicaciones ha sido paradigmática la diferencia de enfoques adoptados en Europa y Estados Unidos. Mientras que Estados Unidos eliminó las obligaciones de acceso en el 2005 con el objetivo final de promover la “competencia en infraestructura” entre los operadores, en Europa las decisiones regulatorias estuvieron en gran medida motivadas por el concepto de “la escalera de la inversión”⁸. De esta manera Europa decidió impulsar lo que se ha dado en llamar la “competencia en servicios”. Esta política regulatoria implicó la introducción de obligaciones de acceso a diferentes tramos de la infraestructura considerada esencial para competir (reventa, *bitstream*, *local loop*).

En este contexto, la Comisión Europea muestra tres casos importantes con multas por estrechamiento de márgenes en el acceso a infraestructura a empresas incumbentes de telecomunicaciones: *Telefónica, Deutsche Telekom y Slovak Telekom*⁹. Conforme con el marco regulatorio para las comunicaciones electrónicas de Europa, estos operadores están sometidos a regulaciones de acceso a su infraestructura. Los dos primeros casos ya han sido ratificados en la Corte Europea. En cuanto al de Slovak Telekom, el Abogado General ha emitido recientemente su opinión¹⁰. Además, el caso Slovak Telekom incluye conductas de negativa de acceso, al igual que el caso Telekomunikacja Polska¹¹.

Por su parte, en Estados Unidos destaca el caso *Linkline*. Sobre la denunciada (AT&T) recaía una obligación de proveer acceso a su infraestructura a un precio no mayor al precio minorista de acceso a Internet¹². La obligación había sido establecida por la Federal Communications Commission (el regulador sectorial) como condición para la aprobación de una fusión. En este caso la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que la obligación no era suficiente para calificar de indispensable a la infraestructura y que existían además otros competidores como los operadores de TV por cable, y proveedores con tecnologías inalámbricas y satelitales, por lo cual desestimó la denuncia¹³.

cobrando un precio suficientemente alto por el insumo y suficiente bajo por el producto aguas abajo, lo que le impide a un competidor igualmente eficiente mantenerse de manera rentable en el mercado.

7 William J. Baumol y J. Gregory Sidak, “The Pricing of Inputs Sold to Competitors”, *Yale Journal on Regulation* 11, N°1 (1994), 171-202.

8 Martin Cave, “Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment”, *Telecommunications Policy* 30, N°3-4 (2006), 223-237.

9 Los casos son, respectivamente Caso COMP/38.784 - Wanadoo España contra Telefónica, Comisión Europea (2007); Caso COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - Deutsche Telekom AG, Comisión Europea (2003); Caso AT.39523 - Slovak Telekom, Comisión Europea (2014).

10 Opinión del Abogado General Saugmandsgaard Oe, Caso AT.39523 - Slovak Telekom, Comisión Europea (2020), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=230789&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1429627>.

11 Caso COMP/39.525 - Telekomunikacja Polska, Comisión Europea (2011).

12 Las investigadas eran varias entidades corporativas y subsidiarias, y sus nombres y estructuras corporativas fueron cambiando durante el curso del litigio. Por simplicidad, la Corte Suprema se refiere a todos ellos como “AT&T”.

13 *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).

En conclusión, la jurisprudencia muestra diferencias en ambos lados del océano, lo que luce consistente con las posturas, en cada lado, en relación a la regulación de acceso en el sector de telecomunicaciones. Mientras que Europa apostó por un modelo de regulación de acceso para promover la competencia en servicios, Estados Unidos eliminó este tipo de regulación en 2005. Las decisiones de la justicia en cada jurisdicción han sido coherentes con estos enfoques. Además, existen también diferencias en el test legal aplicado en Estados Unidos y en Europa. Mientras que en Estados Unidos el estrechamiento de márgenes se interpreta como una variante de la negativa de venta y, por ende, el test legal requiere indispensabilidad, en Europa se considera una conducta independiente y la indispensabilidad no es parte del test legal¹⁴.

Nótese que, tanto la regulación *ex ante* como los casos en defensa de competencia conllevan necesariamente una evaluación del impacto en los incentivos a invertir. Es decir, las decisiones de inversión en la infraestructura aguas arriba estarán condicionadas por las obligaciones de acceso de la firma integrada. De esta manera, una obligación de acceso podría implicar que la infraestructura no se desarrolle y por ende tampoco la competencia aguas abajo¹⁵. Esta discusión ha generado un importante cuerpo de literatura que analiza el impacto de las regulaciones de acceso en la inversión en infraestructura de telecomunicaciones, y el consecuente resultado en la competencia en servicios versus la competencia en infraestructura¹⁶.

En este sentido, la intersección entre la regulación y la política de competencia muestra su evolución al ritmo de la tecnología y de la innovación. El debate actual sobre la necesidad de regulación *ex ante* en los mercados digitales es el escenario más reciente en el que esta intersección se ha manifestado. Nuevamente, se proponen regulaciones de acceso a insumos considerados esenciales para competir como, por ejemplo, el acceso a los datos. Nótese que, en algún sentido, la evolución en la economía digital se manifiesta en una dirección inversa a la que se observó en los sectores de infraestructura: mientras que en estos últimos el camino fue desde la regulación hacia la desregulación de servicios en competencia, para la economía digital hoy se está proponiendo que, mercados que nacieron desregulados se desplacen hacia la regulación, producto del rol predominante que han adquirido ciertas plataformas como resultado de características propias de estos mercados (tales como los efectos de red, las sinergias en el consumo, los *feedback loops*, el rol de los datos, el poder de los *defaults* y las economías de escala y alcance)¹⁷.

En el sector energético, en la Comisión Europea destacan investigaciones finalizadas con desinversiones que implicaron separaciones estructurales de las empresas investigadas. Tal es el caso de RWE en Alemania por negativa de suministro de servicios de transporte de gas, negativa de acceso a su red y estrechamiento de márgenes a los competidores de RWE en el suministro de gas aguas abajo. Puntualmente, el caso terminó con la desinversión de RWE de su red de transporte de gas de alta presión de Alemania¹⁸. Asimismo, el caso *E.ON*, también de Alemania, fue el primero en la historia *antitrust* europea que derivó en desinversiones significativas en una investigación por conductas anticompetitivas. A partir de una investigación de la Comisión Europea, E.ON ofreció un compromiso de desinversión de 5.000 MW de capacidad de generación de energía eléctrica y del negocio de E.ON en el sistema de transmisión, que incluía la red de extra-alta tensión, lo que implicó desintegrarla verticalmente de la generación de energía eléctrica¹⁹.

14 Pablo Ibañez Colomo, "EU Competition Law in the Regulated Network Industries".

15 Pablo Ibañez Colomo, "Legal tests in EU competition law: taxonomy and operation", *Journal of European Competition Law & Practice* 10, N°7 (agosto 2019).

16 Véase Carlo Cambini y Yanyan Jiang, "Broadband investment and regulation: A literature review", *Telecommunications Policy* 33, N°10-11 (noviembre-diciembre 2009), 559-574.

17 Véanse Competition and Markets Authority, *Online platforms and digital advertising market study final report* (julio 2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf y Comisión Europea, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector* (diciembre 2020), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>.

18 Caso COMP/39.402 - RWE gas foreclosure, Comisión Europea (2009).

19 Caso COMP/39.388 - German electricity wholesale market, Comisión Europea (2008).

Por su parte, ENI llevó a cabo desinversiones en tres gasoductos hacia Italia, el TAG (desde Rusia), el TENP y Transitgas (desde el norte de Europa), como resultado del *Statement of Objections* de la Comisión Europea. Allí la Comisión sostuvo que ENI estaría abusando de su posición dominante en transporte de gas, por negativa de acceso a su red de transporte²⁰.

Otro caso en Europa fue el de BEH, la compañía energética estatal de Bulgaria, integrada verticalmente, que fue multada por bloquear el acceso a la infraestructura de gas natural²¹. Por su parte, la alemana TenneT asumió una serie de compromisos conductuales para aumentar la capacidad de intercambio de electricidad entre Dinamarca y Alemania, luego de que la Comisión abriera una investigación en marzo de 2018 por limitar sistemáticamente la capacidad hacia el sur en el interconector eléctrico entre Dinamarca y Alemania²².

Adicionalmente, también ha habido casos de fusiones y adquisiciones relevantes en los que se evaluaron potenciales efectos verticales y se propusieron remedios para eliminar los incentivos de la firma integrada para llevar adelante obstaculizaciones de acceso. Al respecto, la fusión Gas de France (GDF)-Suez, fue aprobada con la condición de desinversión de Distrigaz (incumbente en el sector de gas en Bélgica), SPE (segundo mayor jugador en los mercados de gas y electricidad -generación y comercialización- en Bélgica) y la renuncia al control de Fluxys (operador de la red de transporte de gas en Bélgica). El análisis de efectos verticales en Bélgica despertó preocupaciones con respecto al suministro de gas a los generadores de energía eléctrica que competían con Electrabel (incumbente en el sector eléctrico controlada por Suez) y con respecto al control de Suez sobre Fluxys, que le habría dado acceso privilegiado a la infraestructura²³. Finalmente, destaca la prohibición de la adquisición de Gas de Portugal (GDP) por parte de Energias de Portugal (EDP) y ENI. Las firmas GDP y EDP eran las incumbentes en los sectores de gas y electricidad de Portugal, respectivamente, y la operación presentaba efectos horizontales y verticales de magnitud. En particular, la Comisión Europea evaluó que la regulación de acceso no hubiese sido suficiente para prevenir conductas de obstaculización de acceso²⁴.

En resumen, los casos y la jurisprudencia analizados ponen de manifiesto la importancia que la Comisión Europea le otorga al acceso a la infraestructura para la competencia, y de qué manera las herramientas de defensa de la competencia pueden permitir cambios estructurales (como los remedios de desinversión). En particular, la experiencia europea en materia de defensa de la competencia en el sector energético, ofrece una perspectiva acerca de los fundamentos de las intervenciones de COFECE que se presentan a continuación.

20 Caso COMP/39.315 – ENI, Comisión Europea (2010).

21 Caso AT.39.849 - BEH Gas, Comisión Europea (2018).

22 Case AT.40461 - DE/DK Interconnector, Comisión Europea (2018).

23 Caso COMP/M.4180 - Gaz de France/Suez, Comisión Europea (2006).

24 Caso COMP/M.3440 - ENI/EDP/GDP, Comisión Europea (2004).

III. LA ACTUACIÓN DE COFECE FRENTE A LAS RECIENTES REFORMAS REGULATORIAS EN EL SECTOR ELÉCTRICO DE MÉXICO

A partir de la reforma constitucional de 2013, de la nueva Ley de la Industria Eléctrica en 2014 y de diversas normas de legislación secundaria, México incursionó en una significativa reforma del sector eléctrico, cuyos objetivos fueron generar competencia, reducir tarifas, aumentar la eficiencia y la inversión y proteger el medio ambiente mediante la promoción de energías limpias²⁵. Previo a la reforma, el sector eléctrico se caracterizaba por ser un monopolio, verticalmente integrado, con un rol preponderante de la Comisión Federal de Electricidad (CFE) como empresa estatal.

A fin de promover competencia en la generación y comercialización de energía eléctrica, con la reforma se creó un mercado mayorista de electricidad, un despacho económico para el mercado spot y un mercado de contratos bilaterales. Adicionalmente, si bien se mantuvieron la transmisión y la distribución como monopolios estatales en cabeza de CFE, se la desintegró en diferentes unidades de negocio, tanto a nivel horizontal (cinco unidades de negocio de generación) como vertical (una unidad de negocio de transmisión y 16 de distribución, una unidad de negocio de suministro básico -comercialización a usuarios “cautivos”, sin opción de elegir proveedor-, y una unidad de negocio de suministro calificado -comercialización a grandes usuarios en competencia con otros potenciales suministradores o comercializadores-). Para esto se establecieron reglas de “estricta separación legal” (TESL) entre las diversas unidades de negocio, que incluyeron *chinese walls*²⁶.

Desde 2019 y durante 2020, el gobierno ha promovido cambios en la regulación tendientes a fortalecer a la empresa estatal CFE²⁷. Estos cambios tienen la potencialidad de afectar la competencia y los incentivos a la inversión, en especial en energías limpias como la eólica y la solar. Si bien los cambios en el marco regulatorio han sido diversos, nos detendremos en aquellos que por su afectación al proceso competitivo del sector, y a las condiciones de acceso a la infraestructura, han generado la actuación de COFECE, a saber: 1) la reversión de la separación horizontal y vertical de CFE, 2) la restricción al ingreso de nuevos generadores de energía eólica y solar, 3) la alteración de las reglas de acceso abierto y no discriminatorio a la infraestructura de transmisión y distribución de electricidad y de las reglas de despacho económico del mercado mayorista, y 4) la limitación al crecimiento de competidores de CFE (centrales de autoabastecimiento y cogeneración) y el otorgamiento de exclusividad a CFE sobre usuarios que no hubieran aún optado por otro proveedor (usuarios de Suministro Básico).

Estas cuatro modificaciones normativas derivaron en la emisión por parte de COFECE de tres opiniones (recomendaciones) y una controversia constitucional. A continuación se revisan las principales características de las correspondientes intervenciones de COFECE.

25 Secretaría de Energía (SENER), *Resumen de la explicación de la Reforma Energética* (junio 2015), <https://www.gob.mx/sener/documentos/resumen-de-la-explicacion-de-la-reforma-energetica>. Para más detalles sobre la reforma véase: César E. Hernández “La reforma al sector eléctrico en México vista por algunos de sus actores” y Verónica Irastorza “La reforma eléctrica mexicana”, ambos trabajos en *Crecimiento y productividad II*, coords. Aldo Flores, César E. Hernández, Alejandra Palacios, Gabriel O. Contreras y Rafael A. Avante (México: Fondo de Cultura Económica, 2018).

26 SENER, *Términos para la estricta separación legal de la CFE (TESL)* (2016), https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5422390&fecha=11/01/2016. Las *chinese walls* implican que la información solo puede ser compartida si se hace pública, está prohibida la coordinación de estrategias entre generadores o entre generadores y la unidad de negocio de transmisión, las publicidades se deben realizar por separado, las inversiones deben evaluarse por su efecto en la empresa que las realiza y las remuneraciones deben establecerse con base en los resultados de la unidad específica.

27 Uno de los objetivos prioritarios de la Secretaría de Energía, consiste en “fortalecer a las empresas productivas del Estado mexicano como garantes de la seguridad y soberanía energética, y palanca del desarrollo nacional, para detonar un efecto multiplicador en el sector privado”. Véase: SENER, *Programa Sectorial de Energía 2020-2024* (julio 2020), https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5596374&fecha=08/07/2020.

3.1. Reversión de la separación horizontal y vertical de CFE

El 25 de marzo de 2019, la Secretaría de Energía (SENER) modificó los TESL de la CFE publicados en enero de 2016²⁸. El 8 de mayo de ese mismo año, COFECE emitió una opinión crítica indicando que la modificación a los TESL de la CFE podría generar riesgos a la competencia en la industria eléctrica²⁹.

En esta Opinión, COFECE destaca la importancia de mantener la separación horizontal de las Empresas Subsidiarias de Generación de CFE a los fines de promover la dinámica competitiva entre ellas y otros generadores, lo que las lleva a ser más eficientes y a ofrecer electricidad a precios más bajos, entre otros incentivos positivos. Asimismo, la Opinión resalta la relevancia de la separación vertical entre la comercialización y la distribución para asegurar un acceso en igualdad de condiciones a la red eléctrica de todos los participantes de la industria (tanto los nuevos generadores como otros comercializadores, denominados suministradores calificados).

Según COFECE, el cambio en los TESL posibilita la eliminación de la separación horizontal y vertical de CFE, se generan incentivos para conductas anticompetitivas tales como restringir la capacidad disponible en plantas de generación eficientes para lograr el despacho de plantas menos eficientes, lo que incrementaría los precios de equilibrio y los beneficios, restringir al acceso equitativo de terceros a las redes de distribución y limitar la expansión de infraestructura de transmisión y distribución para restringir la entrada de competidores en generación y comercialización/suministro.

En particular, la modificación de los TESL implica un cambio de la regulación de la estructura de mercado que reestablece los incentivos para que CFE incurra en prácticas anticompetitivas exclusorias, y viabiliza las teorías de daño de negativa u obstaculización de acceso y de estrechamiento de márgenes. Al respecto, uno de los cambios principales por su impacto en los incentivos económicos, es el que establece que, para las decisiones de inversión de las empresas de la CFE, cada proyecto se evaluará considerando no solamente su impacto para la unidad que realizará dicha inversión (que es lo que establecían los TESL originales), sino también en el beneficio para la CFE en su conjunto. La maximización de beneficios conjunta genera el nexo causal entre las conductas exclusorias como la denegación de acceso o el estrechamiento de márgenes en la actividad de transmisión o distribución, y los mayores beneficios para CFE por menor competencia y mayor poder de mercado en el mercado mayorista de electricidad³⁰.

3.2. Restricción al ingreso de nuevos generadores de energía eólica y solar

El 29 de abril de 2020, el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), organismo a cargo del control operativo del Sistema Eléctrico Nacional, y particularmente del despacho, emitió un Acuerdo (Acuerdo CENACE) mediante el cual se suspendieron las pruebas para el ingreso de nuevos generadores de energía eólica y solar (fotovoltaica)³¹. La perspectiva de la nueva normativa es que las centrales eléctricas eólicas

28 SENER, *Acuerdo por el que se modifican los Términos para la estricta separación legal de la Comisión Federal de Electricidad (CFE)* (2019), https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555005&fecha=25/03/2019.

29 COFECE, *OPN-003-2019* (mayo 2019), <https://www.cofece.mx/riesgos-a-la-competencia-en-la-industria-electrica-2/>.

30 SENER, *Acuerdo*, Artículo Primero, 8.4.5. (c); COFECE, *OPN-003-2019*, 23.

31 CENACE, *Acuerdo para garantizar la eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la Epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)* (abril 2020), [https://www.cenace.gob.mx/Docs/16_MARCOREGULATORIO/SENYMEM/\(Acuerdo%202020-05-01%20CENACE\)%20Acuerdo%20para%20garantizar%20la%20eficiencia,%20Calidad,%20Confiabilidad,%20Continuidad%20y%20seguridad.pdf](https://www.cenace.gob.mx/Docs/16_MARCOREGULATORIO/SENYMEM/(Acuerdo%202020-05-01%20CENACE)%20Acuerdo%20para%20garantizar%20la%20eficiencia,%20Calidad,%20Confiabilidad,%20Continuidad%20y%20seguridad.pdf).

y fotovoltaicas, por su carácter intermitente, afectan la confiabilidad del sistema eléctrico y la continuidad del suministro. En ese marco, sin establecer pautas precisas, el Acuerdo CENACE sugiere que se limitará el despacho de estas centrales a favor de centrales convencionales, mayormente propiedad de CFE.

El 7 de mayo 2020, COFECE emitió opinión sobre el Acuerdo CENACE, e indicó que algunas de sus disposiciones podían ser contrarias a la competencia en el mercado de generación de energía eléctrica³². Al respecto, COFECE sostuvo que el Acuerdo CENACE producía dos efectos contrarios a la competencia y libre concurrencia. En primer lugar, impide a las nuevas centrales eléctricas eólicas y fotovoltaicas la posibilidad de concurrir al mercado por tiempo indefinido, al suspender las pruebas pre-operativas de las centrales en proceso de operación comercial y al indicar que no autorizará dichas pruebas para las centrales que no la hayan iniciado. Si bien el Acuerdo CENACE hace alusión a fallas ocurridas en el sistema eléctrico y a objetivos de seguridad y confiabilidad, COFECE considera que no se presenta una justificación técnica en cuanto a la pertinencia e idoneidad que una medida de tal magnitud amerita. En segundo lugar, COFECE señaló que el Acuerdo CENACE generaba incertidumbre sobre el despacho de las centrales eléctricas eólicas y fotovoltaicas que ya operan en el mercado. Nuevamente, COFECE consideró insuficiente la justificación para este tipo de medidas, que habilitan un trato discriminatorio a favor de CFE y en perjuicio de las energías renovables no convencionales, más eficientes, con costos marginales de generación significativamente menores. Esto implica que el desplazamiento de la oferta de generación, al limitar el despacho de las centrales más eficientes, provocará aumentos de precios en el mercado mayorista, con perjuicio a los consumidores. Mencionó COFECE además que la comparación internacional con los sistemas eléctricos de España y Alemania exhibe una mayor participación de estas fuentes de energía en la oferta de generación de energía eléctrica que en México, lo que no ha generado medidas similares de restricción de la oferta en aquellos países.

Finalmente, COFECE realizó diversas recomendaciones orientadas a que las medidas para garantizar la confiabilidad y seguridad del sistema eléctrico sean proporcionales, se basen en criterios técnicos y surjan de un procedimiento transparente y participativo, en el que los diversos actores involucrados puedan emitir su opinión.

El Acuerdo CENACE ha sido suspendido por la justicia, inicialmente a partir de un amparo presentado por Greenpeace y, recientemente en octubre, ante la solicitud de amparo solicitado por Desarrollos Eólicos Mexicanos de Oaxaca (Demex)³³. El juez indicó que los efectos de la sentencia de amparo deben ser de carácter general para evitar un efecto adverso sobre los demás participantes del mercado eléctrico mayorista, sobre la competencia y el desarrollo del sector, y sobre los usuarios finales³⁴.

32 COFECE, OPN-006-2020 (mayo 2020), <https://www.cofece.mx/emite-cofece-recomendaciones-referentes-al-acuerdo-del-cenace/>.

33 Para amparo de Greenpeace véase: "Otorga juez suspensión provisional a Greenpeace contra el Acuerdo del Cenace y Política de Sener en generación de energía eléctrica", *Greenpeace* (29 de mayo, 2020), <https://www.greenpeace.org/mexico/noticia/8508/otorga-juez-suspension-provisional-a-greenpeace-contra-el-acuerdo-del-cenace-y-politica-de-sener-en-generacion-de-energia-electrica/> y para amparo de Demex véase: Expediente 128/2020 del Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.

34 "Juez da revés al Cenace en política de confiabilidad", *El Economista* (26 de octubre, 2020) <https://www.economista.com.mx/empresas/Sentencia-judicial-hunde-de-forma-permanente-el-acuerdo-del-Cenace-contra-las-energias-renovables-20201026-0119.html>.

3.3. Alteración de las reglas de acceso abierto a la infraestructura de transmisión y distribución de electricidad

El 15 de mayo de 2020 se publicó el Acuerdo por el que la SENER emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional (Política SENER), que modificaba las reglas de acceso abierto y no discriminatorio de terceros a la infraestructura de transmisión y distribución de energía eléctrica y las reglas de despacho económico del mercado mayorista³⁵.

El 22 de junio 2020, COFECE interpuso una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) contra la emisión de la Política SENER, al considerar que violenta los principios fundamentales de competencia³⁶.

La Política SENER es una extensa regulación, que por la característica de intermitencia de las fuentes de energía solar y eólica, establece al menos tres tipos de disposiciones que afectan la competencia: i) se aparta del criterio de despacho económico, ii) se favorece la discriminación en favor de las centrales eléctricas de CFE, a las que se les da prioridad como proyectos estratégicos, y iii) se habilita la obstaculización del acceso a las instalaciones esenciales de transporte y distribución a las centrales eléctricas propiedad de privados.

En particular, la Política SENER vulnera la separación estructural, dándole participación a CFE en decisiones sobre los sistemas de transmisión y distribución que afectan el acceso de competidores al mercado. En palabras de COFECE, “la Política impugnada compromete tanto el acceso abierto y no discriminatorio a las redes de transmisión y distribución (insumo indispensable en esta industria), como el criterio de despacho económico que rige la operación del mercado eléctrico mayorista; asimismo, otorga ventajas en favor de ciertos participantes y disminuye la capacidad de competir de otros, sacrifica la eficiencia y establece barreras a la entrada en la generación eléctrica”.

Finalmente, COFECE reconoció la potencial existencia de conflictos entre objetivos de política pública y reclamó que cuando los objetivos de confiabilidad y seguridad del sistema eléctrico nacional puedan comprometer el objetivo de competencia económica, que forma parte del mandato constitucional, “es necesario identificar la mejor alternativa disponible a fin de hacer cumplir todos estos objetivos, lo que no acontece con la Política impugnada”.

El 29 de junio de 2020 la SCJN admitió la controversia constitucional promovida por COFECE en contra de la Política SENER y concedió la medida cautelar solicitada de modo que se suspendan todos los efectos y consecuencias de la misma, hasta en tanto se resuelva el fondo de la cuestión³⁷.

35 SENER, *Acuerdo por el que se emite la Política de confiabilidad, seguridad, continuidad y calidad en el Sistema Eléctrico Nacional* (mayo 2020), https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020.

36 “COFECE interpone controversia constitucional contra la emisión de la Política de confiabilidad, seguridad y calidad en el Sistema Eléctrico Nacional”, COFECE (22 de junio, 2020), <https://www.cofece.mx/cofece-interpone-controversia-constitucional-contra-la-emision-de-la-politica-de-confiabilidad-seguridad-continuidad-y-calidad-en-el-sistema-electrico-nacional/>.

37 “Suspende la Corte política de Sener contra renovables”, *El Financiero* (19 de junio, 2020), <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/suprema-corte-ordena-suspension-de-la-politica-de-sener-que-limita-energias-renovables>.

3.4. Limitación a la expansión de competidores de CFE y cierre de mercado

El 7 de octubre de 2020 se publicó una resolución de la Comisión Reguladora de Energía (CRE), el organismo regulador del sector energético, que impide a las centrales de autoabastecimiento y cogeneración, competidoras de CFE, incorporar nuevos clientes (centros de carga) y le otorga a CFE la exclusividad para prestar el servicio a usuarios que no hubieran aún optado por otro proveedor (los usuarios de Suministro Básico, aquellos con una demanda menor a 1 MW)³⁸.

El mismo día, COFECE envió a la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER), organismo encargado de analizar los proyectos de regulaciones, comentarios respecto del proyecto de resolución de la CRE, y recomendó que se realizara un Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) antes de su publicación ya que consideró que los cambios propuestos podían tener efectos contrarios a la competencia³⁹⁻⁴⁰.

Las centrales de autoabastecimiento y cogeneración surgieron antes de la Ley de la Industria Eléctrica de 2014, como una forma de permitir la expansión de la capacidad de generación a partir de la inversión privada, en un contexto en el que CFE era un monopolio verticalmente integrado. Esta modalidad permitió la conformación de sociedades entre empresas de generación y empresas consumidoras de electricidad, para viabilizar los proyectos, y preveía que los excedentes debían ponerse a disposición de CFE para su adquisición. De esta manera, las centrales de autoabastecimiento y cogeneración se constituyeron como una alternativa de suministro de electricidad para los usuarios industriales y comerciales. Con la aprobación de la Ley de la Industria Eléctrica de 2014, se creó un régimen de transición para que las centrales de autoabastecimiento y cogeneración pudieran gradualmente incorporarse al mercado eléctrico mayorista.

COFECE señala que los cambios propuestos por la CRE impiden a los permisionarios de autoabastecimiento y cogeneración atraer nuevos socios o sustituir a los que salen de los permisos, y que ello dificultará la recuperación de las inversiones realizadas o proyectadas.

A su vez, el reporte de COFECE indica que la resolución de la CRE limita las opciones de los usuarios de CFE Suministro Básico, ya que les impide obtener electricidad de un permisionario de autoabastecimiento o cogeneración. Esto equivale a un cierre de mercado a través del bloqueo de acceso a un grupo importante de clientes para las centrales de autoabastecimiento y cogeneración. De esta manera, CFE ya no enfrentaría la presión competitiva de estas centrales, lo cual afectaría a los usuarios del servicio básico que verían reducidas sus opciones y quedarían cautivos de CFE⁴¹.

38 CRE, *Resolución de la Comisión Reguladora de Energía por la que se modifican las Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los términos para solicitar la autorización para la modificación o transferencia de permisos de generación de energía eléctrica o suministro eléctrico, contenidas en la resolución número RES/390/2017* (octubre 2020), https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5602136&fecha=07/10/2020.

39 COFECE, *Comentarios al Proyecto de Resolución CRE Modificación RES/390/2017* (octubre 2020), <https://www.cofece.mx/cofece-emitio-recomendaciones-a-regulacion-que-modifica-el-esquema-autoabastecimiento-y-cogeneracion-de-energia-electrica/>.

40 La CRE remitió el proyecto de resolución a la CONAMER el día 5 de octubre y lo aprobó en sesión extraordinaria el 6 de octubre, antes de que se hiciera público el dictamen de CONAMER que la eximía del AIR.

41 Para más detalles véase Elisa V. Mariscal, Alexander Elbittar y Josefina Cortes "The Effects on the Development and Growth of Firms by Omitting a Regulatory Impact Analysis for Legacy Contracts that Participate in the Mexican Electricity Market", *SSRN* (noviembre, 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3764190.

3.5. Resumen de la actuación de COFECE

El siguiente cuadro resume las cuatro intervenciones de COFECE y sus principales objetivos. Esto permite visualizar el nivel de actividad de la agencia y su capacidad de reacción a la hora de desplegar su función de abogacía de la competencia.

Cuadro 1: Intervenciones de COFECE para defender la competencia en el sector eléctrico de México

Fecha	Medida	Características principales
8 de mayo 2019	Opinión	Relevancia de mantener la separación horizontal entre las Empresas Subsidiarias de Generación de CFE y la separación vertical entre la generación y comercialización de energía eléctrica y su transmisión y distribución
7 de mayo 2020	Opinión	Evitar la creación de barreras a la entrada y el trato discriminatorio indebido a centrales eléctricas eólicas y fotovoltaicas (y a favor de CFE) y garantizar el despacho económico de las plantas de menor a mayor costo
22 de junio 2020	Controversia constitucional	La Política SENER impugnada compromete el acceso abierto y no discriminatorio a las redes de transmisión y distribución (insumo indispensable en la industria), como el criterio de despacho económico que rige la operación del mercado eléctrico mayorista. Otorga ventajas en favor de ciertos participantes y disminuye la capacidad de competir de otros, sacrifica la eficiencia y establece barreras a la entrada en la generación eléctrica
7 de octubre 2020	Comentarios y Recomendación	La resolución de la CRE requiere análisis de impacto regulatorio por posibles efectos contrarios a la competencia: limitar la incorporación de clientes de a las centrales de autoabastecimiento y cogeneración, competidoras de CFE, y otorgar exclusividad a CFE para proveer el servicio básico a usuarios que no hubieran aún optado por otro proveedor

La defensa de la competencia como política pública promueve la asignación eficiente de los recursos, la protección de los consumidores y la innovación. El caso del sector eléctrico mexicano y la actuación de COFECE muestran la relevancia del rol de abogacía de la competencia frente a la intersección entre regulación y defensa de la competencia.

Bajo ciertas circunstancias, el objetivo de promoción de la competencia entra en conflicto con otros objetivos prioritarios de política pública. Tal podría ser el caso en el sector eléctrico en relación con la confiabilidad y seguridad del abastecimiento. En este sentido, COFECE no desconoce el potencial conflicto, sino señala que las reformas recientes no están fundadas en estudios y análisis específicos del sistema eléctrico mexicano que justifiquen comprometer la competencia frente a la necesidad de evitar que la intermitencia, que caracteriza a las fuentes de energía solar y eólica, afecte la confiabilidad y seguridad del abastecimiento.

Finalmente, el caso del sector eléctrico mexicano ilustra también la dificultad para establecer reglas de acceso a la infraestructura cuando la empresa incumbente es una empresa estatal verticalmente integrada y el objetivo de la política pública es el de fortalecerla. Se resalta así el problema de la neutralidad competitiva, cuando el Estado ejerce el rol regulador y participa como oferente en el mercado. Este tema, que excede el alcance del presente artículo, ha sido abordado de diferentes formas a nivel internacional, en algunos casos, como en Europa y Australia, con esquemas generales de neutralidad competitiva, y es uno de los desafíos de los sistemas de competencia, no sólo en México, sino en toda la región⁴².

42 OECD, *Roundtable on Competitive Neutrality* (junio 2015), [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)5&docLanguage=En). OECD, *Executive Summary of the Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy* (marzo 2016), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN7/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2015)1/ANN7/FINAL/en/pdf). OCDE, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas* (2015), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>.

IV. CONCLUSIONES

El rol de las agencias de competencia frente a reformas regulatorias e intervenciones de los gobiernos puede ser de alta relevancia para defender la competencia, evitar barreras a la entrada y promover la inversión y la innovación.

En una primera parte, este artículo revisa la intersección entre la regulación sectorial y la política de defensa de la competencia en materia de acceso a la infraestructura. Destacan los diferentes enfoques observados en Europa y Estados Unidos en relación a la infraestructura de telecomunicaciones, tanto en la regulación de acceso como en la jurisprudencia relativa a casos de conductas anticompetitivas por estrechamiento de márgenes. Si bien los enfoques son diferentes, los mismos son consistentes dentro de cada jurisdicción. En Europa se establecieron regulaciones de acceso, y luego la Comisión Europea ha multado a los operadores de infraestructura de telecomunicaciones en casos por estrechamiento de márgenes. Por su parte, Estados Unidos eliminó tempranamente la regulación de acceso y la justicia, consistentemente, no sancionó el estrechamiento de márgenes (caso *Linkline*).

El análisis de la experiencia europea en materia de defensa de la competencia en el sector energético, exhibe la centralidad de la cuestión del acceso a la infraestructura y resalta la aplicación de remedios estructurales para desarticular incentivos anticompetitivos de obstaculización de acceso. Dicho análisis ofrece una perspectiva acerca de los fundamentos de la actuación de COFECE en el sector eléctrico mexicano.

En una segunda parte, este artículo destaca las acciones de COFECE en México frente a cambios regulatorios propuestos por el gobierno los últimos dos años en el sector eléctrico, algunas de ellas vinculadas al acceso a infraestructura esencial para competir en el sector. Estas acciones ponen en evidencia tres cuestiones fundamentales para la política de competencia. En primer lugar, la intersección entre la regulación de acceso a infraestructura esencial y potenciales conductas anticompetitivas. En particular, una regulación de desintegración vertical como la que defiende COFECE en la Opinión de mayo de 2019 es la más eficaz a la hora de reducir los riesgos de conductas anticompetitivas por negativa de acceso o estrechamiento de márgenes.

En segundo lugar, los conflictos que surgen cuando el Estado es regulador y propietario de empresas reguladas. El caso del sector eléctrico mexicano ilustra también los desafíos de los sistemas de competencia en la región frente a la ausencia de neutralidad competitiva.

Finalmente, la capacidad de la función de abogacía de la competencia de generar impactos significativos en la economía y en el desempeño competitivo de sectores estratégicos como el eléctrico.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Esteban Manuel Greco y María Fernanda Vicens, "Regulación de acceso a la infraestructura y política de competencia. La actuación de COFECE frente a las reformas regulatorias en el mercado eléctrico mexicano (2019-2020)", *Investigaciones CeCo* (enero, 2021),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile