

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE ENERGÍA¹

León Ricardo ELIZONDO CASTRO

SUMARIO: I. *El derecho de la competencia en el ámbito de los servicios públicos.* II. *Marco jurídico del servicio público de energía eléctrica.* III. *Las cuestiones de competencia en el Reglamento de Gas Natural.* IV. *Conclusiones.*

I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Las cuestiones reguladas como servicios públicos, entre las que se incluye la prestación del servicio de energía eléctrica, que además es un área estratégica por imperativo constitucional en su artículo 28, no están excluidas completamente de la aplicación de las normas de competencia económica, si bien deben adecuarse al peculiar marco jurídico aplicable a los servicios públicos, atento a la función de los mismos.

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) se aplica a todas las áreas de la actividad económica (artículo 1º), y a todos los agentes económicos, independientemente de la naturaleza de éstos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal o cualquier otra forma de participación en la actividad económica (artículo 3º).

Sin embargo, la normatividad mexicana en materia de competencia económica no considera monopolios a las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 28 de nuestra Constitución política. Empero, como lo aclara explícitamente el propio texto reglamentario del artículo anteriormente citado, las dependencias y organismos que tengan a su cargo las

1 Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de su autor, por lo que no deben ser consideradas como expresión o posición final.

funciones antes mencionadas, estarán sujetas a lo dispuesto por esta ley respecto de actos que no estén expresamente comprendidos dentro de dichas áreas.

Lo anterior significa que los actos de las empresas del Estado que estén fuera del ámbito expresamente contenido en su legislación específica regulatoria de las áreas estratégicas, serán actos del ámbito de la Ley de Competencia.

Un tratamiento similar se le da a sectores con regulación específica, como lo son las telecomunicaciones o los servicios financieros. Se busca la frontera de la legislación del sector regulado particular, con la legislación de competencia. Aquellos actos no expresamente contenidos en la legislación del sector regulado que sean violatorios de la LFCE, son sujetos de la LFCE.²

Lo anterior es una solución lógica y acorde con la situación propia de los sectores fuertemente regulados, como lo es el energético. Sin embargo, dada la variedad que presentan algunos de estos sectores, a continuación se realizará un análisis sobre los tratamientos generales que el derecho extranjero de la competencia y la doctrina en derecho *antitrust*, dan a las relaciones entre los servicios públicos, la intervención del Estado en la regulación de ciertos sectores, y las normas de competencia económica.

1. Necesidad de una aprobación estatal previa, a ciertos sectores para poder emprender determinada actividad

El ejercicio del poder de admitir o de negar el acceso de nuevas empresas a determinados mercados no implica la posibilidad ilimitada de dejar sin efecto las reglas de la competencia respecto de tales mercados.³ El

2 Levy, Santiago, "Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica", *Estudios en torno a la ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994, p. 73.

3 En el caso de *United States v. Philadelphia National* (374 U. S. 321, 83 S.Ct. 1715, 10L. Ed. 2d.915. 1963) la Suprema Corte de Estados Unidos indicó varios de los límites de la exclusión de determinadas conductas respecto de las prohibiciones de la legislación antimonopólica, cuando tal exclusión se funda en el hecho de que el sector económico en cuestión cuenta con un régimen de regulación directa especial. Se expresó allí que "la inmunidad respecto de la legislación *antitrust* no debe considerarse implícita con ligereza. Esta regla de interpretación, que refleja el papel indispensable de la política antimonopólica en el mantenimiento de una economía libre, es aquí relevante. [...] la derogación de las leyes antimonopólicas en forma implícita por una ley regulatoria es vista desfavorablemente, y sólo será considerada apropiada en casos de evidente repugnancia entre las normas de legislación *antitrust* y las de las leyes regulatorias. [...] Rechazamos la posición de que la banca comercial, por estar sujeta a un alto grado de regulación gubernamental [...], es de alguna manera inmune a los efectos anticompetitivos de la concentración".

marco dentro del que deben ejercerse los mencionados poderes dependerá, principalmente, de los propósitos perseguidos por el régimen de autorización previa de que se trate. Así, en el caso de las disposiciones municipales que, por motivos de sanidad u ordenamiento urbano, requieran de autorización previa a efecto de realizar la instalación de industrias, comercios, entre otros, dichas facultades no deben ejercerse con carácter restrictivo que lleguen a imposibilitar o limitar sustancialmente la competencia en el sector de que se trate, salvo que fuere necesario para el logro de los fines de sanidad u otra especie perseguidos por la legislación en cuestión. Si, con la justificación antes expuesta, un régimen de aprobación previa obrare con un efecto restrictivo sobre la estructura competitiva, ello no implicaría autorización alguna para que las empresas que hubieran obtenido la correspondiente aprobación de sus actividades, realicen actos anticompetitivos; por el contrario, la restricción ya operada sobre la competencia con motivo del mecanismo de control estatal, torna de mayor relevancia la efectividad de la concurrencia entre las empresas en actividad y las hace susceptibles de incurrir en abusos de posición dominante, si la limitación al acceso de nuevos competidores ha dado lugar a tal posición.⁴

2. Regulación detallada de determinadas ramas productivas

Sin perjuicio de las normas que reglamentan y dirigen las actividades económicas en general, existen ciertos sectores de la industria, el comercio, la agricultura y los servicios que se encuentran sometidos a conjuntos de reglas que delimitan, en forma marcadamente más restringida, la libertad de las empresas que operan en tales áreas. A manera de ejemplo cabe señalar al sector bancario y financiero, la actividad aseguradora, las industrias siderúrgicas, la petroquímica y al sector automotriz, entre otros. La intervención estatal en esos sectores implica de por sí un apartamiento respecto del funcionamiento normal de los mercados, tal como se contempla en la LFCE; esa intervención, sin embargo, es plenamente válida frente a las normas de la citada Ley, en tanto encuentre su fundamento en requisitos impuestos en las leyes que la originen. Una vez determinadas las reglas bajo las que se desenvolverá el mercado en cuestión, las empresas que en él operen no pueden ampararse en el carácter regulado de la

4 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1983, p. 127.

actividad de que se trate, para imponer restricciones adicionales a la competencia o abusar de la posición dominante que resulta del régimen especial aplicable.⁵ Ilustrativo es el caso de una empresa colocada en una situación de predominio en determinado mercado, como consecuencia de un régimen de aprobación previa tendiente a lograr economías de escala a través de la limitación del número de oferentes no podría lícitamente abusar de esa posición, exigiendo, por ejemplo, prestaciones adicionales ajenas a las operaciones principales que celebre, ni estaría autorizada a limitar adicionalmente la competencia entrando en acuerdos destinados a restringir la producción.⁶

3. *Fijación estatal de los precios, las cantidades producidas u otros elementos esenciales de ciertos mercados*

Restringida por el Estado la competencia, muchas veces en sus aspectos más esenciales, no tendría finalidad alguna el sancionar ciertas conductas con escasa incidencia sobre el funcionamiento de los mercados, y que nada agregan en tales casos a la limitación de la competencia ya existente en éstos. Tal es el caso de un acuerdo mediante el que las partes se comunican las cantidades comercializadas periódicamente, cuando el conjunto de ellas es fijado por organismos públicos. Por el contrario, en ciertos casos la intervención estatal puede agravar los efectos anticompetitivos de determinadas conductas. Por ejemplo, existiendo limitaciones respecto de las plazas en que puede operarse con determinados productos, cualquier acuerdo entre quienes operen en tales plazas sería suficiente para afectar todo el mercado del producto de que se trate.⁷

4. *Servicios públicos*

Los servicios públicos se definen como una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general, que de otro modo quedaría insuficientemente satisfecha, y aunque la idea de interés

5 Respecto de la aplicabilidad de las normas antimonopólicas a los sectores sujetos a regulaciones especiales, existen numerosos fallos estadounidenses que sostienen la plena vigencia de tales normas, salvo lo expresamente dispuesto en el régimen regulatorio o lo necesario para su aplicación. *Cfr.* *Otter Tail Powere Co. v. United States*, 410 U. S. 366, 93 S.Ct. 1022.35 L. Ed. 2d. 359 (1973); *Ricci v. Chicago Mercantile Exchange*, 409 U. 289,93 S.Ct. 573, 34 L. Ed. 525 (1993). El mismo principio rige, en general, bajo la legislación del Mercado Común Europeo. *Cfr.* el artículo 90 del Tratado de Roma.

6 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *op. cit.*, pp. 128-129.

7 *Idem*, pp. 129-130.

público se encuentra en todas las actividades estatales y la satisfacción de los intereses generales no es tarea exclusiva del Estado, lo que distingue al servicio público es que la satisfacción del interés general constituye el fin exclusivo de su creación.

Se precisa y define el servicio público como la actividad organizada que se realiza conforme a las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme y regular, necesidades de carácter colectivo.

La doctrina ha considerado también como principios comunes a todos los servicios públicos el de continuidad, en razón de la permanencia de la necesidad que se pretende satisfacer; el de adaptación, o sea la posibilidad de modificarlo a medida que vaya variando dicha necesidad y; el de igualdad, que significa que no debe discriminarse el goce del servicio a ningún particular que llene las condiciones legales.⁸

En este ámbito, es necesario delimitar qué se entiende por servicio público en las áreas o sectores estratégicos. Se habla de sector estratégico cuando existe la necesidad de un cierto grado de independencia y seguridad en el abastecimiento de productos o bienes estratégicos. La cuestión es saber si, por ejemplo, el de la energía eléctrica es un sector estratégico, para conocer cuál es su régimen aplicable en materia de competencia.

Se entiende por producto o sector estratégico aquel que cumple dos condiciones:

- a) Que sea un bien carente de sustitutos cercanos y resulta indispensable en el consumo o en la producción de otros bienes indispensables.
- b) Que su disponibilidad futura esté sujeta a un importante grado de incertidumbre, a causa de restricciones cuantitativas o cambios bruscos de su costo de adquisición.

La energía es un buen ejemplo de producto estratégico. Es un bien básico, y su costo futuro presenta un alto grado de incertidumbre.⁹

Las condiciones anteriores de los productos o servicios estratégicos son los que han fundamentado históricamente el régimen de monopolio legal de los servicios públicos, entre los que debe incluirse el sector de la energía eléctrica.

8 Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 30a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 243-244.

9 Tribunal Español de Defensa de la Competencia, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, t. II, 1993, p. 225.

Sin embargo, los objetivos públicos y sociales en dicho sector no deben alterarse necesariamente por el hecho de introducir competencia en el sector. Conviene insistir en este punto porque constituye una de las grandes amenazas que se auguran sobre el sector, en caso de eliminar el monopolio. Sin embargo, debe quedar claro que en una situación de competencia se pueden mantener e incluso incrementar los objetivos sociales perseguidos por los servicios públicos, sin que supongan además una carga para el erario.

El tradicional objetivo del servicio universal en los servicios públicos, en el sentido de que exista amplia disponibilidad de servicio con tarifas uniformes para los usuarios, no son incompatibles con la existencia de un régimen de competencia. En los países en que se han liberado dichos servicios no sólo no se ha resentido el servicio sino que ha mejorado. No existen pruebas de que el monopolio sea el mejor modo de lograr la universalidad del servicio, sino todo lo contrario.

El servicio universal está ligado a los servicios locales. En las zonas en donde el costo del servicio universal coincide o es superado por los ingresos que genera la demanda, este objetivo público no supone una obligación económica. Los costos adicionales sólo se producen en las áreas en las que la demanda no justifica económicamente la inversión.

En una situación de monopolio, el monopolista puede, en teoría, promediar las tarifas mediante subvenciones cruzadas dentro del mismo servicio. Sin embargo, la experiencia muestra que los beneficios del monopolio no son invertidos necesariamente en universalizar el servicio.¹⁰

En una situación de competencia, el mantenimiento de los objetivos públicos del servicio universal, por ejemplo, se resuelve de forma más transparente.

Así, en tanto el monopolista disponga de posición de dominio en el mercado, está obligado a prestar el servicio universal, tal como se ha hecho en el Reino Unido en materia de telecomunicaciones y de telefonía. Cuando existan competidores significativos —a partir de que el monopolio haya perdido un 10 o 15% de la cuota de mercado— los costos de universalizar el servicio deben ser compartidos por los diversos competidores en función del tráfico que les corresponda.¹¹

10 *Idem*, pp. 131-132.

11 *Idem*, p. 133.

Hechas las acotaciones necesarias, es preciso ahora analizar las relaciones entre servicios públicos, tal como están regulados en la actualidad, y el derecho de la competencia.

En primer lugar, los servicios públicos suponen, generalmente, una concesión otorgada por la autoridad pública, lo que hace que uno de los elementos esenciales de la estructura del mercado correspondiente queden determinados por la forma que adopten tales concesiones. También los precios cobrados como contraprestación por el suministro de tales servicios son generalmente fijados por el Estado, lo que agudiza el apartamiento de estas actividades respecto de las reglas que normalmente rigen el funcionamiento de los mercados. La existencia de tales limitaciones, justificadas por las leyes que les dan origen, no autoriza a las empresas de servicios públicos a actuar en forma que resulte violatoria de la legislación de competencia; no podrían, por ejemplo, acordar la limitación de sus inversiones o condiciones discriminatorias para su clientela; son además susceptibles de incurrir en abusos de posición dominante. Por último, debe mencionarse que si bien los servicios públicos constituyen generalmente monopolios naturales, o sea actividades en las que no es económicamente viable o razonable el funcionamiento de dos empresas que concurrentemente lo presten, existen diversos sectores sujetos al régimen de los servicios públicos que no revisten tal carácter, y en los que los organismos públicos deben otorgar las concesiones de manera que se mantengan condiciones competitivas, en la medida en que a su vez ello no sea lesivo para la prestación del servicio en cuestión, o para los demás intereses protegidos por la legislación que dé lugar al régimen de concesiones.¹²

5. *Empresas públicas*

El hecho de que el Estado ejerza el control de las empresas públicas no las libera de someterse a las disposiciones de la LFCE. En el caso de las empresas de propiedad total o parcial del Estado que deben competir con otras firmas, tal concurrencia presenta todas las particularidades que se tutelan por la citada ley. La necesidad de que los precios reflejen los costos subyacentes, la dirección de las inversiones hacia los sectores en

12 Respecto de las líneas aéreas, se decidió en Estados Unidos que debe autorizarse por los organismos de control el funcionamiento de varias líneas, en condiciones competitivas, para un mismo trayecto, cuando el volumen del mercado así lo permita. *Cfr.* *Continental Airlines Inc. v. CAB*, 519 F. 2d. 944 (D.C. Cir. 1975).

los que más ventajosa resulta la expansión del capital, la minimización de los costos, la innovación, todos ellos son fines que el sector público debe amparar cuando actúa en los mercados junto a las otras empresas. Cuando las empresas total o parcialmente estatales no cuentan con una competencia significativa, siguen bajo el ámbito de aplicación de la LFCE, particularmente, aunque no de forma excluyente, a través de las prohibiciones de abuso de poder sustancial. Las empresas públicas que gozan de una posición de monopolio no pueden sobre esa base alterar la competencia en otros mercados o abusar de tal posición, salvo que una norma expresamente lo permita (artículo 4º, LFCE), lo que también es así cuando se trata de servicios públicos, pues las normas que dan origen a éstos no inhiben la aplicación de la normativa de competencia, sino en la medida en que expresamente así lo dispongan o en que sea necesario para el cumplimiento de los fines de tales servicios.¹³

La aplicación de las normas sobre la competencia al sector público, lejos de ser un mero enunciado teórico, debe ser una meta firmemente sostenida, si es que dicho sector ha de dejar de ser un lastre para la economía. Las empresas del mencionado sector han carecido, durante varias décadas, de parámetro alguno sobre su eficiencia o torpeza, de guía alguna sobre la rentabilidad de sus inversiones y han podido cometer todo tipo de errores, derroches y abusos sin el importantísimo control que implica la presencia de empresas privadas que, paralelamente, deben desarrollar la misma actividad plenamente sujetas a las reglas de mercado. Indudablemente, la mayor eficiencia del Estado productor no ha de lograrse únicamente a través de la aplicación estricta de la LFCE; pero ésta es un elemento esencial para asegurar que el sector público actúe guiado por un sistema de precios relativos, y no como un caos de *soviets sectoriales*.¹⁴

II. MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

1. *El marco constitucional*

El párrafo cuarto del artículo 28 constitucional establece que:

[...] No constituirán monopolios, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: [...] generación de ener-

13 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *op. cit.*, pp. 134-135.

14 *Idem*, p. 136.

gía nuclear, electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

[...] El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El artículo 27 de la carga magna dispone:

[...] Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer de energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

Por su parte, el artículo 25 de nuestra Constitución federal establece que el sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto, de la Constitución, manteniendo siempre el gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

De los textos anteriores se desprende que la electricidad se considera un área estratégica de nuestra economía, sobre la que el Estado ejerce un control exclusivo, en lo que se refiere a su generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento que tenga por objeto la prestación de servicio público. *Contrario sensu*, no se considerará área estratégica en aquellos casos en que no se preste dicha actividad como servicio público, por lo que será de gran interés la determinación de cuándo se considera que la energía eléctrica tiene por objeto la prestación de servicio público, de conformidad con lo que establezcan las leyes secundarias, para cuya delimitación pueden servirnos, asimismo, las consideraciones vertidas sobre el concepto de servicio público.

Como una primera aproximación, podemos decir que si un elemento esencial de la definición de servicio público es que debe satisfacer necesidades colectivas, no se reunirá dicho requisito en aquellos casos en que la generación de energía se utilice para fines propios, es decir, particulares. Sin embargo, dado que la utilización se haría con fines personales, la utilización de energía eléctrica para fines propios no entraría dentro de la normativa de competencia, en tanto no pudiera darse una competencia entre agentes económicos, si existe la prohibición de comercializar los insumos empleados en el mercado. Sin embargo, cabe aclarar que entraría

plenamente dentro del ámbito de aplicación de la ley, la comercialización indebida de dicho servicio, dado que se estaría utilizando para competir con el Estado una ventaja competitiva indebida (la permisión de producir energía para uso propio, extendiéndola más allá de los límites legales permitidos, al comercializar dicho servicio), lo que afectaría al proceso de competencia. Algo similar sucedería si se utilizasen subsidios cruzados para sufragar el costo de la energía eléctrica utilizada en beneficio propio en la producción, distribución o comercialización de otros bienes, con objeto de disminuir artificialmente su precio, al no imputar al precio, el costo proporcional de la energía eléctrica empleada.

2. Marco legal de la energía eléctrica y su relación con la LFCE

La Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (LSPEE) establece que corresponde exclusivamente a la nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público, sin que puedan otorgarse concesiones en esta materia a los particulares, y estará a cargo de su explotación la Comisión Federal de Electricidad (CFE) (artículo 1, LSSEE), y a la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, organismo público descentralizado creado recientemente por decreto del Ejecutivo Federal en febrero de 1994.

No se considera servicio público (artículo 3º) la generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción (fracción I), la generación de energía eléctrica que realicen productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad (fracción II), la generación de energía eléctrica para su exportación (fracción III), la importación de energía eléctrica utilizada para fines propios (fracción IV) y la generación de energía eléctrica destinada a uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público (fracción V).

Dentro de las fracciones anteriores, las que presentan más interés en materia de competencia son las fracciones II (producción para Comisión Federal de Electricidad, la cual ostenta un carácter monopólico), la producción para exportación, en tanto pueda afectar al mercado nacional (fracción III) y, en menor medida, la generación de energía para cogeneración o pequeña producción, dependiendo del alcance que se le dé a estos dos últimos términos.

3. *Recomendaciones para introducir una mayor competencia en el sector de la energía eléctrica*

A. Un primer problema que se plantea en relación con la segunda fracción, es que, por virtud de que la Comisión Federal de Electricidad reúne, en ese caso, el carácter de órgano regulador del sector energético (artículo 4º, LSSEE), y el de cliente único o preponderante. Este doble carácter de órgano regulador y único o principal cliente de la utilización de la producción privada, es susceptible de generar, con mucha facilidad, prácticas anticompetitivas.

La interpenetración entre los órganos reguladores y los organismos productores de energía eléctrica, bajo una situación de monopolio, tiene todavía menos justificación que en un régimen de competencia.¹⁵

Las empresas de esta clase de sectores pueden, en ocasiones, requerir autorizaciones de los órganos reguladores, para mejorar o desarrollar sus innovaciones, y resulta impropio para la competencia tener que discutir los proyectos respectivos con órganos relacionados con los competidores.¹⁶

Por todo lo anterior, es recomendable asegurar la separación entre reguladores y regulados, ya que en México, el Estado ha asumido la posición de actor y regulador,¹⁷ como evitar la existencia de miembros de dichas empresas u organismos en los órganos de dirección de estas empresas, así como vigilar el tratamiento y condiciones de compra que la Comisión Federal de Electricidad impone a los agentes económicos que le abastezcan energía, dada la alta facilidad de que, en estas condiciones, puedan realizarse prácticas monopólicas prohibidas por la LFCE, como la negativa de compra o el trato discriminatorio.

Asimismo, sería conveniente que la realización de los programas a que hace referencia el artículo 6, LSSEE, sean realizados por una persona distinta a la Comisión Federal de Electricidad, por la necesidad de eliminar la vinculación reguladores-regulados, a que se hizo alusión anteriormente (artículos 9, fracción II, y 6, LSSEE).

La separación entre reguladores y regulados en nuestro país se ha visto fortalecida por la creación de la Comisión Reguladora de Energía, que desde el 3 de enero de 1994 comenzó a funcionar como el órgano técnico

15 Tribunal Español de Defensa de la Competencia, *op. cit.*, pp. 129-130.

16 *Idem*, p. 130.

17 López Velarde Estrada, Rogelio "Energía y petroquímica básica", en *Régimen legal aplicada a las adquisiciones y obras públicas*, México, Petróleos Mexicanos, 1994, p. 195.

responsable de la aplicación de las disposiciones reglamentarias del artículo 27 constitucional en materia de energía eléctrica.¹⁸

B. Podrían darse situaciones de abuso de poder sustancial en la exportación de energía eléctrica, ya que, si bien los particulares gozan de tal posibilidad, atento a lo previsto por el artículo 3, fracción III, LSSEE, al gozar de un fuerte poder de mercado la Comisión Federal de Electricidad y, tener facultades para exportar energía (artículo 7, fracción III, LSSEE), se podría facilitar enormemente la realización de prácticas de competencia desleal por parte de la Comisión Federal de Electricidad hacia sus competidores exportadores. A lo anterior se añade que en el reglamento de la LSSEE no se establecen parámetros objetivos para medir las razones técnicas o económicas que determinen la conveniencia de la importación o exportación de energía eléctrica (artículo 7, fracciones I, inciso a, y II, inciso b, del reglamento de la LSSEE, en adelante RLSSEE).

C. Un objetivo clave en toda la relación que busque la competencia, consiste en evitar la identificación del regulador con los objetivos de los regulados, pues, en ese momento, deja de ejercer la función de supervisión y control. Es lo que se llama la “captura del regulador”, de la que no faltan ejemplos llamativos. Es necesario establecer normas de conducta que guíen al regulador, con el fin de minimizar los riesgos de captura. Dada la importancia de los intereses en juego y la larga tradición de monopolio en el sector, esas normas deben ser muy estrictas.

D. Las tarifas de la energía no debieran basarse únicamente de acuerdo con el estado financiero y patrimonial de la Comisión Federal de Electricidad (artículo 12, fracciones VI y VII, LSSEE), sino que debieran incluir un sistema de precios incentivador que estimule la mejora en la gestión de la propia Comisión Federal de Electricidad (aunque la Comisión Reguladora de Energía tiene, entre sus funciones, la de participar en la realización de estudios para tal efecto, de acuerdo con el artículo tercero, fracción XI, del decreto de creación de dicho organismo). En Gran Bretaña se ha establecido que las tarifas del sector de las telecomunicaciones pueden crecer al ritmo del Índice Nacional de Precios al Consumidor, reducido en un porcentaje fijado por los órganos reguladores que obligue a la empresa en cuestión a disminuir sus costos anualmente. Esto llevaría a una disminución del precio de los combustibles, y tendría un efecto de derrama sobre el resto de la actividad industrial, el cual se vería

18 *Idem*, p. 217.

ampliamente beneficiado por la disminución de un costo fijo para las empresas, cuya contribución a los costos totales no es nada desdeñable.¹⁹

E. Para la realización de las obras e instalaciones necesarias, existe una preferencia por los productos nacionales de empresas del Estado y, en segundo lugar, de empresas privadas (artículo 22, fracción III, LSSEE).

Dicha preferencia por las empresas públicas en perjuicio de las privadas no se justifica desde una óptica de derecho de la competencia, porque significa un trato discriminatorio de estas últimas.

Por otra parte, la preferencia debe justificarse solamente si se cumplen estándares de calidad similares a los proporcionados por otras empresas.

En virtud de lo expresado, es recomendable la eliminación de la preferencia de las empresas públicas sobre las privadas para la realización de obras e instalaciones, y la introducción de estándares objetivos de calidad para exigir que dicha preferencia no vaya en perjuicio de la eficiencia. Un marco indicativo podría ser la existencia de normas internacionales de calidad, normas oficiales mexicanas, o la necesidad de contar con la supervisión de un órgano técnico que garantice la calidad en las referidas obras o instalaciones, como ya se prevé para productos, dispositivos, equipos, maquinaria o sistemas que utilicen para su funcionamiento energía eléctrica (artículo 29, LSSEE). Afortunadamente, en el RLSSEE se incluyen elementos técnicos para la especificación de obras e instalaciones que favorecen la eficiencia económica (artículos 9 y 13, RLSSEE).

F. Las tarifas son autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo a la Secretaría de Energía, a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) y a propuesta de la Comisión Federal de Electricidad, atendiendo al hecho de que su producto cubra las necesidades financieras y las de ampliación del servicio público (artículos 30 y 31, LSSEE).

Sería recomendable la inclusión de alguna fórmula que obligue a la Comisión Federal de Electricidad a disminuir el costo del servicio, como la mencionada en el número 4, aunque el RLSSEE contemple algunas fórmulas que fomentan la eficiencia, como la alusión a estándares internacionales (artículo 48, RLSSEE).

G. En los permisos para autoabastecimiento de energía eléctrica, se incluye la posibilidad de que se constituya una sociedad con objeto de que genere energía para la explotación de sus socios (artículo 36, inciso a LSSEE).

19 *Idem*, p. 138.

Es importante que toda persona que reúna los requisitos para formar parte de dicha sociedad, tenga derecho a ser incluido como socio, para evitar tratos discriminatorios injustificados. En razón de lo anterior, se recomienda la inclusión de los requisitos para ser aceptado como socio dentro de la LSSEE o el reglamento, así como la obligación de la sociedad permisoria de aceptar como socio a las personas que reúnan tales requisitos.

H. La fracción II del artículo 36 permite el otorgamiento de permisos de cogeneración, utilizando como criterio la eficiencia energética y económica de todo el proceso, y de la planta en comparación con una planta convencional. Si bien dichos parámetros se justifican desde una lógica de política de competencia, es recomendable la incorporación en la LSSEE o en su reglamento de criterios o formas que permitan determinar la medición de dichos criterios en el otorgamiento de concesiones.

I. La fracción IV, inciso c del artículo 36 obliga a que, en los casos en que se destinen el total de la producción de energía eléctrica a pequeñas comunidades rurales o áreas aisladas, los interesados constituyan sociedades cooperativas, copropiedades, asociaciones o sociedades civiles.

La asunción de otras formas jurídicas (como sociedades mercantiles), no parecen ser un obstáculo para la prestación de esta clase de servicios, como se demuestra en multitud de sectores. Habida cuenta la posibilidad de que operen agentes económicos permisionarios constituidos como sociedades mercantiles, y la falta de argumentos para su supresión, parece mucho más conveniente para el funcionamiento del mercado que se elimine²⁰ esta limitación.

J. El otorgamiento de los permisos del artículo 36 no deben hacerse en forma discriminatoria, y deben someterse, en la medida de lo posible, a los procedimientos de licitación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (LAOP), que aseguren que tales permisos se otorguen en condiciones de libre concurrencia de manera pública, y no solamente a solicitud de los interesados o en forma preferencial.²¹

K. Una de las cuestiones más importantes que debe quedar clara en los contratos de suministro de energía eléctrica, es la asunción del riesgo en dicho convenio (artículo 16, RLSEE), mismo que no debe imponerse como consecuencia de un abuso de poder dominante, ni otorgarse en forma discriminatoria.

20 *Idem*, p. 222.

21 *Idem*, p. 213.

III. LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA EN EL REGLAMENTO DE GAS NATURAL

El Reglamento de Gas Natural (en lo sucesivo RGN), publicado en el *Diario Oficial* con fecha 8 de noviembre de 1995, contiene diversas disposiciones en materia de competencia económica que conviene analizar a efectos del presente trabajo.

El artículo 6° del RGN considera que existe trato discriminatorio indebido cuando se niegue un trato semejante a usuarios o adquirentes similares en condiciones similares. El mismo artículo considera que no existe tal discriminación en las diferencias en el trato que sean resultado de las distintas clases y modalidades del servicio, la localización de los usuarios o adquirentes y las distinciones por categorías de usuarios o adquirentes.

El artículo 11 del mismo ordenamiento permite el otorgamiento de descuentos o condiciones contractuales distintas, siempre que no incurra en prácticas indebidamente discriminatorias.

La Comisión Federal de Competencia (en lo sucesivo, la Comisión) puede determinar cuando existe competencia efectiva, para que los términos y condiciones para las ventas de primera mano y el precio del gas puedan ser fijados libremente.

Si existiendo condiciones de competencia efectiva, la Comisión determina que en las ventas de primera mano se incurre en prácticas indebidamente discriminatorias, establecerá la regulación de precios y de los términos y condiciones a que dichas ventas deben sujetarse (artículo 123, RGN).

Para la obtención de los permisos para la explotación del servicio de gas natural, los interesados deben manifestar su voluntad, y presentar, en su caso, copia de la solicitud de permiso o de la propuesta de la licitación a la Comisión Federal de Competencia (artículo 18). La denegación de la opinión de la Comisión Federal de Competencia implica el desechamiento de la propuesta (artículo 43).

Para transmitir los permisos se requiere opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia (artículo 49).

Los permisionarios deben permitir a los usuarios el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a los servicios en sus respectivos sistemas, de acuerdo con su capacidad disponible y mediante la celebración del contrato respectivo (artículo 63).

Existe la obligación de permitir la interconexión de otros permisionarios a sus sistemas (artículo 64).

Existe la prohibición de subsidiar por sí, o por interpósita persona, la prestación de un servicio mediante las tarifas de otro o a través de la comercialización del gas, ni subsidiar ésta mediante tarifas (artículo 67).

Las tarifas que apliquen los permisionarios no pueden ser indebidamente discriminatorias o estar condicionadas a la prestación de otros servicios (artículo 83).

Por la diversidad de interpretaciones, pudiera existir cierto problema en la aplicación de la Ley de Competencia en relación con la reglamentación de gas natural, es decir, cuál de ellas debe prevalecer en caso de conflicto o discrepancia, y a qué autoridad compete la aplicación de la misma.

En caso de conflicto entre el reglamento sobre el gas natural y la Ley Federal de Competencia Económica, debe prevalecer esta última, dado el principio de primacía de la ley en nuestro sistema jurídico, conforme al cual las disposiciones contenidas en una ley de carácter formal, no pueden ser modificadas por un reglamento, en virtud del principio de autoridad formal de las leyes, reconocida en el inciso f del artículo 72 de la Constitución, según el cual, “en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.²²

La aplicación de la normativa de competencia, aun cuando se trate de cuestiones relativas al sector energético, corresponden a la Comisión Federal de Competencia, de acuerdo con el artículo 23 de la LFCE. Lo anterior, en virtud de que las cuestiones de competencia son materias que, conforme a la Constitución, deben ser reguladas solamente por una ley. Esto es así por el principio de la “reserva de la ley”, conforme al cual en aquellos casos en que la Constitución emplea términos claros, y al prevenir que por medio de una ley se regule la materia, debe entenderse una ley en el sentido formal, es decir, expedida por el Poder Legislativo.²³ En este sentido, la reglamentación de la garantía de competencia y libre concurrencia debe serle a través de una ley en sentido formal y material, como establece el artículo 28 constitucional en su segundo párrafo, que establece: “En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia [...]”.

22 Fraga, Gabino, *op. cit.*, p. 107.

23 *Ibidem*.

IV. CONCLUSIONES

El sector de la energía eléctrica constituye un área estratégica de la económica sobre la que el Estado ejerce un monopolio exclusivo cuando se realice con objeto de servicio público, de conformidad con lo previsto por los artículos 27 y 28 de la Constitución federal.

Los organismos públicos que tengan a cargo las funciones de las áreas estratégicas de la economía son objeto de la Ley Federal de Competencia Económica, en tanto se trate de actos que no estén expresamente comprendidos dentro de las áreas estratégicas (artículo 4, LFCE).

La explotación por particulares de energía eléctrica entra plenamente dentro del ámbito de aplicación de la legislación protectora de la competencia.

La explotación de energía eléctrica como servicio público, aunque suponga el apartamiento de las reglas que rigen el funcionamiento de los mercados, exige, por virtud de la restricción a la competencia ya operada, que las leyes de competencia se apliquen, si cabe decirlo así, con mayor fuerza en aquellos ámbitos que no sean indispensables para la efectiva prestación del servicio público, para evitar que, so pretexto de prestar un servicio público, se lleven a cabo prácticas anticompetitivas prohibidas por la ley.

La introducción de una mayor competencia dentro del sector energético, en buena medida, no impediría el logro de los fines perseguidos por los servicios públicos, sino que llevaría, a la larga, a un mejoramiento del servicio y a una disminución en el precio de las tarifas por la prestación del servicio energético, que redundaría en un mejoramiento de la eficiencia de toda la economía nacional.

Por la razón antes apuntada, se considera que ciertas modificaciones al régimen legal actual aplicable al sector de la industria de la energía eléctrica, en la línea de las recomendaciones apuntadas, coadyuvaría al logro de los fines antes mencionados.