

Propuesta de contrarreforma eléctrica en México

Octubre 2021

El 30 de septiembre de 2021 el Ejecutivo federal presentó una iniciativa para reformar los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la iniciativa de reforma), cuyo efecto principal, en caso de aprobarse, sería derogar la reforma constitucional en materia de electricidad del 20 de diciembre de 2013 (la Reforma Energética de 2013), reestableciéndose la posición preponderante estatal en la industria eléctrica de México a través de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), limitando y controlando la participación privada en la generación de energía eléctrica y eliminándose los organismos reguladores del sistema eléctrico nacional y el mercado mayorista.

La iniciativa de reforma fue presentada por el presidente de la República después de diversos frentes jurídicos de los generadores y consumidores privados en los tribunales mexicanos frente al Gobierno de México con resultados negativos para éste, en relación con una serie de disposiciones regulatorias y administrativas que *de facto* ya pretendían echar para atrás la Reforma Energética de 2013.

La iniciativa de reforma propone la cancelación de todos los permisos de generación otorgados a productores privados y contratos relacionados, permitiendo de manera limitada la generación de electricidad para su venta exclusiva a CFE, modificando sustantivamente el mercado eléctrico.

Asimismo, la iniciativa de reforma convierte a CFE en el virtual planeador, controlador y regulador del sector eléctrico (incluyendo la generación privada), dándole amplias facultades discrecionales.

La iniciativa de reforma podría traer consigo potenciales efectos adversos sobre los productores privados, así como los consumidores de esa energía.

La iniciativa de reforma

Los aspectos más importantes de la iniciativa de reforma son los siguientes:

- Reestablece el poder preponderante estatal vertical y horizontalmente integrado a cargo de CFE, quién será, en exclusiva, la encargada de generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica en México. Para ello se dispondría, constitucionalmente, que el área estratégica de la electricidad corresponde de forma exclusiva a la Nación.
- Autoriza la generación de electricidad por parte de generadores privados de manera limitada, hasta el 46% de la producción total, permitiendo únicamente la subsistencia de los productores externos de energía (por lo que respecta únicamente a la venta de energía a CFE), el suministro derivado de las subastas de largo plazo para venta a CFE y el autoabastecimiento “auténtico” (abasto aislado y cogeneración), quienes deberán celebrar nuevos contratos elaborados por CFE.
- Los generadores privados que subsistan podrán competir para vender electricidad y capacidad a CFE ofertando el menor costo de producción en el corto y largo plazos. El esquema de contratación será definido discrecional y unilateralmente por CFE.
- Desaparece al organismo regulador de la industria eléctrica, la Comisión Reguladora de Energía (CRE), dejando la regulación de diversas actividades a cargo de la Secretaría de Energía (SENER); también desaparece al Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) como operador independiente del sistema eléctrico nacional reincorporándolo a la CFE, por lo que únicamente se encargará de la compra de energía eléctrica a generadores privados para CFE.

- Transforma la naturaleza jurídica de CFE para dejar de ser una “empresa productiva del Estado” y pasar nuevamente a ser un organismo estatal. Además, desaparece a las empresas filiales y subsidiarias de CFE de generación, transmisión y distribución, cuyas funciones serán integradas de forma vertical en la CFE.
- Otorga a la CFE facultades discrecionales totales respecto de la planeación, control y regulación del despacho eléctrico y de la generación de electricidad, aún la de los privados.
- CFE determinará las tarifas de porteo y distribución de energía.
- Cancela los permisos de generación eléctrica otorgados a la fecha y las solicitudes pendientes de resolución por parte de la CRE.
- Asimismo, cancela los contratos de venta de electricidad en vigor celebrados entre CFE y particulares.
- También se cancelan los Certificados de Energías Limpias.
- Se establece un plazo de 180 días al Congreso para realizar las adecuaciones necesarias al marco jurídico y se derogan todas las disposiciones que fueran contrarias a la Iniciativa de Reforma.

Procedimiento de aprobación

El proceso de adición o reforma constitucional en México está previsto en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuyos términos la Iniciativa de Reforma, una vez discutida, debe ser aprobada por el voto de las dos terceras partes, es decir, mayoría calificada de los individuos presentes en cada Cámara del Congreso de la Unión (Diputados y Senadores) en sesión del Pleno.

La Iniciativa de Reforma debe ser asimismo aprobada por la mayoría absoluta, es decir la mitad más uno, de las legislaturas de cada una de las entidades federativas y la Ciudad de México. El Congreso de la Unión o en su caso la Comisión Permanente, computarán los votos de las legislaturas locales y realizarán la declaración de aprobación de la iniciativa de reforma.

En caso de ser aprobada la iniciativa de reforma, será publicada y entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación por el Ejecutivo Federal.

Eventuales mecanismos de defensa de los inversionistas

A diferencia de lo que sucede en otros ordenes jurídicos, en México la nacionalización implica que determinada actividad por ser de orden público únicamente la puede realizar el Estado. Esto requiere necesariamente de una reforma constitucional que declare la actividad en cuestión como una que solo pueda llevar a cabo el Estado. En el pasado, la nacionalización de la industria de los hidrocarburos, la industria eléctrica y la banca, fue aparejada con la expropiación de los activos de los particulares a efecto de que el Estado desarrollara dichas actividades.

La iniciativa de Reforma no plantea ninguna expropiación de activos, sin embargo, en caso de que como consecuencia de la limitante en la generación por particulares se prive a los inversionistas extranjeros de sus expectativas de retorno de inversión a un grado tal que los efectos de la medida sean equiparables a los efectos de una expropiación, se podrán evaluar y, en su caso, invocar las defensas establecidas al amparo de los más de treinta tratados bilaterales para la protección de inversiones en vigor celebrados por México y los diversos tratados multilaterales entre los que destaca el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el Convenio del CIADI) y el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (TMEC).

Más información:



David Jiménez

Socio

david.jimenez.romero@garrigues.com



Roberto Torres

Socio

roberto.torres@garrigues.com

GARRIGUES

Corporativo Reforma Diana - Paseo de la Reforma, 412 - Piso 26

Col. Juárez – 06600 Ciudad de México (México)

T +52 55 1102 3570 - F +52 55 1102 3599