

PRONUNCIAMIENTO EN TORNO A LA INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ENERGÉTICA

Ciudad de México, a 11 de octubre de 2021.

Tras analizar la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la "Iniciativa"), presentada el 30 de septiembre de 2021, por el titular del Poder Ejecutivo ante la Cámara de Diputados, la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C. ("ANADE"), expresa lo siguiente:

I. Derecho humano al acceso a la energía

El acceso a la energía es un derecho humano de la mayor relevancia por su carácter instrumental para el pleno goce del resto de derechos humanos. Vida, salud, educación, desarrollo humano incluyente, creación e impulso de empresas, son bienes jurídicos fundamentales que solo pueden tutelarse eficazmente en la medida en que existan condiciones suficientes para garantizar el acceso universal a la energía. Asimismo, el combate al cambio climático exige que la energía que México necesita se obtenga progresivamente a través de fuentes limpias. De allí la relevancia de ser especialmente cuidadosos al fijar y modificar las condiciones jurídicas que servirán de cauce para garantizar eficazmente este derecho humano instrumental.

II. Temas principales que la Iniciativa propone

Por su impacto significativo, destacamos los siguientes temas de la Iniciativa:

1. Extinción de la CRE y la CNH.

Propone extinguir a la Comisión Reguladora de Energía ("CRE") y a la Comisión Nacional de Hidrocarburos ("CNH"), órganos reguladores coordinados en materia energética, y que sus respectivas atribuciones se trasladen a la Secretaría de Energía ("SENER"), quien asumiría la definición de parámetros y regulaciones técnicas de los sectores de hidrocarburos y electricidad.

2. Integración del CENACE a la CFE.

Propone integrar el Centro Nacional de Control de Energía ("CENACE"), organismo público descentralizado encargado del control operativo del Sistema Eléctrico Nacional ("SEN"), a la Comisión Federal de Electricidad ("CFE").

3. Extinción de los Certificados de Energía Limpia.

Propone cancelar lisa y llanamente los Certificados de Energía Limpia ("CEL"), no obstante su relevancia al fungir como medio para fomentar la transición energética mediante la inversión en generación a través de fuentes de energía limpia y por tanto, para combatir el cambio climático.

4. Electricidad como área estratégica del Estado.

Propone considerar a la electricidad como un área estratégica del Estado, lo cual expresamente incluye a la generación, conducción, transformación, transporte, distribución y almacenamiento de energía; asimismo, propone que el Estado desarrolle esta área estratégica a través de la CFE.

5. Régimen de excepción a la competencia económica.

Propone dotar al área estratégica de electricidad de un régimen de excepción frente a la libre competencia y competencia económica, al proponer que las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en esta área estratégica no constituirán monopolios.

6. Abastecimiento exclusivo de CFE.

Propone que el servicio público de abastecimiento (el suministro) de energía eléctrica sea prestado exclusivamente por la CFE, órgano que podrá adquirir energía eléctrica de empresas privadas a través del CENACE bajo un régimen de contratación que no queda sujeto a los parámetros del artículo 134 constitucional, y otorgando preferencia a la electricidad generada por las centrales eléctricas de la propia CFE.

7. Cancelación unilateral de permisos, contratos y solicitudes en trámite.

Propone cancelar los permisos de generación de energía eléctrica, las solicitudes pendientes de resolver y los contratos privados de compraventa de electricidad. Ello, sin distinción alguna de los diferentes tipos de generación ni de los diversos tipos de contratos que fueron celebrados, al tiempo que cancela tácitamente los permisos y contratos de suministro, al establecer que solo el Estado puede llevar a cabo el abastecimiento.

8. Desconocimiento del régimen legado de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

Propone desconocer y dejar de otorgar valor jurídico, bajo criterios discrecionales, a ciertas figuras de Producción Independiente de Energía ("PIE") y Autoabastecimiento, previstas en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, y tuteladas por el régimen transitorio de la actual Ley de la Industria Eléctrica, invocando su supuesta ilegalidad.

9. Transformación de CFE en un Organismo del Estado.

Propone transformar a la CFE en un Organismo del Estado, único e indivisible, responsable del área estratégica de la electricidad y del SEN, así como de su planeación y control, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como autonomía en el ejercicio de sus funciones. Dicha transformación también supone la supresión de la separación legal de las empresas subsidiarias y filiales de CFE, salvo por CFE telecomunicaciones e Internet para Todos y CFEEnergía, CFE International y CFE Capital; con posibilidad de crear las que considere convenientes.

10. Transición energética a cargo de la CFE.

Propone encomendar a la CFE la ejecución de la transición energética soberana a CFE, así como el uso sustentable de todas las fuentes de energía de las que dispone la Nación.

11. Determinación de tarifas de redes de transmisión y distribución y abastecimiento por la CFE.

Propone que la CFE determine las tarifas por el uso de las redes de transmisión y distribución, así como las tarifas a cargo de los usuarios finales.

12. Asignación de cuotas en la generación de energía eléctrica.

Propone que las empresas privadas puedan generar hasta el 46% de la electricidad en México, en tanto que el resto será generada por la CFE. Por lo que respecta a la electricidad generada por empresas privadas, dicha energía sería adquirida por la la CFE con base en su propia planeación y control.

13. Litio como área estratégica del Estado.

Propone considerar al litio y minerales estratégicos para la Transición Energética como parte de las áreas estratégicas del Estado, y establecer que las concesiones mineras otorgadas no ampararán la explotación y producción de litio.

14. Derogación inmediata del régimen jurídico previo.

Propone la inmediata derogación de todo el régimen jurídico previo en lo que se le oponga.

III. Consideraciones jurídicas en torno a la Iniciativa

1. Combate al cambio climático, medio ambiente sano, desarrollo sustentable y derecho a la salud

La Iniciativa entorpecería la transición energética y el combate al cambio climático; afectaría el derecho humano al medio ambiente sano, al desarrollo sustentable, y a la salud. Ello puesto que se produciría menor electricidad a través de fuentes renovables al imponer la obligación de preferir la energía eléctrica producida por la CFE, sin criterios de competencia o sustentabilidad. Asimismo, consideramos que la Iniciativa desincentivaría la inversión para el desarrollo de fuentes renovables, limitaría la generación de electricidad a través de fuentes renovables existentes, y cancelaría las herramientas creadas por el propio Estado Mexicano para fomentar la transición energética, los CEL. La Iniciativa acuña el concepto de transición energética soberana, la cual quedaría a cargo de la CFE, pero no da mayores elementos o parámetros de cómo el Estado Mexicano cumplirá con sus obligaciones internacionales en materia de transición energética y combate al cambio climático.

2. Abandono del modelo de Estado regulador en el sector energético

La Iniciativa abandonaría el modelo de Estado Regulador en el sector energético; dicho modelo, así caracterizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, parte de la base de la participación competitiva de entidades privadas y públicas, al tiempo que impone al Estado la obligación de regular y supervisar vigorosamente dicha participación por

conducto de agencias técnicas y especializadas, con miras a tutelar el bienestar social a través de decisiones técnicas basadas en evidencia, ajenas a orientaciones políticas. Ello puesto que la Iniciativa propone que la CRE, como órgano técnico encargado de garantizar el desarrollo eficiente del sector eléctrico, y la CNH, como órgano técnico encargado de garantizar el desarrollo eficiente de la exploración y extracción de hidrocarburos, desaparezcan. Debido a esa desaparición, la SENER asumiría la regulación técnica del sector. Además, el CENACE como órgano encargado de operar el SEN, operar el Mercado Eléctrico Mayorista ("MEM") y garantizar el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio, se integraría a la CFE, afectando la imparcialidad y el desarrollo eficiente del sector.

3. Certeza jurídica y confianza legítima

La Iniciativa lesionaría los principios de certeza jurídica y de confianza legítima. Personas, comunidades y empresas, nacionales y extranjeras, tomaron decisiones vitales de las más alta relevancia personal, familiar, social, y económica, ateniéndose al régimen jurídico robusto y constitucionalizado que el propio Estado Mexicano les ofreció. Dichas personas, comunidades y empresas tenían la confianza razonable de que el régimen jurídico robusto y constitucionalizado conforme al cual tomaron decisiones vitales relevantes, resultaría estable y predecible. De entrar en vigor la iniciativa en los términos propuestos, la expectativa generada, jurídicamente tutelada, de previsibilidad y estabilidad, se vería severamente frustrada y afectaría la credibilidad del Estado mexicano.

4. Irretroactividad de las normas jurídicas y afectación de derechos adquiridos

De entrar en vigor, la Iniciativa lesionaría el principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Ello toda vez que a propósito de un régimen jurídico robusto y constitucionalizado, personas, comunidades y empresas, nacionales y extranjeras, adquirieron derechos subjetivos debidamente tutelados por el ordenamiento jurídico mexicano, que la Iniciativa pretende, sin más, desconocer.

La sola entrada en vigor de la Iniciativa supondría la extinción inmediata de permisos, autorizaciones, contratos, y demás situaciones jurídicas sustantivas existentes y válidas, lo que representará un costo incuantificable para el erario público, con motivo de reclamaciones y demandas, además del posible incumplimiento de obligaciones jurídicas adquiridas por el Estado Mexicano en el marco de los Acuerdos y Tratados Comerciales de los que es parte, con la consecuente probabilidad de procedimientos y condenas a nuestro país.

5. Competitividad, libre concurrencia, competencia económica y libertad de comercio

De aprobarse en sus términos, la Iniciativa afectaría el principio constitucional de competitividad puesto que impone la estatización del sector eléctrico, afectando gravemente los procesos de libre concurrencia y competencia económica.

La Iniciativa plantea la concentración del sector eléctrico a favor de la CFE, así como la imposición de barreras artificiales e infranqueables al resto de agentes económicos del sector. Destacan la intención de limitar a 46% la posible generación de energía por parte de particulares, la estatización del abastecimiento de energía, la atribución de la CFE de establecer las modalidades de contratación con los particulares sin observar los parámetros constitucionales de eficiencia y eficacia, la facultad de la CFE de establecer precios de transporte y distribución y cuotas de abastecimiento, así como la de ordenar el despacho prioritario de la CFE y sujetar la participación privada a los criterios de la propia CFE. Todo esto vedaría la posibilidad de que personas y empresas del sector energético puedan desarrollar o continuar desarrollando sus actividades en un entorno competitivo en favor del bienestar social.

6. Progresividad y proporcionalidad

Con base en lo anterior, es posible concluir que la Iniciativa es una medida regresiva e ineficaz para alcanzar la finalidad que persigue. Asimismo, además de ineficaz, la Iniciativa resulta desproporcional puesto que vulnera severamente distintos derechos humanos, individuales, colectivos y difusos. Si acaso el contenido jurídico de la Iniciativa se plasmara en un instrumento normativo distinto a la CPEUM, difícilmente podría sostenerse su constitucionalidad.

IV. Llamado a una deliberación democrática robusta

Finalmente, hacemos un llamado respetuoso para que la Iniciativa sea debatida con la seriedad y rigor que el tema amerita, mediante una deliberación democrática, inclusiva y robusta, basada en evidencia y que considere las mejores prácticas internacionales. Como Colegio de Abogados, estamos listos para participar en un diálogo de buena fe, informado y serio que contemple la visión de los distintos sectores de una muy plural sociedad mexicana.



LIC. MOISÉS CASTRO PIZANA
Presidente del Consejo Directivo Nacional de la ANADE