

Iniciativa con proyecto que reforma y adiciona la Ley de la Industria Eléctrica

Energía– Febrero 4, 2021

Comentarios sobre la iniciativa presentada el 1 de febrero de 2021, con proyecto de decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de la Industria Eléctrica

El 1° de febrero de 2021, primer día del primer período legislativo ordinario de 2021¹, el presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, presentó a la Cámara de Diputados una iniciativa con carácter preferente (la "Iniciativa") con proyecto de decreto para reformar y adicionar la Ley de la Industria Eléctrica (la "LIE").

La Iniciativa incluye una serie de disposiciones que la administración en turno ya ha intentado implementar a través de diversas acciones administrativas, como mediante el "Acuerdo por el que se modifican los Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición," o la "Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional", emitidos por la Secretaría de Energía ("SENER") el 28 de octubre de 2019 y el 15 de mayo de 2020, respectivamente; y que se alinean con la visión del actual gobierno, como consta en el Memorándum emitido por el Presidente de México a los reguladores de la industria (SENER, la Comisión Reguladora de Energía ("CRE") y el Centro Nacional de Control de Energía ("CENACE"), y que busca principalmente favorecer a la estatal Comisión Federal de Electricidad ("CFE").

A continuación se analizan las reformas a la LIE propuestas por medio de la Iniciativa:

I. Orden de despacho

La Iniciativa introduce tres cambios a la regulación actual de la LIE de estos conceptos:

¹ El Congreso de la Unión celebra dos períodos de sesiones legislativas ordinarias por año. El primer período comienza el 1 de febrero y finaliza el 30 de abril; el segundo período comienza el 1 de septiembre y concluye el 15 de diciembre.

- La introducción de los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física ("CCEs Físicos") como un nuevo concepto, definiéndolos como aquel acuerdo entre un Suministrador de Servicios Básicos (como CFE Suministrador de Servicios Básicos) y un Generador, mediante el cual el Suministrador de Servicios Básicos se obliga a la compra de energía eléctrica o productos asociados en un momento futuro, y el Generador se obliga a la entrega física de dichos productos; para efectos de lo anterior, el Generador proporcionará al CENACE su programa de generación a través de ofertas fijas en el Mercado Eléctrico Mayorista.
- El concepto de Contrato Legado para el Suministro Básico ("CCEs Básicos Legados") se reforma para en adelante consistir en un tipo de CCE Físico que los Suministradores de Servicios Básicos tendrán la opción de celebrar con las Centrales Eléctricas Legadas.
- Finalmente, la LIE actualmente define "Central Eléctrica Legada" como las centrales eléctricas que a la entrada en vigor de la LIE, (i) no se incluyen en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos ("Centrales Eléctricas Legadas Privadas"), y (ii) (x) es propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado y se encuentra en condiciones de operación, o (y) cuya construcción y entrega se ha incluido en el Presupuesto de Egresos de la Federación en la modalidad de inversión directa.
- La Iniciativa propone reformar la definición para disponer que, en adelante, las Centrales Eléctricas Legadas serán cualquier central eléctrica que (i) no sea una Central Eléctrica Legada Privada y que (ii) (x) sea propiedad de organismos, entidades o empresas del estado (como CFE o sus filiales) o (y) "cuya construcción y entrega sea con independencia de su modalidad de financiamiento".

La última modificación implica que las Centrales Eléctricas Legadas incluirían a cualquier central eléctrica propiedad de la CFE, independientemente de cuándo se haya construido y entrado en operación, o de cómo se haya financiado, y que no sólo incluiría a las centrales eléctricas propiedad de la CFE que estaban operando antes de que la LIE entrara en vigor.

En relación con lo anterior, la Iniciativa establece que en el uso de las redes de transmisión y distribución, CENACE dará prioridad de despacho a las Centrales Eléctricas Legadas (es decir, las centrales de CFE) que tengan un compromiso para la entrega física de energía (a través de CCEs Físicos), y que CENACE podrá recibir programas de generación y consumo vinculados a los CCE Físicos.

Asimismo, la Iniciativa faculta a CENACE para determinar el orden de despacho no sólo para satisfacer la demanda eléctrica (como es el caso bajo las disposiciones actuales de la LIE), sino también para garantizar la seguridad del despacho y la confiabilidad, calidad y continuidad de la red.

Si bien el articulado de la Iniciativa no especifica el orden de despacho que CENACE aplicaría, la exposición de motivos de la Iniciativa parece indicar que se establecería la siguiente prioridad:

- En primer lugar, las centrales hidroeléctricas de la CFE;
- En segundo lugar, otras centrales eléctricas propiedad de CFE, como nucleares, geotérmicas, de ciclo combinado y termoeléctricas, seguidas por las de ciclo combinado legadas que sirven a CFE bajo contratos de producción independiente;
- En tercer lugar, centrales eólicas y solares privadas; y
- Finalmente, centrales privadas de ciclo combinado y otras centrales propiedad de generadores privados.

En nuestra opinión, estos cambios previstos en la Iniciativa son violatorios de los principios en materia de competencia económica consagrados en la Constitución Mexicana, y los principios de sustentabilidad ambiental contenidos en la Constitución Mexicana y varios tratados internacionales en materia de cambio climático de los que México es parte.

II. Regulación del mercado

Si bien la LIE actualmente establece que la generación y comercialización de electricidad son servicios prestados bajo un régimen de libre mercado, la Iniciativa elimina esta disposición.

En línea con lo anterior, mientras que la LIE establece que en el mercado se podrán ofrecer electricidad, potencia y servicios conexos, la Iniciativa dispone que esto se podrá hacer sujeto a priorizar, en primer lugar, a los CCEs Físicos y, en segundo lugar, a las energías limpias.

Lo anterior viola los principios en materia de competencia económica contenidos en la Constitución Mexicana.

Finalmente, la Iniciativa elimina la restricción prevista en la LIE para que los Suministradores de Servicios Básicos (básicamente la filial de CFE, CFE Suministrador de Servicios Básicos) celebren contratos de cobertura eléctrica para adquirir electricidad y productos asociados únicamente a través de subastas organizadas por CENACE, abriendo la puerta a que los Suministradores Básicos firmen contratos privados con cualquier generador (probablemente con el propósito de permitir que CFE Suministrador de Servicios Básicos compre electricidad y productos de las distintas subsidiarias de generación de CFE, independientemente del precio que se ofrezca).

Estos cambios contravienen los principios de sustentabilidad ambiental y los principios generales de contratación pública contemplados en la Constitución Mexicana y los tratados internacionales de los que México es signatario.

III. Acceso abierto; interconexión

La Iniciativa dispone que en el otorgamiento de permisos, la CRE deberá considerar los criterios de planeación dispuestos por SENER para la Red Nacional. La Iniciativa también dispone que la interconexión al Sistema Eléctrico Nacional únicamente será permitida cuando sea técnicamente viable.

Actualmente, bajo la LIE, la interconexión a la red puede hacerse mediante una de dos formas: (i) por ampliaciones de la red incluidas en los programas de modernización ordenados por CENACE (donde el generador debe esperar a que se realicen las ampliaciones de la red en su área de interconexión pretendida de acuerdo con los plazos establecidos en el programa correspondiente); o (ii) por cada generador individual que solicite al CENACE estudios de interconexión y lleve a cabo las actualizaciones de la red por sí mismo y a su costa.

La Iniciativa parece proponer que la última forma (es decir, la interconexión independiente) estará únicamente disponible para los generadores que actúen como un grupo (en lugar de individualmente). Esto parece sugerir que no se permitirá la interconexión de centrales individuales a través de la modalidad independiente y, en cambio, que varios proyectos deberán agruparse para tal fin en un área de interconexión determinada.

Estos cambios violan los principios de acceso abierto aplicables a los activos esenciales y los principios en materia de competencia económica previstos en la Constitución Mexicana.

IV. Proyectos Legados

IV.1. Permisos de Autoabastecimiento.

En cuanto a los proyectos legados, las disposiciones transitorias de la Iniciativa establecen que los permisos de autoabastecimiento otorgados bajo la legislación anterior a la LIE podrán ser revocados por la CRE, sin entrar en mayor detalle. Si bien la facultad para revocar permisos ya está conferida a la CRE en términos de la LIE y su Reglamento en caso de faltas graves por parte de los titulares de permisos, la Iniciativa parece otorgar esta atribución sin limitar cuándo estaría la CRE facultada para ejercerla. Al respecto, la exposición de motivos de la Iniciativa señala que la CRE estará "obligada" a revocar los permisos de autoabastecimiento que se hayan obtenido de manera fraudulenta (que, conforme a dicha exposición de motivos, incluye a sociedades de autoabasto que tienen como accionistas a entidades a las que vende energía eléctrica).

Lo anterior viola los principios de legalidad, irretroactividad (derechos adquiridos) y seguridad jurídica previstos en la Constitución.

IV.2. Productores Independientes de Energía.

En lo referente a los generadores titulares de permisos de generación en la modalidad de producción independiente, la Iniciativa dispone que los contratos legados de producción independiente (es decir, celebrados por el titular de un permiso de producción independiente y CFE) serán "revisados" para asegurar que sean "rentables" para el Gobierno Federal y, si no lo son, serán renegociados o estarán sujetos a terminación anticipada. La Iniciativa no menciona si, en este último caso, la CFE pagaría una indemnización o, al menos, si se aplicarán las disposiciones de terminación anticipada de dichos contratos.

En el Derecho Mexicano, la suprema ley de los contratos es la voluntad de las partes. Por lo tanto, CFE no puede terminar unilateralmente estos contratos a menos que se presente una causal de terminación prevista en el contrato o en la ley, o que la contraparte correspondiente de CFE consienta a su terminación anticipada. Asimismo, la CFE no puede obligar a sus contrapartes a renegociar los contratos, a menos que esto se dispusiera expresamente en los mismos (como por ejemplo, en una disposición de cambio de ley).

En consecuencia, este nuevo derecho que la Iniciativa pretende otorgar a la CFE viola los principios de legalidad e irretroactividad (derechos adquiridos) consagrados en la Constitución Mexicana, así como el requerimiento de indemnizar en caso de expropiación contenida en ella.

V. Certificados de Energía Limpia (CELs)

La Iniciativa dispone que SENER tendrá la facultad de determinar los requisitos para el otorgamiento de certificados de energías limpias (CELs), sin importar la fecha en que una central eléctrica comenzó a operar. Esta disposición pretende otorgar certificados de energías limpias a CFE en relación con sus plantas hidroeléctricas legadas.

Lo anterior viola los principios en materia de competencia económica consagrados en la Constitución Mexicana y los principios de sustentabilidad ambiental consagrados en la misma y los diversos tratados de cambio climático de los que México es parte.

¿Qué sigue?

La Iniciativa es de carácter preferente - en cada periodo de sesiones, el Presidente puede presentar dos iniciativas de este tipo. El carácter preferente implica que una iniciativa debe ser analizada y discutida por la Cámara de Origen (en este caso, la Cámara de Diputados) dentro de 30 días, y remitida a la Cámara Revisora (en este caso, la Cámara de Senadores) para su discusión y resolución (ya sea para aprobarla o solicitar cambios) dentro de los 30 días siguientes. En este caso, debido a que el partido del Presidente

(MORENA) tiene la mayoría simple que se requiere para aprobar una reforma de este tipo, es de esperarse que ambas cámaras del Congreso aprueben la Iniciativa dentro de los plazos requeridos.

La Iniciativa establece que, dentro de los seis meses siguientes a su aprobación y promulgación como ley, SENER, CRE y CENACE realizarán los ajustes necesarios a la regulación existente (por ejemplo, el Código de Red, disposiciones administrativas de carácter general, las Reglas del Mercado, o el Manual de Interconexión) para que se modifiquen en consistencia con lo previsto en aquélla.

Una vez que la Iniciativa sea aprobada y promulgada como ley, cualquier persona afectada podrá combatirla mediante un juicio de amparo presentado ante los Juzgados de Distrito. En dicho juicio de amparo se podrían hacer valer, entre otros, los argumentos relacionados con aspectos regulatorios, constitucionales, medioambientales y de competencia económica referidos en el presente documento. Adicionalmente, la Iniciativa podría ser impugnada por la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) o por los partidos de oposición en el Congreso (mediante acciones de carácter constitucional presentadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Las demandas de amparo tendrían que ser presentadas, dependiendo de las particularidades de cada caso, ya sea dentro de los 30 días hábiles siguientes a la promulgación de la Iniciativa, o dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación del primer acto aplicación que se encuentre fundado en los artículos reformados de la LIE. Como parte del juicio de amparo, es posible que la promovente solicite al Juzgado de Distrito la suspensión de los actos reclamados.

Asimismo, las contrapartes de México bajo el T-MEC y los diversos tratados de protección de inversiones suscritos por México podrían presentar reclamos formales contra el gobierno mexicano, con base en las protecciones previstas por dichos tratados (en materia de trato no indebidamente discriminatorio o de no expropiación sin compensación, entre otros). Los inversionistas de los países signatarios del T-MEC y los tratados de protección de inversiones mencionados anteriormente también podrían iniciar arbitrajes de protección de inversiones en virtud de los mismos.

Para cualquier información adicional, no dude en contactar a nuestro equipo experto, quien podrá ayudarle:

Contáctanos:

Horacio M. de Uriarte

Socio | hdeuriarte@macf.com.mx

Pilar Mata

Socia | pmata@macf.com.mx

Nora Morales

Socia | nmorales@macf.com.mx

+52 (55) 5201 7400

Para más información, visita:

www.macf.com.mx

