

Reforma Energética

Reforma eléctrica y tratados internacionales

Alfonso Gurza / Gabriela López / Carlos Serrano

08.04.22

La reforma a la Ley de la Industria Eléctrica aprobada en 2021, así como el proyecto de reforma constitucional que busca hacerla viable, se ubican en clara contradicción con los compromisos internacionales de México en tratados comerciales y de protección de inversionistas. Lo anterior, aumenta el costo (en indemnizaciones y represalias comerciales) de una iniciativa que, en caso de ser aprobada, minaría la confianza de los inversionistas en el país, al tiempo que produciría energía eléctrica más cara y contaminante, perjudicando a toda la actividad económica, a los hogares y al erario.

Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica de 2021

El 9 de marzo de 2021 fue [publicado](#) en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica (LIE) promulgada en 2014; esta reforma, entre otros aspectos:

- Modifica el criterio de despacho al Sistema Eléctrico Nacional, priorizando - no a la energía con menor costo¹ - sino a las Centrales Eléctricas Legadas (de CFE) con un compromiso de entrega física de energía (no renovables).
- Sin consignarse explícitamente en el texto legal, en el [dictamen](#) del proyecto se señala el siguiente orden de despacho:
 - centrales hidroeléctricas de CFE
 - plantas de energía nuclear, geotérmicas, de ciclo combinado y termoeléctricas de CFE y aquellas independientes que suministran a CFE por contrato
 - centrales eólicas y solares privadas², y
 - centrales de ciclo combinado y otras centrales privadas.
- Elimina la obligación de CFE (como único Suministrador de Servicios Básicos) de comprar electricidad mediante subastas organizadas por el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), posibilitando la negociación y contratación directa entre CFE y los generadores.
- Hace elegibles para el otorgamiento de certificados de energías limpias (CELs) a centrales eléctricas que iniciaron operaciones con anterioridad a la reforma de 2013 (destacadamente las plantas hidroeléctricas, geotérmicas y de energía nuclear de CFE)³.

¹ La LIE establecía originalmente que el despacho deberá realizarse con base en criterios de seguridad de despacho y eficiencia económica.

² Las plantas generadoras renovables son rezagadas por virtud de la prioridad dada a los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física, a los que los productores eólicos o solares no pueden acceder dada la intermitencia de su generación.

³ Esta medida resultaría en un aumento del número de CELs en circulación, abaratándolos y reduciendo así los incentivos para la inversión en renovables que era la razón de ser del esquema.

- Establece que el otorgamiento de permisos por parte de la Comisión Reguladora de Energía (CRE) deberá sujetarse ahora a los criterios de planeación de la Secretaría de Energía (SENER)⁴ y añade que la interconexión a la Red Nacional de Transmisión y a las Redes Generales de Distribución se dará cuando sea “técnicamente factible”.
- Cancela los permisos de autoabastecimiento otorgados por la CRE bajo el anterior régimen del sector⁵ que se hubieren otorgado en contravención a la ley (abusando del esquema de generación diseñado originalmente para el autoabastecimiento).
- En el mismo tenor, se establece que se revisará la legalidad y el criterio de rentabilidad para el gobierno federal, de los permisos de producción independiente legados.
- Establece la explotación del litio como una actividad exclusiva del Estado mexicano.

Suspensiones judiciales y acción de inconstitucionalidad

Derivado de una serie de juicios de amparo promovidos para combatir la inconstitucionalidad del Decreto de Reforma LIE, los Juzgados Primero y Segundo de Distrito en Materia Administrativa, especializados en Competencia Económica de la Ciudad de México, otorgaron diversas suspensiones definitivas en su contra.

Las [suspensiones](#) definitivas fueron concedidas con efectos generales, con el objeto de no otorgar una ventaja competitiva sólo a ciertas entidades, y con ello evitar distorsiones en la industria eléctrica y afectación a la competencia y desarrollo del sector.

Por su parte, las autoridades recurrieron dichas suspensiones ante diversos juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados, los cuales otorgaron la revocación de varias, sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ordenó frenar los juicios de amparo, hasta resolver la acción de inconstitucionalidad promovida por los diversos Senadores del Congreso de la Unión.

El 7 de abril de 2022, la SCJN finalmente [resolvió](#) la materia, alcanzando únicamente 7 votos a favor de la inconstitucionalidad de la Ley respecto del despacho de electricidad y consideraciones medioambientales, no los 8 necesarios para declarar su invalidez y establecer un precedente obligatorio, vinculante para todos los tribunales.

Así, se deja abierta la puerta para que los amparos pendientes, así como los que se acumulen, sean resueltos caso por caso, dando libertad a los Jueces de Distrito y Tribunales Colegiados para emitir las sentencias, y en última instancia ser resueltos en las salas de la propia Suprema Corte; donde, considerando la reciente votación - y el que estas sentencias se alcanzan mediante mayoría simple - tendrían altas probabilidades de prosperar. Precisamente por esto, el gobierno buscará avanzar con su reforma constitucional.

Iniciativa de reforma constitucional

El 1 de octubre de 2021, el Ejecutivo presentó a la Cámara de Diputados una [iniciativa](#) para reformar los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución. Con esto se buscaba atender los obstáculos legales enfrentados por la política energética de la administración y consolidar de una vez por todas su visión sobre el sector.

⁴ Dichos criterios de planeación deberán ajustarse a la “[Política de confiabilidad](#)” publicada en mayo de 2020, la cual limita la interconexión de Energías Limpias “Intermitentes” en aras de la confiabilidad del sistema eléctrico y seguridad de despacho.

⁵ Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica

Los principales elementos del proyecto de reforma constitucional son los siguientes:

- Establecer a la electricidad como área estratégica y excluir de la definición de monopolio las actividades que realice el Estado de manera exclusiva en dicha industria (ampliando lo previsto actualmente y que se refiere únicamente a “la planeación y el control del sistema eléctrico nacional” y al servicio público de transmisión y distribución de electricidad).
- Convierte a la CFE en organismo del Estado (ya no “empresa productiva”) responsable del Sistema Eléctrico Nacional (SEN) y de su planeación y control (funciones hoy a cargo del CENACE que se reincorporaría a la CFE). Adicionalmente, suprime la separación legal de sus empresas subsidiarias y filiales, y con ello su participación independiente en las distintas actividades del sector.
- Establece que la CFE generará al menos el 54% de la energía eléctrica, dejando al sector privado no más del restante 46%, sujeto a lo que determine CFE en su calidad de responsable del SEN.
- Se prevé la cancelación de permisos y contratos vigentes de generación eléctrica y contratos de compraventa de electricidad, en una aplicación retroactiva de la ley; asimismo se cancelarían las diversas figuras de generación privada y los permisos de autoabasto obtenidos de manera ilegal.
- Elimina la obligación de CFE de comprar energía mediante subastas organizadas por el CENACE, haciendo posible la negociación y contratación directa de los generadores con la Comisión.
- Cancela el mecanismo de CELs, instrumentos de mercado introducidos para incentivar las inversiones en energías limpias.
- Extingue a la CRE y a la Comisión Nacional de Hidrocarburos - organismos con autonomía técnica y de gestión - asignando su estructura y atribuciones a la Secretaría de Energía.
- Señala que el Estado se encargará de la “Transición Energética” y utilizará de manera sustentable las fuentes de energía disponibles a fin de reducir emisiones de gases de efecto invernadero. Asigna a CFE la responsabilidad de ejecutar la Transición en materia de electricidad.
- Los minerales considerados estratégicos para la “Transición Energética”, entre ellos el litio, serán explotados exclusivamente por la Nación, sin poder ser concesionados.

Implicaciones en los Tratados Internacionales

La iniciativa de reforma eléctrica, en los términos presentados, además de las severas repercusiones legales y económicas que traería al país, contiene diversos aspectos incompatibles con los compromisos internacionales⁶ adquiridos por México:

- La designación de la CFE como organismo estatal responsable del área estratégica de electricidad, encargado del control y planeación del sistema (hoy a cargo del CENACE) concentraría en un sólo organismo el grueso de la generación de electricidad y la regulación del sector, haciendo de CFE juez y parte en la industria.

Efectivamente, la asignación arbitraria de al menos 54% del mercado a CFE, así como las implicaciones que el decreto constitucional tendría sobre el orden de despacho (prioridad a CFE y relegación de

⁶ México tiene suscritos 13 Tratados de Libre Comercio y 30 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIIs).

renovables), asignarían a dicha Comisión una posición dominante en el mercado (además de su control y planeación), una situación incompatible con las expectativas competitivas previstas en los tratados internacionales que prohíben otorgar un trato preferencial a una empresa local sobre la de los demás países firmantes.

A lo anterior, se suma al abandono del requisito de adquirir electricidad mediante subastas (esquema transparente y competitivo) y la integración vertical y horizontal de CFE (que disminuye la transparencia y reintroduce subsidios cruzados, generando ineficiencias y otorgándole poder de mercado), para configurar un escenario claramente sesgado a favor de dicha Comisión Federal, en contra de la libre competencia, de los intereses de inversionistas y consumidores y de las reglas de juego pactadas.

Al respecto, los capítulos sobre Empresas del Estado y monopolios designados, tanto del TMEC, como del TIPAT, establecen que dichas empresas estatales deben actuar de acuerdo a consideraciones comerciales de manera no discriminatoria en sus compras y ventas de bienes o servicios, lo que a todas luces resulta incompatible con la pretensión de limitar las compras de electricidad a privados por parte de CFE y de alterar el orden de despacho.

Por otra parte, el otorgamiento de una posición dominante a la CFE (tanto en términos de despacho y generación, como de planeación y control) pone en evidente desventaja la participación de los particulares en el sector, posiblemente configurando un trato discriminatorio, injusto e inequitativo para los inversionistas, incompatible con los requisitos de Trato Nacional y Nivel Mínimo de Trato previstos en los tratados.

- La cancelación de permisos de generación, de licencias y contratos vigentes, al tratarse de actos que merman la certeza jurídica de los inversionistas y violan sus derechos adquiridos, contravienen el trato justo y equitativo (previsto en la cláusula de Nivel Mínimo de Trato), e incluso, podrían configurarse como expropiaciones indirectas al disminuir o eliminar el valor de las inversiones.

En este sentido, aun cuando México pudiera superar la ilegalidad de la expropiación, alegando causas de utilidad pública, estaría obligado al pago de indemnizaciones (cuyos montos estarían sujetos a impugnaciones subsecuentes) bajo los mecanismos de solución de controversias previstos en los tratados.

- La desaparición de la CRE y la CNH, así como la absorción de las funciones de CENACE por parte de CFE, compromete la imparcialidad y condiciones de competencia, en oposición al trato justo, equitativo y no discriminatorio al que tienen derecho bajo los tratados internacionales firmados por México (Nivel Mínimo de Trato y Trato Nacional).
- En el T-MEC, México acordó esforzarse para asegurar que leyes y políticas ambientales alcancen altos niveles de protección y reconoció la importancia de los acuerdos multilaterales en la materia, comprometiéndose a implementar aquéllos en los que participa. En este sentido, en el Acuerdo de París México se comprometió a reducir sus emisiones para alcanzar 35% de energía limpia en 2024 y 43% para 2030.

Si bien el país se encuentra - desde antes de la reforma a la LIE - lejos de cumplir con dichas metas, la cancelación de los CELs y la alteración del orden de despacho para privilegiar fuentes contaminantes, relegando a las renovables, contraviene de manera directa los compromisos adoptados por México y frena el avance hacia las citadas metas al desincentivar la inversión en proyectos de energías limpias y al abandonar criterios económicos para el orden de despacho (los cuales, virtuosamente privilegiarían a las fuentes no contaminantes).

- Los tratados internacionales vigentes no incluyen entre sus reservas la explotación del litio como actividad exclusiva del Estado. Cerrar el sector prohibiendo futuras concesiones, nuevamente se contraponen con los derechos de trato justo y equitativo (Nivel Mínimo de Trato) para los inversionistas. Por otra parte, al no ser una actividad reservada, pretender ahora cerrarla al capital privado se opondría a la cláusula *ratchet*, la cual obliga a las partes a no disminuir el grado de liberalización existente al momento de la firma, sino - en todo caso - únicamente realizar modificaciones que lo liberalicen aún más.

Áreas de conflicto: propuestas de la reforma y capítulos de los tratados

	Capítulos de los tratados		
	Inversión T-MEC 14 TIPAT 9	Empresas del Estado y monopolios TMEC 22 TIPAT 17	Medio Ambiente TMEC 24 TIPAT 20
CFE como organismo del Estado, responsable del área estratégica de electricidad (regulador y parte)	X	X	
Modificación a reglas de despacho 54% CFE / 46% privado	X	X	
Cancelación de permisos de generación eléctrica	X		
Desaparición de la CRE	X		
Cancelación de CELs	X		X
Explotación del litio exclusiva del Estado	X		

Liberalización permanente de la Industria Eléctrica en los Tratados Internacionales

Entre los tratados firmados por México es el TPP⁷ (ahora TIPAT⁸) el único que recoge de manera expresa, a través del anexo de reservas, lo relacionado con la Reforma Energética de 2013 (apertura del sector), tanto el T-MEC (aprobado con posterioridad a aquél), como todos los demás tratados firmados con anterioridad, se benefician de este grado de apertura por virtud de las cláusulas de nación más favorecida que dichos acuerdos contienen.

⁷ Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (TPP), firmado por Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Viet Nam. En sus Anexos I y II se incluyeron reservas al sector energético relativas a la planeación y control del sistema, así como los servicios públicos de transmisión y distribución eléctrica, sin embargo, México no reservó la generación de energía eléctrica.
http://www.sice.oas.org/tpd/tpp/Final_Texts/Spanish/MEX_Anxl_s.pdf

⁸ Tras la salida de Estados Unidos del TPP en 2017, los 11 países restantes emprendieron negociaciones para salvaguardar dicho tratado, dando como resultado la firma del TIPAT en 2018, el cual conserva los términos generales del TPP, salvo por algunas precisiones.

Por su parte, el T-MEC a través del artículo 32.11, prevé la posibilidad de que México adopte medidas respecto de un sector o subsector, aún y cuando no las haya incluido en sus reservas, siempre y cuando sean compatibles con las medidas más liberalizadoras que haya otorgado en otros acuerdos, lo que para el caso del sector eléctrico sería lo previsto en las reservas del TIPAT.

Contrario a algunos argumentos, si bien en el capítulo 8 del T-MEC Canadá y los Estados Unidos reconocen - de manera por demás innecesaria - la capacidad de México para modificar unilateralmente su Constitución y legislación secundaria, dicha potestad no es en detrimento de los derechos y recursos disponibles para nuestros socios en el mismo tratado. Ahí mismo, ambos países reconocen también el dominio directo y la propiedad inalienable e imprescriptible de México sobre los hidrocarburos, pero sin hacer un reconocimiento equivalente respecto del sector eléctrico.

Cualquier estado soberano tiene la capacidad y el derecho de modificar su Constitución y leyes, pero esta facultad no lo exime automáticamente de cometer posibles violaciones a lo establecido en sus acuerdos comerciales. En este sentido, ¿tiene México la facultad de cambiar su Constitución para imponer barreras arancelarias al comercio de cualquier bien o servicio? Desde luego que sí. ¿Esta medida sería violatoria del T-MEC? Evidentemente, y lo que es más, el tratado - como es práctica común en estos instrumentos - prevé recursos para las partes afectadas y sanciones para las infractoras. Entonces, la introducción de dicha cláusula es inocua.

Adicionalmente, tanto el TPP/TIPAT y el TMEC, así como el Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México (TLCUEM) y diversos APPRIs, consolidaron la apertura del sector eléctrico mediante la *cláusula ratchet*.

Conclusiones

Los cambios propuestos en la reforma a la LIE y la iniciativa de reforma a la Constitución, vulneran el marco institucional que al día de hoy dota de certeza jurídica a las partes involucradas en la generación, distribución y comercialización de electricidad, al incrementar sustancialmente el control del Estado en el sector a costa de los intereses de los inversionistas privados y de la actividad económica en su conjunto.

Asimismo, dichas reformas violentan los derechos establecidos por México a favor de los inversionistas extranjeros en diversos tratados de inversión y de libre comercio - los cuales bajo ley mexicana, están a la par de los derechos otorgados por la Constitución Mexicana - en la medida que evidentemente vuelven más restrictivo el acceso al mercado eléctrico y representan un retroceso a las garantías otorgadas por México (cuota de mercado de CFE, abandono de subastas, suspensión de permisos de generación, licencias y contratos, alteración del despacho, etc.)

Lo anterior, abre la puerta a represalias comerciales y pagos indemnizatorios, bajo sólidos argumentos en torno al Trato Nacional, Nivel Mínimo de Trato y Empresas del Estado. Asimismo, debilita hacia el futuro la capacidad de negociación y de defensa de los intereses mexicanos frente a los diferentes socios comerciales.

Derivado de las violaciones a los compromisos de los tratados, los inversionistas tienen la facultad de acudir ante paneles internacionales que, por la naturaleza de la iniciativa, tendrán altas probabilidades de resultar en laudos desfavorables para México y traducirse en el pago de compensaciones considerables. Igualmente, nuestros socios comerciales al verse afectados por estas reformas⁹, podrán solicitar el establecimiento de paneles de solución de controversias, con los cuales adquirirían el derecho a imponer represalias comerciales.

⁹ Recientemente, la Representante Comercial de los EEUU Katherine Tai, estimó en 10 mil millones de dólares las inversiones estadounidenses en riesgo por la reforma.

El gobierno mexicano puede modificar las reglas del juego del sector eléctrico como pretende, sin embargo estas acciones vulneran claramente lo establecido por los tratados comerciales, por lo que los costos serán altos y no sólo en términos de energía cara y contaminante, indemnizaciones y represalias, sino también en el daño tanto a la reputación del país como socio confiable, como al ánimo de los inversionistas nacionales y extranjeros.

Aprobar la reforma constitucional al sector eléctrico en los términos en que se presentó al Congreso, implicaría poner en riesgo uno de los instrumentos más efectivos que tiene el país para atraer inversión y fomentar el crecimiento que es el T-MEC.

AVISO LEGAL

El presente documento no constituye una "Recomendación de Inversión" según lo definido en el artículo 3.1 (34) y (35) del Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre abuso de mercado ("MAR"). En particular, el presente documento no constituye un "Informe de Inversiones" ni una "Comunicación Publicitaria" a los efectos del artículo 36 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión ("MiFID II").

Los lectores deben ser conscientes de que en ningún caso deben tomar este documento como base para tomar sus decisiones de inversión y que las personas o entidades que potencialmente les puedan ofrecer productos de inversión serán las obligadas legalmente a proporcionarles toda la información que necesiten para esta toma de decisión.

El presente documento, elaborado por el Departamento de BBVA Research, tiene carácter divulgativo y contiene datos u opiniones referidas a la fecha del mismo, de elaboración propia o procedentes o basadas en fuentes que consideramos fiables, sin que hayan sido objeto de verificación independiente por BBVA. BBVA, por tanto, no ofrece garantía, expresa o implícita, en cuanto a su precisión, integridad o corrección.

El contenido de este documento está sujeto a cambios sin previo aviso en función, por ejemplo, del contexto económico o las fluctuaciones del mercado. BBVA no asume compromiso alguno de actualizar dicho contenido o comunicar esos cambios.

BBVA no asume responsabilidad alguna por cualquier pérdida, directa o indirecta, que pudiera resultar del uso de este documento o de su contenido.

Ni el presente documento, ni su contenido, constituyen una oferta, invitación o solicitud para adquirir, desinvertir u obtener interés alguno en activos o instrumentos financieros, ni pueden servir de base para ningún contrato, compromiso o decisión de ningún tipo.

El contenido del presente documento está protegido por la legislación de propiedad intelectual. Queda expresamente prohibida su reproducción, transformación, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, extracción, reutilización, reenvío o la utilización de cualquier naturaleza, por cualquier medio o procedimiento, salvo en los casos en que esté legalmente permitido o sea autorizado expresamente por BBVA en su sitio web www.bbvarsearch.com.