

Boletín del Grupo de Industria de Energía



El Presidente de la República presenta Iniciativa de Reforma Constitucional en Materia Energética

El día 30 de septiembre de 2021, el Presidente de la República presentó ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, la "Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (la "**Iniciativa**"). De acuerdo al contenido de la Iniciativa, ésta buscaría revertir el paradigma constitucional y legal derivado de la reforma energética promulgada en el año 2013 e instrumentada en el 2014. De la Iniciativa y su exposición de motivos, sobresale lo siguiente:

● **En materia de generación y mercado de energía eléctrica:**

a) Se plantea que la cadena de valor en el sector de electricidad sea un área estratégica que solo pueda llevar a cabo el Estado.

b) Se propone "reconocer" la permanencia de la generación privada actual, siempre y cuando ésta no supere un 46% de la producción nacional total (y probablemente, también de la infraestructura asociada a la misma), sujeto a la planeación y control del sistema eléctrico nacional, a través de la Comisión Federal de Electricidad (la "**CFE**") como rectora del sector de energía eléctrica. Parecería que esto se refiere a capacidad instalada y no así a producción, aunque no hay claridad al respecto.

c) La energía generada por privados se vendería exclusivamente a la CFE, a través de "*Contratos de Cobertura Financiera Bilateral de Largo Plazo*", cuyos principales términos y condiciones tales como el plazo y el precio no están aún definidos, por lo que advertimos la posible existencia de riesgos relacionados con el papel que desarrolle la CFE y la inestabilidad financiera que este tipo de limitaciones impondrá al mercado. El despacho a los privados se haría conforme a costos de producción (entendidos por la Iniciativa como la suma de costos variables y costos fijos), aunque no queda claro de la Iniciativa si se pagarían estos costos a los inversionistas privados, así como si los costos fijos incluirían el retorno y amortización de la deuda, u otros conceptos importantes.

Este nuevo régimen eliminaría la posibilidad de que se realice el suministro eléctrico calificado, aunque no se menciona expresamente la cancelación de este. La reventa de energía por parte de usuarios finales a terceros también podría verse afectada. La misma suerte correrían los comercializadores no suministradores, al no existir un mercado ya.

d) En tanto que se propone que la CFE siempre deberá despachar sus centrales eléctricas, el despacho de generadores privados quedaría limitado al margen no cubierto por la CFE. Además, se ordena que el Centro Nacional de Control de Energía ("**CENACE**")

pase a ser parte de la CFE, de tal forma que la CFE será quien se haga cargo del despacho de energía, recordemos que el CENACE dejaría de ser una persona jurídica y regresaría ser una unidad de la CFE. Esto, eliminaría la certidumbre sobre las inversiones en materia de generación efectiva de energía eléctrica, originando posibles afectaciones económicas tanto para proyectos desarrollados conforme a la Ley de la Industria Eléctrica ("**LIE**"), como para los contratos legados existentes.

A este respecto, sería necesario elaborar un estudio técnico-económico que defina las repercusiones de un sistema de despacho como el mencionado anteriormente, que además de priorizar a la CFE, podría basarse en pagos calculados mediante la suma de costos fijos más costos variables. Cualquier posible efecto impactaría en los usuarios finales, salvo que se mitigue mediante subsidios, modificaciones artificiales de costos de producción, u otras medidas, lo cual no se aclara en la Iniciativa pero que seguramente no será sustentable económicamente a largo plazo.

e) Los Certificados de Energías Limpias ("**CEL**") serían cancelados y por lo tanto no habría obligaciones de los consumidores para que una porción de la energía eléctrica que consuman provenga de fuentes limpias, eliminando el mecanismo más importante en México para la disminución en la emisión de gases de efecto invernadero a nivel nacional (mecanismo que incluso se contempla en la contribución determinada a nivel nacional, en términos del Acuerdo de París, a presentarse a finales de este mes y principios de noviembre en la COP 26).

f) No se aborda en la Iniciativa y no es claro qué sucederá con los sistemas de generación distribuida ni aquellos proyectos de energía eléctrica que operan: **i)** en isla, **ii)** en abasto aislado, o en **iii)** en generación local con interconexión, donde hay un consumo local de energía que no se transmite por el sistema eléctrico nacional, sino que solo una porción de energía excedente es inyectada al sistema. Nuestra preocupación consiste en que el consumo local no es totalmente consistente con la idea de que toda la energía producida en el País sea adquirida por la CFE. Para dicho propósito, una potencial regulación de implementación debería: a) negociar contratos con las plantas en sitio y de alguna manera establecer un mecanismo de acceso a la medición local, alternativa que puede ser viable con las grandes generaciones en sitio, pero no con la generación distribuida, b) intervenir o expropiar las centrales eléctricas (con un resultado aún menos factible), c) permitir la generación en sitio con venta de excedentes a CFE (la existente, no nueva), o d) implementar un esquema híbrido entre a) y c). Otra pregunta importante sería que sucedería con los esquemas de net metering, *net billing* y venta total para generación distribuida, ya que han sido vistos como una carga por la CFE

desde su inicio (especialmente el primero), además de que los últimos dos dependen totalmente del mercado eléctrico.

g) Del mismo modo, no es claro qué sucederá con los permisos de importación y exportación de energía legados y a los titulares de autorizaciones conforme a la LIE.

h) La Iniciativa menciona el concepto de "seguridad nacional" en relación con el sector eléctrico. Tal como lo hemos advertido para el caso de reformas legales de meses recientes, dicho concepto es ambiguo y genera incertidumbre sobre su alcance de aplicación.

i) El reconocimiento y adquisición planteados en los incisos b) y c), excluirían: **i)** al autoabastecimiento supuestamente "no otorgado conforme a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica"; es decir, aquel que contempla socios con capital no substancial en la sociedad del proyecto; así como a **ii)** la capacidad excedente de los productores independientes de energía; en este último caso, por considerarse que la capacidad excedente no vendida a la CFE fue implementada de forma ilegal.

Para la implementación de lo anterior, se plantea la cancelación de todos estos permisos de generación eléctrica otorgados y de los contratos de compraventa de electricidad, así como de las diversas figuras de generación privada y las solicitudes en trámite pendientes de resolución, eliminando con esto todos los proyectos en pipeline. Adicionalmente, se plantea la cancelación de los contratos, incluyendo aquellos celebrados por particulares con la CFE.

j) Los usuarios calificados y los socios autoabastecidos serían ahora atendidos directamente por la CFE conforme a las tarifas que ésta establezca sin que necesariamente las mismas atiendan a parámetros de mercado. Actualmente es la propia Comisión Reguladora de Energía ("**CRE**") quien establece la metodología de cálculo de las tarifas de suministro básico, por lo que no es claro cómo se continuaría estableciendo la metodología ante la propuesta de disolución de la CRE; en el caso de usuarios calificados, actualmente las tarifas se establecen por acuerdos entre las partes, por lo que es previsible que todos los usuarios que se encuentren bajo este supuesto se puedan ver afectados en cuanto al costo de la electricidad.

k) Finalmente, las tarifas de transmisión y de distribución también quedarían al arbitrio de la CFE, dada la propuesta fusión del CENACE como órgano regulador y promotor de una mayor competencia en el sector.

● **En materia de agentes gubernamentales en el sector:**

a) Se elimina el régimen de estricta separación legal de la CFE y se cambia su naturaleza para ser un

organismo del Estado, otorgándole autonomía en cuanto a sus actividades y administración. Si bien no es claro el alcance de esa autonomía, es una realidad que la Iniciativa busca integrar nuevamente un monopolio vertical y horizontal. Además, se ordena supervivencia de algunas filiales de la CFE, tales como CFE Energía, CFE International, CFE Capital y CFE Telecomunicaciones e Internet para Todos, quedando abierta la posibilidad para la creación de nuevas filiales. Sin embargo, dados los cambios en la naturaleza de la propia CFE, no es claro qué naturaleza y/o facultades tendrán sus filiales (tanto las supervivientes como las nuevas).

b) La CFE pasa a ser el organismo estatal encargado de todas las actividades eléctricas, incluyendo no solo la cadena de valor, sino también la planeación, control y despacho del sistema. Por tal motivo, el CENACE se reincorporaría a la CFE y los generadores privados dependerán de nueva cuenta de la CFE para estos temas.

c) De la Iniciativa deducimos que las formas de contratación de la CFE en el futuro se limitarían a las tradicionales mediante esquemas de obra pública y adquisiciones, abriendo espacio a las licitaciones y sobre todo a adjudicaciones directas que tanto han incrementado con la actual administración del Gobierno Federal. Esto es coherente con la animadversión de la actual administración frente a las Asociaciones Público-Privadas ("**APPs**").

d) Por otra parte, se disolverían tanto la CRE como la Comisión Nacional de Hidrocarburos ("**CNH**"), pasando todas sus facultades regulatorias y de verificación a la Secretaría de Energía ("**SENER**"), aunque esta última perdería la planeación en la materia, la cual quedaría en manos de la CFE. La Iniciativa señala que los derechos laborales de los trabajadores de la Administración Pública Federal no se verán afectados con estos cambios, sin mencionar las afectaciones que podrían sufrir trabajadores del sector privado con motivo de esta eventual reforma, dado el drástico cambio de las condiciones de mercado que la implementación de la Iniciativa generaría en nuestro país.

e) Sobresale también la eliminación del término "*empresa productiva*", lo cual no sólo impactaría en materia de electricidad sino también en el sector de hidrocarburos, en consideración del papel que tiene Petróleos Mexicanos en ese sector. Por lo tanto, se busca eliminar de la CFE y de PEMEX el manto de que son empresas productivas, que originalmente buscaban su rentabilidad y competitividad en beneficio de los mexicanos.

● **En materia de Transición Energética:**

a) Se establece a la CFE como la encargada de la ejecución de la transición energética y de las actividades necesarias para la misma, pero no se

aclara cómo es que la SENER o el propio Estado emitirán políticas de transición energética. No dejamos de advertir que la transición energética también tiene una amplia relación con el sector de hidrocarburos, lo cual está fuera del alcance de la CFE y no se aclara en la Iniciativa. Lo que será obvio es que de implementarse la Iniciativa México se retrasará aún más en el cumplimiento de los compromisos domésticos e internacionales en materia de reducción de gases de efecto invernadero, objetivo que muy seguramente pasará a un segundo plano como hasta ahora nos lo ha demostrado la administración federal.

b) Se establece un "*área prioritaria del desarrollo de las industrias requeridas para la transición energética*", en las que se contemplarían: ciencia y propiedad intelectual del Estado de tecnologías y equipos críticos; el desarrollo tecnológico nacional, manufactura de bienes de capital, insumos y equipos para usos finales de energía, electromovilidad, sistemas agua-energía para la autosuficiencia alimentaria, iluminación, transformación de minerales estratégicos, industria, comercio, servicios, generación distribuida, almacenamiento de electricidad, entre otros. Este tipo de objetivos demuestran el enorme apetito del gobierno federal por incursionar en y acaparar nuevas áreas para las cuales no tiene la experiencia, conocimientos y financiamiento necesarios para lograr realizarlas de manera exitosa y rentable.

Tampoco dejamos de advertir que la transición energética está presente de una u otra forma en prácticamente todas las actividades del País, por lo que la redacción de la Iniciativa originará un vacío legal importante que podría generar restricciones a la participación privada en este rubro, pues la CFE es la "encargada" de todas estas actividades, lo cual genera incertidumbre a la inversión.

c) Asimismo, se menciona que se utilizaría financiamiento nacional como palanca para el desarrollo, el cual de entrada es escaso y más caro si lo comparamos con las tasas de interés de organismos internacionales. Adicionalmente pareciera que la Iniciativa excluye el financiamiento internacional como una fuente más para el acopio de fondos para este tipo de proyectos, el cual es clave para la mitigación del cambio climático, ya que dicho financiamiento también representa la ayuda financiera de las naciones más avanzadas en materia tecnológica para mitigar este grave problema global.

● **En materia de litio y minerales estratégicos:**

La Iniciativa propone que el litio y otros minerales estratégicos no puedan ser concesionados y que se exploten de manera exclusiva por parte del Estado. Es decir, pretende establecer un nuevo monopolio del Estado mexicano que tan desastrosos

resultados han dado en el pasado. Al respecto, se establece que no se verán afectadas aquellas concesiones mineras para la exploración de litio que se encuentren vigentes a la fecha, con la condicionante de encontrarse debidamente avaladas por la Secretaría de Economía, principio de no-retroactividad que ya prevé la Constitución Federal desde hace mucho tiempo.

- **Cambios al marco jurídico secundario:**

Es evidente que, para la debida ejecución de la Iniciativa, en caso de ser aprobada por el Congreso Federal, requiere de la modificación de todo el marco legal y regulatorio de la materia, por lo que aquélla propone un plazo de 180 días para que el Congreso de la Unión haga las adecuaciones necesarias al marco normativo.

En principio, advertimos que la aprobación de la Iniciativa no tendrá un camino sencillo. El proceso legislativo para modificaciones de la Constitución Federal requiere que la Iniciativa sea aprobada por una mayoría calificada de dos terceras partes de los presentes, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores. Esto quiere decir que, para aprobarse, requiere de los votos de al menos 333 diputados federales y 85 senadores. Asimismo, en caso de que se obtengan los votos necesarios en el Congreso de la Unión, la Iniciativa aún tendría que ser aprobada por la mayoría de los congresos locales de las entidades federativas para aprobarse definitivamente.

Por otra parte, no dejamos de advertir que una reforma constitucional como la contenida en la Iniciativa, generará violaciones a diversas leyes vigentes en múltiples materias, tales como competencia económica, medio ambiente y cambio climático, derechos humanos, así a varios Tratados Internacionales de los que nuestro País es parte, tanto en materia de protección recíproca de las inversiones, en materia de medio ambiente, entre otros.

En materia de litigio administrativo y constitucional, en principio, una reforma constitucional como la propuesta en la Iniciativa, no sería impugnabile por particulares a través de algún medio de defensa, ni siquiera a través del Juicio de Amparo Indirecto (dada una limitante expresa contenida en el artículo 61 de la Ley de Amparo). Sin embargo, nuestro equipo especializado de litigio administrativo y constitucional, especializado en materia energética, ha diseñado una ruta para que, en caso de que la Iniciativa sea aprobada y entre en vigor, las empresas y organizaciones de la sociedad civil emprendan medios de defensa en sede nacional en contra de su contenido.

Nuestra asesoría se basa en el análisis de la pertinencia para la tramitación de medios de defensa nacionales e

internacionales, por lo que nos ponemos a sus órdenes para asistirlos en relación con las alternativas legales que mejor protejan sus intereses comerciales.

Este boletín fue elaborado por Guillermo Villaseñor Tadeo (gvillaseñor@sanchezdevanny.com), Alfonso López Lajud (alopez@sanchezdevanny.com), José Antonio Postigo Uribe (japostigo@sanchezdevanny.com), Gerardo Prado Hernández (gph@sanchezdevanny.com), Verónica Esquivel Patiño (vesquivel@sanchezdevanny.com), Mauricio A. León Alvarado (mleon@sanchezdevanny.com), Tania Elizabeth Trejo Galvez (tetrejo@sanchezdevanny.com), José Antonio Tellez Martínez (jatellez@sanchezdevanny.com), Biuludani Altamirano Magaña (biuludani.altamirano@sanchezdevanny.com), y Paulina Doen Castillo (paulina.doen@sanchezdevanny.com).

Sánchez Devanny es una firma mexicana de abogados que ofrece **asesoría integral** a clientes locales e internacionales, para ayudarles a tomar las mejores decisiones para sus negocios considerados en su conjunto.

Establecemos vínculos a largo plazo con nuestros clientes porque nos esforzamos en comprender sus negocios y sus expectativas y nos enfocamos en proporcionarles **asesoría completa, clara y personalizada**.

Contacto

Alberto Campos Vargas
jacampos@sanchezdevanny.com

Alfonso López Lajud
alopez@sanchezdevanny.com

Gerardo Prado Hernández
gph@sanchezdevanny.com

Guillermo Villaseñor Tadeo
gvillasenor@sanchezdevanny.com

José Antonio Postigo Uribe
japostigo@sanchezdevanny.com

Ciudad de México:

Av. Paseo de las Palmas #525 Piso 6
Col. Lomas de Chapultepec, 11000
Ciudad de México
T. +52 (55) 5029 8500

Monterrey:

José Clemente Orozco #335 Piso 4
Despacho 401 Col. Valle Oriente, 66269
San Pedro Garza García N.L.
T. +52 (81) 8153 3900

Querétaro:

Av. Antea #1090, Piso 2 Int 206
Col. Jurica, 76100
Querétaro, Qro.
T. +52 (442) 296 6400



www.sanchezdevanny.com

Sánchez Devanny se refiere a Sánchez-Devanny Eseverri, S.C., firma mexicana de abogados que brinda servicios legales de manera integral a compañías nacionales y extranjeras.

Esta publicación sólo contiene información general y es meramente informativa. Sánchez Devanny no presta asesoría o servicios por medio de la misma. Para obtener asesoría o servicios legales debe acudir con un especialista calificado que analice su caso en particular y lo oriente antes de tomar cualquier decisión o medida que pueda afectar a su negocio.

Sánchez Devanny presta servicios legales en las áreas de Corporativo y Transaccional; Financiamiento Corporativo y de Proyectos; Comercio Exterior y Aduanas; Inmobiliario, Infraestructura y Hotelería; Fiscal; Laboral, Seguridad Social, y Migratorio; Gobierno Corporativo y Cumplimiento Regulatorio; Energía, Recursos Naturales y Ambiental; Propiedad Intelectual, Entretenimiento y Deportes; Litigio y Medios Alternativos de Solución a Controversias; Salud, Alimentos y Cosméticos; Competencia Económica; Instituciones y Servicios Financieros; Gestión Patrimonial y Planeación Sucesoria; y Datos Personales y de Tecnologías de la Información a clientes públicos y privados principalmente en las industrias Automotriz, Retail, Farmacéutica, Manufactura en general, Inmobiliaria y Energética.