

Iniciativa de Reforma Constitucional del Sector Eléctrico

Octubre 2021

Autores: Vicente Corta Fernández, Francisco de Rosenzweig, Rafael Llano, Ismael Reyes Retana Tello, Jorge Kim, José Daniel Franco, Paulo Maza Moreno, Gustavo Neyra López

El 30 de septiembre de 2021, Andrés Manuel López Obrador, titular del Ejecutivo Federal, envió a la Cámara de Diputados una “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 en materia energética” (en lo sucesivo la “Iniciativa”).¹

A través de la Iniciativa, el Ejecutivo Federal pretende modificar sustancialmente el sector eléctrico en México, respecto del régimen vigente creado por la reforma energética del año 2013, mediante la modificación de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el establecimiento de nueve artículos transitorios. Cabe señalar que la Iniciativa no sólo implica cambios en el sector eléctrico, sino también en el sector minero (por lo que respecta a la regulación del litio y otros minerales considerados estratégicos) e inclusive en el sector hidrocarburos. Entre los temas más relevantes de la Iniciativa, se encuentran los siguientes:

Exposición de motivos

La exposición de motivos de la Iniciativa, que contiene los hechos y razones que darían origen a la misma, menciona que la reforma constitucional en materia energética de 2013 significó un cambio normativo de carácter regresivo, que tuvo el objetivo principal de buscar: (i) la desaparición de las empresas energéticas del Estado, (ii) el otorgamiento de beneficios ilimitados al sector privado, y (iii) el debilitamiento del Sistema Eléctrico Nacional, la seguridad energética y la seguridad nacional en México. La Iniciativa intenta terminar con la reforma en materia energética de 2013 y regresar al Estado el control total del sector eléctrico nacional.

Sector Eléctrico

- **Establecimiento de la electricidad como área estratégica.** La Iniciativa propone crear como **una sola área estratégica a la electricidad**, que consistiría en generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer de energía eléctrica. Al considerarse como una sola área estratégica a la electricidad, todas las actividades de la industria eléctrica antes listadas estarían exclusivamente a cargo del Estado, a través de la Comisión Federal de Electricidad (“CFE”);
- **Cancelación de permisos y contratos.** La Iniciativa propone cancelar todos los permisos de generación eléctrica que han sido otorgados y los contratos de compraventa de electricidad que han sido celebrados

¹ Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2021/oct/20211001-I.pdf>

con el sector privado (como lo son los contratos bajo el esquema de producción independiente de energía), así como las solicitudes relacionadas con permisos y contratos pendientes de resolución. Asimismo, se advierte que: (i) la generación procedente de los permisos de autoabastecimiento que fueron otorgados en contravención a lo establecido en la abrogada Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, no será reconocida ni adquirida por la CFE, y (ii) la generación excedente de los Productores Independientes de Energía, derivada de permisos sobrepuestos al permiso original de la central eléctrica de que se trate, tampoco será reconocida en este nuevo régimen eléctrico;

- **Limitación de la participación privada en la actividad de generación.** Se prevé que las centrales eléctricas del sector privado solamente podrán ser despachadas hasta por el 46% de la energía eléctrica requerida por el país;
- **Celebración de contratos de cobertura financiera bilateral de largo plazo con CFE.** Se prevé que la CFE celebrará contratos de cobertura financiera bilateral de largo plazo para la adquisición de la energía eléctrica y la capacidad de las centrales eléctricas del sector privado que podrán seguir generando electricidad (siendo éstas las centrales de los productores independientes de energía, sin considerar excedentes, las centrales vinculadas a subastas de largo plazo, centrales eléctricas construidas a partir de la reforma energética del 2013 y las centrales de autoabastecimiento considerado “auténtico”);
- **Cambios en la naturaleza de las empresas productivas del Estado.** La Iniciativa propone que la CFE se integre como un **organismo del Estado** con personalidad jurídica y patrimonio propio (autónomo en el ejercicio de sus funciones y administración), responsable del área estratégica de la electricidad. Asimismo, se propone que la CFE se integre en forma vertical y horizontal, suprimiendo la estricta separación legal de sus empresas, subsidiarias y filiales, manteniendo solamente a Subsidiaria CFE Telecomunicaciones e Internet para Todos y las filiales CFEEnergía, CFE International y CFE Capital. Por lo que respecta a Petróleos Mexicanos, aunque la Iniciativa no menciona expresamente a dicha empresa, es posible que existan modificaciones a su naturaleza jurídica en la regulación secundaria;
- **Reincorporación de CENACE a la CFE.** La Iniciativa propone que el Centro Nacional de Control de Energía (“CENACE”) se incorpore a la CFE con todas sus funciones y atribuciones. Lo anterior, implica que sea la CFE quién se encargue de los procedimientos para despachar las centrales eléctricas;
- **Desaparición de la CRE y CNH.** La Iniciativa propone la desaparición de la Comisión Reguladora de Energía (“CRE”) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, estableciendo que sus estructuras y atribuciones pasarían a formar parte de la Secretaría de Energía; y
- **Transición Energética.** La Iniciativa prevé la cancelación de los certificados de energías limpias y establece que la CFE estará a cargo de la ejecución de la Transición Energética en materia de electricidad, así como de las actividades necesarias para llevarla a cabo.

Cambios en el Sector Minero

- **Exploración y explotación de litio y otros minerales estratégicos.** La Iniciativa determina que no se otorgarán concesiones con respecto al litio y demás minerales que se consideren como estratégicos. No obstante, se establece que las concesiones mineras ya otorgadas por el Estado Mexicano en las que a la fecha existan antecedentes de exploración de litio debidamente avaladas por la Secretaría de Economía, podrán seguir realizando dicha actividad.

Proceso Legislativo

Una vez que la Iniciativa ha sido presentada por el Ejecutivo Federal, será discutida en las comisiones de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores para someterse a votación de sus respectivos plenos. Al tratarse de una reforma de carácter constitucional, se requiere que la Iniciativa (i) sea aprobada con el voto de dos terceras partes del Congreso de la Unión (mayoría calificada), y (ii) sea aprobada por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

Impacto de la Iniciativa

La Iniciativa constituye el más reciente intento de modificación de los principios jurídicos y económicos que fundamentan a la reforma energética de 2013 y es, sin duda, el más relevante, ya que (i) la Iniciativa pretende revertir los principios jurídicos y económicos de la reforma energética de 2013; y (ii) dado el carácter constitucional de la Iniciativa, los medios de defensa que pueden interponerse en contra de la misma son limitados. Por ello, puede impactar en todas las actividades de la cadena de valor de la industria eléctrica, particularmente en las actividades de generación en todas sus modalidades, así como en la actividad de comercialización de energía eléctrica, incluyendo al suministro eléctrico en sus modalidades de servicio básico y calificado.

Protecciones Internacionales

Frente a las medidas adoptadas por el Estado, los tratados de promoción y protección de inversiones (“TPIs”)² otorgan una serie de derechos al inversionista destinados a la protección de su inversión, que se traducen en obligaciones de derecho internacional público para el Estado. México tiene suscritos TPIs con más de 40 Estados,³ (entre acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones “APPRIs” y Tratados de Libre Comercio “TLCs” con capítulos de inversión), además de que hay diversos TPIs cuyo proceso de negociación ha finalizado pero falta la formalización por parte de las legislaturas estatales (e.g., Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México).

Los TPIs suscritos por México otorgan a los inversionistas, entre otros, los siguientes derechos clave:

- **Trato justo y equitativo:** se trata de una garantía que engloba una serie de obligaciones para el Estado, que se han perfilado en la práctica arbitral. En concreto, exige al Estado abstenerse de adoptar actos o medidas que: (i) frustren las expectativas legítimas del inversionista al momento en que fue efectuada la inversión; (ii) adolezcan de la debida transparencia; (iii) sean irracionales o arbitrarias; o (iv) tengan efectos negativos desproporcionados en la inversión. Dicho trato engloba también una obligación del Estado de mantener un marco regulatorio estable y transparente.
- **No discriminación:** consiste en que los estados receptores de la inversión, están obligados a darle al inversionista el mismo trato que a sus nacionales con respecto a la inversión (lo que se conoce como “Trato Nacional”) y el mismo trato que a otros inversionistas extranjeros, en circunstancias similares (lo que se conoce como “**Trato de Nación más Favorecida**”).
- **Expropiación justa:** consiste en que los estados que incurran en una expropiación o acto gubernamental de efectos análogos con respecto a la inversión de un inversionista extranjero, protegido por el tratado en cuestión, deberán otorgar una pronta, justa y adecuada indemnización, además de que dicha medida tiene que tener como sustento el interés público del Estado que la aplicó.⁴

El contenido y definición de cada uno de los derechos protegidos aquí mencionados está intrínsecamente ligado con el texto del tratado en cuestión, pues su aplicación e interpretación dependerá de la forma en que el tratado fue redactado. La violación de alguno de los derechos protegidos por los TPIs, implicaría la responsabilidad internacional del estado y su obligación de resarcir el daño.

La Iniciativa propuesta por el Ejecutivo Federal, de aprobarse, podría llegar a afectar derechos protegidos por los TPIs, como las expectativas razonables y legítimas de inversionistas que invirtieron en el país confiando en la

² Los TPIs son acuerdos en los que dos o más países establecen las reglas y condiciones aplicables a la inversión extranjera en cada uno de los países que lo suscriben y donde el criterio de reciprocidad guía la concesión de garantías por parte de cada Estado involucrado.

³ En concreto, México ha suscrito APPRIs que se encuentran actualmente en vigor, con los siguientes países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahrein, Bielorrusia, China, Corea del Sur, Cuba, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, India, Islandia, Italia, Kuwait, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Turquía y Uruguay. México también ha suscrito TLCs que contienen disposiciones en materia de protección de inversiones, como Alianza del Pacífico, Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC, antes TLCAN), Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (“TIPAT”), TLC Chile, TLC Colombia, TLC Costa Rica, TLC Japón, TLC Panamá, TLC Perú y TLC Uruguay.

⁴ Cabe mencionar que el interés público de una medida regulatoria no exonera necesariamente al Estado de su responsabilidad internacional en caso de expropiación.

aplicación de un marco jurídico y de negocios determinado. Lo anterior, pues ésta constituye un cambio radical a dicho marco, que generaría una afectación sustancial a las inversiones en el sector energético. Dicha afectación puede dar lugar a potenciales reclamos ante tribunales internacionales bajo los TPIs de los que el Estado mexicano es parte y es precisamente el tipo de cambios radicales que la Iniciativa propone, los que diversos tribunales internacionales han encontrado como violatorios a los TPIs, acarreando responsabilidad internacional a los Estados infractores.

White & Case cuenta con amplia experiencia en temas de energía y arbitraje de inversión. Quedamos a su disposición para el análisis de su caso en específico en relación con la Iniciativa y otras medidas que han sido implementadas por el Estado en el sector energético.

White & Case, S.C.
Torre del Bosque - PH
Blvd. Manuel Avila Camacho #24
11000 Ciudad de México
México

T +52 55 5540 9600

En esta publicación, White & Case se refiere a la práctica legal internacional que comprende White & Case LLP, una sociedad de responsabilidad limitada registrada en el Estado de Nueva York, White & Case LLP, una sociedad de responsabilidad limitada constituida de conformidad con el derecho de Estados Unidos de América y todas las demás sociedades asociadas.

Esta publicación fue elaborada con fines informativos para nuestros clientes y demás personas interesadas. No es, y no pretende ser, de carácter general. Derivado de la naturaleza general de su contenido, no deberá entenderse como una asesoría legal.

Esta publicación está protegida por derechos de autor. El material que aparece en este documento puede ser reproducido o traducido con el crédito apropiado.

© 2021 White & Case LLP