

Iniciativa de Reforma Constitucional en Materia Energética

El presidente de la República presentó el 30 de septiembre de 2021 ante la Cámara de Diputados la *“Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de energía y recursos naturales”* (la **“Iniciativa de Reforma”**), la cual, de aprobarse en sus términos, representaría cambios fundamentales en la industria energética de México.

De forma puntual, los aspectos más relevantes de la Iniciativa de Reforma son los siguientes:

Energía Eléctrica:

- Se trata de una reforma que implica cambios drásticos en la industria y una afectación sustancial a la inversión privada existente en el sector. Por disposición expresa de esta reforma, todos los permisos de generación eléctrica otorgados a particulares a la fecha, así como los contratos de compraventa de electricidad que éstos hayan celebrado, serían cancelados. Asimismo, básicamente desaparecería el mercado eléctrico mayorista en México y existirá un nuevo régimen controlado por el Estado mexicano a través de la Comisión Federal de Electricidad (**“CFE”**). En este nuevo régimen, los particulares sólo podrían aportar hasta el 46% de la energía requerida por el país, y lo harían bajo los términos y condiciones que la propia CFE determine unilateralmente *“considerando los costos totales de producción”* y *“garantizando los costos más bajos para el servicio público.”*
- El Estado Mexicano, por conducto de la CFE, retomarí­a el control monopólico del sector eléctrico nacional, siendo el órgano encargado de: **(i)** la distribución, transmisión, transformación y abastecimiento de energía eléctrica, **(ii)** la compraventa de energía eléctrica a los generadores privados, **(iii)** la venta exclusiva de energía eléctrica a los usuarios finales, **(iv)** la regulación tarifaria en distribución, transmisión y costo final de energía eléctrica, y **(v)** el control y operación del Sistema Eléctrico Nacional.

Con la Iniciativa de Reforma se pretende que la Comisión Reguladora de Energía (**“CRE”**) sea *“suprimida”* con la intención de que la Secretaría de Energía (**“SENER”**) absorba sus funciones y estructura. Adicionalmente, el Centro Nacional de Control de Energía (**“CENACE”**) se reincorporaría a la estructura organizacional de CFE.

- Con estos cambios, la energía eléctrica y capacidad generada por el sector privado únicamente podrá ser adquirida por el CENACE mediante la celebración de contratos de cobertura financiera bilateral de largo plazo o mediante los mecanismos contractuales que determine la CFE bajo un *“régimen especial de contratación”* distintos a los establecidos en el artículo 134 Constitucional, creándose un régimen de contratación pública excepcional. El CENACE adquiriría dicha energía eléctrica del sector privado tomando en cuenta la competencia entre dicho sector y sus costos de producción.

- La figura de “autoabastecimiento de energía eléctrica” regulada por la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (“**LSPEE**”) no será reconocida; sin embargo, aquellas centrales eléctricas que generen energía y capacidad bajo dicho esquema de manera “auténtica” (*adjetivo utilizado en la Iniciativa de Reforma y cuya aplicación dependerá de la interpretación que se adopte*) en cumplimiento a dicho ordenamiento legal, podrán continuar generando electricidad para su venta a la CFE, por conducto del CENACE.

En esta línea, los “productores independientes de energía” que hayan celebrado contratos de compraventa de energía eléctrica y capacidad con CFE al amparo de la LSPEE ya no serían reconocidos como tales en virtud de que dicha figura regulatoria dejaría de existir; sin embargo, al igual que sucede con el esquema de “autoabastecimiento”, dichos generadores de energía podrían continuar generando electricidad para su venta a la CFE, por conducto del CENACE. En este tenor, de la Iniciativa de Reforma se puede interpretar que **(i)** los contratos de compraventa de energía actualmente celebrados entre dichos productores y CFE serían “cancelados” o terminados de manera anticipada, **(ii)** la energía eléctrica generada por dichos productores podrá ser vendida a CFE, por conducto del CENACE en un régimen de competencia entre el sector privado determinado por el costo de producción de energía según lo regule CFE, así como **(iii)** se eliminaría la compraventa de excedentes de energía eléctrica de dicho productor.

La generación de energía eléctrica bajo el esquema de “autoabastecimiento” y “productor independiente de energía” se consideraría dentro del límite máximo de 46% de participación del sector privado en la generación de energía eléctrica.

- Las centrales eléctricas construidas a partir de la reforma energética del 2013 también se considerarían dentro del 46% de participación del sector privado en la generación de energía eléctrica. Sin embargo, de la Iniciativa de Reforma se desprende que la energía eléctrica y capacidad de dichas centrales sería adquirida exclusivamente por la CFE, por conducto del CENACE, al igual que sucedería con la energía eléctrica generada bajo el esquema de “autoabastecimiento” y “productor independiente de energía”.

Lo mismo sucedería con las centrales eléctricas relacionadas con las Subastas de Largo Plazo, en cuyo caso la energía eléctrica generada por dichas centrales podría ser adquirida por el CENACE, generando con ello que los contratos de cobertura actualmente celebrados con CFE Suministrador de Servicios Básicos y/o con el CENACE, en su calidad de cámara de compensación, sean terminados de manera anticipada.

- Se eliminaría la “*estricta separación legal*” de la CFE a efecto de reintegrarla como un solo organismo de Estado, manteniendo las subsidiarias CFE Telecomunicaciones e Internet para Todos y las filiales CFEEnergía, CFE Internacional y CFE Capital, pudiendo, además, constituir cualquier otra subsidiaria y/o filial que estime necesaria.
- En virtud de su control en la operación del Sistema Eléctrico Nacional, la CFE estará encargada de determinar el despacho de centrales eléctricas, definiendo paros, condiciones de operación, etc., lo cual se podría traducir en la prioridad en el despacho de centrales eléctricas de la propia CFE y, por ende, implicaría poner en desventaja a cualquier proyecto de generación de energía eléctrica desarrollado por el sector privado.
- La “transición energética soberana” quedaría exclusivamente a cargo del Estado Mexicano sin la participación del sector privado, siendo el Estado el responsable de utilizar todas las fuentes de energía

disponibles (*independientemente de si son limpias o convencionales*) para reducir las emisiones de gases y componentes de efecto invernadero. En este sentido, se eliminarían los “certificados de energía limpia”, único instrumento legal que existe actualmente en el marco normativo en México para incentivar la generación y uso de energía eléctrica proveniente de fuentes limpias y renovables, lo cual contraviene la Ley de Transición Energética, la Ley General de Cambio Climático y la Ley de la Industria Eléctrica, entre otros cuerpos normativos locales y compromisos internacionales para mitigar los efectos adversos del cambio climático.

Adicionalmente, “las industrias requeridas para la transición energética” serían consideradas como prioritarias para el desarrollo nacional por lo que el sector público tendría a su cargo de manera exclusiva dichas industrias, entendiéndose como tales aquellas relacionadas con toda la cadena de valor y/o suministro de la industria eléctrica en México.

Tomando en cuenta la limitación de la participación del sector privado en la industria eléctrica mexicana y los puntos medulares de la Iniciativa de Reforma en materia eléctrica señalados con anterioridad, la Iniciativa de Reforma implicaría la inminente eliminación del Mercado Eléctrico Mayorista (“**MEM**”), suprimiendo con ello, entre otros, la compraventa de energía eléctrica y productos asociados en dicho mercado, así como la abrogación de las Bases del MEM y las Reglas del MEM. Esto, aunado a que CFE sería la única empresa que podría vender energía eléctrica a los usuarios finales, eliminado de facto cualquier mercado de libre competencia en el sector eléctrico.

- Finalmente, se establece que no se considerarían un monopolio a las funciones que el Estado ejerce de manera exclusiva en materia de Electricidad.

Minería:

- La Iniciativa de Reforma incorpora el litio como bien del dominio de la Nación el cual será inalienable e imprescriptible, así como los demás minerales estratégicos para la Transición Energética, los cuales no podrán ser concesionados.
- La Iniciativa de Reforma no describe que se debería entender por “minerales considerados como estratégicos para la transición energética” por lo que sería la legislación secundaria la que podría describirlos o bien dejarlos al arbitrio de la Secretaría de Economía.
- No se otorgarían nuevas concesiones mineras sobre litio y demás minerales considerados como estratégicos necesarios para la transición energética soberana, en el entendido de que se respetarían aquellas concesiones mineras ya otorgadas por el Estado Mexicano por las cuales se está explorando y/o explotando oro, plata, cobre y otros minerales. Asimismo, se respetarán las concesiones mineras ya otorgadas en donde existan antecedentes de exploración de litio debidamente avaladas por la Secretaría de Economía.
- Derivado de lo anterior, se incorporaría el litio y demás minerales estratégicos como área estratégica del Estado, en concordancia con lo establecido en el párrafo sexto del artículo 27 Constitucional, por lo que el Estado tendría a su cargo de manera exclusiva cualquier actividad relacionada con dichas actividades.
- Se prevé que no se consideraría como “monopolio” las funciones que el estado ejerza de manera estratégica sobre minerales radioactivos, litio, y demás minerales estratégicos.

Hidrocarburos:

- La Iniciativa de Reforma suprime la existencia de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (“**CNH**”), estableciendo que las atribuciones y estructura de este órgano, al igual que la CRE, se absorberían en lo “que corresponda” por SENER. No obstante, la iniciativa no aclara lo que debe entenderse por “*lo que corresponda*”, creando con ello incertidumbre en cuanto a la protección de los derechos adquiridos por terceros con los que la CNH ha celebrado contratos, así como en cuanto a las atribuciones que serán ejercidas por SENER.
- La eliminación de la CNH podría llegar a vulnerar derechos de empresas en el mercado *upstream* que participaron exitosamente en las Rondas de licitación de campos de exploración y producción, pues los contratos adjudicados fueron celebrados con dicho órgano. Asimismo, es este órgano quien aprueba y supervisa los planes de exploración y extracción bajo los cuales operan estas empresas.
- La supresión de la CRE de igual forma podría perjudicar a la industria de hidrocarburos en México, en virtud de que con ello afectaría a los titulares y solicitantes de permisos de actividades de *midstream* y *downstream*. Esto, toda vez que la CRE es quien se encarga de expedir y supervisar dichos permisos por lo que su eliminación retrasaría la emisión de permisos y las actividades de supervisión que garantizan un buen funcionamiento de la cadena de valor y suministro de la industria de hidrocarburos en México.

Como puede observarse, los cambios implementados por esta Iniciativa de Reforma son sistémicos y son fundamentales. Sin embargo, es incierto si la misma llegará a entrar en vigor. Para que esto suceda, la Iniciativa de Reforma debe ser aprobada por el voto de dos terceras partes de los individuos presentes en Cámara de Diputados y de Senadores, y además ser aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los 31 Estados y la Ciudad de México. Una vez aprobada, deberá además promulgarse por el poder ejecutivo y publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

Pese a lo anterior, deberá analizarse la estrategia legal de los sectores y empresas afectadas con esta Iniciativa de Reforma a efecto de implementar una estrategia legal preventiva en contra de los efectos adversos de dicha reforma, incluyendo soluciones tanto de derecho doméstico mexicano, como de derecho internacional.

En principio, sería posible impugnar ciertas disposiciones secundarias que lleguen a emitirse en línea con la reforma, dado que éstas podrían ser contrarias a diversas obligaciones del Estado Mexicano a nivel internacional y, por ende, estarían sujetas a un control de constitucionalidad. Adicionalmente, mecanismos de solución de controversias a nivel internacional, como el arbitraje de inversión, pudieran llegar a ser una alternativa efectiva para defender los intereses de los participantes en la industria energética en el país.

Si esta Iniciativa de Reforma se aprueba e implementa en sus términos, es previsible que numerosas empresas extranjeras valoren la opción de demandar al Estado mexicano ante tribunales arbitrales internacionales, exigiendo el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que les cause la violación de sus derechos internacionales en materia de promoción y protección de inversión extranjera.

De un análisis preliminar, en caso de aprobarse en los términos propuestos, la Iniciativa de Reforma afectaría a desarrolladores, generadores, suministradores calificados, usuarios finales bajo el esquema de suministro básico como calificado, usuarios calificados, comercializadores, permisionarios y socios consumidores del esquema de autoabastecimiento/cogeneración, permisionarios/contratistas (producción independiente) y en general a los

participantes de la industria energética incluyendo a los diversos sectores de la sociedad, al medio ambiente y, sobre todo, a la libre competencia en el sector energético.

Nuestros expertos están listos para brindar las asesorías referidas. Por favor no dude en contactarnos, nuestros datos de contacto se listan a continuación:

Edmond Grieger, Socio:

+52 (55) 5258-1048 | egrieger@vwys.com.mx

Alberto Córdoba, Socio:

+52 (55) 5258-1016 | acordoba@vwys.com.mx

Adrián Magallanes, Socio:

+52 (55) 5258-1077 | amagallanes@vwys.com.mx

Ariel Garfio, Consejero:

+52 (55) 5258-1048 | agarfio@vwys.com.mx

Rodrigo Barradas, Asociado:

+52 (55) 5258-1077 | rbarradas@vwys.com.mx

Rebeca Márquez, Asociada:

+52 (55) 5258-1048 | rmarquez@vwys.com.mx

Mariana Plowes, Asociada:

+52 (55) 5258-1048 | mplowes@vwys.com.mx

Roberto Flores, Asociado:

+52 (55) 5258-1048 | rflores@vwys.com.mx

Jorge Vázquez, Asociado

+52 (55) 5258-1059 | jvazquez@vwys.com.mx

A T E N T A M E N T E

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.

Ciudad de México, a 4 de octubre del 2021.

La información incluida en esta nota no constituye, ni pretende constituir, ni debe ser interpretada como asesoría legal sobre el tema o la materia aquí tratados. Por el contrario, esta nota tiene fines informativos de carácter general. Para obtener asesoría legal sobre un asunto en particular en relación con esta materia, favor de ponerse en contacto con alguno de nuestros abogados aquí mencionados.

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.

Paseo de los Tamarindos 60

05120 Ciudad de México

+52 (55) 5258 1000

vonwobeser.com