

## REFORMA DE LA LIE: ¿COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES?

Héctor Garza Cervera\*

Marco Portillo Díaz\*\*

Ana Gabriela Martínez Kruyff\*\*\*

La administración actual busca fortalecer y favorecer a la CFE, por lo que desde 2019 propuso diversos cambios a la legislación energética. Estos cambios están encaminados a otorgar preferencia de despacho a CFE, disminuir la competencia con el sector privado, facilitar las obligaciones de certificados de energías limpias de la CFE y frenar el aumento de energía renovable en la matriz energética nacional. Sin embargo, la industria presentó diversos amparos al respecto y las cortes otorgaron suspensiones definitivas que impidieron su aplicación. Uno de los principales argumentos de los amparos fue que los cambios propuestos se hicieron en regulaciones secundarias y eran contrarios a lo establecido en la Ley de la Industria Eléctrica (LIE). ¿Sería suficiente aprobar una reforma a la LIE para incorporar exitosamente estos cambios? ¿Existen mecanismos legales de defensa en su contra? ¿Es compatible lo establecido en la Constitución y Tratados Internacionales con los cambios que intenta incorporar la administración actual al sector eléctrico?

Por primera vez desde su publicación, se ha iniciado el procedimiento legislativo para modificar la LIE. El 29 de enero de 2021, el presidente Andrés Manuel López Obrador presentó ante la Cámara de Diputados una iniciativa, para trámite preferente, que busca reformar y adicionar diversas disposiciones de la LIE para incorporar cambios que beneficien a la CFE. De ser aprobada, podría tener implicaciones importantes sobre la industria eléctrica de México. Sin embargo, existen medios de defensa legal que podrían frenar la implementación de la reforma y disminuir la afectación a diversos participantes del sector.

Al respecto, en este artículo se abordará: (i) descripción general sobre el marco legal actual y sobre los cambios propuestos mediante la iniciativa; y (ii) potenciales mecanismos de defensa nacionales e internacionales. Se propone que a pesar de buscar reformar el marco normativo del sector eléctrico vía ley, los cambios que se propone incorporar son contrarios a los derechos de libre competencia y medio ambiente establecidos en la Constitución, así como con los compromisos internacionales adquiridos por México en diversos tratados.

### *i. Marco legal actual y cambios propuestos.*

#### *a. Despacho Económico.*

La reforma busca dar prioridad de despacho a los proyectos de CFE, ya que actualmente se otorga prioridad a los proyectos de generación con menores costos, por ejemplo, los proyectos solares y eólicos. Por ello, proyectos de CFE con altos costos de generación no están siendo despachados. La LIE establece que las centrales eléctricas son despachadas con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica.

\*Socio en Ritch Mueller, Maestro en Derecho por la London School of Economics and Political Science.

\*\*Asociado Senior en Ritch Mueller, Maestro en Derecho por la Universidad de California en Berkeley con especialidad en Energía.

\*\*\*Asociada en Ritch Mueller, Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana.

Conforme a la regulación actual, la energía eléctrica se despacha con base en los costos variables de su generación; por lo tanto, las centrales son despachadas en orden desde la más menos costosa hasta aquella con mayores costos, hasta satisfacer la demanda. Toda vez que el precio lo determina el último MW despachado (es decir, el más caro), las centrales más eficientes tienen las utilidades más altas. Por lo tanto, los generadores están incentivados a obtener las tecnologías más eficientes para lograr generar energía más barata y así obtener mayores utilidades.

La reforma quita a las energías renovables su posición estratégica respecto a la prelación para su despacho. Lo anterior, afecta el derecho al medio ambiente sano ya que implica que se tendrá mayor generación con energía sucia y contaminante. Igualmente, impacta en el cumplimiento de los compromisos de México en el Acuerdo de París. Además, otorga un beneficio discriminatorio a CFE y afecta la libre competencia en el Mercado Eléctrico Mayorista.

b. Certificados de Energías Limpias (CELs).

La reforma busca permitir que se otorguen CELs a todos los proyectos de energía limpia de CFE, incluso a los que se encontraban en operación antes de la entrada en vigor de la LIE. Los suministradores tienen obligación de adquirir CELs de los generadores limpios, lo que implica que el otorgamiento de CELs funciona como un incentivo para la generación con tecnologías limpias. Actualmente solo se otorgan CELs a proyectos con fuentes de energía limpia que inicien operación con posterioridad a la entrada en vigor de la LIE, lo que excluye las centrales hidroeléctricas y nuclear que operan antes de 2014.

Con la reforma, todos esos proyectos generarían CELs por lo que CFE se podrá beneficiar de esos CELs para el cumplimiento de sus obligaciones como suministrador. No obstante, el cambio vulnera el derecho al medio ambiente sano y los compromisos de cambio climático de México, ya que inundará el mercado con demasiados CELs lo que bajará su precio a casi cero y dejarán de funcionar como incentivo para la generación limpia. Además, afectará las inversiones en proyectos limpios que contaban con la venta de CELs en el mercado como fuente de ingresos.

c. PPAs con Suministradores de Servicios Básicos.

La LIE establece que los Suministradores de Servicios Básicos celebrarán Contratos de Cobertura Eléctrica exclusivamente a través de subastas de mediano y largo plazo que lleve a cabo el CENACE. Por lo tanto, los Suministradores de Servicios Básicos obtendrían la energía requerida para satisfacer la demanda con el precio más bajo en el mercado. La reforma busca eliminar este requisito. Lo anterior también afecta el derecho al medio ambiente y los compromisos internacionales respecto a cambio climático, ya que las subastas solamente permitían la venta de electricidad limpia. Con la reforma, se debilita este mecanismo y se frena el desarrollo de proyectos de energía limpia y barata en México.

d. Proyectos bajo el régimen anterior a la LIE.

Mediante los artículos transitorios de la LIE, se respetaron los permisos obtenidos bajo la legislación anterior (i.e., la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica). Conforme a los mismos, se permitía generar electricidad mediante esquemas de autoabastecimiento y producción independiente. Los transitorios de la iniciativa de reforma establecen la posibilidad de terminar los permisos de autoabasto y de terminar o renegociar los contratos celebrados entre CFE y los productores independientes. La cancelación de permisos o contratos de manera arbitraria por el gobierno es contrario a lo establecido en los tratados internacionales de inversión de los que México es parte.

ii. *Mecanismos de defensa.*

Los distintos inversionistas del sector afectados en caso de que se apruebe la iniciativa de reforma podrán recurrir a amparos o arbitrajes de inversión. Para ello, será importante analizar caso por caso el mecanismo de defensa que resulte más conveniente.

Mediante el amparo, se puede reclamar protección de las cortes con respecto a violaciones a derechos constitucionales derivadas de la aprobación de una ley. En este caso, la reforma a la LIE vulneraría los derechos constitucionales de medio ambiente, libre competencia y certeza jurídica.

Mediante el arbitraje de inversión, los inversionistas reclamarían al estado mexicano indemnización por las pérdidas provocadas por las reformas objeto de la iniciativa, incluyendo intereses acumulados. Para ello, se requiere hacer un análisis sobre cada inversionista con el objeto de determinar, con base en su nacionalidad y la protección violada, el tratado internacional del que México es parte y la protección específica a dicho inversionista. Por ejemplo, los inversionistas podrían buscar protección bajo el T-MEC (Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá), el TPP (Acuerdo de Asociación Transpacífico), así como bajo tratados bilaterales de inversión con países como Francia, España, Reino Unido, Portugal, Países Bajos, entre otros.

Los amparos y arbitrajes de inversión se han convertido en un mecanismo efectivo para proteger las inversiones. En México, las cortes han funcionado como freno a la implementación de los cambios al sector eléctrico propuestos por la administración, en particular con respecto a la Política de Confiabilidad de SENER y el aumento a tarifas de porteo a proyectos renovables. Igualmente el arbitraje de inversión sirvió como mecanismo de protección efectivo en situaciones similares ocurridas en otros países, por ejemplo en España con el “impuesto al sol”, un impuesto a los generadores independientes, contra el cual distintos inversionistas obtuvieron un laudo favorable.