

Opinión técnica sobre la iniciativa presidencial de reforma energética del 5 de febrero de 2024

César Emiliano HERNÁNDEZ OCHOA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto de la iniciativa*. III. *Objetivos de la iniciativa*. IV. *Análisis del contenido de la iniciativa y sus posibles efectos jurídicos sobre el sistema normativo de la energía en México*. V. *Ventajas, desventajas e implicaciones de la iniciativa de 2024*.

I. INTRODUCCIÓN

145

El sector eléctrico mexicano ha vivido importantes transformaciones constitucionales y legales a lo largo del siglo pasado y a principios de este. Durante la mayor parte del siglo XX fue un sector en el que participaron empresas privadas y públicas, nacionales y extranjeras. En 1960, el Ejecutivo decretó la nacionalización del sector eléctrico, y se llevó a cabo una reforma al artículo 27 constitucional, que estableció la exclusividad estatal del servicio público de energía eléctrica.¹ En 1992, se reformó la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para permitir la participación privada en varias modalidades de servicio eléctrico consideradas diferentes del servicio público. En el primer lustro del siglo XXI se presentaron varias

* Doctor en derecho, exfuncionario público. El autor agradece los comentarios de Lázaro Benavides Lozano.

¹ La reforma, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1960, añadió un párrafo al artículo 27 constitucional, que señaló: “Corresponde exclusivamente a la nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para tales fines”. Sobre esta reforma véase Ortega Lomelín, Roberto, *La evolución constitucional de la energía a partir de 1917*, México, Secretaría de Energía/Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016, pp. 94-99.

controversias constitucionales que cuestionaban la apertura del sector a la participación privada.² En 2013 se reformaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución y se agregaron veintidós disposiciones transitorias en materia de energía (en lo sucesivo, Reforma constitucional de 2013).³ Entre otros aspectos, la Reforma constitucional de 2013 abrió varias áreas del sector energético a la participación privada, desarrolló una amplia regulación constitucional aplicable a diferentes actividades de la industria eléctrica y replanteó el papel de las diferentes autoridades y empresas del Estado mexicano.⁴ En agosto de 2014 se expidió la legislación implementadora de la Reforma constitucional de 2013, incluyendo una nueva Ley de la Industria Eléctrica (en lo sucesivo, LIE).⁵ En abril de 2021, la LIE se reformó a partir de una iniciativa del presidente López Obrador (en lo sucesivo Reformas a la LIE).⁶ El 1o. de octubre de 2021 el presidente López Obrador envió su primera iniciativa para reformar la Constitución en materia de energía. Esta iniciativa planteaba reformar los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, e incorporaba nueve disposiciones transitorias (en lo sucesivo la Iniciativa de 2021).⁷ Entre otros aspectos de esta amplia iniciativa, se devolvía a la electricidad el carácter de área estratégica exclusiva del Estado, se señalaba que las funciones del Estado en electricidad no constituirían monopolio, se hacía responsable de la planeación y control del sistema eléctrico nacional a la Comisión Federal de Electri-

² Sobre las controversias constitucionales 22/2001 y 61/2004 en las que se impugnó la constitucionalidad de las reformas de diciembre de 1992 a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica véase Hernández Ochoa, César Emiliano, *La reforma cautiva. Inversión, trabajo y empresa en el sector eléctrico mexicano*, México, CIDAC, 2007, pp. 151-178.

³ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2013 (en lo sucesivo, Reforma constitucional de 2013).

⁴ Sobre la reforma constitucional en materia de energía de 2013 véase Hernández Ochoa, César Emiliano, “La nueva Constitución energética mexicana y su implementación”, en Esquivel, Gerardo; Ibarra Palafox, Francisco, y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Cien ensayos para el Centenario*, t. 2. *Estudios Jurídicos*, México, UNAM/Senado de la República, 2017, pp. 231-260. Un análisis sustantivo de la reforma energética de 2013 y su implementación hasta 2018 puede encontrarse en Hernández Ochoa, César Emiliano, *Reforma energética. Electricidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, 132 pp.

⁵ Ley de la Industria Eléctrica, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

⁶ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de marzo de 2021.

⁷ Andrés Manuel López Obrador, 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, 1o. de octubre de 2021.

cidad (CFE), y se topaba a un máximo de 46% a la generación eléctrica privada.⁸ La iniciativa fue votada y rechazada por la Cámara de Diputados el 17 de abril de 2022.⁹ El 5 de febrero de 2024, el titular del Ejecutivo federal presentó una segunda iniciativa de reformas a la Constitución en materia eléctrica (en lo sucesivo, la Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024 o la Iniciativa de 2024). En paralelo, se presentaron otras diecisiete iniciativas de reforma constitucional, incluyendo una que propone eliminar los textos constitucionales alusivos a la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH).¹⁰

Este artículo presenta un análisis técnico-jurídico de la Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, así como de sus posibles implicaciones para el sector eléctrico mexicano, en caso de ser aprobada. Para abordar el análisis, la sección I del texto revisará brevemente el contexto en el que se presenta la Iniciativa. Una vez establecido el contexto, la sección II abordará los objetivos de la Iniciativa. En la sección III procederá al análisis y discusión de los contenidos de la Iniciativa, refiriendo algunas de sus posibles efectos jurídicos sobre el sistema normativo de la energía en México. Finalmente, la sección IV concluirá con el examen de las ventajas, desventajas, perspectivas e implicaciones de la Iniciativa de 2024.

⁸ Morales Mar, Carlos Andrés, “Iniciativa de reforma constitucional en materia de electricidad 2021 y su relación con la seguridad, confiabilidad y continuidad del suministro de energía eléctrica”, en AA VV, “La política eléctrica en México: Alcances y desafíos”, *Revista de Administración Pública*, 157, vol. LVII, núm. 1, México, INAP, enero-abril 2022, pp. 107-125.

⁹ “El domingo, 17 de abril, se llevó a cabo una sesión presencial en la Cámara de Diputados en la que se discutió el dictamen de reforma eléctrica. Con 275 votos a favor, 223 en contra y 0 abstenciones, la propuesta que reforma los artículos 4, 25, 27 y 28 de la Constitución Política no alcanzó la mayoría calificada de dos terceras partes de los legisladores para que fuera aprobada”. Redacción *El Economista*, “Cronología de la reforma energética en materia eléctrica de 2022”, *El Economista*, 25 de mayo de 2022. Disponible en línea en <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Cronologia-de-la-reforma-energetica-en-materia-electrica-de-2022-20220525-0075.html>

¹⁰ Andrés Manuel López Obrador, 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 de industrias estratégicas del Estado, 5 de febrero de 2024, en *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Anexo XIV*, núm. 6457-14, 5 de febrero de 2024, 22 pp. (en lo sucesivo la Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024).

II. CONTEXTO DE LA INICIATIVA

El 12 de enero de 2024 el presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) anunció que presentaría varias reformas constitucionales el 5 de febrero de 2024, día de la Constitución. Sin embargo, sólo señaló que presentaría una iniciativa de reforma constitucional en materia de energía hasta el 1o. de febrero, un día después de que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera varios amparos que declaraban inconstitucionales gran parte de las Reformas a la LIE. Al respecto, el presidente señaló que la iniciativa que enviaría buscaría “dejar la Constitución como estaba antes de la llamada reforma energética, dejarla como la dejó el Presidente López Mateos”.¹¹ En este contexto, la Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024 puede verse como parte de un amplio conjunto de iniciativas de reforma constitucional impulsadas por AMLO en el último tramo de su gobierno, con las que pretende cimentar su legado político. Además, la Iniciativa de 2024 puede entenderse como una reacción del titular del Ejecutivo federal a la sentencia adversa de la Suprema Corte que declaró inconstitucional su reforma legal en materia eléctrica.¹²¹³

III. OBJETIVOS DE LA INICIATIVA

La exposición de motivos de la Iniciativa de 2024 comienza diciendo que “la visión de que la electricidad no es una mercancía sino un derecho humano... debe estar incluida como principio básico en el texto de la Constitución...”.¹³ Sin embargo, ni el texto vigente de la Constitución ni el texto de las reformas propuestas en la Iniciativa de 2024 incluye el establecer “un derecho humano a la electricidad”.

La exposición de motivos también incluye una larga cita a un mensaje al pueblo por parte del presidente López Mateos después de la nacionali-

¹¹ Andrés Manuel López Obrador, Conferencia matutina del 1o. de febrero del 2023.

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, comunicado de prensa núm. 028/2024, del 31 de enero del 2024, “Reforma de 2021 a la Ley de la Industria Eléctrica; En cuanto introduce nuevas reglas en el orden del despacho de energía, la forma de asignación de los contratos de cobertura eléctrica y el sistema de adquisición de certificados de energías limpias, vulnera los principios de competencia, libre concurrencia y desarrollo sustentable”.

¹³ Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, p. 2.

zación de la industria eléctrica en 1960, en el que el expresidente dice, entre otras cosas: “les devuelvo la energía eléctrica, que es de exclusiva propiedad de la Nación”, y “Cuando un gobernante extranjero me pregunta si hay posibilidad de entrar al negocio de la electricidad, le respondo que apenas estamos independizándonos de las invasiones extranjeras...”.¹⁴ La anterior referencia de la exposición de motivos es extraña, toda vez que el contenido de las reformas propuestas en la Iniciativa de 2024 no estatiza a la industria eléctrica mexicana ni excluye la participación privada nacional o extranjera en el sector.

La exposición de motivos tiene varias críticas al papel de la competencia económica, así como al papel de los intereses económicos y empresariales en la industria eléctrica;¹⁵ en paralelo la exposición de motivos encomia el papel de la empresa pública del Estado y la exime de participar en el sector eléctrico en condiciones de igualdad con otras empresas. En otras palabras, crea un régimen de excepción en el cual la CFE no estaría obligada a observar las disposiciones de competencia económica en la industria eléctrica. Señala, por ejemplo, que “el servicio público que presten las empresas del Estado, al no tener fines de lucro, no puede ser considerado en ninguna circunstancia un monopolio”.¹⁶ En la exposición de motivos se afirma que el régimen jurídico vigente en la industria eléctrica establece “ventajas a favor de las empresas privadas en contra de la empresa pública”, y que existe una “falsa competencia” donde “la CFE está obligada a adquirir electricidad a las empresas privadas”.¹⁷ La Iniciativa de 2024 “se propone establecer que [las empresas particulares] no puedan tener prevalencia sobre la empresa pública del Estado, que es garante de la continuidad y accesibilidad del servicio público de electricidad”.¹⁸ En ambas iniciativas, y de forma recurrente en el discurso presidencial, el desplazamiento de la CFE en el mercado ha sido reiteradamente mencionado como una motivación para dar a la CFE un mínimo del mercado, o establecer por mandato su “prevalencia”.¹⁹

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, p. 3.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 4.

¹⁸ *Ibidem*, p. 5.

¹⁹ Una crítica de la participación privada en el sector eléctrico puede verse en López López, Miguel, “Mecanismos de transferencias de recursos públicos al sector privado en el sector eléctrico mexicano”, *Revista de Administración Pública*, 157, vol. LVII, núm. 1, México,

Establecer en la Constitución los objetivos de la “planeación de un sistema eléctrico nacional ordenado” es uno de los motivos principales que dice perseguir la Iniciativa de 2024, y que sí se reflejan en el texto constitucional reformado que propone. Al respecto, se señala que “el sistema eléctrico vigente se desarrolla al margen de toda planeación y en ausencia de la atribución de control del Estado. En este vacío son las leyes secundarias las que regulan el sistema, sin obedecer un principio constitucional que se propone establecer”.²⁰ La exposición de motivos afirma que busca dejar claro en el texto constitucional vigente “que el responsable del sistema eléctrico nacional y de su control es el Estado mexicano”, y añade que “la planeación y el control del sistema *tengan un objetivo explícito*: preservar la seguridad y autosuficiencia energética de la nación y proveer al pueblo de electricidad al menor precio posible, evitando el lucro, para garantizar la seguridad nacional y soberanía energética mediante la empresa pública del Estado”.²¹

La Iniciativa de 2024 busca eliminar el concepto de “empresa productiva del Estado”, que considera fue incorporado a la Constitución “por recomendaciones de organismos internacionales financieros de corte neoliberal, desnaturalizando la obligación del Estado de garantizar el servicio público de electricidad, convirtiéndola en una empresa que no se diferencia de una privada, y reduciendo su finalidad a la mera obtención de utilidades, sin ninguna función social”.²² Por razones similares, la Iniciativa de 2024 busca eliminar del texto constitucional el concepto de “mejores prácticas”, ya que, “de acuerdo a la propia definición neoliberal,

enero-abril 2022, pp. 183-221. Las proyecciones internas de la CFE señalaban que dicha empresa pasaría de 54% de participación de mercado en 2018 a 20% en 2024 (véase gráfico en p. 218). En este ensayo del autor detalla varios de los esquemas de participación de los particulares en la industria eléctrica mexicana, y presenta una cuantificación de los daños que en opinión del autor la participación privada causa a la CFE.

Aún con un incremento en la generación de CFE durante este sexenio, es difícil saber si el apetito por aumentar la participación de mercado del gobierno en general o de la CFE en particular concluirá con la compra de trece plantas de Iberdrola concluida este año. Véase Secretaría de Hacienda y Crédito Público, comunicado No. 7 “Cofece autoriza la adquisición de las 13 centrales de Iberdrola por el Fonadin”, del 15 de febrero del 2024 y comunicado No. 11 “Con la adquisición de las 13 centrales eléctricas, el Estado recupera presencia estratégica para el país: Ramírez de la O”, del 11 del 27 de febrero del 2024.

²⁰ Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, p. 4.

²¹ *Idem*.

²² *Ibidem*, pp. 6 y 7.

se refiere a un gobierno corporativo que se constituye por accionistas e inversionistas, lo que no aplica a la empresa pública”.²³ Estos argumentos de la exposición de motivos reflejan las críticas que algunos funcionarios de la CFE ha hecho en estos temas.²⁴

IV. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA INICIATIVA Y SUS POSIBLES EFECTOS JURÍDICOS SOBRE EL SISTEMA NORMATIVO DE LA ENERGÍA EN MÉXICO

La Iniciativa de 2024 es significativamente menos amplia y detallada en sus contenidos que la presentada por el presidente López Obrador en 2021. No obstante, comparte varios de sus objetivos, y, como veremos más adelante en la sección IV, podría sentar las bases constitucionales para alcanzar efectos similares a los pretendidos con la más ambiciosa y detallada Iniciativa de 2021.

1. Eliminación de la empresa productiva del Estado y mejores prácticas. Introducción del concepto de empresa pública del Estado (reformas propuestas al artículo 25 de la Constitución)

La Iniciativa de 2024 propone reformar el artículo 25 de la Constitución para eliminar las referencias actuales que hace dicho artículo al concepto de “empresa productiva del Estado”, y al señalamiento de que en materia eléctrica “la ley establecerá las normas relativas a [dichas empresas productivas del Estado]..., con base en las mejores prácticas...”. En sustitución del concepto de “empresas productivas del Estado”, la Iniciativa de 2024 propone introducir el término “empresas públicas del Estado”.²⁵

Cabe señalar que la Iniciativa de 2024 no modifica expresamente al vigésimo transitorio de la Reforma Constitucional de 2013, que desarro-

²³ *Ibidem*, p. 7.

²⁴ Véase, por ejemplo, Hernández Mendoza, César Alejandro, “Los fines sociales y nacionales del Estado mexicano: factor determinante para rescatar a la CFE”, en AA VV, “La política eléctrica en México: Alcances y desafíos”, *Revista de Administración Pública*, 157, vol. LVII, núm. 1, México, enero-abril 2022, pp. 127-150.

²⁵ *Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024*, pp. 6 y 7.

lla en sus tres párrafos y seis fracciones los principios y reglas aplicables a las empresas productivas del Estado y sus mejores prácticas (por ejemplo, en materia de autonomía presupuestal, consejeros independientes, régimen especial de adquisiciones, contrataciones, presupuesto, deuda pública, etcétera). No obstante, de desaparecer el concepto de “empresa productiva del Estado” fundamentado en el artículo 25 constitucional, queda en vilo implícitamente lo dispuesto en relación con dichas empresas productivas en varios artículos transitorios de la Reforma Constitucional de 2013, en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en la Ley General de Deuda Pública, en la Ley de Petróleos Mexicanos, en la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y en las diversas disposiciones jurídico-administrativas que lo implementaron a partir de agosto de 2014.²⁶

De aprobarse esta iniciativa, no hay certeza sobre la regulación en particular que se propondría para la “empresa pública del Estado”. El concepto “organismo descentralizado” bajo el cual operaba la CFE antes de la reforma de 2013, y Pemex antes de la reforma de 2008,²⁷ estaba respaldado por una amplia doctrina jurídica de derecho administrativo, que trazaba sus orígenes a la tradición jurídica francesa de mediados del siglo XX. De entrada, de ser aprobada la reforma, podría dejar sin fundamento constitucional varias de las disposiciones y disciplinas de gobierno corporativo incorporadas actualmente en las leyes de Pemex y de la CFE. No obstante, las mejores prácticas de gobierno corporativo a las cuales están actualmente sujetos Pemex y la CFE también derivan del hecho de que ambas empresas cotizan en mercados de valores de México y otras partes del mundo.

²⁶ Véanse las referencias a las empresas productivas del Estado en los transitorios tercero, cuarto, quinto, noveno y vigésimo de la Reforma Constitucional de 2013, así como por ejemplo las leyes y reformas legales incluidas en el Decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicado en el *DOF* del 11 de agosto de 2014 (en lo sucesivo *Leyes y reformas legales sobre Empresas Productivas del Estado de 2014*).

²⁷ Ley de Petróleos Mexicanos, publicada en el *DOF* el 28 de noviembre de 2008.

2. Eliminación de participación privada vía contratos en transmisión y distribución. Prevalencia de empresa pública del Estado sobre empresas privadas. Responsabilidad de empresa pública del Estado sobre servicio público de electricidad (reformas propuestas al artículo 27 de la Constitución)

La Iniciativa de 2024 propone reformar el artículo 27 de la Constitución, para reforzar la exclusividad del Estado en materia de la planeación y control del sistema eléctrico nacional en lo que toca al “servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica”. En ambos casos, las reformas propuestas reducen la posible participación privada vía contratos.

En primer lugar, la Iniciativa de 2024 introduce una nueva remisión normativa al artículo 28 constitucional para determinar el alcance de la exclusividad estatal en materia de planeación y control del sistema eléctrico.²⁸

En segundo lugar, la Iniciativa de 2024 eliminaría la posibilidad del Estado, actualmente expresa en el texto constitucional, de “celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes” con relación al “servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica”.²⁹

En tercer lugar, la Iniciativa de 2024 mantiene el texto que permite que en las leyes se establezca la forma en la que los particulares podrán participar en las actividades de la industria eléctrica, pero establece limitantes a la participación y competencia privada actualmente no presentes en el texto constitucional. Al respecto, la Iniciativa de 2024 propone adicionar dos elementos, que:

- a) “[Las leyes determinarán] que en ningún caso [los particulares] tendrán prevalencia sobre la empresa pública del Estado” en las actividades diferentes del servicio público de transmisión y distribución

²⁸ Al respecto, la redacción quedaría de la siguiente manera: “Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y control del sistema eléctrico nacional en términos del artículo 28 de esta Constitución”. Véase Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, p. 8.

²⁹ El texto vigente del artículo 28 constitucional (que se propone eliminar) dice en su parte relativa que “en estas actividades [servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica] no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes”. Véase Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, p. 8.

de energía eléctrica, es decir, en la generación o la comercialización (incluyendo el suministro básico o calificado) de electricidad.

- b) que la “esencia [de la empresa pública del Estado] es cumplir con su responsabilidad social y garantizar la continuidad y accesibilidad del servicio público de electricidad”.³⁰

Respecto a las reformas propuestas al artículo 27 constitucional, es claro que se están estableciendo limitaciones a la participación privada y al régimen de libre competencia en electricidad, pero es incierto el alcance de las limitaciones. La incertidumbre tiene que ver con conceptos no desarrollados en cuanto a su significado ni en la Iniciativa de 2024, ni en la doctrina jurídica. ¿Qué significa o podría significar la no prevalencia? Dado que no existe una doctrina jurídica que desarrolle este concepto, es preciso acudir a una definición gramatical. Por ejemplo, para la Real Academia Española, “prevalecer” es “sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja”, o bien “imponerse o triunfar una persona o cosa sobre otra”.³¹ ¿Qué implicaría, bajo la nueva redacción propuesta para el artículo 27 constitucional, que las leyes deban establecer que los particulares no puedan en ningún caso “sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja”, “imponerse o triunfar” sobre la empresa pública del Estado en generación o comercialización eléctrica? Actualmente la Ley de la Industria Eléctrica establece en su artículo 4 que “la generación y la comercialización de energía eléctrica son actividades que se prestan en un régimen de libre competencia”. Y en la libre competencia no puede haber ganadores o perdedores designados *ex ante*, dado que cualquier competidor podría ganar o perder, es decir, “prevalecer” o no.³²

³⁰ Véase Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, p. 8.

³¹ Voz “prevalecer”, *Diccionario panhispánico de dudas* (edición en línea), Real Academia Española. Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/prevalecer>

³² Hoy día los principios constitucionales de competencia económica y libre concurrencia no sólo se han aplicado al sector eléctrico, sino que además han jugado un papel importante entre 2021 y 2024 para procesar e ir resolviendo los cientos de amparos presentados contra las Reformas a la LIE o la adquisición de 13 plantas eléctricas de Iberdrola por el Fondo Nacional de Infraestructura propiedad del gobierno federal. Los razonamientos con los que la Suprema Corte y la Cofece han decidido esas cuestiones se han basado en principios de competencia económica. Un entorno jurídico donde esas reglas no se aplican sería totalmente diferente del actual. La incertidumbre jurídica bajo una regla indeterminada de “prevalencia” de la empresa pública del Estado (cualquiera que ésta o éstas sean) sería significativa.

Algo similar ocurre con la referencia que se hace a un “servicio público de electricidad” cuya continuidad y accesibilidad debe garantizar “la empresa pública del Estado” conforme a la nueva redacción del artículo 27 propuesta en la Iniciativa de 2024. Hoy día el único “servicio público” en el sector eléctrico expresamente considerado como tal es el de “transmisión y distribución”. La generación y comercialización no son considerados hoy “servicios públicos” en el sentido “orgánico” que la doctrina jurídica tradicional asignaba al término, aunque están sujetos a “obligaciones de servicio público y universal” establecidas en el artículo 4 de la Ley de la Industria Eléctrica.³³ ¿La nueva referencia al “servicio público eléctrico” significa que generación y comercialización serán ahora también “servicio público” en sentido “orgánico”, y por lo mismo sujetas a título de concesión en lugar de permiso? ¿Este “servicio público de electricidad” aplicará únicamente a la empresa pública del Estado, o es aplicable también a los participantes privados que lo podrían llevar a cabo con un título de concesión? Incorporar generación y comercialización dentro de este más amplio “servicio público de electricidad” las haría actividades concesionadas sobre las cuales el Estado podría ejercer poderes más amplios y discrecionales.

Por ejemplo, la Suprema Corte decidió que “aunque constitucionalmente es admisible perseguir el fortalecimiento de las empresas públicas, ese fortalecimiento debe ser diseñado para no entorpecer la libre concurrencia y competencia en las áreas de la industria eléctrica en las que, por diseño constitucional, CFE debe ser un participante más. El fortalecimiento de CFE no puede entenderse como la posibilidad de hacerlo preponderante en un área en la que por mandato constitucional debe competir”. Véase sentencia del amparo en revisión 164/2023 promovido en contra de las Reformas a la LIE, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN el 31 de enero del 2024.

De igual forma, la Cofece condicionó la compra de las centrales de Iberdrola por parte de un fondo con participación mayoritaria del gobierno federal, entre otras razones, para evitar “que la competencia económica del mercado de la generación eléctrica se vea afectada”, por lo que impuso condiciones como un límite de inversión para el gobierno federal, la garantía de mecanismos de gobierno corporativo, el establecimiento de controles que obliguen a las personas encargadas de la operación de las plantas de a actuar con independencia y sin conflicto de interés, entre otras, con el objetivo de garantizar que las plantas en cuestión operen de forma independiente en el mercado. Véase, Cofece, comunicado 008-2024 del 15 de febrero del 2024, “El Pleno de la Cofece sujeta compra de plantas de generación de energía eléctrica al cumplimiento de condiciones”.

³³ “Las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional son de utilidad pública y se sujetarán a obligaciones de servicio público y universal en términos de esta Ley y de las disposiciones aplicables, a fin de lograr el cabal cumplimiento de los objetivos establecidos en este ordenamiento legal”. Artículo 4, segundo párr., Ley de la Industria Eléctrica.

La incertidumbre jurídica que introduciría la Iniciativa de 2024 en caso de ser aprobada contrasta con el detalle normativo presente en la Iniciativa de 2021. No obstante, dado que ambas iniciativas fueron propuestas por el mismo presidente, es posible que su sentido final sea equivalente y fuertemente estatista.³⁴

3. Objetivos de la planeación y control del sistema eléctrico nacional. Establecimiento de nueva empresa pública del Estado a cargo de estas atribuciones. Reforma propuesta al artículo 28 de la Constitución

El artículo 28 de la Constitución establece actualmente como una de las “áreas estratégicas” que “no constituirán monopolios”, “las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en “la planeación y control del sistema eléctrico nacional”. Respecto a esa área estratégica, la Iniciativa de 2024 propone adicionar que sus “objetivos serán preservar la seguridad y autosuficiencia energética de la Nación y proveer al pueblo de la electricidad al menor precio posible, evitando el lucro, para garantizar la seguridad nacional y soberanía a través de la empresa pública del Estado que se establezca”.³⁵

La redacción del artículo 28 constitucional propuesta en la Iniciativa de 2024 indica que las facultades de planeación y de control del sistema eléctrico nacional se pondrán a cargo de una misma y nueva “empresa pública del Estado que se establezca”. Actualmente, por disposición de los transitorios de la Reforma Constitucional de 2013, ambas facultades son ejercidas por autoridades diferentes. El Estado mexicano lleva a cabo el control operativo del sistema eléctrico nacional por medio del Centro Nacional de Control de Energía (Cenace), un organismo público descentralizado cuya naturaleza orgánica y atribuciones están reguladas en la Reforma Constitucional de 2013.³⁶ Por otra parte, actualmente el Estado mexicano lleva a cabo la planeación del sistema eléctrico mediante de una dependencia del Ejecutivo Federal: la Secretaría de Energía (Sener), a la

³⁴ Propuestas de reforma a los artículos 27, párr. VI (electricidad declarada área estratégica exclusiva del Estado incluyendo toda la cadena desde generación hasta suministro).

³⁵ Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024, p. 9.

³⁶ Transitorio décimo sexto, inciso b, Reforma Constitucional Energética de 2013.

cual la Reforma Constitucional de 2013 faculta para “establecer, conducir y coordinar la política energética”.³⁷ En ejercicio de dicha facultad, desde 2015 la Sener ha venido publicando el Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional (Prodesen), instrumento rector de la planeación del sistema eléctrico mexicano. ¿La nueva “empresa pública del Estado que se establezca” absorbería las facultades del Cenace y de la Sener? ¿Podría dicha empresa pública del Estado ser la propia CFE? La nueva redacción propuesta permitiría que en una misma persona se concentraran responsabilidades de fijación de política energética, de control del sistema y operación del mercado eléctrico mayorista, y de competidor en este mercado. Los potenciales conflictos de interés serían mayores, y afectarían el terreno parejo en perjuicio de los participantes privados en la industria eléctrica. Por otra parte, los transitorios décimo y décimo sexto de la Reforma Energética de 2013 que aluden a las facultades del Cenace y la Sener no se derogan de manera expresa sino, parecería, de manera tácita, al asignarse algunas de sus facultades a una nueva empresa pública del Estado. Lo anterior generaría inseguridad jurídica.

157

De igual forma, existen contrastes entre la Iniciativa de 2024 con lo que señaló en su momento la fallida Iniciativa de 2021, donde era claro que la CFE asumiría funciones actualmente ejercidas por el Cenace y la CRE, además de la titularidad de las actividades del área estratégica de electricidad.³⁸

Finalmente, la Iniciativa de 2024 establece los objetivos de la “empresa pública del Estado que se establezca”. En la nueva empresa se concentrarían atribuciones de naturaleza diferente (por ejemplo, autoridad, operador de mercado, y competidor) que darían pie a conflictos de interés. Las tensiones anteriores también se manifiestan en los objetivos. La nueva empresa pública que se establezca deberá, por ejemplo, “proveer al pueblo de la electricidad al menor precio posible, evitando el lucro”. Si la nueva empresa pública asumiera junto con el “control operativo del sistema eléctrico nacional”, las demás atribuciones actuales del Cenace, entonces tendría la facultad de operar el mercado eléctrico mayorista. En ese mercado participan generadores y comercializadores privados, que son empresas mercantiles, es decir, empresas que por definición buscan obtener “ganancias,

³⁷ Transitorio décimo, inciso a, Reforma Constitucional Energética de 2013.

³⁸ Véase artículo 27, párr. VI y transitorios, segundo, inciso d y cuarto de la Iniciativa de 2021.

beneficios, utilidades”; en otras palabras, se trata de empresas que tienen fines legítimos de lucro. ¿Qué impacto tendría el que empresas privadas que buscan tener utilidades legítimas, operen en un mercado eléctrico a cargo de una empresa pública del Estado obligada a “evitar el lucro” y a “proveer al pueblo de la electricidad al menor precio posible”?

Pero la anterior no es la única tensión observable en el nuevo listado de objetivos rectores de la nueva empresa pública que estaría a cargo de la planeación, control del sistema y mercado eléctrico (además de ser potencialmente la misma que compite en dicho mercado). ¿Qué sucedería con los objetivos que, en la redacción actual de los transitorios de la Constitución guían a la Sener y al Cenace, y que no se derogan expresamente? Actualmente la Sener debe, por ejemplo, “fomentar el acceso abierto y la operación eficiente del sector eléctrico”. A su vez, el Cenace está a cargo “del acceso abierto y no indebidamente discriminatorio” a las redes eléctricas.³⁹ ¿De qué forma se podría garantizar el acceso a estas redes para los competidores del mercado? La Iniciativa de 2024 no es clara al respecto, por lo que no puede saberse. No obstante, parecería que, en los hechos, estos principios no serían observados. En este tema nuevamente, la Iniciativa de 2021 era mucho más clara.⁴⁰

En el listado de nuevos objetivos de la empresa pública del Estado también es notable la ausencia de algún objetivo vinculado a la idea de “sustentabilidad”, que jugó un papel notable en la Reforma Constitucional de 2013, y en la fallida Iniciativa de Reforma Energética de 2021, pero que está totalmente ausente en la Iniciativa de 2024.

V. VENTAJAS, DESVENTAJAS E IMPLICACIONES DE LA INICIATIVA DE 2024

La Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2024 es el segundo intento de revertir la Reforma Constitucional de 2013. De ser aprobada, la Iniciativa de 2024 establecería un nuevo sistema jurídico en energía discordante con el vigente y aplicable al resto de los sectores económicos en la Constitución y en los tratados internacionales. Mientras que en los

³⁹ Transitorios décimo, inciso a y decimosexto, inciso b de la Reforma Constitucional de 2013.

⁴⁰ Propuesta de transitorio segundo en la Iniciativa de 2021.

demás sectores económicos la libertad de comercio e industria, y la libre competencia rigen al sector, en energía se establecería un sistema excepcional.

A diferencia de la fallida Iniciativa de Reforma Constitucional Energética de 2021, donde muchas de las implicaciones de la reforma sobre el resto de la constelación normativa constitucional eran evidentes, por ejemplo, derogándose expresamente las disposiciones antes vigentes de la Reforma Constitucional de 2013, detallándose las nuevas facultades constitucionales de la CFE sobre el sistema eléctrico nacional y sobre los participantes privados de manera clara, o estableciendo un plazo cierto para la expedición de las leyes que implementarían dicha reforma,⁴¹ en la Iniciativa de 2024 las implicaciones sobre el conjunto de reglas constitucionales vigentes para el sector eléctrico son potencialmente tan grandes como las de la Iniciativa del 2024, pero no son claras. Implícitamente, la Iniciativa de 2024 estaría derogando varias de las disposiciones constitucionales transitorias de la Reforma de 2013. Sin mencionarlo, deja sin fundamento en el texto constitucional sustantivo la obligación de acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a redes, o el mercado eléctrico mayorista, conceptos y principios constitucionales vigentes, pero que hoy día cuelgan, todos ellos, de las redacciones vigentes de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución y de los transitorios de la Reforma Constitucional de 2013. De ser aprobada la Iniciativa de 2024 la legislación secundaria podría mantener el acceso abierto a las redes o el mercado eléctrico mayorista. Pero nada en la Constitución mencionaría dicho principio o institución. Y si la intención de la administración de AMLO es similar a la observable en la Iniciativa de 2021, lo más probable es que dichas instituciones y principios desaparecieran.

De aprobarse, la Iniciativa de 2024 ocasionaría que México fuera demandado por sus socios del Tratado México, Estados Unidos, Canadá (en lo sucesivo T-MEC), toda vez que, al limitarse los derechos que los inversionistas privados tenían al momento de la firma del tratado, sería violatoria del T-MEC. Así, México enfrentaría una nueva controversia energética que seguramente perdería, y podría dar pie a represalias comerciales. Además, México llegaría débil a la “revisión programada” del TMEC el 1o. de julio de 2026, donde Canadá o Estados Unidos podrían

⁴¹ Transitorios octavo y noveno de la Iniciativa de 2021.

argumentar esa disputa y usarla de pretexto para confirmar su deseo de no prorrogar la vigencia del T-MEC.⁴²

La Iniciativa de 2024 generaría importantes afectaciones económicas a los particulares. Lo haría porque limita sus derechos (por ejemplo, a participar en contratos de transmisión y distribución), los sujeta a participar en una industria eléctrica donde la empresa pública del Estado debe prevalecer sobre ellos, y donde una nueva empresa pública planearía, controlaría y operaría el sistema eléctrico nacional sin considerar los legítimos beneficios o utilidades de los participantes privados. Se afectarían una serie de derechos constitucionales y condiciones de participación de los que actualmente gozan los particulares en la industria eléctrica: las libertades de industria y de comercio, la competencia económica y la libre concurrencia, entre otros. Además, porque a diferencia de la nacionalización y la reforma constitucional eléctrica de 1960, la Iniciativa de 2024 no contiene disposición alguna que tutele los derechos adquiridos por los participantes privados.⁴³ Los particulares afectados difícilmente aceptarían las afectaciones referidas, antes bien iniciarían —como lo hicieron ante las Reformas a la LIE de 2021— múltiples impugnaciones legales y arbitrajes, en México y en el extranjero. De esta manera, de aprobarse la Iniciativa de 2024 se frenarían inversiones privadas y se extenderían unos años más los conflictos legales que enfrentaron al gobierno con las empresas eléctricas desde 2021.

Las preguntas de fondo son si esta Iniciativa de 2024 resolvería los problemas que se planteó resolver, y si esas soluciones mejorarían la situación del sistema eléctrico nacional. Si el problema se define como dar mayor control al Estado sobre el sector eléctrico, y poner un techo a la

⁴² Artículo. 34.7 (2) y (3). T-MEC. Washington podría ser más agresivo en presentar demandas en los paneles del TMEC, particularmente a lo que se refiere a las prácticas mexicanas en temas como la nacionalización del sector energía. Sobre lo que podría demandar Estados Unidos en la revisión programada del TMEC, véase Lighthizer, Robert, “The New American Way of Trade. How the USMCA does what NAFTA couldn’t”, *Foreign Affairs*, 27 de septiembre de 2023. Donde el autor señala que la disposición *sunset* otorga al gobierno de los Estados Unidos la oportunidad de corregir problemas “tan pronto como se presenten”.

⁴³ En 1960, tras la reforma constitucional eléctrica de López Mateos, se respetó el derecho de los inversionistas que invirtieron bajo ciertas reglas a seguir operando y no ser perjudicados por normas retroactivas. Y por algunos años varias empresas eléctricas privadas siguieron operado al amparo de sus concesiones. Véase Ortega Lomelín, Roberto, *op. cit.*, p. 98.

competencia privada, la Iniciativa de 2024 sería un paso en esa dirección. Si el problema se define como establecer criterios de planeación y control del sistema eléctrico que ignoren la participación privada y el derecho de los particulares a obtener utilidades, también es un paso en esa dirección. Si el objetivo es desterrar las estructuras y mejores prácticas de gobierno corporativo impulsadas por la OCDE, la Iniciativa de 2024 también avanzaría ese propósito, aunque muchas de esas estructuras y prácticas de transparencia y rendición de cuentas se mantendrían por virtud de la regulación aplicable a Pemex y a la CFE en los mercados de valores. Y otras tantas (por ejemplo, la posibilidad de utilizar filiales privadas como CF Energía o CFE Internacional para hacer negocios, o vehículos como la Fibra-E para financiar nuevos proyectos) seguirían, porque a pesar de la retórica, en la práctica han sido ampliamente utilizadas por la CFE en los años de la administración López Obrador, y sería indispensable mantenerlas para concretar proyectos. Cabe señalar que en materia de gobierno corporativo y mejores prácticas, con la Iniciativa de 2024, México avanzaría en sentido contrario de los cambios observados en las empresas públicas de países con desarrollo comparable al nuestro y regresaría a prácticas comunes hace más de cincuenta años. Lo anterior implica regresar el reloj de las empresas públicas al estándar de gobernanza abandonado por China, Brasil o Colombia desde hace treinta años.⁴⁴

En cualquier caso, el costo de dar esos pasos sería cuantioso, por la previsible oposición litigiosa de empresas privadas y represalias de socios comerciales. Además, la introducción de las normas contenidas en la Iniciativa de 2024 generaría una amplia gama de problemas de implementación, porque sus principios y conceptos son ajenos y antagónicos a los que actualmente incorporan las leyes y la regulación aplicables a la industria y al mercado eléctrico mexicanos. Así, no sólo sería de esperarse la impugnación de particulares. De aprobarse la Iniciativa de 2024 también se

⁴⁴ Sobre cómo las empresas propiedad del Estado de varios países, como China, Brasil, Colombia y otros, adoptaron mejores prácticas de gobierno corporativo véase Musacchio, Aldo y Lazzarini, Sergio G., *Reinventing State Capitalism: Leviathan in Business, Brazil and Beyond*, Cambridge, Harvard University Press, 2014. 368 pp. Véase también Hsu, Po-Hsuan, Liang, Hao, y Matos, Pedro, *Leviathan Inc. and Corporate Environmental Engagement*, mimeo, University of Hong Kong, Singapore Management University, University of Virginia, abril 30, 2017, 53 pp. (cuyos autores argumentan que las empresas propiedad del Estado listadas en bolsas de valores, muestran incluso más responsabilidad social y ambiental que sus contrapartes privadas, sin sacrificar rentabilidad).

requeriría un amplio despliegue de nuevas normas legales, reglamentos, y otras regulaciones implementadoras, que estarán guiados por principios frecuentemente en conflicto con los hoy vigentes (y que se incorporaron al sistema a lo largo de más de treinta años). Armar ese nuevo rompecabezas implicará un gran reto técnico-jurídico de varios años para reguladores y funcionarios federales. Mientras se logra, la parálisis de sector se mantendría.

En el fondo, los problemas que la Iniciativa de Reforma Energética de 2024 enfrentaría se resumen en uno solo: regresar a instituciones y modelos de organización industrial eléctrica de los años 1960, 1970 y 1980, lo cual es una tarea increíblemente costosa y complicada en el México de los 2020.