

La reforma constitucional en materia eléctrica y el T-MEC

*José Juan González Márquez**

Introducción

En el mes de septiembre de 2021, el Titular del Poder Ejecutivo envió al presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión una iniciativa de Decreto por el que se reforman los Artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Aunque la iniciativa no solo se refiere a la industria eléctrica, este breve análisis se centra en las implicaciones que tendría la reforma en caso de ser aprobada, exclusivamente en relación con los compromisos asumidos por México en el Tratado de Libre Comercio celebrado con Canadá y los Estados Unidos de América (T-MEC) en 2020.

La reforma que comentamos significa, fundamentalmente, eliminar del mercado eléctrico a los competidores de la CFE o limitar sustancialmente su participación. Para comprender lo anterior es necesario recordar que, a la luz de la reforma constitucional de 2013, las diferentes etapas de la cadena de

* Doctor en Derecho Ambiental, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho UAM-A. Coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Económico y Sustentabilidad.

valor de la industria eléctrica fueron separadas en dos grupos. Por una parte, las actividades de planeación y control, así como la transmisión y distribución de electricidad pasaron a ser consideradas como áreas estratégicas y, por lo tanto, reservadas al monopolio exclusivo de la nación. Por otra parte, las actividades de generación y suministro quedaron abiertas a la inversión privada.¹ Actualmente, al amparo de ese marco constitucional y de las leyes secundarias que lo reglamentan, mientras que la CFE en su carácter de empresa productiva del estado se encarga de conducir las actividades reservadas a la nación, las empresas privadas compiten con ésta en la conducción de las actividades no reservadas.

La reforma constitucional de 2013

En el año 2013 se aprobó una reforma constitucional que consolidó el proceso de apertura del sector eléctrico, el cual ya venía dándose desde los años noventa mediante una serie de reformas a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. En ese sentido, la reforma constitucional de 2013 señaló en el Artículo 25 que las áreas estratégicas que el sector público tendrá a su cargo serán las de planeación y control del sistema Eléctrico Nacional, así como la transmisión y distribución de energía, complementándose con lo dispuesto en el Artículo 28 Constitucional en el que se establece que el ejercicio por

¹ José J. González Márquez, *Nuevo Derecho Energético Mexicano*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2017.

parte del Estado de estas áreas estratégicas no se considerará monopolio.

En contraste, la reforma constitucional que propone el Ejecutivo Federal en 2021 amplía las áreas del sector eléctrico que quedan bajo el monopolio estatal, declarando, en el propuesto artículo 28, que la electricidad es considerada área estratégica, eliminando la separación de las diferentes etapas de la cadena de valor de la industria eléctrica y simplemente señalando que toda la industria queda bajo el monopolio de la nación.²

No obstante, en otro párrafo que se propone incluir en el Artículo 28 de la Carta Magna, se indica que la CFE será la única compañía encargada del servicio de abastecimiento y generará al menos el 54% de la electricidad que el país requiera, dejándole al sector privado el 46% de generación.

Lo anterior significa que, por una parte, la reforma propone que en el párrafo cuarto del Artículo 28 se restablezca el monopolio estatal sobre la industria eléctrica que la Constitución ya consagraba antes de la reforma de 2013. Por otra parte, la reforma permitiría la participación de la inversión privada en la generación de electricidad para su venta a la CFE, tal y como se estableció en 1992 mediante una reforma a la Ley del Ser-

² José J. González Márquez, "Regulation of Electricity Storage, Intelligent Grids, and Clean Energies in an Open Market in Mexico", Donald Zillman, Martha Roggenkamp *et.al.* (eds), *Innovation in Energy Law and Technology*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018.

vicio Público de Energía Eléctrica propuesta por el entonces presidente, Carlos Salinas de Gortari, solo que esta vez se limita la posibilidad de participación privada en la generación al 46%. Entonces, puede decirse que la reforma pretende restablecer el modelo eléctrico salinista.

A pesar de lo anterior, el Artículo Segundo Transitorio de la reforma señala que se cancelarán permisos otorgados en materia de generación eléctrica, así como contratos de compraventa de electricidad el mismo día que entre en vigor el decreto. Esto último genera mucha incertidumbre, pues la reforma no deja claro bajo qué instrumento legal las empresas privadas generarán y venderán su cuota del 46% de electricidad a la CFE. En consecuencia, la reforma se traduciría en la eliminación del mercado de aquellas empresas privadas que hoy en día participan tanto en la generación como en el suministro de electricidad bajo un esquema de libre competencia, lo cual podría entrañar un incumplimiento de las reglas establecidas en el TMEC por parte de México.

EI T-MEC

Se ha dicho que México no violaría el T-MEC con la aprobación de la nueva reforma eléctrica porque el Artículo 8.1 del mismo reconoce el derecho de nuestro país a modificar su Constitución. Esto no es del todo cierto. El Artículo reconoce el derecho del Estado mexicano a modificar su marco jurídico interno, sin embargo, no puede decirse que el Capítulo 8 del

T-MEC proporcione las bases para una política energética que impida la inversión privada en el sector eléctrico, pues, además de las reglas establecidas en el Capítulo 8, el T-MEC contiene otras regulaciones que impiden que México modifique la estructura de la industria eléctrica.

El T-MEC no incluyó un capítulo específico sobre energía. Sin embargo, diferentes partes del acuerdo contienen referencias al sector energético. El T-MEC consagra el *principio de paridad* en su Artículo 32.11. Este principio obliga a México a otorgar a los Estados Unidos y Canadá un trato no menos favorable que el que se haya comprometido a dar a otros países en tratados comerciales celebrados con anterioridad al T-MEC.

Bajo este principio, México debe brindar un trato a los inversionistas canadienses y estadounidenses en los sectores cubiertos por los tres capítulos del T-MEC enumerados en el Artículo 32.11 que no sea menos favorable que el trato que otorga a otros países en los acuerdos de comercio e inversión paralelos, tales como el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés).

En consecuencia, dado que en el CPTPP México aceptó la inversión extranjera en el sector eléctrico en los términos de la reforma constitucional de 2013, no puede limitar la participación en el sector eléctrico de las empresas canadienses y estadounidenses, máxime cuando el Anexo I del CPTPP no

incluye como reserva la inversión en el sector eléctrico. La violación a estas reglas implica infringir el principio del trato nacional que rige al T-MEC.

El CPTPP y el TLC con la Unión Europea

El CPTPP incorporó las reglas que rigen el sector eléctrico mexicano establecidas por la reforma constitucional energética de 2013. En el CPTPP, México incluyó varias reservas específicas relacionadas con la energía, pero esas reservas no impiden la inversión extranjera en la industria energética mexicana, por lo que excluye la posibilidad de cualquier trato menos favorable a los países de Norte-América y de Europa. Así, México puede liberalizar restricciones a la inversión establecidas por las reformas energéticas mencionadas y el Anexo I sin violar el CPTPP (incorporado a través del Artículo 32.11), pero no puede hacer las reglas más restrictivas. Por lo tanto, Estados Unidos y Canadá, como miembros del T-MEC, deben recibir un trato que no sea menos favorable que el que México acordó dar a los países signatarios del CPTPP, incluso aunque Estados Unidos no haya ratificado el CPTPP.

Lo mismo ocurre con el Tratado de Libre Comercio firmado entre México y la Unión Europea que fue concluido en 2020 y que, por lo tanto, incorpora las reglas en materia energética que contiene el CPTPP en virtud del *principio de paridad*.

Por otra parte, la cancelación de los permisos y contratos que la reforma prevé como consecuencia de la nacionaliza-

ción del sector eléctrico que la iniciativa propone podría constituir una expropiación indirecta que no está permitida por el Artículo 14.8 del T-MEC, pues la nacionalización de la industria eléctrica discrimina a la inversión extranjera en este sector.³ En este caso, México se vería obligado a someterse al sistema de solución de controversias contemplado en los tratados internacionales mencionados.

Conclusiones

México es un país soberano y teóricamente podría modificar su derecho interno siempre que lo aprueben el órgano legislativo o, en su caso, el Poder Constituyente Permanente. Sin embargo, México no es un feudo y en 1986, al ingresar al GATT, decidió ser parte del sistema multilateral del comercio. Con ello, asumió que la idea de Soberanía Nacional hoy en día tiene otra connotación distinta a la que se le dio en el siglo XVIII.⁴ México no puede modificar su derecho interno si con ello contradice lo acordado en Tratados internacionales. Aunque el T-MEC no tenga un capítulo sobre inversiones en el sector eléctrico, para los países signatarios del mismo son

³ Alejandro Faya Rodríguez, “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”, *Foro de arbitraje en materia de inversión, tendencias y novedades*, Sonia Rodríguez Jiménez y Herfried Wöss (coords.), México, IIJ-UNAM, 2013.

⁴ Manuel Becerra Ramírez, *et al.*, “La Soberanía en la Era de la Globalización”, *Soberanía y Juridificación en las Relaciones Internacionales*, Manuel Becerra Ramírez, Theodor K. Müller Uhlenbrock, México, IIJ-UNAM, 2010.

aplicables las reglas del CPTPP y, por tanto, la modificación Constitucional que se propone significa la violación por parte de México del T-MEC, del CPTPP y del TLC celebrado con la Unión Europea.

Finalmente, la reforma constitucional en materia eléctrica que se propone es muy similar a la reforma que en los años 90 propuso el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari para dar cabida a los productores independientes de electricidad, solo que en este caso se trata de una reforma constitucional y, por otra parte, la participación de los generadores privados se limita al 46%.