

2024-07-02

Plan C en energía admite inversión privada, pero no le da reglas claras: exsubsecretario

Autor: Octavio Amador

Género: Nota Informativa

<https://www.economista.com.mx/empresas/Plan-C-en-energia-admite-inversion-privada-pero-no-le-da-reglas-claras-exsubsecretario-20240701-0144.html>

El proyecto plantea que los privados no tendrán prevalencia sobre la empresa estatal, pero no hay una doctrina jurídica sobre cómo debe interpretarse el término, lo que creará incertidumbre, opina César Hernández, quien fue artífice el marco legal vigente del sector.

La última propuesta de reforma constitucional en electricidad del presidente Andrés Manuel López Obrador, contenida en el llamado Plan C presentado en febrero pasado, se mantiene en la línea de su fallida predecesora de permitir la participación privada de forma restringida, pero no es clara en cuanto a los límites, lo cual abonará a la incertidumbre jurídica de ser aprobada.

Es la opinión de César Emiliano Hernández, abogado, exsecretario de Electricidad durante el gobierno del presidente Enrique Peña Nieto y uno de los artífices del marco legal vigente (que en el 2013 abrió los mercados eléctricos al capital privado con excepción de la transmisión y la distribución).

La iniciativa del presidente López Obrador plantea reformar los artículos 25, 27 y 28 de la constitución con la intención de garantizar la seguridad y soberanía energéticas, estableciendo que el Estado mexicano es el responsable a través de su empresa pública.

La iniciativa presidencial, que fue enarbolada por la virtual presidenta electa Claudia Sheinbaum durante su campaña presidencial, propone modificar el artículo 27 constitucional para eliminar la posibilidad de que los particulares participen en actividades de transmisión y distribución eléctricas, lo cual hasta hoy es posible siempre que se haga a través de contratos con términos definidos por el Estado.

Si bien se permite la participación de particulares en los mercados de generación y comercialización de electricidad, la reforma marca que "no tendrán prevalencia" en ningún caso sobre la empresa del Estado.

Sin embargo, el concepto "prevalencia" es un término novedoso sobre la cual no existe una doctrina jurídica y, por lo tanto, no hay claridad sobre cómo debe ser interpretado. "¿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", se cuestiona el exfuncionario público.

Y elabora: "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'. ¿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?".

Al no existir una respuesta clara, concluye que:

con 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".

Hernández Ochoa expone esta y otras ambigüedades de la iniciativa de reforma en su ensayo titulado "Opinión técnica sobre la iniciativa presidencial de reforma energética del 5 de febrero de 2024", publicado a finales de junio dentro del trabajo titulado Análisis Técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024), bajo el sello del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Dudas sobre el servicio público

Comenta que 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. Recuerda que de acuerdo con la legislación vigente el único "servicio público" en el sector eléctrico expresamente considerado es el de "transmisión y distribución", mientras que la generación y comercialización, no lo son.

Por lo cual, cabe preguntarse si bajo la nueva definición la generación y la comercialización también deberían considerarse servicios públicos, pues ello traería implicaciones para las empresas privadas que operen en esos mercados. La primera sería que, en lugar de operar con permisos, como hasta ahora, tendrían que hacerlo con concesiones.

"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", comenta el abogado.

Conflictos de interés

Por otro lado, la iniciativa del Plan C reforma el artículo 28 constitucional para establecer 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". El texto no deja claro que sea la Comisión Federal de Electricidad sea quien asuma esas funciones, como sí lo establecía la fallida iniciativa de reforma constitucional eléctrica del 2022.

Hoy en día ambas facultades son ejercidas por autoridades diferentes. Por un lado, el Centro Nacional de Control de Energía (Cenace) es el gestor del sistema eléctrico, mientras que la Secretaría de Energía hace la planeación.

"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", dijo César Hernández.

Adicionalmente, quien también se desempeñara en la Comisión Federal de Competencia Económica como titular de la Unidad de Planeación, Vinculación y Asuntos Internacionales, advirtió que aprobar la iniciativa del Plan C "ocasionaría que México fuera demandado por sus socios del Tratado México, Estados Unidos, Canadá, toda vez que, al limitarse los derechos que los inversionistas privados tenían al momento de la firma del tratado, sería violatoria del T-MEC".