

Resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 64/2021 promovida por integrantes de la Cámara de Senadores contra la Reforma a la LIE

Ciudad de México, a 11 de abril de 2022

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ("SCJN"), en sesión del Tribunal Pleno celebrada el pasado 7 de abril de 2022, concluyó la discusión de la acción de inconstitucionalidad 64/2021 (la "Acción de Inconstitucionalidad"), promovida por algunos senadores del Congreso de la Unión en contra de la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica (la "Reforma LIE"), publicada el 9 de marzo de 2021, y emitió su resolución. A continuación, les presentamos un análisis acerca de los temas más relevantes de dicha discusión y sus consecuencias.

¿Qué temas discutió la SCJN?

La Reforma a la LIE modificó los siguientes aspectos de la Ley de la Industria Eléctrica (la "LIE"), expedida el 11 de agosto de 2014:

1. Despacho eléctrico. Se modificó el orden de despacho, (i) estableciendo una nueva prelación en la que serán despachadas, **en primer lugar, las centrales eléctricas propiedad o al servicio de la Comisión Federal de Electricidad ("CFE")** –también conocidas como Centrales Eléctricas Legadas y Centrales Externas Legadas- y, posteriormente, las centrales privadas (incluyendo, aquellas plantas con fuentes de energía limpia), **independientemente de su costo y de la tecnología que utilicen**, y (ii) sustituyendo los costos de producción "marginales" (costos de generación) por costos de producción "unitarios" (que incluyen la amortización de la inversión) como nuevo criterio para el despacho en el Mercado Eléctrico Mayorista. Se espera que este cambio en el orden de despacho resulte en:
 - a. un incremento en las tarifas eléctricas al despacharse plantas con mayor costo de generación, y
 - b. mayor contaminación ambiental, ya que CFE cuenta, en su mayoría, con plantas que generan con combustibles y que emiten mayor cantidad de contaminantes a la atmósfera.



2. Requisito de Subastas. Se eliminó la obligación de CFE Suministrador de Servicios Básicos de adquirir energía eléctrica y otros productos para su venta al público (como usuarios finales del suministro básico) a través de procesos competitivos conocidos como “subastas”. **En la última subasta celebrada en 2018, los participantes ofrecieron los precios más bajos en el mundo.** Con dicho cambio, **CFE queda en libertad de comprar dicha energía eléctrica y productos a sus propias centrales, fuera de subastas, independientemente de su costo y la tecnología.** Se espera que la eliminación de la obligación de CFE para comprar electricidad mediante procesos competitivos resulte en:
- a. un incremento en las tarifas, ya que las subastas aseguraban mejores condiciones de contratación y precios más bajos, y
 - b. mayor contaminación, ya que CFE cuenta con una mayor cantidad de plantas con altas emisiones a la atmósfera.
3. Nuevo Criterio de Otorgamiento de CELs. Se cambiaron las reglas para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias (“CELs”) de tal forma que las centrales eléctricas limpias que se hubieran construido antes de la entrada en vigor de la LIE (i.e. agosto de 2014), principalmente centrales de CFE, puedan recibir dichos certificados sin necesidad de invertir en un proyecto para ampliar su producción de energía limpia. Se espera que este cambio incremente desproporcionalmente el número de CELs en el mercado destruyendo su valor y, con ello, el incentivo económico para el desarrollo de centrales renovables.
4. Revocación de permisos legados y terminación de contratos PIEs. En sus artículos transitorios, la Reforma LIE ordena revocar los permisos de autoabastecimiento obtenidos “en fraude a la ley”. Asimismo, ordena revisar la rentabilidad de los contratos celebrados con productores independientes de energía (“PIEs”) y, en su caso, renegociarlos o terminarlos anticipadamente.
5. Otorgamiento de permisos. Se restringió el otorgamiento de permisos por parte de la Comisión Reguladora de Energía (“CRE”) a los criterios de planeación del Sistema Eléctrico Nacional emitidos por la Secretaría de Energía (“SENER”).
6. Factibilidad técnica para acceso a las redes. De manera consistente con lo ya previsto en el artículo 33 de la LIE, la Reforma LIE aclara que el acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución será en términos no indebidamente discriminatorios, siempre y cuando sea técnicamente factible.

7. *Agrupación de solicitantes para interconexión y conexión.* Se reconoce el derecho de los solicitantes de interconexión o conexión a las redes de agruparse para realizar o asumir los costos (conjuntamente) de las obras requeridas para su interconexión/conexión.

La SCJN discutió la Acción de Inconstitucionalidad con el fin de definir si las modificaciones que contiene la Reforma LIE cumplen, o no, con las normas constitucionales.

¿Qué se necesita para declarar inconstitucional a la Reforma LIE?

De conformidad con el artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **se requiere del voto de ocho (8)** de los once (11) ministros que integran el pleno de la SCJN **para declarar la inconstitucionalidad de una ley a efectos de invalidarla**. Si no se obtienen los ocho votos, la acción de inconstitucionalidad es desestimada y la ley en cuestión permanece vigente. Sin embargo, es importante señalar que dicha desestimación **no implica una declaración de constitucionalidad** de la ley que se revisa, por lo que el examen de la constitucionalidad de la norma aún puede estar sujeto al escrutinio de otros medios de control constitucional como la controversia constitucional o el juicio de amparo.

En el caso de la Reforma LIE, como se describe con mayor detalle en las siguientes secciones, **no se alcanzaron los ocho (8) votos necesarios para invalidar las cuestiones medulares de la reforma, pero tampoco se resolvió que la Reforma LIE es constitucional**, por lo que aún podrá ser analizada por los órganos del Poder Judicial de la Federación.

¿Qué resolvió la SCJN?

La SCJN discutió la constitucionalidad de los artículos que fueron modificados mediante la Reforma LIE que regulan los temas mencionados en el primer apartado de esta nota, y resolvió cada uno de ellos de la siguiente forma:

1. *Despacho económico.* La SCJN **desestimó la Acción de Inconstitucionalidad** respecto del cambio en el orden de despacho al no reunir los ocho (8) votos necesarios para la declaración de inconstitucionalidad. Siete (7) ministros votaron que la Reforma LIE en relación con este tema es inconstitucional considerando que daña la competencia económica y/o el medio ambiente.

2. Requisito de Subastas. De la misma manera, la SCJN **desestimó la Acción de Inconstitucionalidad** en relación con la eliminación de la obligación de CFE Suministrador de Servicios Básicos de comprar sus productos a través de subastas. También fueron siete (7) los ministros que votaron porque la Reforma LIE se declarara inconstitucional debido a que contraviene disposiciones constitucionales en materia de competencia económica y de protección al medio ambiente.
3. Nuevo Criterio de Otorgamiento de CELs. Igualmente, **la SCJN desestimó la Acción de Inconstitucionalidad** respecto de las nuevas reglas para otorgar CELs. Siete (7) de los once (11) ministros se pronunciaron por la inconstitucionalidad de la nueva regla sobre el otorgamiento de CELs, específicamente, con base en argumentos de protección a un medio ambiente sano.
4. Revocación de permisos legados y terminación de contratos PIEs. Una mayoría de seis (6) ministros resolvió que la facultad de la CRE de revocar permisos legados de autoabastecimiento otorgados “en fraude a la ley” era constitucional.¹ Asimismo, **nueve (9) ministros se pronunciaron igualmente por la constitucionalidad** del transitorio que ordena la renegociación y, en su caso, terminación de los contratos PIEs derivado de la revisión de su rentabilidad conforme a las leyes aplicables.
5. Otorgamiento de permisos. De manera unánime, los ministros votaron a favor de la constitucionalidad de sujetar el otorgamiento de permisos por parte de la CRE a los criterios de planeación de la SENER.
6. Factibilidad técnica para acceso a las redes. Nueve (9) ministros consideraron que es constitucional acotar el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a las redes a que exista la factibilidad técnica. Esto ya estaba previsto en el artículo 33 de la propia LIE antes de su reforma.
7. Agrupación de solicitantes para interconexión y conexión. Diez (10) de los once (11) ministros validaron la constitucionalidad sobre agrupación de solicitantes para efectos de interconexión y conexión –lo cual ya estaba reconocido en las Reglas del Mercado.

¹ No obstante que en la versión taquigráfica preliminar de la sesión y en un comunicado de la SCJN se anunció la validez del artículo Cuarto Transitorio, no dejamos de advertir que en la sesión únicamente fueron contabilizados 6 de los 8 votos necesarios para considerar que la decisión es vinculante, por lo que habría que esperar al engrose de la sentencia correspondiente para aclarar lo anterior.



8. Tratados Internacionales. La SCJN resolvió que la Acción de Inconstitucionalidad no es el medio de control para analizar la violación a tratados internacionales en materia comercial, sino únicamente para analizar la violación a tratados internacionales en materia de derechos humanos. Ello no implica que la Reforma LIE no contravenga tratados internacionales en materia comercial, sino que dicha violación deberá estudiarse a través de otras vías.

¿Cuáles son las consecuencias de este resultado?

La forma en la que se discutieron y se votaron los asuntos antes mencionados durante la sesión del Pleno de la SCJN generó cierta confusión acerca de las consecuencias de dichas decisiones y de las razones por las que diversos ministros resolvieron acerca de la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Reforma LIE. A continuación, le presentamos una breve explicación del alcance de dichas decisiones:

1. Despacho, Subastas y CELs. La Acción de Inconstitucionalidad fue desestimada, por lo que **la Reforma LIE se mantiene vigente**, especialmente, en cuanto a las disposiciones en materia de despacho, subastas y CELs. Sin embargo, **no hay una declaración de constitucionalidad** respecto de dichas disposiciones. En consecuencia, las suspensiones definitivas otorgadas con efectos generales y **los amparos que estén pendientes de resolverse** en tribunales contra la Reforma LIE (particularmente, en contra de las modificaciones a las reglas del despacho) **subsisten y, al igual que los nuevos amparos** que sean presentados en contra de los primeros actos de aplicación de la Reforma LIE (e.g. el despacho de centrales de CFE con prioridad sobre otras centrales con menor costo de producción o la celebración de contratos por parte de CFE Suministrador de Servicios Básicos fuera de subastas), **deberán ser resueltos por los juzgados o tribunales correspondientes conforme a la Constitución**, considerando precedentes judiciales y otros elementos de valoración. Entre los precedentes relevantes se encuentra la sentencia emitida en la controversia constitucional 89/2020 por la que la Segunda Sala de la SCJN declaró la inconstitucionalidad de la denominada “Política de Confiabilidad de SENER” respecto de, entre otros, cambios en el orden de despacho sobre premisas similares a las contenidas en la Reforma LIE. Asimismo, **el análisis legal y las conclusiones de los siete (7) ministros que votaron en el sentido de declarar inconstitucional la Reforma LIE, y que constituyen una mayoría clara de la SCJN, tendrán un peso importante en las consideraciones de los juzgados y tribunales que resuelvan sobre dichos amparos.**

2. Revocación de permisos legados y terminación de contratos PIEs. Los procedimientos de revocación de permisos o la revisión de contratos, están sujetos a normas y plazos establecidos en la regulación y en los propios instrumentos. En dichos procedimientos, **las autoridades deben cumplir con principios constitucionales como la garantía de audiencia, la “no retroactividad”, la garantía de legalidad** que asegura el derecho de todo gobernado de no ser afectado en sus derechos sin un juicio seguido ante los tribunales competentes y conforme a las leyes aplicables, y **la “confianza legítima”**, entre otros, que constituyen defensas sólidas en contra de actos arbitrarios de las autoridades. Cualesquiera procedimientos para revocar permisos de autoabastecimiento, así como para terminar anticipadamente los contratos PIEs, deberán cumplir con los principios constitucionales antes señalados.
3. Tratados internacionales. La SCJN **no se pronunció sobre si la Reforma LIE implica (o no) una violación a los tratados internacionales celebrados por México**, incluyendo, el Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), y otros tratados comerciales similares (“TLCs”), como los que celebró con la Unión Europea, Japón o con los países de la zona del Pacífico, y los múltiples Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“APPRIIs”). De hecho, las acciones de inconstitucionalidad no tienen por objeto analizar si los particulares protegidos bajo un TLC o un APPRI sufren o no violaciones a los estándares protegidos por dicha clase de acuerdos ante la expedición o aplicación de una norma en país contratante. En virtud de lo anterior, **las empresas afectadas por la Reforma LIE mantienen a salvo sus derechos bajo TLCs y APPRIIs contra actos que dañen el valor de sus inversiones**.

¿Qué queda pendiente?

Aún es importante dar seguimiento a diversas acciones judiciales y legales derivadas de la reciente resolución de la SCJN. Las más relevantes son:

1. Engrose de la Sentencia. La SCJN deberá publicar el documento final en el que describa detalladamente el análisis de los distintos temas resueltos en la pasada sesión del Pleno, el cual será relevante para entender con mayor claridad los argumentos de inconstitucionalidad y de constitucionalidad de los distintos Ministros.
2. Controversias Constitucionales. También, en próximas fechas, la SCJN deberá resolver las Controversias Constitucionales presentadas en contra de la Reforma LIE por la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el Titular del Poder Ejecutivo del Estado de Colima. Aunque se espera que dichas controversias sean resueltas en el

mismo sentido que la Acción de Inconstitucionalidad, las mismas deberán ser discutidas públicamente y votadas por los ministros en sesión del Pleno, por lo que, al menos en teoría, existe la posibilidad de que algún ministro cambie el sentido de su voto.

3. *Suspensiones de la Reforma LIE.* Es importante recordar que todavía existen suspensiones vigentes –con efectos generales– otorgadas a favor de particulares en múltiples juicios de amparo. Hasta que la última de dichas suspensiones con efectos generales no sea revocada por los tribunales colegiados de circuito, **la Reforma LIE no podría ser aplicada por el Gobierno Federal**, independientemente de lo resuelto el pasado 7 de abril por la SCJN.
4. *Amparos Vigentes y Nuevos Amparos.* Algunos particulares han obtenido sentencias favorables en primera instancia contra la Reforma LIE. Dichos amparos continuarán con sus procesos hasta que sean resueltos definitivamente. En caso de que las autoridades responsables impugnen esas decisiones, y los recursos de revisión correspondientes sean atraídos para resolución por parte de la SCJN, dichos amparos serían resueltos por las salas de la SCJN, por mayoría simple de votos (es decir, por 3 de los 5 Ministros que componen cada Sala y no por mayoría calificada de ocho (8) votos), **por lo que, considerando el sentido de los votos y los argumentos de los Ministros en la reciente sesión de la SCJN, existe una alta probabilidad de que la Reforma LIE sea declarada inconstitucional.**

¿Qué deben hacer los participantes de la industria afectados por la Reforma LIE?

Los integrantes de la industria eléctrica deben continuar con el trámite normal de los juicios de amparo que hubieren iniciado, y **estar atentos a actos de aplicación** en relación con el despacho de sus centrales, adquisición de energía eléctrica o productos por parte de CFE fuera de subastas, negativas para el otorgamiento de permisos, inicios de procedimientos de revocación de permisos legados de autoabastecimiento o renegociación de contratos PIEs, **con el fin de mantener vigentes sus derechos para impugnar dichos actos. El plazo para presentar un amparo en contra del primer acto de aplicación de la Reforma LIE es de quince (15) días hábiles** a partir de la fecha en la que el afectado tuvo conocimiento de dicho acto de aplicación.

En Galicia Abogados estamos preparados para asistirlos en relación con cualquier procedimiento relacionado con los efectos de la resolución de la SCJN que se discute en la presente nota.

* * *



Este documento es un resumen con fines de divulgación exclusivamente. No constituye opinión alguna ni podrá ser utilizado ni citado sin nuestra autorización previa y por escrito. No asumimos responsabilidad alguna por el contenido, alcance o uso de este documento. Para cualquier comentario respecto al mismo, favor de dirigirse con cualquier socio de nuestra firma.

