

RITCH

M U E L L E R

Resuelve la SCJN en contra del Ejecutivo Federal y la SENER la controversia constitucional presentada por COFECE

El pasado 3 de febrero de 2021, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("SCJN") resolvió la controversia constitucional promovida por la Comisión Federal de Competencia Económica ("COFECE") en contra del acto administrativo consistente en el "Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional" (el "Acuerdo"), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2020, por la Secretaría de Energía ("SENER").

Al controvertir el Acuerdo, la COFECE señaló que algunas disposiciones del Acuerdo (i) resultaban contrarias al principio de legalidad contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("CPEUM") al carecer de motivación que justificara la necesidad de la política implementada, a la luz de las mejores prácticas internacionales en términos de competencia; (ii) contravenían los principios de competencia económica y libre concurrencia que se establecen en el artículo 28 de la CPEUM, incluyendo los derechos de los consumidores a tener acceso a bienes y servicios en condiciones de competencia; (iii) afectaban la autonomía y esfera competencial de la COFECE y la regularidad del ejercicio de sus atribuciones, en quebranto del principio de división de poderes previsto en el artículo 49 de la CPEUM; y (iv) contravenían los principios de supremacía constitucional y de no contradicción normativa consagrados en el artículo 133 de la CPEUM, así como en las leyes aplicables al sector energético.

El Acuerdo impugnado, según señaló la COFECE y reconoció la SCJN, impide que exista un mercado eficiente de generación y suministro de energía eléctrica en el que puedan participar y competir diversas empresas con la Comisión Federal de Electricidad ("CFE"), pues el mismo representa un obstáculo, *ex ante*, al ejercicio eficaz de las atribuciones que le son encomendadas a la COFECE por el artículo 28 de la CPEUM. Asimismo, COFECE resaltó que el Ejecutivo Federal no tiene permitido emitir regulaciones que incidan de manera preponderante o casi absoluta en aquella materia que haya sido encomendada a la COFECE como órgano constitucional autónomo, toda vez que, precisamente para evitar intromisiones de otros poderes, es que se le dotó de autonomía y de garantías institucionales. Finalmente, COFECE sostuvo que, al vulnerar los principios constitucionales anteriormente señalados, el Acuerdo provoca un vacío en dichas facultades, lo cual es contrario al principio de división de poderes.

En el contexto de la demanda presentada por la COFECE, ésta identificó principalmente las siguientes afectaciones en materia de competencia económica derivadas del mismo:

- (i) El Acuerdo impugnado compromete el acceso abierto y no discriminatorio a las redes de transmisión y distribución, eliminando la capacidad para competir en el mercado de generación y suministro.
- (ii) El Acuerdo compromete el despacho económico, eliminando la capacidad para competir en el mercado de generación, al buscar privilegiar la "confiabilidad" del Sistema Eléctrico Nacional ("SEN") sobre la eficiencia económica.

- (iii) El Acuerdo otorga ventajas exclusivas en favor de la CFE y privilegia plantas menos eficientes y más contaminantes, eliminando los incentivos para producir a mejores costos y con mejores tecnologías.
- (iv) El Acuerdo puede llegar a comprometer la autonomía técnica y neutralidad del Centro Nacional de Control de Energía como operador del SEN y favorecer indebidamente a la CFE.

Se hace especial mención que la SCJN, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones del Acuerdo impugnadas por COFECE, apuntó lo siguiente:

- (i) Respecto del fortalecimiento de la CFE (disposiciones impugnadas 1.2.4, 3.8 (3.8.4 y 3.8.5) 5.4 y 5.23, de las cuales se declaró la invalidez de las disposiciones 3.8.4, 5.4 y 5.23): el que dentro de los objetivos para el establecimiento de una política de confiabilidad se incluya el fortalecimiento de la planificación estratégica de CFE (sus empresas productivas del estado y empresas filiales), para promover la planificación integral del SEN y garantizar el carácter de servicio de interés público y universal del suministro eléctrico, no implica una vulneración a la CPEUM ni atenta contra los principios de competencia y libre concurrencia. Por otro lado, el que la CFE pueda proponer proyectos estratégicos en relación con centrales eléctricas, así como con la ampliación y modernización de las redes de transmisión, otorga una ventaja exclusiva e indebida, que distorsiona el proceso de competencia y libre concurrencia y genera incertidumbre jurídica a los participantes. Se advirtió también que el acceso abierto en condiciones no indebidamente discriminatorias a las redes de transmisión se ve afectado por la prelación establecida en el Acuerdo respecto de la interconexión de los proyectos estratégicos que así defina la SENER.
- (ii) Respecto del Dictamen de viabilidad e Incorporación de Energías Limpias Intermitentes (disposiciones impugnadas 5.7, 5.12, 5.12.1, 5.12.2, 5.12.3, 5.12.5, 5.12.6, 5.12.8, 5.12.11, 5.13 y 5.15 y 10.2, de las que se declaró la invalidez de las disposiciones 5.7, 5.12, 5.12.1, 5.12.2, 5.12.3, 5.12.4, 5.12.5, 5.12.6, 5.12.7, 5.12.8, 5.12.9, 5.12.10, 5.12.11, 5.12.12, 5.13, 5.15 en la porción “y el dictamen de viabilidad de interconexión emitido por el CENACE” y 10.2): las disposiciones relativas a las facultades del CENACE para que evalúe la viabilidad de las solicitudes de los estudios de interconexión y, por razones de confiabilidad y sobre la base de la evaluación de la viabilidad, pueda rechazar las solicitudes de estudios de interconexión (y que la CRE pueda requerir un dictamen de viabilidad de interconexión emitido por el CENACE para considerarlo en el otorgamiento de permisos de generación de energía), se declararon inválidas al considerarse que el CENACE no tiene tales competencias. Por otro lado, se reconoció la importancia de eliminar el trato distinto injustificado y barreras a la entrada de centrales eléctricas que generan energía limpia.
- (iii) Respecto del despacho económico (disposiciones impugnadas 7.1 y 8.4, mismas que se declararon inválidas): se reconoce e invalida que la seguridad del despacho tiene prelación sobre eficiencia económica, así como la facultad del CENACE de instruir en cualquier momento la asignación y despacho de unidades de central eléctrica *fuera de mérito*, considerando que lo anterior redundaría en un detrimento de plantas más eficientes.

Por otro parte, en su resolución la SCJN reconoció la validez del fortalecimiento de la planificación de CFE y sus empresas para promover la planificación del SEN, así como las disposiciones relacionadas con nuevos servicios conexos vinculados a la operación del SEN y con el balance de potencia de energías limpias intermitentes (disposiciones 4.17, 8.10 y 10.8), al no considerarlas discriminatorias.

Una vez que la resolución de la SCJN sea notificada a las partes surtirá efectos generales (*erga omnes*) y únicamente subsistirán y entrarán en vigor las disposiciones del Acuerdo que la SCJN no declaró inconstitucionales.

RITCH M U E L L E R

La controversia constitucional planteada por COFECE en relación con el Acuerdo resalta la importancia de contar en México con una autoridad técnica, como órgano constitucional autónomo, protector y promotor de la competencia en los mercados en beneficio de la sociedad. Por su parte, la resolución de la SCJN al respecto deja una vez más de manifiesto la importancia de contar en México con una SCJN defensora del orden establecido en la CPEUM, resolviendo en definitiva asuntos que son de gran importancia para el país.

En caso de requerir información adicional favor de contactar a Octavio Olivo Villa (oolivo@ritch.com.mx), James E. Ritch Grande Ampudia (jritch@ritch.com.mx), José Miguel Ortiz Otero (jmortiz@ritch.com.mx) o Marta Loubet Mezquita (mloubet@ritch.com.mx), integrantes del equipo de competencia económica de Ritch Mueller.

**Torre Virreyes, Av. Pedregal No. 24 piso 10
Molino del Rey, 11040 Ciudad de México
+52 55 9178 7000
contacto@ritch.com.mx / www.ritch.com.mx**