

Emisión de recomendaciones por parte de la COFECE en materia energética

El 7 de octubre de 2020, la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE” o “Comisión”) emitió comentarios y recomendaciones a la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (“CONAMER”) sobre la regulación emitida por la Comisión Reguladora de Energía (“CRE”), la cual modifica el esquema de permisos de autoabastecimiento y cogeneración de energía eléctrica.¹

ANTECEDENTES

El 13 de febrero de 2020 la CRE presentó ante la CONAMER el proyecto de “Acuerdo de la Comisión Reguladora de Energía por el que se modifican las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen los términos para solicitar la autorización para la modificación o transferencia de permisos de generación de energía eléctrica o suministro eléctrico, contenidas en la Resolución Número RES/390/2017” (las “**Modificaciones a las Disposiciones**”) solicitando la exención de análisis de impacto regulatorio (“AIR”), el cual fue rechazado por la CONAMER el 17 de febrero de 2020.

Posteriormente, el 5 de octubre de 2020 la CRE volvió a presentar las Modificaciones a las Disposiciones ante la CONAMER, solicitando nuevamente su exención del AIR; sin embargo, al día siguiente el Órgano de Gobierno de la CRE aprobó la Regulación sin que la CONAMER se hubiese pronunciado sobre la exención a la AIR y sin haber recibido el dictamen final correspondiente.

MARCO JURÍDICO APLICABLE AL RÉGIMEN DE AUTOABASTECIMIENTO Y COGENERACIÓN

1. Marco jurídico previo a la emisión de la Ley de la Industria Eléctrica

Antes de la emisión de la Ley de la Industria Eléctrica (“LIE”) la ley que regía el sector era la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (“LSPEE”), la cual fue reformada el 23 de diciembre de 1992 con el objetivo de ampliar y definir la participación de particulares en las actividades de generación, importación y exportación de energía eléctrica. Particularmente, en su artículo 3 se permitió la generación de energía eléctrica para el autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción, la cual dio origen al régimen de permisos de generación de energía eléctrica bajo las modalidades de autoabastecimiento y cogeneración, entre otras modalidades, por parte de particulares.

Así, con el objetivo de dotar de un marco regulatorio para el otorgamiento y funcionamiento de estos permisos, el 31 de mayo de 1993 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el Reglamento de la Ley del

¹ <https://www.cofece.mx/cofece-emite-recomendaciones-a-regulacion-que-modifica-el-esquema-autoabastecimiento-y-cogeneracion-de-energia-electrica/>.

Servicio Público de Energía Eléctrica (el “**Reglamento**”), el cual estableció que los particulares que cuenten con permisos de autoabastecimiento podrían generar energía para (i) ser consumida por los mismo particulares (autoabastecimiento) o (ii) vender sus excedentes a la Comisión Federal de Electricidad (“**CFE**”).

El artículo 101 del Reglamento definió al autoabastecimiento como “*la utilización de energía eléctrica para fines de autoconsumo siempre y cuando dicha energía provenga de plantas destinadas a la satisfacción de las necesidades del conjunto de los copropietarios o socios*”². Asimismo, el artículo 36 de la LSPEE estableció la limitación a los permisionarios para impedir que entreguen energía eléctrica a terceros que no fueran socios de la sociedad permisionaria, salvo que se incluyeran, previa autorización, en los planes de expansión asociados a los permisos o por medio de una cesión de derechos.

En relación con la venta de excedentes, la LSPEE estableció que los permisionarios de autoabastecimiento deben poner a disposición de la CFE sus excedentes de generación de energía eléctrica, para lo cual los permisionarios celebraban convenios con la CFE para la adquisición del excedente de energía cuyos excedentes fueran de 20 megawatts (“**MW**”) o menos, y convenio de compra de energía con los que tuvieran excedentes superiores a dicho monto.

2. Marco jurídico posterior a la emisión de la LIE

Con la publicación de la LIE en el DOF el 11 de agosto de 2014 se abrogó la LSPEE. En el transitorio segundo de la LIE se estableció que los permisos de autoabastecimiento y cogeneración otorgados o tramitados conforme a la LSPEE serían respetados en sus términos, sin embargo, en el transitorio décimo se menciona que dichos permisos conservarán su vigencia original y no podrán ser prorrogados. Asimismo, se estableció la posibilidad de que los permisionarios de autoabastecimiento y cogeneración soliciten la migración a permisos con carácter único de generación a fin de que éstos sean regulados de acuerdo con la LIE.

En sintonía con lo anterior, de conformidad con la LIE y Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (“**LORCME**”) se estableció que la CRE tendría la facultad de revisar y autorizar las modificaciones al plan de expansión y de alta y baja de socios. En relación con la venta de excedentes a la CFE, con la expedición de la LIE se crearon los Contratos de Interconexión Legados, que son los contratos celebrados con base en la LSPEE, pudiendo éstos ser modificados respecto al alta y baja de centros de carga, siempre y cuando no implique una modificación a su vigencia.

3. Las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen los términos para solicitar la autorización para la modificación de permisos de generación de energía eléctrica (RES/390/2017)

En función de las atribuciones otorgadas por la LIE, la CRE se encuentra facultada para autorizar y resolver las modificaciones a los permisos otorgados bajo la LSPEE. Así, para dotar de un marco normativo aplicable a dichas modificaciones, el 17 de abril de 2017 la CRE publicó en el DOF la Resolución RES/390/2017, mediante la cual se emitieron las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen los requisitos para tramitar ante la CRE las modificaciones y transferencias en materia de permisos de autoabastecimiento (las “**Disposiciones**”).

En las Disposiciones se establecieron: (i) los supuestos por los que no podrían modificarse los permisos, (ii) los requisitos a cumplir para modificar a las personas autorizadas como beneficiarios de la energía eléctrica o establecimientos asociados a la cogeneración, y (iii) se estableció que los centros de carga no están obligados a ser incluidos en el en el Registro de Usuarios Calificados (“**RUC**”), podrán ser incluidos en los permisos otorgados en la LSPEE.

² De conformidad con el artículo 36 de la LSPEE en los casos en los que existieran varios solicitantes para un permiso de autoabastecimiento respecto de una central eléctrica, éstos tendrán el carácter de copropietarios o socios, cuando su objeto sea la generación de energía eléctrica para satisfacción de las necesidades de autoabastecimiento de los integrantes de dicha sociedad.

En este sentido, con base en la LIE y las Disposiciones sólo permiten incluir como socios de los permisionarios de autoabastecimiento y cogeneración a: (i) los centros de carga que ya recibían el servicio público de energía eléctrica a la entrada en vigor de la LIE, independientemente de su demanda; y (ii) los centros de carga que no recibían el servicio público antes de la LIE, siempre y cuando, dado su nivel de demanda, no estén obligados a incluirse en el RUC, es decir, los Usuarios Básicos.³

Es necesario resaltar que, de acuerdo con las Disposiciones, los permisos de autoabastecimiento tienen una capacidad de generación fija determinada en los Contratos de Interconexión Legados, así como una vigencia definida, lo cual implica que una vez que la vigencia original de los permisos concluya, los permisionarios podrán migrar al régimen establecido en la LIE o salir del mercado.

MODIFICACIONES CONTEMPLADAS EN LAS MODIFICACIONES A LAS DISPOSICIONES

Como se mencionó anteriormente, el 5 de febrero la CRE solicitó a la CONAMER la exención de la AIR. Así, los objetivos principales de las Modificaciones a las Disposiciones se centraban en: (i) facilitar la transición del régimen precio regulado por la LSPEE hacia el régimen establecido en la LIE, (ii) favorecer el suministro de energía eléctrica bajo el marco normativo de la LIE, y (iii) permitir una coexistencia entre los dos marcos jurídicos sin generar condiciones adversas entre los permisionarios de los dos esquemas.

Con los objetivos anteriores la CRE incluyó dentro de la disposición sexta una cuarta fracción que establece que no se podrán modificar los permisos de generación cuando se trate de alta de nuevos centros de carga que hayan celebrado un contrato de suministro básico bajo la LIE.

De igual forma se eliminó el numeral “i”, se realizaron modificaciones a los numerales “ii”, “iii” y “iv” y se agregó el numeral “v”, todos del inciso “e” de la disposición novena relacionada con los permisos otorgados bajo la LSPEE. Estos cambios relacionados con el cambio de las personas autorizadas como beneficiarios de la energía eléctrica o establecimientos asociados a la cogeneración pueden resumirse en los siguientes puntos:

- a) Numeral “i”.- Se eliminó la posibilidad incluir personas nuevas como socios, que no hubieran sido previamente autorizadas en el permiso, mediante una solicitud de inclusión en los planes de expansión correspondientes.
- b) Numeral “ii”.- La documentación requerida en este numeral para la realización de la modificación del permiso se limitó para que solo sea aplicable a los socios incluidos en los planes de expansión.
- c) Numeral “iii”.- Se acotó el inciso para hacer referencia a la necesidad de proporcionar la información relativa con las demandas máximas de los centros de carga.
- d) Numeral “iv”.- Se realizaron las siguientes modificaciones:
 - i. Se agregó la necesidad de presentar la información que solicite la CRE para acreditar que no es un centro de carga que haya celebrado contratos de suministro bajo la LIE.
 - ii. Para los centros de carga que tengan un contrato bajo la LIE y para los que estén obligados a estar registrados en el RUC, una vez concluida su vigencia no podrán ser incluidos en permisos de autoabastecimiento y cogeneración otorgados bajo la LSPEE, debiendo sujetarse a la normativa aplicable al Suministro Básico o Calificado.
 - iii. Se establece que los centros de carga que ya se encuentren en el RUC y hayan solicitado su baja del mismo, no podrán ser incluidos en estos permisos y deberán sujetarse a la normativa aplicable al Suministro Básico o Calificado.
- e) Numeral “v”.- Se agregó el numeral “v” estableciendo que los socios ya aprobados o en planes de expansión, que se hayan fusionado o escindido, deberán de acreditar su carácter de socio o beneficiario de la energía eléctrica, siempre y cuando no se incluyan nuevos centros de carga.

³ Los Usuarios Básicos son aquellos centros de carga con una demanda menor a 1 MW, mientras que los Usuarios Calificados son aquellos centros de carga que reportan una demanda igual o mayor a 1 MW.

Las modificaciones anteriores implican la eliminación de la posibilidad de dar de alta en los permisos de generación a centros de carga que cuentan con un contrato de Suministro Básico al amparo de la LIE, favoreciendo que permanezcan con el único proveedor de este servicio, así como a usuarios que, sin estar obligados por la LIE, hubieran migrado al servicio calificado y quisieran salirse de este esquema, obligándolos a permanecer en éste o a contratar el servicio de suministro básico con CFE, por ser el único oferente de este servicio.

COMENTARIOS DE LA COMISIÓN A LAS MODIFICACIONES A LAS DISPOSICIONES

Con base en lo anterior, la Comisión detectó tres problemáticas derivadas de los posibles efectos en materia de competencia y libre concurrencia que podrían generar las Modificaciones a las Disposiciones y emitió recomendaciones al respecto.

1. Incertidumbre generada por la reducción de los incentivos a invertir y la limitación a la posibilidad de competir en el mercado

En términos de lo señalado por la COFECE, las Modificaciones a las Disposiciones implican un cambio sustantivo de las reglas de operación de los permisos otorgados bajo la LSPEE; mismas que, conforme a los artículos segundo y décimo transitorios de la LIE, debían ser respetadas. Lo anterior podría afectar los términos y condiciones de los Contratos de Interconexión Legados, desincentivando la inversión y la participación en este mercado.

Asimismo, considerando que estos permisos constituían una alternativa de suministro para la industria en el contexto de un sector eléctrico que operaba bajo un monopolio verticalmente integrado, su diseño generaba un escenario adecuado para que los inversionistas recuperaran sus inversiones.

Al impedir que los permisionarios puedan atraer nuevos socios o sustituir a los que salen, se dificultará la recuperación de la inversión y los costos, desmotivando las inversiones en expansión, mantenimiento y sustitución tecnológica, lo cual pudo haber generado mejores condiciones para sus usuarios, mermando así la operación del Sistema Eléctrico Nacional en su conjunto.

2. Limitación de las opciones de los usuarios del servicio básico

La Comisión consideró que las Modificaciones a las Disposiciones podrían limitar las opciones de los usuarios de servicios básicos, ya que aquéllos que no recibieran el suministro antes de la entrada en vigor de la LIE no podrían darse de alta en los contratos de autoabastecimiento y estarían obligados a contratar el servicio con CFE Suministro Básico, quien actualmente es el único oferente de servicios en ese mercado.

Particularmente, la adición del numera “iv” de la disposición sexta y la modificación al inciso “iv” de la fracción I de la disposición novena, contemplan la eliminación de la posibilidad de que los centros de carga que hayan contratado a CFE Suministro Básico puedan obtener la electricidad de algún permisionario de autoabastecimiento o cogeneración, dejándolos con una sola opción para cubrir sus necesidades.

Lo anterior inhibe la necesidad de que CFE Suministro Básico compita por atraer y retener a estos usuarios mediante mejores condiciones de suministro, lo cual implicaría otorgarle una ventaja a la CFE al asegurar de manera artificial la permanencia de los usuarios en el suministro básico.

Como resultado, se estaría eliminando la posibilidad de que los usuarios puedan optar por opciones más convenientes para adquirir la electricidad, incrementando sus costos y disminuyendo artificialmente la competencia en los mercados en los que participa CFE.

3. *Otorgamiento de ventajas exclusivas a CFE Suministro Básico*

Por último, la COFECE consideró que las Modificaciones a las Disposiciones podrían conferirle a CFE Suministro Básico, como el único oferente del servicio, ventajas exclusivas, ya que podría beneficiarse al retener como clientes a aquellos nuevos usuarios con demandas menores de 1 MW que se verían impedidos a asociarse con permisionarios de autoabastecimiento o cogeneración.

Asimismo, los excedentes de energía eléctrica que los permisionarios de autoabastecimiento que no se encuentren asignados deberían ponerse a disposición de CFE de conformidad con los términos y condiciones de los Contratos de Interconexión Legados, lo cual permite inferir que CFE podría disponer de dichos excedentes de los permisionarios a un precio menor que el del mercado.

4. *Otorgamiento de ventajas exclusivas a CFE Suministro Básico*

Partiendo de las tres problemáticas antes descritas y detectadas por la Comisión, ésta considera que dado el marco regulatorio de los permisos otorgados bajo la LSPEE deberían extinguirse paulatinamente dada la imposibilidad de prorrogarlos, pero esto no quiere decir que no deba reconocerse la racionalidad de estos permisos, debiéndose respetar las condiciones bajo las cuales operan.

Por tanto, la Comisión estima que en caso de que la CRE considere necesario modificar el régimen de transición, se recomendó que los cambios que se implementen deben respetar lo establecido en los artículos transitorios de la LIE, para así permitir la recuperación de las inversiones realizadas y planeadas, evitando otorgar ventajas exclusivas a otros participantes de la industria.

En este orden de ideas, la Comisión consideró que el análisis establecido en la Ley General de Mejora Regulatoria es fundamental para identificar e implementar las mejoras regulatorias, por lo que las Modificaciones a las Disposiciones deben someterse al procedimiento de AIR de la CONAMER previo a su publicación en el DOF.

ALTERNATIVAS ANTE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MODIFICACIONES A LAS DISPOSICIONES

En términos de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”), existen dos medios – no excluyentes- que los afectados por las Modificaciones a las Disposiciones podrían emplear en contra de los posibles efectos que pudieran generarse por su implementación, así como recurrir al Poder Judicial a través de un juicio de amparo por la emisión de las Modificaciones a las Disposiciones y/o que éstas no cuenten con la AIR de la CONAMER.

Entendemos que al día de hoy no existe una afectación actual y directa con motivo de la emisión de las Modificaciones a las Disposiciones; sin embargo, considerando las posibles implicaciones, se sugiere instar a la Comisión bajo cualquiera de las siguientes vías: (i) la presentación de una denuncia por la comisión de prácticas monopólicas relativas; y/o, (ii) la presentación informal de un reporte que pudiera dar lugar al inicio de una investigación por la existencia probables barreras a la competencia y libre concurrencia.

Estos dos procedimientos guardan diferentes condiciones en cuanto a su naturaleza, tiempos y resultados, por tal razón a continuación se ofrece una breve explicación de cada uno de estos.

1. *Denuncia por la comisión de prácticas monopólicas relativas*

Bajo esta vía se presentaría una denuncia formal en contra de la CRE por la posible comisión de prácticas monopólicas relativas consistentes en: (i) un trato discriminatorio⁴ en contra de los permisionarios sujetos a la LSPEE y (ii) el establecimiento de una acción⁵ que tiene el objeto y efecto de obstaculizar el proceso productivo.

⁴ Art. 56 fracción V de la LFCE.

⁵ Art. 56 fracción XI de la LFCE.

La denuncia puede ser presentada ante la COFECE por cualquier persona, sin que realmente se trate del afectado. En caso de que la denuncia sea admitida, se tramitaría un procedimiento de investigación que puede durar hasta treinta meses, seguido de un procedimiento administrativo que regularmente tarda ocho meses y que culmina con la emisión de una resolución en la que se puede sancionar al agente económico que incurrió en la conducta anticompetitiva.

La sanción que la Comisión puede imponer por la realización de prácticas monopólicas puede ser la supresión de la conducta, así como la imposición de una multa. En caso de que se impusiera una sanción y se pudiera acreditar que alguno de los permisionarios resultó afectado con motivo de las acciones denunciadas, se podría buscar la restitución de los daños y perjuicios.

Ahora bien, existen retos asociados a esta vía, pues para concluir exitosamente este procedimiento se tendría que demostrar que el CRE es un agente económico que se encuentra sujeto a la materia de competencia económica, así como acreditar que las facultades que contempladas en las Modificaciones a las Disposiciones no consisten actividades estratégicas en términos del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”), pues en caso contrario dichos actos no estarían sujetos a la LFCE.

En resumen, mediante esta vía los permisionarios tienen la posibilidad de urgir formalmente a la COFECE de iniciar un procedimiento en contra de CRE que puede beneficiarlos, actual o potencialmente, en contra de la implementación de las Modificaciones a las Disposiciones; sin embargo, se trata de un procedimiento que puede durar 30 meses, aproximadamente; en el que deberán solventarse diversas interrogantes sobre la procedencia de la regulación en materia de competencia.

2. Reporte informal por la existencia de barreras al proceso de competencia

Al amparo de un nuevo procedimiento⁶ creado bajo la última reforma constitucional en materia de competencia económica, existe la posibilidad de que los permisionarios presenten, informalmente, un reporte mediante el cual demuestren que no existen condiciones de competencia efectiva en el mercado como consecuencia de las Modificaciones a las Disposiciones, a fin de determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia como resultado de la emisión de las Modificaciones a las Disposiciones.

Es relevante mencionar que este tipo de procedimientos no pueden ser solicitados formalmente por ningún particular, por tal razón se tendría que presentar elementos suficientes que motiven que la Comisión inicie de oficio dicha investigación; sin que lo anterior garantice que la COFECE tendrá una obligación formal de iniciar dicho procedimiento.

Este tipo de procedimientos se componen de un procedimiento de investigación que puede durar hasta dieciocho meses y de un procedimiento administrativo que dura seis meses, aproximadamente.

A diferencia del procedimiento anterior, bajo este no se emitiría una sanción en contra de la CRE, sino que se emitiría una resolución mediante la cual se pueden presentar recomendaciones a las autoridades públicas, en este caso CRE y/o CONAMER (como organismo encargado de la mejora regulatoria); o bien ordenar la eliminación de la barrera al proceso de competencia identificada, en caso de que pueda considerarse a la CRE como un agente económico en términos de LFCE.

Bajo este procedimiento persiste el reto de demostrar que las facultades bajo las que está actuando CRE no se encuentran identificadas como actividades estratégicas en términos de la CPEUM. No obstante, es probable que la COFECE no se vaya pronunciar sobre tal determinación, dejando que sea el Poder Judicial quien se pronuncie sobre tal situación.

⁶ Art. 94 de la LFCE.

Este procedimiento, más breve que el anterior, parecería ajustarse más a las particularidades contenidas en las Modificaciones a las Disposiciones; sin embargo, se deberán recabar elementos suficientes que permitan que la Comisión arranque de oficio esta investigación. Al respecto, cabe señalar que nuestro despacho ha logrado impulsar lo anterior, en más de una ocasión.

3. *Interposición de un amparo en contra de la emisión de la Modificación de las Disposiciones y/o la falta de pronunciamiento de la CONAMER*

Como alternativa adicional, los permisionarios que consideren que son afectados en sus intereses jurídicos a raíz de la emisión de las Modificaciones de las Disposiciones pueden acudir ante el Poder Judicial por la vía del amparo para solicitar la protección de sus derechos adquiridos en los permisos otorgados con base en la LSPEE y los transitorios aplicables de la LIE.

Asimismo, los permisionarios agraviados podrían iniciar un juicio de amparo con base en el concepto de violación consistente en que las Modificaciones de las Disposiciones no cuentan con el dictamen final de la CONAMER sobre la exención de la AIR, el cual es un requisito obligatorio en la elaboración de leyes, decretos legislativos y actos de carácter general, que generan costos de cumplimiento para los particulares.

Con base en lo anterior, los permisionarios se encuentran plenamente facultados para interponer una demanda de amparo con base en los dos supuestos anteriores, lo cual podría conferirles medidas precautorias a corto plazo (suspensión provisional del acto reclamado) y una posible resolución definitiva que los exima del cumplimiento con las Modificaciones de las Disposiciones.

Para obtener información adicional, contactar a nuestros expertos:

Fernando Carreño, Partner:

+52 (55) 5258 1042 | fcarreño@vwys.com.mx

Gerardo Rodríguez, Asociado:

+52 (55) 5258 1042 | grodriguez@vwys.com.mx

Michel Llorens, Asociado:

+52 (55) 5258 1042 | mllorens@vwys.com.mx

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.
Ciudad de México, a 15 de octubre del 2020.

A T E N T A M E N T E