**VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN, EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 64/2021.**

1. La presente acción de inconstitucionalidad tiene como materia de estudio el **decreto de reforma a la Ley de la Industria Eléctrica publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de marzo de dos mil veintiuno,** sobre lo cual el proyecto que fue materia de discusión en el Tribunal Pleno proponía sostener que, en su totalidad, se ajustaba a la Constitución Federal.
2. A través del presente voto, me permito exponer las razones por las que me manifesté en contra de ciertas consideraciones recogidas en la ejecutoria, y otras que, aunque no subsistieron dada la desestimación de la acción de inconstitucionalidad en determinados aspectos, justifican mi posicionamiento en cuanto a que algunas de las normas reformadas transgreden nuestra Carta Magna.
3. En principio, destaco que mediante la reforma constitucional en materia energética de diciembre de dos mil trece, se introdujo un nuevo modelo que permite la participación de actores privados en dos de las cuatro etapas del proceso eléctrico, específicamente en la generación y en el suministro (o comercialización); en las cuales la Carta Magna es clara al incorporar como principios rectores, por una parte, la **competencia y libre concurrencia** y, por otra, el **principio de sustentabilidad,** conforme a lo cual debe preferirse a la mejor oferta en cuanto a eficiencia, calidad, limpieza y costo, ninguno otro.
4. Así, no coincido con los argumentos sostenidos en la ejecutoria (y que ya no deben subsistir en ella) en cuanto a que la Constitución Federal pugna por el fortalecimiento de la Comisión Federal de Electricidad, pues, insisto, la pretensión del Constituyente Permanente fue permitir la participación de otros actores en el mercado eléctrico; lo que me llevó a apartarme parcialmente de las consideraciones del proyecto presentado respecto de que el fortalecimiento de esa comisión, como empresa del Estado, forma parte de las atribuciones estatales para reforzar la soberanía y para garantizar el servicio público de energía eléctrica, en el cual el Estado debe seguir teniendo un papel principal.
5. Por otra parte, adquieren relevancia tres temas que, bajo mi consideración y como lo expresaron otros integrantes de este Alto Tribunal, revelan vicios de inconstitucionalidad en ciertas normas reformadas mediante el decreto impugnado, a saber: **I)** el orden del despacho en el sistema eléctrico nacional, **II)** el mecanismo de certificados de energías limpias, y **III)** el supuesto de revocación de permisos de autoabastecimiento; temas que procedo a desarrollar a continuación:
6. **I) ORDEN DEL DESPACHO EN EL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL.** Al igual que como lo señalaron toralmente los Ministros González Alcántara Carrancá, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y el que suscribe en la discusión y votación del asunto, es de insistirse en que los ejes rectores de la reforma constitucional de diciembre de dos mil trece se constituyen por la competencia y la libre concurrencia y, además, por la sustentabilidad, lo que revela que la intención de la reforma **no fue dar preferencia a una empresa productiva del Estado por sí, sino crear un escenario en el que sea la mejor oferta en cuanto a eficiencia y precios la que rija la prioridad en el despacho** y, más aún, que en él compitan todas las energías privilegiando las limpias como un compromiso intangible con el medio ambiente global.
7. Empero, el legislador secundario introdujo los llamados **"contratos de cobertura eléctrica con compromiso de entrega física",** los cuales requieren que las empresas generadoras tengan una capacidad de energía verificable al momento de ser celebrados, lo que provoca que a estos contratos tengan acceso solamente las empresas con mayor escala de producción y almacenamiento; esto es, desde ya, una barrera a la competencia y a la libre concurrencia.
8. Así, si bien el privilegio competitivo no deriva propiamente de la existencia de esos contratos de entrega física, **lo cierto es que sí lo provoca al tener implícito que ello sólo es factible a partir de considerar las condiciones que caracterizan y distinguen a los generadores estatales, lo cual evidencia un tratamiento privilegiado que el legislador estableció para ellos, y que se infiere claramente del artículo 26 de la Ley de la Industria Eléctrica.**
9. Luego, el hecho de que cualquier **Suministrador de Servicios Básicos** pueda celebrar estos "contratos con compromiso de entrega física", no hace desaparecer el trato prioritario, pues en éstos participan también los generadores; lo que revela que, quienes están en aptitud de celebrar este tipo de acuerdos, tienen una situación preponderante, lo cual por su propia naturaleza riñe con la competencia que diseñó la Constitución Federal en esta materia, en tanto se consideraron prioritarios en el uso de las redes generales de distribución.
10. Situación que adquiere más relevancia si se advierte que la reforma legal impugnada, por una parte, exige que el contrato para el suministro básico debe contener un compromiso de entrega física y, por otro, ordena al CENACE y, por ello, a los transportistas y distribuidores, a **considerar en primer orden en la asignación a las redes** a estos "contratos de cobertura eléctrica con compromiso de entrega física", lo que **implica injustificadamente un trato privilegiado violatorio de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Federal.**
11. Sobre todo porque, se insiste, no toda central eléctrica está en condiciones de celebrar ese tipo de contratos, pues **algunas de ellas, aunque pueden comprometer entregas, no lo podrán cumplir a tiempos futuros extendidos.**
12. De ahí que este orden en el despacho, que no atiende a los principios de competencia por virtud de **eficiencia, costos y limpieza,** transgrede directamente el régimen constitucional del mercado eléctrico.
13. Asimismo, la Ley de la Industria Eléctrica prevé cuál es el costo con base en el que los agentes económicos deben realizar la oferta de la energía que producen. Antes del decreto de reforma impugnado se estableció que esto se reduce al **costo de producción equivalente al marginal en términos económicos,** mientras que, en el actual texto legal, el costo conforme al cual debe hacerse la oferta se transforma en el **costo unitario.**
14. Al respecto, es de destacarse que las empresas que tienen una mayor escala productiva tienen costos unitarios menores, debido a que en la medida en que una empresa es más grande y tiene mayores insumos y capacidad, sus costos por unidad son menores. Así, **el indicador sobre costos unitarios favorece a las empresas que cuentan con mayor escala productiva, relegando indiscutiblemente a las más pequeñas;** esto constituye una barrera a la competencia y que, además, impacta necesariamente en el consumidor, pues el indicador para fijar el precio de la electricidad para los usuarios finales será el costo unitario y no el variable o marginal, siendo que el primero es evidentemente mayor porque incluye la parte conducente de la inversión más lo que cuesta generar la unidad de energía, mientras que el segundo sólo abarca esto último.
15. De ahí que la modificación de costos de producción marginales por costos unitarios se constituye como una barrera que dificulta la política de competencia implementada por el Constituyente Permanente en el mercado eléctrico.
16. Respecto al acceso a la Red Nacional de Transmisión y a las Redes Generales de Distribución, adquiere relevancia que, bajo la lógica de competencia y libre concurrencia de la reforma constitucional, el acceso a esas redes por parte de los participantes del mercado es necesaria, porque el generador las requiere para poder vender su electricidad a los suministradores y éstos, a su vez, para recibirla y destinarla al consumo final; de ahí que el Constituyente Permanente, en el artículo décimo transitorio de la reforma de dos mil trece, estableció como facultad de la Secretaría de Energía la de **"fomentar el acceso abierto",** mientras que en el artículo decimosexto transitorio previó la obligación del CENER de operar mediante **"acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución".**
17. Sin embargo, el legislador secundario, en el artículo 4, fracción I, de la Ley de la Industria Eléctrica, ordena que se otorgue acceso abierto a las redes de transmisión y distribución **"cuando sea técnicamente factible", lo que, en principio, constituye una condicionante no prevista en el texto constitucional,** además de que podría constituirse **como otra barrera regulatoria infranqueable a la competencia, ya que los generadores y suministradores simplemente no podrían operar, sólo porque los consideren no factibles.**
18. Esto es, **la incorporación de la condicionante diluye la encomienda constitucional de dar acceso abierto a las redes** de transmisión y distribución, pues permite que el CENACE niegue el acceso a los generadores y suministradores, alegando cuestiones vinculadas con la infraestructura, lo que viola los principios de competencia y libre concurrencia que, por disposición expresa del Constituyente Permanente, rigen el mercado eléctrico.
19. Finalmente, **a través de la reforma legal impugnada se mantuvo el reconocimiento de los contratos legados** –que permiten acogerse al régimen anterior de contratación–, **pero los posibilitó en un contexto diferenciado,** esto es, permitió que puedan ser celebrados, sólo en el caso de que se trate de **centrales eléctricas legadas –es decir, de organismos, entidades o empresas del Estado–, aun cuando no cumplan con el requisito** de que, en el momento en que entró en vigor el nuevo régimen, ya estuvieran en condiciones de operar o ya estuvieran incluidas en el presupuesto de egresos.
20. Así, cualquier central del Estado (CFE), ya sea nueva o no, podrá ser considerada como legada y, por ello, **no tiene por qué acudir a las subastas como medio de asignación de un contrato de cobertura eléctrica (contrato de compra venta de energía),** sino que podrá hacerlo a través de un contrato de interconexión, que regía conforme a la anterior legislación, quedando relevada de acudir a la forma de contratación al que las empresas privadas sí están obligadas a satisfacer (subasta). Situación que, de suyo, **implica un trato diferenciado y privilegiado para los organismos y empresas del Estado** y, en consecuencia, que las condiciones de contratación no se ubiquen en un ámbito de sana competencia, como lo ordena la Constitución Federal.
21. Tan es así que el artículo 53 de la Ley de la Industria Eléctrica, en su texto reformado, eliminó la palabra "exclusivamente" que calificaba a las subastas como el único medio para celebrar contratos de energía, a efecto de dar paso a otras formas de llegar a acuerdos; lo que revela que la intención fue permitir que las empresas del Estado puedan acudir a medios diversos y privilegiados para lograr esos contratos.
22. Con base en lo expuesto en este apartado, considero que **los artículos 3, fracciones V, XII, XII bis y XIV, 4, fracciones I y VI, 26, 53, 101 y 108, fracción VI, de la Ley de la Industria Eléctrica, en la parte en que fueron reformados mediante el decreto publicado el nueve de marzo de dos mil veintiuno** –es decir, en cuanto introducen y dan prioridad a los contratos con compromiso de energía física y a los costos unitarios, condicionan el acceso a las redes a su factibilidad técnica, eliminan los requisitos para constituirse como una central eléctrica legada, y suprimen la exclusividad de las subastas como medio para celebrar contratos–, **resultan contrarios al principio de competencia y libre concurrencia introducido por el Constituyente Permanente para el mercado de energía eléctrica mediante la reforma constitucional de diciembre de dos mil trece.**
23. **II) EL MECANISMO DE CERTIFICADOS DE ENERGÍAS LIMPIAS.** De la misma manera en que lo señalaron esencialmente los Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y el que suscribe en la discusión y votación del asunto, la reforma constitucional en materia energética de dos mil trece fue clara en establecer la incorporación de la **sustentabilidad como eje rector del mercado energético,** por lo que no existe duda que el legislador secundario, al expedir las leyes de la materia, está obligado, por una parte, a promover una política de competencia en el mercado eléctrico y, al mismo tiempo, a orientarse hacia la sustentabilidad en la industria eléctrica.
24. Así pues, la reforma legal impugnada resulta violatoria del texto constitucional, específicamente al principio de sustentabilidad, por dos razones, a saber:
25. La **primera,** se basa en la modificación del orden de despacho de la energía eléctrica que implica el desplazamiento de ciertas energías limpias que generan las empresas privadas.
26. En efecto, como he destacado, por virtud de la reforma legal impugnada, se sustituyó el "despacho económico de electricidad" por el "despacho por entrega física", se impuso como obligación que la oferta de energía eléctrica se hiciera con base en "costos unitarios" y, más aún, se ordenó expresamente que se garantice que se dé preferencia, "**en primera instancia,** alos Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, **en segundo término, el suministro de energías limpias",** lo que implica que eseorden de prioridad relegue expresamente a estas últimas en el acceso al despacho eléctrico generando un desequilibrio en cuanto a eficiencia y sustentabilidad, lo que, de suyo, **se aleja de los principios que impone la reforma constitucional en materia energética.**
27. Sobre todo porque esa prioridad para acceder a las redes de transmisión y distribución, implica que ciertas centrales tendrán **siempre** preferencia para vender la energía que producen, dejando que las energías limpias tengan ese acceso sólo en segundo término, incluso, únicamente "cuando sea técnicamente factible", lo que nulifica en los hechos el criterio de sustentabilidad, pues lógicamente se desfavorece el crecimiento de energías limpias, eficientes y baratas.
28. La **segunda de las razones que conllevan la inconstitucionalidad de la reforma legal en comento,** se genera por las modificaciones que implementa respecto de las centrales legadas, que posibilitan el acceso al mercado de los Certificados de Energías Limpias a centrales sujetas al anterior régimen.
29. Al respecto, debe considerarse que, derivado del compromiso que tiene México de generar un cierto porcentaje de energías limpias y renovables para dos mil veinticuatro, se exige que los generadores cubran parte de ese porcentaje cada año; contexto en el cual se crearon los indicados certificados, que implican que, si los generadores no cubren la cuota mínima de generación de energía limpia, deben comprar el número de certificados que les permita cumplir con esa obligación y, de no hacerlo, serán sujetos de imposición de sanciones.
30. Sin embargo, **al modificarse el entendimiento de las centrales eléctricas legadas, que ahora incluye a cualquier central del Estado, sea nueva o no,** se provoca que **todos éstas puedan** adquirir certificados de energías limpias, tan es así que el artículo 126, fracción II, de la Ley de la Industria Eléctrica también se modificó para establecer que **"El otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias a Centrales Eléctricas, no dependerá ni de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las mismas".**
31. Y, en ese tenor, esta modificación implica que **necesariamente deban emitirse más certificados de energías limpias** para satisfacer la demanda de todos los participantes lo que, desde luego, conlleva la eliminación de la finalidad y funcionalidad de esos certificados, pues habrá más en el mercado y, en esa medida, se facilitará su adquisición, pero no la generación fáctica de más energía limpia, es decir, **se desincentivará la producción efectiva de esa energía limpia, que es lo que finalmente se quiere lograr por imperativo del Constituyente Permanente.**
32. Con sustento en lo expuesto en este apartado, considero que **los artículos 3, fracción V, XII, XII bis y XIV, 4, fracciones I y VI, 26, 53, 101, 108, fracción VI, y 126, fracción II, de la Ley de la Industria Eléctrica en la parte en que fueron reformados mediante el decreto publicado el nueve de marzo de dos mil veintiuno** –es decir, en cuanto modifican el orden del despacho y precisan que la obtención de los Certificados de Energías Limpias no dependerá de la propiedad o fecha de inicio de operación de los generadores–, **resultan contrarios al principio de sustentabilidad introducido por el Constituyente Permanente para el mercado de energía eléctrica mediante la reforma constitucional de diciembre de dos mil trece.**
33. **III) SUPUESTO DE REVOCACIÓN DE PERMISOS DE AUTOABASTECIMIENTO.** Es cierto que tratándose de áreas estratégicas –como lo es la de energía eléctrica–, los **permisos,** los contratos administrativos o cualquier otro acto de naturaleza similar en los que se establecen ciertas condiciones regulatorias vinculadas al marco legal a las que deberá sujetarse el interesado o titular, **pueden ser modificadas por el Estado atendiendo a decisiones que importen intereses de la colectividad.** Y, en ese tenor,no existe un derecho tutelado en favor de los gobernados que permita mantener sin modificaciones la regulación de esos documentos, ya que, se insiste, rige el orden público,por lo que los particulares quedan sujetos a las modificaciones que sufra el marco jurídico que los rige, desde luego, **siempre y cuando esas modificaciones sean acordes al texto constitucional.**
34. En el caso, el artículo cuarto transitorio modifica las condiciones de los permisionarios de autoabastecimiento que obtuvieron sus permisos conforme a la normatividad anterior, en la medida en que **imponen una especie de revisión oficiosa** a estos actos administrativos para determinar si se realizaron "con fraude a la ley".
35. Así, el vicio de inconstitucionalidad que encuentro se vincula con el **principio de taxatividad,** en la medida en que no establece siquiera parámetros mínimos para dar contenido a ese supuesto que podría dar lugar a la revocación de los permisos.
36. En efecto, el legislador no indica cuándo se configura ese "fraude a la ley", sin que al efecto sea suficiente remitirse a normas de derecho común ya que, en virtud de la especificidad de la materia energética, es necesario que el legislador exprese al menos pautas mínimas para que los particulares estén en claro entendimiento de cuándo se configurará esta hipótesis sobre sus permisos, en virtud de la afectación que implica la revocación de éstos.
37. Por tanto, dado que se deja en total incertidumbre a los particulares, estimo que existe un vicio de legalidad en su vertiente de taxatividad, por lo que considero que el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma a la Ley de la Industria Eléctrica publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de marzo de dos mil veintiuno, **viola el derecho de seguridad jurídica previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

**MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN**

**SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS**