

## TEMAS DE REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO MEXICANO\*

César E. HERNÁNDEZ OCHOA\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación económica y los sectores de infraestructura*. III. *Constitucionalidad de la participación privada*. IV. *Licitaciones de CFE y la producción independiente de energía*. V. *Concentración económica en la producción independiente de energía*. VI. *Regulación de términos de operación de participantes privados*. VII. *Regulación del servicio público en el sector eléctrico*.

### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo busca hacer una breve descripción de los que, en mi opinión, son los principales temas y problemas de la regulación económica del sector eléctrico mexicano. Consta de seis breves apartados. En el primero presento una definición básica de regulación económica, así como de los problemas fundamentales que estudia esta disciplina jurídico-económica. En el segundo abor-

\* Varios de los temas abordados en este ensayo fueron inicialmente desarrollados por el autor en su libro *La reforma cautiva, inversión, trabajo y empresa en el sector eléctrico mexicano*, México, CIDAC, 2007, 534 pp.

\*\* Doctor en derecho, investigador del Centro de Investigación para el Desarrollo, A. C.

do el tema de la constitucionalidad de la participación privada en el sector eléctrico mexicano, centrándome en las controversias constitucionales que la han considerado. Dentro del tercer apartado revisó las preocupaciones regulatorias relativas a la entrada —parcialmente vía licitación— de los principales participantes privados en el sector eléctrico mexicano: los permisionarios de producción independiente de energía. En el cuarto apartado describo la creciente concentración económica observada en el mercado de producción independiente de energía, y las reacciones regulatorias que ese fenómeno ha generado por parte de la Comisión Federal de Competencia. En el quinto apartado hago unos apuntes sobre la regulación aplicable a las relaciones entre los permisionarios y las empresas públicas del sector eléctrico (esto es, los organismos descentralizados: Comisión Federal de Electricidad —en lo sucesivo CFE— y Luz y Fuerza del Centro —en lo sucesivo LyFC—). En el sexto y último apartado me ocupo brevemente de las principales ausencias en la regulación de las empresas públicas del sector: la falta de una regulación tarifaria que estimule la productividad de dichos organismos, así como la omisión de una regulación que les imponga metas de cobertura u obligaciones de servicio público.

## II. LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y LOS SECTORES DE INFRAESTRUCTURA

Antes de abordar el estudio de los que —a mi juicio— son los principales temas-problemas regulatorios del sector eléctrico mexicano, conviene precisar brevemente el sentido específico que le asigno a tres términos básicos: “regulación”, “regulación económica” e “infraestructura”. Principalmente me interesa destacar el sentido particular que asigno al término “regulación económica” porque a la luz de esa definición se explica la selección de los temas-problemas de que me ocupo en los siguientes apartados.

El término “regulación” abarca todo el fenómeno normativo, se refiere a “la acción y efecto de regular”, es decir, de “deter-

minar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o cosa”.<sup>1</sup> En su acepción jurídica la “regulación” se refiere al conjunto amplio de normas jurídicas. Por su parte, el término “regulación económica” se refiere —primeramente— a un área de estudios de la economía. En este sentido sigo la definición descriptiva del economista Paul Joskow, quien en su libro sobre la materia señala que:

El abastecimiento barato y confiable de una variedad de servicios básicos de “infraestructura” y varios servicios de transporte juegan un papel crítico en el crecimiento y el desarrollo económicos. Muchos de estos servicios de infraestructura han sido vistos en general como monopolios naturales y la responsabilidad por su suministro ha sido asignada a monopolios públicos o privados cuyas tarifas, programas de inversión, políticas laborales, normas de autorización de entrada a competidores y calidad de servicio se encuentran sujetas a control gubernamental... Nos referimos a este tipo de regulación de empresas e industrias como “regulación económica”.<sup>2</sup>

Así pues, la regulación económica es un área del conocimiento jurídico-económico estrechamente ligado a la “infraestructura”.<sup>3</sup> De hecho, podría decirse que la regulación económica es generalmente la “regulación económica de los sectores de infraestructura”.

<sup>1</sup> Voz “regular”, *Diccionario de la Lengua Española*, 21 ed., Madrid, Espasa, 1992, vol. h-z, p. 1758. Véase también voz “regulación” en misma fuente y lugar: “Acción y efecto de regular”.

<sup>2</sup> Joskow, Paul (ed.), *Economic Regulation*, Northampton, Elgar Publishing, 2000, p. xi (traducción del original en inglés por el autor).

<sup>3</sup> El término “infraestructura” se puede definir como el “capital físico y financiero que reside en las esferas del transporte público, las comunicaciones, la energía y las redes de servicios públicos; por ejemplo caminos, vías férreas, estaciones generadoras de electricidad, colegios, puentes, redes de alcantarillado y hospitales”. Voz “infraestructura”, en Berg, Sanford V., *Glosario para el acervo de conocimientos sobre regulación de la infraestructura y los servicios de las empresas de servicios públicos*, Washington, Banco Mundial, 15 de junio, 2005, p. 56.

Vista desde una perspectiva jurídica, la “regulación económica” —esto es, la regulación de los sectores de infraestructura— normalmente implica un tipo de normas que son mucho más estrictas e intervencionistas que las aplicables a la generalidad de las actividades económicas.<sup>4</sup> Típicamente, la regulación económica de sectores de infraestructura incluye normas más fuertes sobre competencia económica que buscan contrarrestar el potencial de abuso monopólico presente en estos sectores de infraestructura. Así, por ejemplo, la regulación de la infraestructura eléctrica o de telecomunicaciones (dos importantes sectores de infraestructura) normalmente contiene normas que regulan la entrada y salida de los operadores que participan en el sector (por ejemplo, sujetándolos a un régimen de concesiones o permisos), o la operación empresarial en cuestiones tan vitales como los términos y tarifas de interconexión o transporte que pagan y cobran las redes de cada empresa. Asimismo, en los cuerpos normativos aplicables a estas industrias generalmente se establecen obligaciones de cobertura, servicio continuo y no discriminatorio, etcétera. Dado el poder de mercado que frecuentemente tienen las empresas (sean públicas o privadas) que participan en estas industrias, el derecho aplicable —la regulación económica— es un derecho que tiene que ser mucho más fuerte.

### III. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA

La regulación de la inversión en electricidad en México tiene una larga historia de reformas constitucionales y legales, así

<sup>4</sup> Aunque hasta los ámbitos de mayor libertad económica de cualquier país requieren de la existencia de normas e instituciones jurídicas, por ejemplo, para interpretar y hacer cumplir los contratos o para registrar la propiedad y las transacciones entre particulares. Véase Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W. W. Norton & Co., pp. 59-76 (donde los autores argumentan de manera persuasiva que la propiedad privada no puede florecer ni mantenerse en ausencia de un sistema de derechos que la dote de certidumbre).

como de controversias judiciales. En tiempos recientes esa historia tiene sus puntos nodales en las reformas constitucionales que establecieron la exclusividad estatal en la prestación del servicio público eléctrico y la consideración de la electricidad como un área estratégica, así como en una reforma legal posterior que permitió la participación privada en actividades del sector eléctrico que no se consideren servicio público. La posibilidad de que particulares participen en el sector fue objeto (directo o indirecto) de tres controversias constitucionales recientes, en las que la posición del gobierno federal (favorable a dicha participación privada) acabó recibiendo el respaldo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El punto de partida en la parte contemporánea de la historia regulatoria del sector se encuentra en las reformas que introdujeron en el texto constitucional la exclusividad de la nación en actividades que tengan por objeto la prestación del servicio público eléctrico. Al respecto, a partir de una adición de 1960, el texto del párrafo sexto del artículo 27 constitucional señala que:

Corresponde exclusivamente a la nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.<sup>5</sup>

La Constitución también estableció a la electricidad como un área estratégica, donde las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva (en este caso, las derivadas del servicio público eléctrico) no caen bajo la prohibición de monopolios de la propia carta magna. Al respecto, desde 1983, el artículo 28 señala que:

<sup>5</sup> Artículo 27, párrafo sexto, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Adición publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1960. La adición fue objeto de una fe de erratas —publicada el 7 de enero de 1961— para sustituir la palabra “general” por “generar”.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; *electricidad* y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.<sup>6</sup>

Como puede verse, el texto constitucional configurado en 1960 y 1983 estableció un marco normativo donde la inversión en el sector, al menos por lo que toca al servicio público, sería fundamentalmente pública y podría operar de manera monopólica. Lo anterior se reflejó en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, que por muchos años no consideró figuras que previeran la inversión privada. Esa situación se modificó con las reformas publicadas el 23 de diciembre de 1992. En esa fecha, se reformó el artículo 3o. de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para quedar como sigue:

Artículo 3o. No se considera servicio público:

I. La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción.

II. La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad.

III. La generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de cogeneración, producción independiente y pequeña producción.

IV. La importación de energía eléctrica por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios.

V. La generación de energía eléctrica destinada a uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Artículo 28, cuarto párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La redacción de este párrafo fue introducida a través de reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983.

<sup>7</sup> Artículo 3, fracciones I y II, Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

Como puede observarse, la reforma legal de fines de 1992 creó varias figuras a través de las cuales se permite a empresas privadas (así como a entidades públicas diversas de CFE y LyFC) generar electricidad como permisionarios de: “producción independiente de energía” (en lo sucesivo, PIE), “cogeneración”, “autoabastecimiento”, “exportación”, e “importación”. La fórmula jurídica utilizada para permitir esta participación privada —la única viable dada la prohibición constitucional de prestación de servicio público eléctrico— fue definir negativamente al servicio público eléctrico, es decir, señalar que “no son servicio público eléctrico” las diversas actividades de generación eléctrica enlistadas. Los efectos de la disposición anterior fueron trascendentes, y son un ejemplo del gran impacto de la regulación sobre el financiamiento de la infraestructura. Las solicitudes de empresas particulares interesadas en convertirse en permisionarias de generación eléctrica se tradujeron en el otorgamiento de los permisos correspondientes. En 1994 se otorgaron los primeros permisos de “cogeneración” y “autoabastecimiento”; en 1996 se otorgó el primero de “importación”, en 1997 el primero de “producción independiente de energía”, y en 2000 el primer permiso de “exportación”.<sup>8</sup> Para mediados de 2008, la Comisión Reguladora de Energía (en lo sucesivo, CRE) había otorgado 742 permisos que seguían vigentes,<sup>9</sup> la inversión estimada de los permisionarios era de 25,608 millones de dólares.<sup>10</sup> Gran parte de esta inversión tiene su origen en empresas privadas que operan como permisionarios (aunque parte también tiene su origen en

<sup>8</sup> Véase “Tabla de permisos de generación e importación de energía eléctrica administrados al 13 de junio de 2008”, Comisión Reguladora de Energía. Disponible en línea en <http://www.cre.gob.mx/documento/1285.xls>.

<sup>9</sup> Véase “Permisos administrados vigentes (al 13 de junio de 2008)”, Comisión Reguladora de Energía. Disponible en línea en <http://www.cre.gob.mx/documento/1287.pdf>.

<sup>10</sup> Véase “Inversión estimada en millones de dólares de los permisos administrados vigentes (al 13 de junio de 2008)”, Comisión Reguladora de Energía. Disponible en línea en <http://www.cre.gob.mx/documento/1286.pdf>.

permisionarios que son entidades públicas, como Pemex). Las inversiones realizadas por las empresas privadas sólo se explican por la existencia de un marco regulatorio que: *a)* prevé estas figuras jurídicas de participación privada autorizada por la vía de los permisos, y *b)* fue considerado razonablemente seguro por los inversionistas.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, la seguridad jurídica de la participación privada no procedió sin sobresaltos. La oposición a la participación privada en el sector eléctrico mexicano fue —desde un inicio— significativa, y desde los primeros años encontró vías de expresión jurídica. En 2001, un grupo de senadores presentó una demanda de controversia constitucional impugnando una nueva disposición reglamentaria a través de la cual se pretendía relajar la regulación aplicable a las ventas de energía eléctrica a CFE por parte de los permisionarios de cogeneración y autoabastecimiento. En la Sentencia de la Controversia Constitucional 22/2001, la Suprema Corte resolvió declarar inconstitucional la reforma al reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Adicionalmente, cuatro ministros —una minoría de los once miembros de la Corte—, respaldaron la siguiente afirmación (contenida en el Considerando Noveno de la sentencia):

A mayor abundamiento, debe establecerse que no pasa inadvertido para este Tribunal Constitucional, por una parte, que no sólo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y otras leyes relacionadas, pudieran contener disposiciones contrarias a la Constitución, pero ello es ajeno a la presente controversia y, de ser así, el propio Congreso de la Unión, que es la parte accionante en ella, estará en aptitud de realizar las reformas pertinentes...<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Considerando Noveno, “Sentencia y votos concurrentes y de minoría, relativos a la Controversia Constitucional 22/2001, promovida por el Congreso de la Unión en contra del presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, del secretario de Energía, de la Comisión Reguladora de Energía y del secretario de Gobernación”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida el 25 de abril de 2002, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del



En su momento, la afirmación anterior fue ampliamente difundida en los medios de comunicación e interpretada como “la opinión de la Suprema Corte” sobre la inconstitucionalidad de la participación privada en el sector eléctrico.<sup>12</sup> Lo anterior no era correcto. Una vez que se confronta el voto de los ministros en el texto de la sentencia se puede constatar que no hubo una mayoría calificada de la Corte que respaldara este pronunciamiento y lo dotara de la fuerza indispensable para invalidar los ordenamientos legales vagamente aludidos. Más aún, ese pronunciamiento ni siquiera obtuvo el respaldo de una mayoría simple de los ministros presentes cuando se resolvió la controversia: sólo cuatro de los once ministros lo respaldaron.<sup>13</sup>

Posteriormente, la constitucionalidad de las disposiciones legales que —desde 1992— permitían la participación privada en el sector eléctrico mexicano volvió a ser objeto de impugnación (aunque indirecto) en otras dos controversias constitucionales: la controversia constitucional 61/2004, cuya sentencia falló la Suprema Corte el 12 abril de 2005,<sup>14</sup> y la controversia constitucional 74/2005, cuya sentencia se emitió el 15 de enero de 2008.<sup>15</sup>

3 de junio de 2002, p. 72 (en lo sucesivo Controversia Constitucional Eléctrica 22/2001).

<sup>12</sup> Véanse, entre otros, los siguientes artículos: Reyes Heróles, Jesús G. G., “Reclamación para todos”, *El Universal Online*, 15 de noviembre de 2002, y Sodi de la Tijera, Demetrio, “Reforma eléctrica sin reforma constitucional”, *El Universal Online*, 24 de octubre de 2003.

<sup>13</sup> Véase el sentido de los votos de cada uno de los ministros en Controversia Constitucional Eléctrica 22/2001, p. 73.

<sup>14</sup> “Sentencia, voto concurrente y de minoría relativos a la Controversia Constitucional 61/2004, promovida por el Ejecutivo Federal en Contra de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida el 12 de abril de 2005, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de febrero de 2007 (en lo sucesivo Sentencia de la Controversia Constitucional 61/2004).

<sup>15</sup> Sentencia relativa a la Controversia Constitucional 74/2005, promovida por el Ejecutivo Federal en Contra de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida el 15 de enero de 2008. Disponible en línea en: <http://www.scjn.gob.mx/NR/>

En ambos casos se trató de disputas jurídicas que enfrentaron a la Auditoría Superior de la Federación (en lo sucesivo, ASF) y la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por una parte; contra el Poder Ejecutivo Federal representado por la Secretaría de Energía, por la otra. En ambos casos, las disputas tuvieron su origen en una denuncia interpuesta ante la ASF por el ex senador Manuel Bartlett Díaz y el ex diputado federal Salvador Rocha Díaz,<sup>16</sup> misma que resultó en auditorías de la ASF a la Comisión Reguladora de Energía (en lo sucesivo, CRE) de la Secretaría de Energía, y se tradujo finalmente en diversos oficios en los que la ASF observó y cuestionó la constitucionalidad y la legalidad de los permisos de generación eléctrica otorgados por la CRE a particulares.

El argumento de la *Denuncia Bartlett Rocha* —que dio origen a los oficios de observaciones de la ASF— fue que el suministro de energía eléctrica por parte de los permisionarios de cogeneración y autoabastecimiento a los titulares de establecimiento asociados y socios permitida por la CRE constituía un “fraude a la Ley”, lo cual la hacía ilegal e inconstitucional.<sup>17</sup> Un problema de este argumento era que resultaba difícil argumentar un “fraude a

*rdonlyres/8FC6D3BC-E3A3-430B-840A-71ED79CCDDE7/0/CC\_74\_05.pdf* (válida al 1o. de septiembre de 2008) (en lo sucesivo *Sentencia de la Controversia Constitucional 74/2005*).

<sup>16</sup> Manuel Bartlett Díaz y Salvador Rocha Díaz, “Denuncia de hechos cometidos por diversos funcionarios de la Secretaría de Energía, de la Comisión Reguladora de Energía y de la Comisión Federal de Electricidad, en connivencia y beneficio de particulares nacionales y extranjeros, mismos que resultan violatorios al texto expreso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a lo dispuesto en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, y que causan un menoscabo al patrimonio nacional y a diversos sectores estratégicos de la economía nacional protegidos por la Constitución, y a solicitar que se incorporen al Programa Anual de Auditorías de la Auditoría Superior de la Federación (2003), todas las investigaciones, revisiones y auditorías específicas que se consideren necesarias para el legal esclarecimiento de los hechos que se denuncian”, México, mimeo, 2003, 104 páginas (en lo sucesivo *Denuncia Bartlett-Rocha*).

<sup>17</sup> Véase *ibidem*, pp. 33-38.

la Ley”, cuando la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica expresamente prevé y contempla los mecanismos presuntamente fraudulentos (esto es, el suministro de electricidad a los socios de las empresas permisionarias de autoabastecimiento y a los establecimientos asociados en cogeneración). Al respecto, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica señala sobre la operación de los permisionarios de autoabastecimiento que:

Quando sean varios los solicitantes para fines de autoabastecimiento a partir de una central eléctrica, tendrán el carácter de copropietarios de la misma o constituirán al efecto una sociedad cuyo objeto sea *la generación de energía eléctrica para la satisfacción del conjunto de las necesidades de autoabastecimiento de sus socios*.<sup>18</sup>

Por su parte, la citada Ley establece en relación con la operación de los permisionarios de cogeneración que:

*la electricidad generada se destine a la satisfacción de las necesidades de establecimientos asociados a la cogeneración, siempre que se incrementen las eficiencias energética y económica de todo el proceso y que la primera sea mayor que la obtenida en plantas de generación convencionales. El permisionario puede no ser el operador de los procesos que den lugar a la cogeneración.*<sup>19</sup>

Los argumentos de inconstitucionalidad e ilegalidad estaban planteados en las denuncias que dieron origen a las observaciones de la ASF. No obstante, salvo un pronunciamiento aislado, la Suprema Corte no habría de entrar a la cuestión de la legalidad o constitucionalidad de los permisos de generación eléctrica privada que se encontraban en el trasfondo de las controversias constitucionales 61/2004 y 74/2005. En ambos casos, la ASF fra-

<sup>18</sup> Artículo 36, fracción I, inciso *a*, de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

<sup>19</sup> Artículo 36, fracción II, inciso *a*, de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

casó en obtener el respaldo de la Suprema Corte, mientras que la posición del gobierno federal (y de la CRE) prevaleció y se fortaleció. Pero la *ratio decidendi* de las sentencias en dichas controversias constitucionales versó sobre la extensión constitucionalmente válida de las facultades de auditoría de la ASF, mismas que la mayoría de la Corte estimó insuficientes —ya fuera en el tiempo o en el tipo— para realizar las observaciones incorporadas en los oficios impugnados por el gobierno federal.

Así, en la sentencia de la controversia constitucional 61/2004, la Suprema Corte consideró que la ASF carecía de facultades para realizar observaciones relativas a irregularidades en el otorgamiento de permisos por parte de la CRE en años previos al que fue objeto de la cuenta pública revisada.<sup>20</sup> Asimismo, respecto a las observaciones de la ASF relativas a permisos otorgados por la CRE en 2002 (esto es, en el año correspondiente a la cuenta pública revisada), la Suprema Corte estimó que excedían “lo concerniente a la gestión financiera del Estado” que era el ámbito al que debió limitarse la referida auditoría.<sup>21</sup> Adicionalmente, y aunque no fue la *ratio decidendi* de su sentencia, la Suprema Corte hizo un pronunciamiento de paso —*obiter dictum*— en el que apoyó tácitamente la constitucionalidad de la participación privada en el sector eléctrico. Al respecto, en el considerando noveno de la Sentencia de la Controversia Constitucional 61/2004 señaló:

que el análisis del debido o indebido otorgamiento de permisos para la generación de energía eléctrica, no se encuentra vinculado con la gestión financiera del Estado y por tanto, no se rige por las normas que regulan la revisión de la cuenta pública, sino que queda dentro del ámbito de atribuciones de la administración pública y concretamente, del procedimiento que impera para los

<sup>20</sup> Véase considerando octavo, Sentencia de la Controversia Constitucional 61/2004, p. 34 (tercera sección).

<sup>21</sup> Véase considerando noveno, Sentencia de la Controversia Constitucional 61/2004, p. 75 (tercera sección).

actos administrativos pues como se ha visto, en los permisos aludidos ni siquiera se involucra la prestación de un servicio público sino que se trata de instrumentos que permiten a los particulares su explotación.<sup>22</sup>

En el párrafo antes transcrito puede verse cómo la sentencia de la Suprema Corte reconoce tácitamente que en los permisos de cogeneración y autoabastecimiento observados por la ASF (y en los que se basó la Denuncia Bartlett-Rocha) no se involucra la prestación de un servicio público, y sí una explotación permitida a particulares. Además de legitimar —así fuera de paso— la constitucionalidad de los permisos de generación eléctrica, la sentencia comentada fue notable por haber sido resuelta a favor del gobierno federal por una mayoría de seis votos de los once ministros presentes.<sup>23</sup>

En la siguiente controversia constitucional en la que se abordaría indirectamente el tema de los permisos de generación eléctrica, el triunfo del gobierno federal sería más amplio. En la Sentencia de la Controversia Constitucional 74/2005 fallada el 15 de enero de 2008, la Suprema Corte tampoco se pronunció sobre el tema de la constitucionalidad de los permisos, cuestión que se encontraba en el trasfondo de las controversias constitucionales. Como en el caso anterior, la *ratio decidendi* de la sentencia se refirió a la constitucionalidad de las facultades de la ASF para fiscalizar y realizar observaciones a la CRE. En este caso, la Suprema Corte analizó las facultades de fiscalización extraordinaria de la ASF (esto es, fiscalización de situaciones extraordinarias) y concluyó que estas facultades se encontraban limitadas por el principio de anualidad. Como resultado del razonamiento anterior, la Corte concluyó que: "...la Auditoría, al emitir el doce de octubre del año de dos mil cinco el oficio OASF/1565/05 impugnado [relativo a permisos otorga-

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 81 (tercera sección).

<sup>23</sup> Véase Sentencia de la Controversia Constitucional 61/2004, p. 82 (tercera sección). Votaron en contra los ministros José Ramón Cossío Díaz, Genaro Góngora Pimentel, Sergio Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero y Juan Silva Meza.

dos por parte de la Comisión Reguladora de Energía en diferentes momentos], se extralimitó en sus competencias constitucionales y legales”.<sup>24</sup>

Además de darle la razón al gobierno federal, en la Sentencia de la Controversia Constitucional 74/2005 el nivel de apoyo de la Corte a la posición gubernamental fue mayor que en las dos controversias constitucionales anteriores que abordaron (así fuera en el trasfondo) la participación privada en el sector eléctrico: una mayoría de ocho votos de los diez ministros presentes.<sup>25</sup>

El legado de las tres controversias constitucionales en las que se controvertió la constitucionalidad de la participación privada en el sector eléctrico mexicano acabó siendo mucho menos negativo para la apertura del sector eléctrico de lo que varios comentaristas estimaron en 2002 (cuando se resolvió la primera de estas controversias). La inseguridad jurídica que se esperaba frenara las inversiones privadas en el sector no se hizo realidad. Ciertamente, si bien no existió un pronunciamiento fuerte y vinculante de la Suprema Corte sobre el fondo de la cuestión, contó el hecho de que el gobierno federal y la CRE triunfaran en la Corte en los casos dirimidos en 2005 y 2008, y contó también que los más destacados detractores de la participación privada fracasaran en dichos casos. Luego de dos derrotas en los últimos cinco años, puede que los intentos de los opositores contra la participación privada en electricidad tengan cada vez menor impacto, aunque —si atendemos a sus declaraciones— no dejarán de presentarse.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Véase Sentencia de la Controversia Constitucional 74/2005, p. 177.

<sup>25</sup> Véase Sentencia de la Controversia Constitucional 74/2005, p. 179. Sólo votaron en contra el ministro Genaro Góngora Pimentel y el ministro presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. La ministra Luna Ramos no asistió a la sesión.

<sup>26</sup> Véase la opinión de Manuel Bartlett Díaz quien, criticando la sentencia de la Corte en la Controversia Constitucional 74/2005, señaló que: “La resolución amputa una facultad constitucional de la Auditoría Superior. Significa que las violaciones reconocidas por ésta que cometieron las autoridades de Energía... que no fueron consideradas por la Corte, absorta en el alcance del concepto de las ‘revisiones extraordinarias’, ¿quedarán impunes? El ministro

#### IV. LICITACIONES DE CFE Y LA PRODUCCIÓN INDEPENDIENTE DE ENERGÍA

La participación de particulares al sector eléctrico plantea otros dilemas regulatorios que tienen que ver no tanto con si es o no posible para los particulares “entrar” al sector, sino con la forma en que se dé esta entrada. Dependiendo de cómo se dé la entrada de particulares al sector, los beneficios públicos de la participación privada pueden ser mayores o menores. En torno a este tipo de cuestiones se ha desarrollado uno de los temas característicos de la regulación económica como disciplina que es el relativo a las licitaciones de bienes y/o derechos escasos.<sup>27</sup>

El tema de las licitaciones gubernamentales es crucial para la regulación de los productores independientes de energía (PIEs), toda vez que la entrada al mercado y la operación de estos productores privados depende totalmente de las licitaciones a través de las cuales el gobierno asigna los contratos de compraventa de energía a largo plazo (Power Purchase Agreement o PPA, por sus siglas en inglés) que hacen financieramente viables a los PIEs.<sup>28</sup>

Góngora afirmó que el proyecto convertía al principio de anualidad en una protección para la impunidad, se apuraron y negaron tres ministros, apuntando que quedaba abierta la vía de las responsabilidades. Un nuevo reenvío que habrá que considerar”. Manuel Bartlett Díaz, “¿Réquiem de la ASF?”, *El Universal Online*, 24 de enero de 2008.

<sup>27</sup> Existen múltiples estudios de economistas regulatorios en el área de telecomunicaciones (por ejemplo, subastas de espectro radioeléctrico), o de licitaciones de concesiones carreteras o de contratos de obra pública, etcétera. Véase, por ejemplo, Milgrom, Paul, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge U. K., Cambridge University Press, 2004; Estache, Antonio, “Privatización y regulación de infraestructuras de transporte: un panorama”, *Papeles de Economía Española*, 82, 1999, pp. 196-209.

<sup>28</sup> El contrato de compraventa de energía a largo plazo o “PPA” ha sido definido como “un contrato suscrito entre una empresa generadora de electricidad y un comprador de energía. Este tipo de contrato juega un papel clave en el financiamiento de activos de generación eléctrica. Bajo los términos de un PPA, el proveedor de energía típicamente asume los riesgos y responsabilidades de la propiedad cuando adquiere, opera y mantiene las instalaciones

Pascual García Alba, un economista regulatorio mexicano que ha estudiado la industria eléctrica, ha señalado en relación a los PIES que “la competencia se da únicamente durante los procesos de licitación de los contratos de aprovisionamiento de electricidad a la CFE, la que los otorga a los que ofrecen mejores condiciones de abasto”.<sup>29</sup> Así pues, las licitaciones de los PPAs son cruciales para que los particulares compitan por ofrecer al Estado el mejor precio por el suministro eléctrico. De hecho, dado que los PIES operan típicamente con contratos cuyos precios (o fórmulas de precios) se establecen para plazos de varios años (tradicionalmente 25 años en el caso de los PIES que operen centrales de generación eléctrica de ciclo combinado en México),<sup>30</sup> el momento de la licitación es el único en el que los particulares compiten entre sí por ofrecer el precio más bajo al gobierno (que idealmente transmitirá este beneficio en precio a los consumidores). Por ello es importante que las licitaciones se diseñen y conduzcan de manera tal que el gobierno federal (a través de CFE) haga competir efectivamente a los particulares que buscan que se les asigne el proyecto de producción independiente de energía y el contrato de compraventa de energía de largo plazo.

En el caso del sector eléctrico mexicano existe evidencia de que incluso esa modesta forma de “competencia por la adjudicación del contrato” en las licitaciones de proyectos de producción independiente de energía ha sido muy reducida, por lo que los benefi-

llave en mano. Al definir claramente la producción de un activo de generación y sus fuentes de ingreso asociadas, un PPA puede ser utilizado por el propietario para obtener financiamiento de bancos y otras instituciones financieras”. Definición tomada de la enciclopedia de Internet *Wikipedia* (traducción del original en inglés por el autor). Disponible en línea en [http://en.wikipedia.org/wiki/Power\\_Purchase\\_Agreement](http://en.wikipedia.org/wiki/Power_Purchase_Agreement).

<sup>29</sup> García Alba Iduñate, Pascual, *Competitividad económica de México, desde la adopción del TLCAN*, México, CIDAC, mimeo, 2005, p. 23.

<sup>30</sup> Sobre las licitaciones de PPAs para los PIES en México, véase López Velarde, Rogelio; Jiménez, Jorge y Valdés, Amanda, *The Slow Liberalization of Mexico's Energy Industry*, México, López Velarde Heftye Soria, Abogados, mimeo, 2006, pp. 5 y 6.



cios generados para la sociedad han sido menores a los deseables. Como puede observarse en la siguiente tabla, los participantes en las licitaciones de contratos de compraventa de energía a largo plazo de la CFE nunca han sido numerosos, en la mayoría de los casos han sido solamente una o dos empresas las postoras.

*Tabla 1. Participantes en licitaciones de PIEs*

<i>Central</i>	<i>Ganador (fecha de fallo)</i>	<i>Número de licitantes participantes</i>
CC Altamira III y IV	Iberdrola (19-XII-00)	1
CC Chihuahua III	Transalta (8-III-01)	1
CC La Laguna II	Iberdrola (31-VII-02)	2
CC Río Bravo IV	EDF (7-II-02)	4
CC Río Bravo III	EDF (12-VI-01)	1
CC Valladolid III	Mitsui (14-X-03)	3
CC Altamira V	Iberdrola (22-X-03)	1
CC Tuxpan V	Mitsubishi/Kyushu (17-XII-03)	2
CCC Norte	Unión FENOSA (5-III-07)	2

FUENTE: elaboración propia con base en datos de la CFE.

Las razones para esta reducida participación en las licitaciones pueden ser varias (algunas justificadas, y otras ilegítimas), pero desde el punto de vista regulatorio el tema amerita mucho mayor preocupación que la actualmente manifiesta en el debate energético mexicano. Los riesgos de colusión en las licitaciones entre participantes en el sector eléctrico (y otros más) son considerables, no sólo en México sino en la experiencia de otros

países.<sup>31</sup> El diseño de las licitaciones futuras de estos proyectos debería buscar mayor competencia entre los particulares interesados en proveer servicios de producción independiente de energía, ya que sólo de esta manera se garantizará que el sector público (y a través de éste los usuarios del servicio público eléctrico) obtenga mayores ganancias posibles con este tipo de participación privada.

#### V. CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN LA PRODUCCIÓN INDEPENDIENTE DE ENERGÍA

Otra cuestión de interés regulatorio derivada de la participación de particulares en el sector eléctrico mexicano se refiere al riesgo de que dicha participación se concentre en unos cuantos particulares y pueda afectar el proceso de libre competencia.<sup>32</sup> En virtud de lo anterior, la Ley Federal de Competencia Económica obliga a los agentes económicos a notificar a la Comisión Federal de Competencia (CFC) ciertas concentraciones (esto es, fusiones y adquisiciones) antes de realizarlas, y faculta a dicho órgano regulador para autorizarlas, condicionarlas, o —en el caso de concentraciones que afecten la competencia— para ordenar la desconcentración, terminar el control o suprimir los actos que le dieron origen.<sup>33</sup> La CFC —como otros reguladores de competencia económica en el mundo— ha hecho de sus facultades

<sup>31</sup> La preocupación por la colusión en las licitaciones de bienes o contratos de obras y servicios es un tema destacado en la economía regulatoria. Una revisión de la literatura económica sobre este tema puede encontrarse en Hendrics, Kenneth y Porter, Robert, “Collusion in Auctions”, *Annales d’Economie et de Statistique*, núms. 15 y 16, 1989, pp. 217-230.

<sup>32</sup> Las concentraciones “generan aristas de competencia económica... [porque] pueden reducir competencia, restringir el comercio y monopolizar un mercado”. González de Cossio, Francisco, *Competencia económica. Aspectos jurídicos y económicos*, México, Porrúa, 2005, p. 223.

<sup>33</sup> Véase artículos 16 a 22 de la Ley Federal de Competencia Económica.

en materia de concentraciones uno de los pilares de su acción regulatoria.<sup>34</sup>

La regulación de las concentraciones empresariales es particularmente relevante para el sector eléctrico debido a que, como lo han señalado los investigadores Marcos Ávalos y Camilo Vidal, el mercado de “servicios de generación y cogeneración de energía eléctrica” es uno de los que exhiben mayor nivel de concentración económica en México.<sup>35</sup>

El reciente caso de la adquisición de los activos propiedad de Electricité de France (EDF) en México (cinco centrales de ciclo combinado y un gasoducto) por parte de la empresa española Gas Natural (filial de la también española Repsol) fue objeto de fuerte escrutinio en el proceso de autorización de la concentración por parte de la CFC.<sup>36</sup> Las preocupaciones de la CFC en este caso se referían a que Gas Natural “directa e indirectamente mantiene relaciones corporativas con sociedades que en México realizan actividades relacionadas con las empresas que serán adquiridas”.<sup>37</sup> No obstante lo anterior, la CFC finalmente autorizó la concentración argumentando lo siguiente:

no se prevé que la concentración tenga efectos contrarios a proceso de competencia por las siguientes razones: los montos de la provisión de capacidad y de generación eléctrica a entregar a la Comisión Federal de Electricidad... están sujetos a contratos de largo plazo;

<sup>34</sup> Para una amplia evaluación del trabajo regulatorio de la CFC en materia de concentraciones empresariales en México durante la última década, ver Ávalos, Marcos y Vidal, Camilo, *La política de competencia en México: las fusiones*, México, CIDAC, 2007, p. 175.

<sup>35</sup> Véase *ibidem*, p. 139.

<sup>36</sup> Véase Secretaría Ejecutiva de la Comisión Federal de Competencia, Oficio núm. SE-10-096-2007-886 (Autorización de la Concentración de Gas Natural Internacional SDG, S. A., EDF International, S. A. y Mitsubishi Corporation), Expediente CNT-135-2007, 13 de diciembre de 2007, p. 4.

<sup>37</sup> Las relaciones corporativas a que se refería la CFC vinculaban —en el mercado mexicano de generación eléctrica— a Gas Natural con Iberdrola (son socios en empresas filiales mexicanas) y a Iberdrola con Unión Fenosa (ambas comparten un accionista común). Véase *ibidem*, pp. 3 y 4.

las tarifas correspondientes se determinan por medio de las licitaciones y los PIEs están obligados a respetarlas durante la vigencia del contrato; actualmente la CFE es el único comprador de energía eléctrica suministrada por los PIEs y controla el despacho; al mismo tiempo la paraestatal es el principal generador de electricidad...<sup>38</sup>

Al analizar la opinión anterior resulta notable que la razón esgrimida por la CFC para autorizar la entrada de Gas Natural al mercado de generación eléctrica de los PIEs fuera que —a pesar de que había preocupaciones sobre sus efectos sobre la elevada concentración del sector— el hecho de que CFE tuviera tanto poder sobre el mercado eléctrico mexicano restaba importancia al fenómeno de creciente concentración privada en el segmento de mercado de generación de los PIEs.<sup>39</sup>

No obstante que la concentración comentada en los párrafos anteriores haya sido autorizada, es posible que las preocupaciones regulatorias que surgieron en ese procedimiento vuelvan a manifestarse en el futuro, como resultado de la creciente concentración observable en el sector mexicano de la energía y de otras fusiones empresariales internacionales en proceso de concreción.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>39</sup> Un razonamiento similar fue expresado por la CFC en la resolución por la que autorizó (aunque después de haber negado en una primera instancia) la participación de Iberdrola en una licitación de un proyecto de producción independiente de energía. En este caso, la CFC señaló que “el proveedor privado de capacidad y energía asociada no cuenta con poder para restringir sustancialmente la oferta a la CFE. En casos extremos, existe la posibilidad (cláusula 23.2 del contrato) de que la CFE adquiera las plantas PIEs. En estas condiciones, resulta difícil que en las condiciones actuales un proveedor de capacidad y energía eléctrica de la CFE (PIE, autogenerador o cogenerador) obtenga poder de mercado. Esto aún cuando su participación en el segmento de los PIEs sea significativa”. Pleno de la Comisión Federal de Competencia, Resolución del Recurso de Reconsideración de Iberdrola Energía S. A. U. (Autorización de la Participación de Iberdrola en la Licitación del Contrato de la Central 29 CCC Norte), Expediente número RA-30-2006, 16 de enero de 2007, p. 18.

La entrada de Gas Natural al mercado mexicano de generación eléctrica fue relevante para la CFC por cuanto se trataba de una empresa que ya participaba en el mercado de la distribución y comercialización del gas natural en México. También resultó de interés para la CFC porque la nacionalidad española de Gas Natural hizo que la participación de empresas de ese país en el sector de los PIEs se volviera todavía más preponderante (sumada la de Gas Natural a la participación de Iberdrola y Unión Fenosa, los inversionistas españoles relacionados ya rebasan el 60%). Sin embargo, otro aspecto de interés para el mercado mexicano —éste no destacado en la resolución en la que la CFC aprobó la concentración— es que Gas Natural es una filial de la multinacional energética española Repsol, y que Repsol tiene una participación importante en el mercado mexicano del gas (a través de contratos de servicios múltiples en la Cuenca de Burgos y al habersele adjudicado el contrato de suministro de gas natural licuado para la planta LNG que se construirá en Manzanillo, Colima). Más recientemente, el proceso de adquisición en España —por parte de Gas Natural (y, a través de ésta, por Repsol)— de una participación accionaria mayoritaria en la empresa española Unión Fenosa (que también es un importante productor independiente de energía en México), podría incrementar todavía más el nivel de concentración económica observado en el sector eléctrico mexicano y generar nuevos pronunciamientos del regulador mexicano de la competencia.<sup>40</sup>

La evidencia muestra que la electricidad mexicana es una actividad concentrada y en proceso de concentración económica creciente. Las concentraciones más recientes han sido revisadas críticamente y, probablemente, las que se presenten en el futuro lo serán más aún. Aunado al problema de la escasa participación en las licitaciones de asignación de contratos para Producción

<sup>40</sup> Sobre el reciente proceso de adquisición de Unión Fenosa por Gas Natural, en España véase la nota de Zaida España, “Gas Natural’s 19 Billion Euro Loan to Launch Next Week”, *Reuters*, 29 de agosto de 2008. Disponible en línea en <http://www.reuters.com/articlePrint?articleId=USLS3301820080829>.

Independientes de Energía, el tema de la elevada y creciente concentración empresarial refleja que la competencia es uno de los flancos débiles de la regulación del sector eléctrico mexicano.

## VI. REGULACIÓN DE TÉRMINOS DE OPERACIÓN DE PARTICIPANTES PRIVADOS

La entrada de competidores a cualquier sector tradicionalmente monopolizado plantea delicados problemas regulatorios. En general, los nuevos competidores buscan un marco normativo e institucional que impida a las empresas preestablecidas (los viejos monopolios) abusar de su poder de mercado y perjudicar a la competencia. En industrias de redes (tradicionalmente consideradas monopolios naturales) como las telecomunicaciones y la electricidad, los nuevos participantes buscan que la regulación y los órganos reguladores les aseguren acceso en términos económicamente viables a infraestructura de las redes de las empresas preestablecidas. En la medida en que ha habido participación privada en el sector eléctrico mexicano, los nuevos entrantes han buscado que las autoridades —fundamentalmente la Comisión Reguladora de Energía y la Secretaría de Energía— apliquen una regulación del despacho eléctrico, la interconexión y el respaldo, que obligue a CFE y a Luz y Fuerza del Centro, y que permita que la operación de los permisionarios privados sea financieramente sostenible.

Desde el inicio de la participación privada en el sector eléctrico, la CRE ha provisto parte de la regulación necesaria para hacer mínimamente viable la operación de los particulares y garantizarles condiciones financieras adecuadas (por ejemplo, a través del establecimiento de los términos aplicables a los contratos de interconexión y respaldo eléctrico). No obstante, en otras cuestiones como la denegación de interconexión o en lo relativo a las reglas del despacho eléctrico, los permisionarios (específicamente los particulares involucrados en cogeneración y autoabastecimiento) enfrentaron problemas constantes en su relación con las paraestatales CFE y

Luz y Fuerza del Centro.<sup>41</sup> Al respecto, la Comisión Reguladora de Energía emitió en agosto de 2005 un acuerdo que dio pie a una serie de disposiciones administrativas que buscaron atender algunas de las principales quejas de los participantes privados, relativas al trato que recibían de las paraestatales eléctricas.<sup>42</sup>

En particular, el Acuerdo del 11 de agosto de 2005 previó la expedición de modificaciones al Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, en Materia de Aportaciones (para que CFE no cobre a los particulares de manera injustificada por las obras realizadas para permitir la interconexión); medidas de transparencia y rendición de cuentas de las empresas paraestatales del sector energético (para que se transparenten a los permisionarios los costos en que se basa el despacho eléctrico); la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de las reglas de despacho eléctrico de CFE, y la expedición de medidas para facilitar la interconexión de permisionarios de generación eléctrica, entre otras.<sup>43</sup> Desde un inicio la CFE manifestó estar avanzando para dar cumplimiento a los requerimientos regulatorios del Acuerdo.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Varios de estos problemas regulatorios se discuten en Martínez, Lorenza y Villar, Rafael del, *Diagnóstico del sector eléctrico*, presentación a la junta de gobierno del Banco de México (Power Point), 17 de octubre de 2003. También en Hernández, César, *op. cit. supra*, pp. 125-129.

<sup>42</sup> Acuerdo por el que se Establecen los Lineamientos para la Presentación de los Programas de Mejora Regulatoria 2005-2006 de las Dependencias y Organismos Descentralizados de la Administración Pública Federal. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2005 (en lo sucesivo Acuerdo del 11 de agosto de 2005).

<sup>43</sup> Véase numeral Quinto, fracción V, del Acuerdo del 11 de agosto de 2005, así como el Anexo del Acuerdo que contiene el “Plan de acciones concretas en materia de mejora regulatoria que forman parte de la Agenda de Competitividad inmediata en materia de energía”, en el que se detallan las acciones del Acuerdo.

<sup>44</sup> Véase Bueno Montalvo, Fernando, “La regulación del sector eléctrico en México. Retrovisión y perspectivas”, presentación Power Point, 18 de octubre de 2005, p. 15 (que da cuenta de las acciones de la CFE para dar cumplimiento al Acuerdo del 11 de agosto de 2005, incluyendo esfuerzos para hacer pública su información sobre costos unitarios de las plantas de generación, reglas de despacho y operación del SEN, indicadores de costos, calidad y gestión, etcétera).

Para 2008, aunque las autoridades no han cumplido plenamente con el contenido y con el estricto calendario previsto inicialmente, se han venido publicando varias de las medidas regulatorias planteadas. En particular, se publicaron las reformas previstas al Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica en Materia de Aportaciones, así como las Reglas de Despacho y Operación del Sistema Eléctrico Nacional. Asimismo, se modificaron varios contratos modelo de interconexión y de compromiso de compraventa de energía eléctrica, y convenios de compraventa de excedentes de energía eléctrica para diferentes tipos de permisionarios de generación eléctrica.

La respuesta de los participantes privados a la serie de medidas regulatorias previstas en el Acuerdo del 11 de agosto de 2005 y desarrolladas desde entonces ha sido positiva, aunque es probable que varios de los problemas regulatorios de la operación de los nuevos entrantes en condiciones de equidad subsistan. El hecho de que los nuevos permisionarios de cogeneración y autoabastecimiento sean tan dependientes del trato que les ofrezcan las paraestatales eléctricas (y sobre todo CFE) hace poco probable que los permisionarios protesten abiertamente demandando mayores respuestas regulatorias, incluso si el trato que recibieran de las empresas dominantes del sector no fuera el debido. En el fondo, el poder de mercado de las empresas paraestatales, la elevada concentración empresarial privada, y la muy reducida competencia observable en el sector eléctrico mexicano (que hemos visto en los dos apartados anteriores) hace que las medidas regulatorias para permitir el desarrollo de los permisionarios menores tengan efectos positivos pero necesariamente marginales.

## VII. REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Dentro de los temas característicos de la regulación industrial existen dos que se encuentran notablemente poco desarrollados en la normatividad aplicable al sector eléctrico mexicano. El pri-



mero es el relativo a la regulación de las tarifas (sobre todo las tarifas al público) de las empresas dominantes en el sector: CFE y Luz y Fuerza del Centro. El segundo es el relativo a las obligaciones de servicio público o universal aplicables a dichas empresas (o incluso al conjunto de la industria).

Conforme a la legislación aplicable, las tarifas al público de las empresas públicas dominantes en el sector son fijadas por la Secretaría de Hacienda a través de un proceso que contempla la participación de otras dependencias y entes públicos. En la práctica el proceso resulta altamente politizado y poco claro. Es notable, sin embargo, que los tipos clásicos de regulación tarifaria —esto es, regulación de tasa de retorno o regulación de precios tope— no se le aplican a las paraestatales eléctricas mexicanas. Por lo mismo, la regulación que se les aplica no introduce incentivos formales para la reducción de los costos y/o utilidades de dichas empresas. Mientras que otra importante empresa pública regulada como Telmex tiene un título de concesión que la sujeta a una regulación de precios tope, la CFE carece de obligaciones tarifarias de este tipo. Por lo mismo, los incentivos a mejorar la productividad de CFE son mucho menos fuertes; así como son inexistentes los mecanismos jurídicos formales clásicos para transmitir las ganancias de productividad a los consumidores a través de tarifas progresiva y obligatoriamente más bajas.<sup>45</sup> La ausencia de una regulación tarifaria de incentivos (o incluso de tasa de retorno) en el sector eléctrico refleja una normatividad menos robusta y sofisticada que muy probablemente se traduce en una más reducida eficiencia de las empresas públicas y en menores ganancias para los consumidores.

<sup>45</sup> Existen algunos mecanismos indirectos dirigidos a elevar la productividad, pero más como resultado de los objetivos que el propio gobierno federal impone a las empresas públicas, o bien, derivados de negociaciones laborales. Curiosamente en el marco de las negociaciones laborales entre CFE y el SUTERM, o entre Luz y Fuerza del Centro y el SME, se han pactado compromisos para elevar la productividad laboral de las respectivas empresas eléctricas. Desde luego, ninguno de estos instrumentos constituye una verdadera regulación tarifaria de la empresa pública.

A la ausencia de una regulación tarifaria bien desarrollada en CFE y Luz y Fuerza del Centro, se suma la carencia de obligaciones fuertes de productividad y desempeño, o de cobertura y atención a usuarios, como las que típicamente contienen los títulos de concesión al amparo de los cuales los particulares prestan servicios públicos. Lo anterior es tanto más notable cuando la figura administrativa del servicio público juega un papel clave en la regulación del sector eléctrico mexicano. El mismo nombre de la ley que rige al sector —Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica— sugiere que el servicio público es una idea clave para el sector eléctrico. Pero es una figura del derecho administrativo que —salvo por la titularidad orgánica de ciertas actividades a cargo del Estado— se encuentra totalmente subdesarrollada en el tratamiento que recibe en la referida Ley. ¿Tienen CFE y Luz y Fuerza del Centro obligaciones claras y fuertes de cobertura o universalización de servicio? No. ¿Tienen CFE y Luz y Fuerza del Centro obligaciones de continuidad y regularidad en la prestación del servicio? No. Lo anterior a pesar de que cobertura, universalización, continuidad o regularidad de las prestaciones, y regulación tarifaria son elementos inseparables de la regulación del “servicio público”. La institución administrativa del “servicio público” está presente en el sector eléctrico mexicano, se manifiesta en la titularidad orgánica de ciertas prestaciones exclusivas del Estado, pero “la regulación característica del servicio público” se encuentra notablemente ausente. Hay mayor regulación de servicio público en el título de concesión de Telmex (que rige a una empresa privada), que en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (que rige a dos empresas públicas).