

NACIENTE CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS CERTIFICADOS DE ENERGÍAS LIMPIAS (CELs)

1ª. PARTE

Miguel Ángel MARMOLEJO CERVANTES¹

RESUMEN

Argumentación crítica sobre la falta de simetría constitucional entre las obligaciones de energías limpias y los certificados de energías limpias.

PALABRAS CLAVE

Obligaciones de energías limpias, certificados de energías limpias, constitucionalidad. Reforma constitucional en materia eléctrica.

ABSTRACT

Critical argumentation regarding the lack of constitutional correlation between the clean energy duties and the clean energy certificates.

KEY WORDS

Clean energy duties, clean energy certificates, electricity sector constitutional amendments.

Tal y como se puntualizó con toda oportunidad en el primer artículo publicado², la reforma energética del 2013 es sin lugar a dudas un tema de gran relevancia, en razón a que se reconfigura profundamente la conceptualización del

¹ Corredor Público número 11 de la Plaza de Aguascalientes, Maestro en Derecho para los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana, Campus Ciudad de México y Doctor en Derecho por el Centro de Estudios de Posgrados en Derecho. Fundador y Presidente del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Innovación y Justicia Alternativa, A.C., miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), CONACYT, e Integrante del cuerpo de investigadores del EGADE BUSINESS SCHOOL del Tecnológico de Monterrey.

² Disponible en: <http://modumlegal.mx/de-la-retorica-a-la-realidad>, 22 de julio de 2016.

sector energético mexicano, en ambas vertientes: hidrocarburos y electricidad. De hecho, el Subsecretario de Electricidad de la Secretaría de Energía, el Dr. César E. Hernández Ochoa³, afirmaba que la reconfiguración representa una de las grandes transformaciones históricas de la economía mexicana, por abrirse el sector a la competencia y a la participación privada, a través de modelos probados, principios, instituciones y prácticas de economías altamente productivas, siendo la reforma energética, en su versión eléctrica, la vertiente de la productividad; sin embargo, dicha productividad, deberá ser llevada a cabo de manera sustentable, por mandato constitucional⁴.

Sustentabilidad que se concreta en el sector eléctrico, con la incorporación de las obligaciones de energías limpias contempladas en la Ley de la Industria Eléctrica, en su Capítulo III y Artículo Transitorio Décimo Sexto⁵, así como con la Ley de Transición Energética, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2015, en donde su artículo primero, párrafo segundo, establece que la ley es reglamentaria de los párrafos 6 y 8 del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los Transitorios Décimo

³ Hernández Ochoa, César E., “La reforma eléctrica mexicana de 2013 y 2014” en Vázquez Martínez, Emma Noemí (coord.), *Creando confianza para los mexicanos*, México, Comisión Reguladora de Energía-Secretaría de Energía, p. 103, <http://www.cre.gob.mx/documento/libro-aniversario.html>, 24 de febrero de 2016.

⁴ Ver el artículo 25 de la Constitución General, que en su parte conducente señala: “Bajo criterios de equidad social, productividad y *sustentabilidad* se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente” y “La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución”.

⁵ Como más adelante se expondrá.

Séptimo⁶ y Décimo Octavo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de diciembre de 2013, conteniendo un capítulo de los Certificados de Energías Limpias.

Posteriormente, el 31 de marzo de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Aviso por el que se da a conocer el requisito para la adquisición de Certificados de Energías Limpias en 2018”, en el que en su artículo único establece que: “el requisito de Certificados de Energías Limpias correspondiente al período de obligación 2018, será del 5%”.

Como toda nueva legislación, es necesario un periodo de asimilación de sus disposiciones, a efecto de confirmar claramente los alcances, supuestos y excepciones de las obligaciones, y dar cabal cumplimiento a las mismas para evitar futuras sanciones. Es justamente en este punto, donde el papel del Poder Judicial de la Federación es crucial, al fijar los criterios necesarios para una correcta interpretación de la ley que genere certeza jurídica; tarea no fácil.

Es lógico que al imponerse nuevas obligaciones, los sujetos que soportan la carga, deben realizar un estudio pormenorizado sobre las posibles afectaciones a sus derechos e intereses económicos, y valorar sus opciones legales; por excelencia, el juicio de amparo; análisis que se complica cuando la legislación remite a disposiciones de carácter general aún pendientes de publicar.

Resulta pues interesante el estudio de la reciente resolución emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito⁷, a propósito de la interposición de la queja número 31/2016, que al rubro se establece:

⁶ Destacando la siguiente obligación: “En materia de electricidad, la ley establecerá a los participantes de la industria eléctrica obligaciones de energías limpias y reducción de emisiones contaminantes”.

⁷ Tesis: IV.2o.A.121 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 31, t. IV, junio de 2016, p. 2819.

CERTIFICADOS DE ENERGÍAS LIMPIAS. CONTRA LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA, ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL AMPARO INDIRECTO.- Con motivo de la reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de las comúnmente conocidas reformas estructurales propuestas por el Ejecutivo Federal se estableció, esencialmente, sobre la base de que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que: el sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas definidas; corresponden sólo a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; y, en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, las cuales determinarán la forma en que éstos podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica. Lo anterior, en la inteligencia de que en las normas transitorias del decreto correspondiente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013 se estableció que, derivado de su carácter estratégico, el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica se considera de interés social y orden público y que, en materia de electricidad, la ley establecerá a los participantes de la industria eléctrica obligaciones de energías limpias y reducción de emisiones contaminantes, materia que se encuentra ampliamente regulada en las leyes de la Industria Eléctrica y de Transición Energética, esta última, vigente a partir del 25 de diciembre de 2015. De estos ordenamientos, que a su vez resultan ser reglamentarios de aquellas normas constitucionales se advierte que con la finalidad de incrementar y promover el uso de energías limpias

en los procesos industriales llevados a cabo en la Nación con un menor costo, se estableció la emisión de los certificados de energías limpias o CELs, por la Comisión Reguladora de Energía, conforme a las bases y reglas establecidas en la segunda de las leyes mencionadas, y por la Secretaría de Energía. Así, estos certificados adquieren trascendencia en los órdenes jurídico, comercial y de la vida pública en el país, porque se trata de un mecanismo implementado junto con otras políticas públicas, para lograr la producción de energía limpia que debe satisfacerse para alcanzar las metas de generación pretendidas pues, básicamente, los certificados acreditan la producción de un monto de energía limpia. Además, su mecanismo puede entenderse en el sentido de que los generadores de energía que no cubran la cuota de energía limpia estarán en aptitud de adquirir en el mercado eléctrico nacional esos certificados para ese efecto y evitar la aplicación de sanciones. En ese sentido, la función de los CELs es promover las fuentes limpias de menor costo conforme a las metas nacionales que, en consecuencia, adquieren el carácter de una obligación individual a adquirir en proporción al consumo de cada sujeto obligado, y son también un título de carácter comercial en el mercado eléctrico que los transforma en una herramienta económica para fomentar el cumplimiento de metas de generación limpia, así como un instrumento que permite transferir recursos de los suministradores de electricidad que no alcancen el porcentaje de energías limpias establecidos, a aquellos generadores que producen más energía limpia que la que estipula la meta, lo que evidencia que fueron creados para promover la inversión en energías limpias. En estas condiciones, el artículo 68 de la Ley de Transición Energética, al prever que la Secretaría de Energía establecerá obligaciones para adquirir CELs, evidencia el interés público de instrumentarlos, como un mecanismo dirigido a lograr la modernización de la industria eléctrica; la promoción

de inversión en nuevas tecnologías dirigidas a lograr determinada generación limpia del fluido y la existencia de un mercado estrictamente regulado tendente a recompensar tales inversiones y permitir también, que todos los sujetos obligados cumplan la meta nacional establecida por la autoridad. Por tanto, al ser el interés meramente económico insuficientemente oponible al público derivado de las disposiciones señaladas, es improcedente conceder la suspensión provisional en el amparo indirecto contra los efectos de dicho precepto, en términos del artículo 138 de la Ley de Amparo, pues dicha afectación económica no se advierte irreparable ni es patente la existencia de una transgresión que, razonablemente, sea de mayor trascendencia por su permanencia o por afectar derechos sustantivos de modo superlativo cuando, en todo caso, de otorgar la medida se vería afectado el beneficio directo e inmediato de la sociedad derivado de las normas que regulan lo relativo a las fuentes de energías limpias y a los certificados correspondientes, aspectos de orden público y trascendencia nacional, por vincularse directamente con un área considerada como estratégica en la propia Constitución Federal, pues se verían afectados los mecanismos referidos a la generación de energías limpias y de los certificados relativos, así como la recepción de la información relativa por la Secretaría de Energía y una probable alteración en sus eventuales resultados.

La línea argumentativa de la tesis está principalmente basada en el análisis de ponderación entre el interés público (interés social) contra el privado (aparición del buen derecho) del quejoso, para los efectos de la suspensión del acto reclamado, en términos de la Ley de Amparo; incluso, el Tribunal Colegiado realiza un estudio sobre la naturaleza de los Certificados de Energías Limpias y para lograrlo, realiza otra introspección sobre la estructura constitucional que los fundamenta.

Esta naciente interpretación de las reformas estructurales en materia de energía a cargo del Poder Judicial de la Federación, permite una reflexión jurídica

sobre la visión del órgano interpretativo que construye estabilidad jurisprudencial de forma directa, particularmente en el tema de los Certificados de Energías Limpias; que de forma contradictoria, los fundamentales de la tesis objeto del estudio, se basa en una interpretación indirecta, conocida como el Estado Regulador, como se detallará más adelante.

A fin de conocer el contexto de la tesis, es necesario realizar un análisis de la resolución de la *Queja 31/2016-I*, que deriva del incidente de suspensión relativo al juicio de amparo indirecto número 118/2016⁸; destacándose las siguientes consideraciones:

La quejosa promovió juicio de amparo, en el que reclamó la inconstitucionalidad de los artículos 4, 6, 7 y 68 a 74, así como los Transitorios Tercero y Décimo Sexto, de la Ley de Transición Energética; y los artículos 121 al 129, 165 inciso c) de la fracción IV, así como el artículo Décimo Sexto Transitorio, de la Ley de la Industria Eléctrica, al considerarlos violatorios de las garantías de igualdad, no discriminación, e irretroactividad de la ley, contenidos en los artículos 1º, 14 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La parte quejosa representa una sociedad cuyo objeto social es realizar toda clase de actividades que se relacionan directa o indirectamente con la industria siderúrgica, para lo cual, dice, consume un total de energía eléctrica equivalente a 2,050,000 MWh (dos millones cincuenta mil megawatt hora) de los cuales, afirma, 130,000 MWh (ciento treinta mil megawatt hora) esto es el 6.3% (seis punto tres por ciento) del total de energía eléctrica es energía limpia, pues es abastecido por la empresa (se omiten datos personales), la cual produce energía eléctrica proveniente de fuentes eólicas, considerada como “energía limpia”, de conformidad con la definición contenida en la fracción XV del artículo 3 de la Ley de Transición Energética y fracción XXII del artículo 3 de la Ley de la Industria Eléctrica y que al

⁸ Disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=155/0155000018583586002.doc_1&sec=Dalia_Contreras_Navarro&svp=1, 22 de julio de 2016.

ser usuario calificado, se le considera sujeto obligado a contribuir a las metas de energías limpias así como adquirir los certificados de energías limpias, atento a los artículos 6 y 68 de la Ley de Transición Energética.

Argumenta igualmente haber celebrado un contrato de interconexión y producir energía derivado de su calidad de socio consumidor mediante contrato diverso y que ambos no serán tomados en cuenta para obtener certificados de energías limpias atento a lo dispuesto en el artículo Décimo Sexto Transitorio de la Ley de la Industria Eléctrica⁹.

El Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León, admitió a trámite la demanda de amparo y ordenó formar el incidente de suspensión respectivo, en el cual negó la medida cautelar. Al respecto argumentó, esencialmente, que no se encontraban satisfechos los requisitos previstos en la fracción II del artículo 128 de la Ley de Amparo, toda vez que de otorgarse, se seguiría perjuicio al orden público y al interés social. Señaló el juzgador, que esto era así, porque de lo dispuesto en los artículos 1º, 4º, 5º, 6º, 7º, 68 y Tercero Transitorio de la Ley de Transición Energética; y 121, 122, 123, 126, 129 de la Ley de la Industria Eléctrica, se apreciaba una preocupación de las autoridades legislativas en el establecimiento de instrumentos que procuraran la protección

⁹ Décimo Sexto. Los Centros de Carga que se incluyan en los Contratos de Interconexión Legados estarán exentos de los requerimientos de obtener Certificados de Energías Limpias, siempre y cuando las Centrales Eléctricas contempladas en los mismos contratos produzcan energía eléctrica a partir de Energías Limpias en cuantía suficiente para cubrir la totalidad del consumo de dichos Centros de Carga, en términos de los criterios aplicables para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias. No se otorgarán Certificados de Energías Limpias por la producción de dichas Centrales Eléctricas, aun cuando su producción exceda los requerimientos de los Centros de Carga asociados. Los Centros de Carga y la capacidad de las Centrales Eléctricas que se incluyan en nuevos contratos de interconexión y contratos de conexión en los términos de la Ley de la Industria Eléctrica estarán obligados al cumplimiento de los requisitos relativos a los Certificados de Energías Limpias y podrán recibir dichos certificados, en los términos de la Ley de la Industria Eléctrica.

del medio ambiente, al equilibrio ecológico relacionado con el cambio climático, al aprovechamiento sustentable de la energía, así como a la necesidad de impulsar el aprovechamiento energético de recursos renovables y la sustitución de combustibles fósiles en el consumo final, por lo que la sociedad estaba interesada en el cumplimiento de estas finalidades, pues con ellas era posible alcanzar mejores condiciones de vida.

Ante la negativa de la suspensión, la quejosa interpone el recurso de queja señalado y argumenta que al encontrarse en el supuesto del artículo Décimo Sexto Transitorio, en el que se establece que no se otorgarán certificados de energías limpias por la producción de Centrales Eléctricas contempladas en los Contratos de Interconexión Legados, aun cuando su producción exceda los requerimientos de los Centros de Carga asociados, tal disposición le genera una afectación en su esfera jurídica, porque en vez de cumplir con un requisito de certificados de energías limpias correspondiente al 5% para el año 2018, en realidad deberá cumplir con ese 5% más el 6.3% que no se le toma en cuenta, en consecuencia de lo dispuesto por el referido precepto.

Los Magistrados del Tribunal Colegiado deciden que los referidos motivos de inconformidad son parcialmente fundados, pero insuficientes para conceder la suspensión provisional de los actos reclamados; ya que solicitó la recurrente suspensión para que el porcentaje total de energía eléctrica limpia consumida anualmente, se tomara en cuenta para el cumplimiento de la participación mínima de energías limpias y para que no se le obligara a comprar certificados de energías limpias; análisis que el Juez de Distrito no advirtió.

Acuerdan que en lo que se refiere a la suspensión para el efecto de que se tome en cuenta para el cumplimiento de la participación mínima de energías limpias el equivalente al 6.3% de su consumo total anual, para el cumplimiento de la participación mínima de energías limpias, que se le proporciona conforme al Contrato de Suministro de Energía Eléctrica celebrado con la empresa (se omiten

datos personales), resulta improcedente conceder la suspensión provisional, pues implicaría darle efectos constitutivos de derecho, lo cual es contrario a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131 de la Ley de Amparo, que dispone que en ningún caso, el otorgamiento de la medida cautelar podrá tener por efecto modificar o restringir derechos, ni constituir aquellos que no haya tenido el quejoso antes de la presentación de la demanda. En el caso, tal como lo refiere la empresa quejosa, ni la Ley de la Industria Eléctrica ni la Ley de Transición Energética le otorgan a la quejosa el derecho a que se tome en cuenta para el cumplimiento de la participación mínima de energías limpias, el porcentaje de consumo de energías limpias que utilice, por lo tanto, la concesión de la suspensión para ese efecto equivaldría a otorgarle a dicha medida efectos constitutivos de derecho, los cuales no son propios de la suspensión, sino en todo caso, del fondo del juicio de amparo.

En lo que se refiere a los efectos de la suspensión relativa a que no se le obligue a comprar certificados de energía limpia, los Magistrados coinciden con el Juez de Distrito en que debe prevalecer el orden público e interés social, sobre el interés particular, cuyo perjuicio, en todo caso, sería menor a resentir por aquel.

La estrategia de la medida de suspensión solicitada por el quejoso tiene su base en cuatro aristas: 1) actos de imposible reparación, que de consumarse, se generaría un daño porque se tendrían que sufragar cantidades exorbitantes de dinero para adquirir los CELs; 2) no se contravienen disposiciones de orden público; 3) falta de atribuciones de la Secretaría de Energía (SENER) para regular los CELs, y; 4) falta de las bases generales para regular dichos CELs.

A lo que los Magistrados razonan que el interés meramente económico aducido en la demanda de amparo para obtener la suspensión de los actos reclamados, no es suficientemente oponible al interés público derivado de las disposiciones impugnadas, y resulta improcedente otorgar la suspensión contra sus efectos, en términos del artículo 138 de la Ley de Amparo, pues por una parte, dicha afectación económica *no se advierte irreparable ni es patente la existencia*

de una transgresión a la quejosa que razonablemente sea de mayor trascendencia por su permanencia o por afectar derechos sustantivos de modo superlativo; cuando en todo caso, de otorgar la medida, se vería afectado el beneficio directo e inmediato de la sociedad derivado de tales disposiciones, que regulan lo relativo a las fuentes de energías limpias y a los certificados correspondientes, aspectos de orden público y trascendencia nacional por vincularse directamente con un área considerada como estratégica en la propia Constitución Federal, pues se verían afectados los mecanismos referidos a la generación de energías limpias y de los certificados relativos, así como la recepción de la información correlativa por parte de la Secretaría de Energía en los términos ya explicados, y una probable alteración en sus eventuales resultados.

Aunado a que en los términos de la ley, los integrantes de la industria eléctrica en general, así como los usuarios calificados participantes del mercado eléctrico mayorista, sean de carácter público o particular, y los titulares de los contratos de interconexión legados, estarán obligados a contribuir al cumplimiento de las metas de energía limpias en términos de la legislación aplicable, destacando la obligación de adquirir certificados de energías limpias en los términos del marco jurídico correspondiente.

Máxime que por la naturaleza de las violaciones alegadas, no es previsible la franca inconstitucionalidad de las normas generales impugnadas para concluir de otro modo, pues el examen relativo a si el conjunto normativo impugnado es discriminatorio; que establece medidas que no son acordes con el nivel de desarrollo del país ni proporcionales ni objetivas; que no se establecieron bases generales para la regulación de los certificados de energías limpias, y finalmente, que se violentó el proceso legislativo del que derivaron, pues implican un *examen* a fondo y exhaustivo sobre el complejo grupo normativo relacionado, que es *propio de una sentencia de fondo*.

Por ende, al advertirse la transgresión a disposiciones de orden público y al interés social de mayor trascendencia a la afectación que pudiera sufrir la quejosa con la materialización de los efectos de las normas impugnadas, *se reitera que pese a ser fundados los agravios formales de la queja*, lo que procede es negar la suspensión y consiguientemente, declarar infundado el recurso de queja.

En este sentido, la litis se encuentra planteada de la siguiente manera:

- 1) *Argumento del quejoso*: Los actos reclamados son de imposible reparación, que de consumarse, se generaría un daño porque se tendrían que sufragar cantidades exorbitantes de dinero para adquirir los CELs;

Razón judicial: No se advierte irreparable, ni es patente la existencia de una transgresión a la quejosa que razonablemente sea de mayor trascendencia por su permanencia, o por afectar derechos sustantivos de modo superlativo.

- 2) *Argumento del quejoso*: Los actos reclamados no contravienen disposiciones de orden público;

Razón judicial: Los actos reclamados contienen aspectos de orden público y trascendencia nacional, por vincularse directamente con un área considerada como estratégica en la propia Constitución Federal.

- 3) *Argumento del quejoso*: Falta de atribuciones de la Secretaría de Energía (SENER) para regular los CELs y;

Razón judicial: Esto constituye un examen de fondo y exhaustivo sobre el complejo grupo normativo relacionado que es propio de una sentencia de fondo; sin embargo, fundamenta preliminarmente su criterio, en la teoría constitucional del Estado Regulador y *prima facie*, la constitucionalidad de la atribución de la Secretaría de Energía.

- 4) *Argumento del quejoso*: Falta de las bases generales para regular dichos CELs.

Razón judicial: Igualmente, representa un examen a fondo y exhaustivo sobre el complejo grupo normativo relacionado, que es propio de una sentencia de fondo; no obstante lo anterior, se infiere entre líneas una violación al principio de legalidad (Las bases generales deben estar contenidas expresamente en la Ley de la Industria Eléctrica), contrario a que sean emitidas posteriormente mediante regulación administrativa; a lo que los Magistrados envían nuevamente la señal del Estado Regulador.

A mayor detalle, se destacan como ideas clave, las siguientes:

- 1) Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, la cual debe ser integral y sustentable.
- 2) El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas definidas.
- 3) Corresponde exclusivamente a la Nación, la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional así como el servicio público de Transmisión y Distribución, este último es considerado de interés público y social.
- 4) Los participantes de la industria eléctrica, están obligados a las energías limpias.
- 5) Tanto la Ley de la Industria Eléctrica, como la de Transición Energética, son reglamentarias de artículos constitucionales.
- 6) Los CELs adquieren transcendencia en los órdenes jurídico, comercial y de vida pública en el país, parten de la política pública de producción de energías limpias para lograr las metas establecidas.
- 7) El envío de la información generada por las centrales eléctricas limpias, es utilizada por la SENER, para elaborar un informe público con los resultados de desempeño y tendencias del mercado.
- 8) La función de los CELs es promover las fuentes limpias de menor costo conforme a las metas nacionales, que consiguientemente, adquieren el

carácter de una obligación individual en proporción al consumo de cada sujeto obligado; y son también un título de carácter comercial en el referido mercado eléctrico que los transforma en una herramienta económica para fomentar el cumplimiento de metas de generación limpia.

- 9) Los CELs fueron creados para promover la inversión de energías limpias al considerar primordialmente nuevas plantas o existentes, pero con proyectos de modificación y uso de energías limpias, aunado a que también pretende cumplir con las políticas de diversificación de fuentes de energía y de seguridad energética.
- 10) Es razonable que los CELs evidencien el interés público imbríto en su contenido, su implementación es un mecanismo dirigido a lograr la modernización de la industria eléctrica, la promoción de inversión en nuevas tecnologías para una generación limpia y un mercado que las recompense; y permitir a la vez que todos los sujetos obligados den cumplimiento a la meta nacional establecida por la autoridad, sin dejar de tomar en consideración, el evitar sanciones.
- 11) Todo lo que a su vez constituye la expresión material de la facultad constitucional del Estado de ejercer su rectoría en materia del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, mediante cláusulas habilitantes a la SENER y otras dependencias, bajo la teoría constitucional del Estado Regulador.

Resulta pertinente enfocarse unos momentos en el análisis de los citados argumentos, porque existen claroscuros en el manejo de los nuevos paradigmas constitucionales que justifican el interés público de los CELs, más propiamente dicho, una confusión en el ejercicio de equiparación y/o vinculación de estos, en particular la conjugación de los elementos, tales como la rectoría del desarrollo nacional sustentable del Estado, el área estratégica de la planeación y control del sistema eléctrico nacional así como del servicio público de transmisión y distribución de energía

eléctrica para justificar el interés público de los CELs, al menos, para efectos de la negación de la suspensión provisional del amparo; pero además, resulta igualmente trascendente la interpretación de la nueva reconfiguración de la industria eléctrica y su relación con la certeza jurídica de las inversiones privadas en el sector eléctrico.

El argumento nuclear por el que se afirma una indebida conjugación en el ejercicio de equiparación y/o vinculación entre los elementos citados, radica en que los CELs no necesariamente son producto de la expresión material de la facultad constitucional del Estado de ejercer su rectoría en materia del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, porque los CELs no encuadran en un servicio público de transmisión y distribución, en virtud de la naturaleza propia de la transmisión y distribución de energía eléctrica, sino que son obligaciones equivalentes al servicio público y universal:

(CELs = servicio público)

Lo anterior, atento a lo dispuesto en el artículo 4 fracción V de la Ley de la Industria Eléctrica¹⁰, equivalencia que no encuentra claramente su simetría constitucional en la Carta Magna, ya que esta habla sobre las obligaciones de energías limpias, por ello su falta de correspondencia (análisis que no fue materia de la queja en comento).

Por otro lado, si bien es cierto que es razonable que los CELs evidencian un interés público imbíbido en su contenido, solo lo es para el efecto de ser la expresión de uno de varios mecanismos regulatorios que permitirá el cumplimiento de las obligaciones de energía limpia a cargo de los participantes de la industria eléctrica, mas no el instrumento central-exclusivo de orden público, por medio del cual se materialice exhaustivamente la disposición constitucional de las obligaciones de energías limpias; esta sutil pero fina diferencia jurídica, hace sentido en

¹⁰ Artículo 4: Son consideradas obligaciones de servicio público y universal las siguientes:
V. Cumplir con las obligaciones en materia de Energías Limpias y reducción de emisiones contaminantes que al efecto se establezcan en las disposiciones aplicables, y...

un contexto en donde en el caso concreto, el quejoso cumple (de forma distinta, mediante su contrato de interconexión legado¹¹) con las obligaciones de energías limpias (de rango constitucional), pero al parecer, incompatible e insuficiente a la luz de los CELs, entendiéndose en consecuencia, que la única forma de cumplir con las obligaciones de energías limpias, a partir del periodo de transición, sería exclusivamente mediante el cumplimiento de los requisitos para la adquisición de los CELs, lo cual no es preciso, porque el cumplimiento de las obligaciones de energías limpias también es posible lograrlo mediante mecanismos regulatorios diferentes, en virtud de que la Comisión Reguladora de Energía cuenta con facultades para crear instrumentos regulatorios distintos que promuevan una mayor integración de energías limpias en la red¹²; o al menos, respetar la vigencia del Contrato de Interconexión celebrado por el usuario calificado (quejoso), liberándose del cumplimiento de la adquisición de los CELs hasta el término de la vigencia del mismo, principalmente por consumir energías limpias vía fuentes eólicas, en un porcentaje superior (6.3%) a la meta de los CELs; lo anterior atento al principio constitucional de la irretroactividad de la ley en perjuicio del obligado.

En síntesis, las obligaciones de energías limpias (OELs) no se materializan exclusivamente, ni se agotan con los CELs, un certificado-incentivo no es mayor al contenido obligacional constitucional que le da origen:

¹¹ Contrato de interconexión o contrato de compromiso de compraventa de energía eléctrica, para pequeño productor celebrado o que se celebra bajo las condiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley (Artículo 3, fracción XIII Ley de la Industria Eléctrica).

¹² Preguntas frecuentes sobre la nueva regulación en temas eléctricos emitido por la CRE: ¿Existe algún otro incentivo, además de los Certificados de Energías Limpias (CELs), para invertir en Energías Limpias? No; los CELs sustituyen todos los incentivos de la vieja Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y se constituyen como la principal herramienta para alcanzar las metas de generación de energía eléctrica limpia, sin embargo, la CRE cuenta con facultades para crear instrumentos regulatorios que promuevan una mayor integración de energías limpias en la red. Disponible en: <http://www.cre.gob.mx/documento/faq-regulacion-electricos.pdf>, 16 de agosto de 2016.

OELS ≠ CELS POR LO TANTO OELS>CELS

Ahora bien, las obligaciones de energías limpias encuentran su fundamento constitucional en la disposición Transitoria Décima Séptima de la reforma a la Carta Magna en materia de energía, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre del 2013, en donde se cita, que, en materia de electricidad, la ley establecerá a los participantes de la industria eléctrica, obligaciones de energías limpias y reducción de emisiones contaminantes.

Derivado de lo anterior, las obligaciones de energías limpias son reguladas en las leyes reglamentarias de la industria eléctrica y transición energética. Efectivamente ambas leyes, establecen que sus disposiciones son de orden público y de interés social, en su primer artículo, lo cual es correcto en un contexto general sobre las obligaciones de energías limpias, más no exclusivamente para los CELs (como se ha hecho mención), a pesar de que en la exposición de motivos en la iniciativa presidencial¹³, se justificó que para dar cumplimiento al mandato constitucional de sustentabilidad en la industria eléctrica, el proyecto de la ley de la industria eléctrica que se propone, crea un esquema de obligaciones a los usuarios calificados y a las empresas del suministro eléctrico, para la adquisición de certificados de energías limpias.

Dicho mecanismo obliga a las empresas a apoyar el compromiso nacional con la generación limpia de electricidad, distribuyendo el costo de dicho compromiso entre todos los participantes de la industria. Este esquema transforma en obligaciones individuales, las metas nacionales de generación limpia de electricidad de forma eficaz y al menor costo para el país, ya que el mecanismo propuesto para promover las energías limpias propicia que los participantes de la industria adquieran certificados de energías limpias.

Se insiste, la base del argumento nuclear, radica en que los CELs no son los instrumentos de orden público e interés social derivados de las obligaciones

¹³ Disponible en: <http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/2-ley-de-la-industria-electrica.pdf>, 15 de agosto de 2016.

de energías limpias; estas últimas en cambio sí lo serían. Tampoco son una carga equivalente al servicio público, por no estar así establecido expresamente en la Carga Magna, ni en la Ley de la Industria Eléctrica en su artículo 4, fracción V, contrario y como sí se establecen para las obligaciones de energías limpias; equiparación aventurada (OELs = CELs), si se toma en cuenta que la idea de que las obligaciones de energías limpias, tienen como finalidad la transición de fuentes fósiles a fuentes no fósiles, es decir, a la generación y consumo de energía eléctrica vía energías limpias, que tengan por objeto la conservación del medio ambiente, sin restar competitividad a la industria eléctrica; ello no se logra única y exclusivamente a través de un solo mecanismo regulatorio, dígase los CELs, ni tampoco estos representan la expresión única a tan semejante objetivo constitucional, sino simplemente constituye un mecanismo regulatorio no exclusivo.

Bajo esta óptica, la suspensión debió haberse otorgado por cumplirse con las obligaciones de energías limpias, no violándose en ningún momento disposiciones de orden público e interés social, al contrario, justamente porque la sociedad está interesada en evitar la contaminación que producen las fuentes fósiles, para un mejor medio ambiente; si el quejoso acredita que su consumo proviene esencialmente de fuentes no fósiles-limpias, es suficiente para darse por cumplido con las OLEs, a pesar de no calificar para la obtención de los CELs, la forma no puede prevalecer sobre el fondo (objetivo constitucional) respectivo, menos si existe un contrato reconocido con una ley anterior en proceso de transición, por efectos de la irretroactividad de la ley.

Por último, no debe omitirse la aplicación de la teoría constitucional del Estado Regulador¹⁴, en donde se argumenta la falta de atribuciones de la SENER para regular los CELs, conforme a la cual, contrario al argumento que sostiene el

¹⁴ Tesis: P./J. 46/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, t. I, enero de 2016, p. 339, de rubro: “ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”.

quejoso, resulta infundado el mismo, porque efectivamente se realiza una correcta interpretación sobre las atribuciones regulatorias de la SENER, derivadas de la reforma constitucional en materia de energía, en virtud de que la idea básica del Estado Regulador descansa en la preservación de la división de los poderes y la cláusula democrática, a fin de innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos (y otros en función de su materia técnica especializada) competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular ciertos sectores especializados de interés nacional, lo que implica el otorgarles funciones regulatorias distintas a las legislativas, en virtud de su autonomía y aptitud técnica para producir normas en contexto de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, de seguimiento de corto plazo de adopción inmediata, para que los sectores alcancen resultados óptimos, vía regulación técnica y especializada; por lo que esta innovación le resulta aplicable no solo a los órganos autónomos constitucionales, sino también, a aquellos órganos de la administración pública centralizada, como la SENER, y que por razón de su competencia técnica y especializada, como lo sería la electricidad en un nuevo contexto de libre mercado, cuenten con atribuciones regulatorias, para los fines especificados.

Ahora bien, esto no implica que la SENER sea parte del control judicial respectivo al momento de ejecutar su atribución regulatoria, esta sin duda debe obedecer a los principios constitucionales respectivos del ejercicio del poder correspondiente, por lo que al tratarse del ámbito regulatorio, debe sujetarse al principio de legalidad, lo que implica que los tribunales judiciales pueden revisar la constitucionalidad de sus decisiones, inclusive en el campo de la discrecionalidad técnica, pues la actuación de la autoridad está ceñida a ciertos límites, entre otros, los derivados de la prohibición de arbitrariedad, las directrices específicas que fijen la Constitución y la ley, la fundamentación y motivación, que supone que las decisiones de la autoridad no sólo estén formalmente justificadas, sino que se apoyen

en *hechos ciertos* y en una debida interpretación de los fines de la norma que los habilita, de *proporcionalidad* y de la *razonabilidad* de la decisión¹⁵.

Si aplicáramos el control judicial a los *LINEAMIENTOS QUE ESTABLECEN LOS CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS CERTIFICADOS DE ENERGÍAS LIMPIAS Y LOS REQUISITOS PARA SU ADQUISICIÓN*, emitido justamente por la SENER, a fin de validar que el mismo no cuente con disposiciones arbitrarias, que se encuentre debidamente fundado y motivado, que se apoyen en hechos ciertos, que exista una debida interpretación de los fines de la norma y la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión, pues sería una historia diferente para los fines del amparo del quejoso, es decir, no argumentar la falta de atribución regulatoria, porque es fácilmente superable por la teoría constitucional del Estado Regulador sino mediante una nueva estrategia sustentada bajo la visión del control judicial, atento a la tesis citada en el párrafo anterior; toda una nueva experiencia de construcción jurisprudencial en materia de los CELs.

Qué decir, si sujetáramos igualmente a control judicial, por ejemplo, de los lineamientos en comento, la disposición 4 fracción II de las Centrales Eléctricas Legadas, que generen energía eléctrica a partir de energías limpias que hayan entrado en operación antes del 11 de agosto de 2014, siempre y cuando hayan realizado un proyecto para aumentar su producción de energía limpia, la pregunta sería: ¿por qué debo aumentar mi producción de energía limpia, cuando la que se produce es totalmente limpia? ¿Por la fecha de corte de agosto de 2014? ¿Por qué no recibir el mismo trato si son las mismas tecnologías limpias? Una vez más, si cumpla con las OELs, ¿por qué condicionarlas con los CELs? ¿Sería una disposición retroactiva en perjuicio del obligado?

¹⁵ Tesis: I.2o.A.E.27 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 30, t. IV, mayo de 2016, p. 2743, de rubro: “ÓRGANOS REGULADORES DEL ESTADO. ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTOS.”.

Finalmente, se aprecia en el horizonte, una posible afectación a los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros, por cambio regulatorio; ahora hay más requisitos que cumplir para obtener los mismos beneficios derivados de las energías limpias, expectativa distinta a la considerada en la inversión inicial en el sector de la generación de energía eléctrica; en consecuencia, esto podría ser considerado, a nivel del derecho internacional de inversión extranjera y atento a las disposiciones de protección a la inversión extranjera, contenidas en los tratados internacionales correspondientes, como una medida equivalente a la expropiación y por lo tanto, el acceso a indemnizaciones de la misma naturaleza.

Esta tesis distorsiona preliminarmente el mecanismo de funcionamiento de los CELs, en donde instrumentos similares han mostrado su efectividad para la promoción de energías renovables, como en Australia, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Noruega y Suecia¹⁶, justamente es la promoción y no la obligación, la clave de su operación, en un mercado de libre competencia, eminentemente privatizado en toda su cadena de valor.

Esperamos que en la 2ª. parte de esta investigación (que por supuesto tomará en cuenta la resolución definitiva del amparo y, en su caso, el resultado del recurso de revisión respectivo), se configure una interpretación más apegada a los nuevos paradigmas constitucionales. No es sabio tratar de interpretar los cambios estructurales de la reforma energética, solo citándolos, sino hay que entrar al fondo de lo que esto verdaderamente significa: un cambio de mentalidad constitucional.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 26, t. I, enero de 2016, p. 339.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 30, t. IV, mayo de 2016, p. 2743.

¹⁶ Ochoa Reza, Enrique, *La reforma al sector eléctrico*, México, Producciones sin sentido común, 2015, p. 84.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 31, t. IV, junio de 2016, p. 2819.

HERNÁNDEZ OCHOA, César E., “La reforma eléctrica mexicana de 2013 y 2014” en Vázquez Martínez, Emma Noemí (coord.), *Creando confianza para los mexicanos*, México, Comisión Reguladora de Energía-Secretaría de Energía, p. 103,
<http://www.cre.gob.mx/documento/libro-aniversario.html>, 24 de febrero de 2016.

MARMOLEJO CERVANTES, Miguel Ángel, “De la retórica a la realidad”, *ModumLegal La voz de los expertos*,
<http://modumlegal.mx/de-la-retorica-a-la-realidad>, 22 de julio de 2016.

OCHOA REZA, Enrique, *La reforma al sector eléctrico*, México, Producciones sin sentido común, 2015, p. 84.

Queja 31/2016-I, derivada del incidente de suspensión relativo al juicio de amparo indirecto 118/2016,
http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=155/0155000018583586002.doc_1&sec=Dalia_Contreras_Navarro&svp=1, 22 de julio de 2016.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150816.pdf

Ley de la Industria Eléctrica,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec_110814.pdf

Ley de Transición Energética,
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LTE.pdf>

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de la Industria Eléctrica,
<http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/2-ley-de-la-industria-electrica.pdf>,
15 de agosto de 2016.