

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE ACCESO UNIVERSAL AL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Por Francisco Leopoldo de Rosenzweig Mendiáldua

I. Antecedentes

Las decisiones fundamentales de política constituyen lineamientos y limitaciones para la instrumentación de políticas públicas que tienen por objeto tanto la preservación de la institucionalidad en la conducción de ciertos asuntos públicos, como la de la prestación de determinados servicios públicos. La intervención del Estado mexicano en la economía, directamente a través de su participación en ciertas industrias consideradas estratégicas, podría decirse, inició propiamente durante las décadas de 1930 y 1940. La nacionalización del ferrocarril en 1937 y de la industria petrolera en 1938 iniciaron el largo proceso de intervención estatal en la economía y de afianzamiento de los bienes considerados bajo dominio público.

La creación de bancos de desarrollo —entre los que se pueden mencionar el Banco Nacional de Crédito Agrícola (1934), Nacional Financiera (1934), el Banco Nacional de Crédito Ejidal (1935), y el Banco Nacional de Comercio Exterior (1937)—¹ reforzaron el compromiso del Estado para promover las actividades productivas con recursos estatales y convertirse, de acuerdo con los postulados de la doctrina keynesiana aceptada en el mundo occidental, en un motor de crecimiento económico.²

Si bien es cierto que en México el régimen de intervención del Estado en la economía no tuvo ni tiene por objeto la restricción de la libertad empresarial de los ciudadanos, algunas actividades se encuentran reservadas al Estado de manera exclusiva, de forma que la Constitución Política Mexicana dispone de un catálogo de actividades cuya realización corresponde de manera irrenunciable a la Nación. Sin embargo, debe quedar advertido que la reserva se hizo en condiciones históricas determinadas que, debe aceptarse, podrían haber cambiado.³

Así como en 1960 se determinó que la industria eléctrica bajo el dominio del sector privado ya no representaba un motor de crecimiento de la economía y que, por lo mismo, convenía que el Estado asumiera su control, ahora se puede argumentar lo contrario; es decir, que la reserva de Estado en materia eléctrica se ha convertido en un freno al crecimiento económico por los elevados costos que impone a la

¹ CÁRDENAS, E., *La hacienda pública y la política económica, 1929-1958*, México, FCE, 1994, pp. 70-89.

² John M. Keynes, premio Nóbel de Economía 1926, estableció en su obra *The end of the laissez faire* que “los principales defectos de la sociedad en que vivimos son su incapacidad para proporcionar pleno empleo y su arbitraria y desigual distribución de las riquezas y de las rentas”. Para corregir este fenómeno, propuso un papel más activo por parte del Estado, convirtiéndolo en un ente generador de empleos a través del aumento en el gasto público. KEYNES, J. M., *The end of the laissez faire*, Londres, Hogarth, 1926.

³ Durante la década de 1980, por ejemplo, se llevaron a cabo en el sector eléctrico algunos avances tecnológicos en materia de generación eléctrica, mismos que permitieron reducir la escala óptima de las plantas de generación. De igual forma, los avances en materia de telecomunicaciones permitieron despachar en una misma red a diversas empresas de generación de manera simultánea. De esta forma, se hizo posible operar varias empresas de generación y distribución y, con ello, comenzó a desecharse la idea que prevaleció durante décadas de que era necesario contar con un solo proveedor del servicio de electricidad.

sociedad mexicana el que el Estado sea el único responsable de prestar el servicio público de energía eléctrica.

En este sentido, al modificarse las condiciones que dieron origen a la decisión de nacionalizar al sector eléctrico, se hace también necesario adecuar las decisiones de política fundamental consagradas en los preceptos constitucionales que sostienen la reserva de Estado en lo relativo a la prestación del servicio público de energía eléctrica.

El tema, desde luego, no debe ser reducido pues la justificación de la que se dispone para documentar el planteamiento y aprobación de la reserva de Estado se encuentra relacionado con un concepto complejo como el del desarrollo exitoso de los objetivos nacionales permanentes⁴ —equiparables a los “principios” de Zagrebelsky—; es decir, con las razones por las que la nación mexicana asumió su catálogo de decisiones de política fundamental y de políticas públicas, por lo que su modificación debe ser motivada amplia y adecuadamente.

Para tales efectos, el Constituyente Permanente, como poder operativo⁵ facultado con atribuciones para modificar las decisiones de política fundamental, estableció las actividades estratégicas y prioritarias, quedando reservadas para el Estado las primeras y estableciendo el compromiso de colaboración con éste de los sectores social y privado para las segundas.

II. Participación del Estado en el Sector Eléctrico Mexicano

De la lectura de los párrafos anteriores, se desprenden las ideas generales del alcance paradigmático de las normas jurídicas relacionadas con la energía eléctrica para el caso mexicano. A saber, quedó establecido que las actividades que tuvieran por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica quedarían catalogadas como estratégicas en México y, por tanto, solamente las puede realizar el Estado por conducto de los organismos públicos descentralizados; es decir, por la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Luz y Fuerza del Centro (LFC).

Actualmente, la CFE —creada en 1937—⁶ tiene a su cargo la prestación del servicio público de energía eléctrica en todo el territorio nacional, salvo en el Distrito Federal y parte de los estados de México, Morelos, Hidalgo y Puebla, áreas que son atendidas por LFC —creada por Decreto del Ejecutivo Federal en 1994—.⁷ Actualmente ambos organismos públicos atienden a más de 28 millones de clientes (CFE atiende a 22.5 millones y LFC, a 5.7 millones).⁸

En materia de suministro de energía eléctrica en México, una de las decisiones de política fundamental más importantes, después de la creación de la CFE, se tomó en 1960 cuando el Presidente de la República, licenciado Adolfo López Mateos, anunció en su Informe de Gobierno que “...*la política que se ha trazado el Ejecutivo [...] está encaminada a que, como en el caso del petróleo y de los carburos*

⁴ Curzio, L., “La seguridad nacional en México: Balances y Perspectivas”, en Revista de Administración, RAP, número 98, México 1998, p. 13.

⁵ García Roca, J., “Del Principio de la División de Poderes”, en Revista de Estudios Políticos, Nueva Época, Número 108, Madrid, abril-junio de 2000. En este trabajo, el autor describe la arena de estudio identificada como “organización constitucional contemporánea”.

⁶ Por Decreto del 12 de agosto de 1937, sin embargo, no pasa inadvertido en esta investigación que como institución a cargo de la administración y desarrollo de la industria eléctrica, la CFE tiene antecedentes que se remontan a diciembre de 1933.

⁷ Desde luego, es importante advertir, que el organismo Luz y Fuerza del Centro tiene antecedentes institucionales que se remontan a principios del siglo XX.

⁸ De acuerdo con la información disponible en las respectivas páginas de Internet: www.cfe.gob.mx/www2/QueEsCFE/informacion/Clientesyvolumendeventas/ y www.lfc.gob.mx/influencia.htm.

*hidrógeno, sólidos líquidos o gaseosos, la prestación de los servicios públicos de generación transformación y abastecimiento de energía eléctrica, sea realizada por instituciones gubernamentales, órganos de la nación.”*⁹

Este anuncio sería ratificado posteriormente por López Mateos cuando, en octubre de 1960, remitió al H. Congreso de la Unión la iniciativa para adicionar el párrafo VI al artículo 27 Constitucional.¹⁰ Para justificar esta trascendental medida, López Mateos estableció que: “*México ha sostenido tradicionalmente la tesis de que los recursos naturales y las fuentes de energía básicas, han de estar al servicio de la colectividad y de la elevación de los niveles de vida del pueblo mexicano.*”¹¹

Esta decisión de política fundamental, proveniente del Ejecutivo Federal, derivó en la nacionalización de la industria eléctrica en México; esto es, en una mayor intervención del Estado mexicano en la economía, igual que como habría ocurrido desde 1938 con la industria del petróleo.

El proceso de nacionalización de la industria eléctrica, entre otras razones, de índole económica principalmente, justificaron una mayor participación estatal; en particular, se procuró aprovechar las economías de escala para ampliar la cobertura del servicio eléctrico, sobre todo a aquellas áreas que, como la rural, no fueron cubiertas por las empresas privadas por los elevados costos que ello representaba; centralizar —unificar los sistemas y estandarizar las frecuencias— y controlar la planificación del sistema eléctrico,¹² así como proveer a los usuarios del servicio (industriales, comerciales y residenciales) energía a un menor costo.

La limitación impuesta a los sectores social y privado para participar en el suministro de energía eléctrica como resultado del establecimiento de la reserva de Estado adoptada a partir de 1960, no implica necesariamente que haya sido siempre así. En el caso de México, los sectores social y privado hicieron posible en México, en una primera instancia, la instalación de centrales eléctricas a finales del siglo XIX.

III. Participación de los Sectores Social y Privado

La decisión de que el Estado haya reservado para sí la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público en 1960, haciendo énfasis en que en esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares, obedeció a circunstancias de un momento histórico y político en la vida del país, excluyendo así a los sectores social y privado en las actividades que comprenden la prestación del servicio público de energía eléctrica.

El argumento que se sostiene consiste en que el Estado no dispone de los recursos para continuar cumpliendo a cabalidad con absolutamente todas las funciones establecidas en la Constitución Política

⁹ Informe de Gobierno del Presidente Adolfo López Mateos el 1° de septiembre de 1960.

¹⁰ El párrafo VI del artículo 27 Constitucional establece 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*”.

¹¹ López Mateos, A., “Iniciativa del C. Presidente de la República por la que se adiciona el párrafo VI del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, México, 20 de octubre de 1960.

¹² En el decenio de los años setenta, se logró la interconexión de los sistemas eléctricos que habían dejado las diversas empresas y la unificación de la frecuencia en 60 ciclos por segundo. Esto abrió la posibilidad de normalizar equipos eléctricos y reducir los costos de la energía eléctrica para la planta industrial mexicana.

Mexicana en materia de energía eléctrica, máxime cuando el objetivo de haber llevado a la población el grueso de los servicios públicos (el acceso universal) está prácticamente concluido.¹³

En este orden de ideas, para que el Estado responda a las necesidades de la sociedad, se debe considerar la conveniencia de trasladar nuevamente a los sectores social y privado diversas actividades con el propósito de que el Estado no disperse sus escasos recursos. Además, al existir una regulación administrativa —más no económica—, las empresas del Estado tienen pocos incentivos para hacer más eficiente la provisión del servicio público de energía eléctrica, lo que redundará en un perjuicio para los mexicanos.

De ahí que la idea de traspasar la realización de ciertas actividades a los sectores social y privado se vea reforzada, sin que ello quiera decir que el Estado renuncie a la rectoría y regulación económica del sector.

En efecto, aunque ésta es una respuesta, no es la única ni la más completa. Si hacen falta recursos financieros al Estado, la primera acción debe centralizarse en estrategias de ampliación de la base de tributación o bien, a la creación de impuestos diferenciados en el consumo de ciertos bienes de carácter no esencial. En segundo término, se deben igualmente formular sistemas de concurrencia privada para que, en coordinación con la pública, favorezcan mejores condiciones para complementar las funciones de la sociedad organizada. Este, desde luego, no es el objeto central de discusión, pero se debe llamar su atención.

Así las cosas, el diseño del marco jurídico de la explotación de las actividades que incluyen la prestación del servicio público de energía eléctrica debe pasar por la revisión de las decisiones de política fundamental que el poder soberano ha determinado en los límites del ejercicio de la soberanía. En este orden de ideas, y retomando algunos conceptos, las decisiones de política fundamental se definen en la Teoría de la Constitución como aquéllas que determinan: (i) las instituciones que se han establecido para proveer la gobernación de una nación, y (ii) las normas jurídicas que establecen las características de ésta y que constituyen la suma del ánimo societario.

Las decisiones posteriores, es decir, las decisiones de los poderes constituidos, se encuentran acotadas a los razonamientos que previamente se han establecido en la Constitución Política Mexicana por el Poder Constituyente (como los principios de libertad, igualdad legal, libre tránsito, etc.). De esta forma, si se formalizaron en la Constitución Política Mexicana razonamientos históricos que se tradujeron en la reserva del Estado de ciertas actividades en forma exclusiva, por otro lado, debe advertirse que en la misma Carta Magna existen principios que permiten solucionar problemas como el que nos ocupa.

Es importante ser sensible con respecto al hecho de que en la Constitución Política el suministro de energía eléctrica es un derecho del ciudadano exigible al Estado (como principio) y que, si bien se deben encontrar mecanismos de coordinación y concurrencia de los sectores público, social y privado, también debe tenerse presente que la sociedad reclamará una participación activa del Estado, misma que se puede dar a través de la rectoría y la aplicación de mecanismos de control del poder (como la regulación), aspectos que se abordarán más adelante.

Como tal, independientemente de qué entidad pública o privada provea el servicio y/o suministro, el Estado debe defender uno de los principios económicos más importantes consagrados en la Constitución Política; es decir, para conservar y propiciar condiciones de desarrollo armónico, el Estado deberá

¹³ De acuerdo con la CFE, en términos de cobertura, el 97 por ciento de la población cuenta con el servicio. www.cfe.gob.mx.

asegurar que los ciudadanos cuenten con un fluido eléctrico confiable, seguro y a precios razonables, sin que se renuncie a los beneficios derivados de la introducción de competencia.

IV. Control del poder de los particulares: Origen de la regulación

La evolución de una sociedad transita por la forma en que, como nación, organiza y limita al poder. Los códigos políticos, como conjunto de decisiones de política fundamental, establecen claramente, en su parte dogmática, cuáles son los límites del poder público y, en su parte orgánica, los mecanismos para limitar al gobierno a servirse del poder o servir solamente a una fracción de la sociedad.

El poder privado debe controlarse cuando no lo hacen por sí mismos mecanismos alternos (como las fuerzas del mercado) para evitar que se transforme en una amenaza en contra de los intereses de los ciudadanos, ya sea por acción o por omisión.¹⁴ Lo anterior implica determinar si el poder privado es susceptible de ser controlado a través de la Constitución Política mediante decisiones de política fundamental que impliquen prohibiciones de participación en ciertas actividades económicas —como lo es la prestación del servicio público de energía eléctrica—, o si pueden aplicarse otros mecanismos de control que permitan que los recursos económicos privados se aprovechen en el suministro de energía eléctrica a través de su regulación económica con el objeto de reducir la carga fiscal del Estado, por ejemplo, y permitirle destinar los recursos fiscales a otras áreas prioritarias.

Es consabido que la regulación constituye un sistema de control del poder pero, para que funcione, se deben disponer de instituciones adecuadas, dinámicas y con atribuciones suficientes para responder a los cambios de las condiciones del mercado.¹⁵

El control del poder privado —mediante la regulación económica— fue una respuesta institucional a una realidad pública en México: la industria de la energía eléctrica se desarrollaba estrictamente bajo los incentivos de las tasas de rendimiento y se corría el riesgo de que una buena parte de la población, particularmente aquellos sectores a los que resultaba poco atractivo llevar el servicio eléctrico, no disfrutaran de los beneficios sociales que aporta el suministro de energía eléctrica. Como se ha mencionado con anterioridad, al considerarse que el sector eléctrico en manos de los particulares se había convertido en un freno para el desarrollo nacional (ya sea por los elevados precios, las diferencias de voltaje entre regiones y la falta de instituciones sólidas e instrumentos regulatorios), se determinó que colocarlo en manos del Estado de manera exclusiva sería la decisión adecuada.

Así, la Constitución Política sostiene desde entonces que es preferible excluir a los particulares de las actividades que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica, bajo el concepto general de que se cumple mejor una de las funciones primordiales del Estado respecto de la distribución de las oportunidades a todos los ciudadanos; en este caso, de la oportunidad de contar con energía eléctrica en sus industrias, comercios y hogares.

¹⁴ Ésta fue una de las razones por las cuales el Estado hizo la reserva en la prestación del servicio público de energía eléctrica. En octubre de 1960, el presidente López Mateos remitió al Congreso de la Unión la iniciativa para adicionar el párrafo VI al artículo 27 Constitucional en donde argumentaba que tal medida —la nacionalización de la industria eléctrica— debía “sustentarse en razones de beneficio social y no en objetivos de interés particular”. López Mateos, A., “Iniciativa del C. Presidente de la República por la que se adiciona el párrafo VI del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, México, 20 de octubre de 1960.

¹⁵ De Rosenzweig, F., “*Developing Regulatory Capacity*”, Stanford, The Program on Energy and Sustainable Development, The Political Economy of Power Market Reform, 2003.

Es decir, la “justicia” queda por encima de la “libertad” de elegir al proveedor o suministrador y de aprovechar el potencial financiero de la industria eléctrica, como se ha hecho en otros países. Dicho de otra forma, la “justicia” se prefiere a la “libertad” en la Constitución Política Mexicana.

Esta decisión tiene un costo severo para la racionalidad y el análisis económico, pues no es suficiente para el proceso legislativo que se disponga de una teoría de los bienes públicos que pudiera servir para administrarlos más eficientemente ya que, en el paradigma de la Constitución Política, los servicios públicos simplemente se proveen, no se administran ni se pretende obtener beneficio alguno de ellos. Nuevamente, surge la idea de que el Estado no tiene los incentivos necesarios para prestar de manera exclusiva el servicio público al menor costo y se refuerza la necesidad de revisar las decisiones de política fundamental que le confieren la reserva en esta materia.¹⁶

Quede advertido que la existencia de dicha limitación circunda las posibilidades del establecimiento o redefinición de políticas públicas. Es cierto que los objetivos permanentes de la nación, de la estructura de su Estado y de las funciones de su gobierno, como principios, deben incluir el aseguramiento del acceso al suministro de energía eléctrica a todos los ciudadanos a través de un esquema de acción que garantice la vigencia del ánimo societario, entendido ahora como el acuerdo respecto de los objetivos del Estado.

No obstante, será oportuno determinar la dimensión de los alcances paradigmáticos de la Constitución Política en esta materia con el objetivo de advertir cuáles son las decisiones de política fundamental que en realidad minan o frenan la materialización de las iniciativas de reforma propuestas en materia de provisión del servicio eléctrico con participación mixta.

El postulado original con el que se inicia el presente análisis es simple: ciertas instituciones favorecen el desarrollo y otras más no lo hacen, asumiendo como real el supuesto de que el desarrollo es la ambición más preciada de las naciones, es menester y ampliamente recomendable sustituir las instituciones que obstaculizan el desarrollo por otras que lo fomenten.

El jurista, con base en la realidad imperante, debe cuestionar la solvencia de la formalización jurídica de los postulados en la Carta Magna y proponer una estrategia que reconozca la realidad así como las necesidades que configuran el tiempo en que viven sus sociedades. Es importante advertir que la existencia de un paradigma constitucional no significa que las leyes emanadas de la misma se mantengan inmóviles.

En este orden de ideas, se plantea que la reserva de Estado en materia de prestación del servicio público de energía eléctrica constituye una decisión de política fundamental cuyas condiciones originarias pudieran haberse diluido ante un entorno que ha evolucionado, haciendo necesario diseñar una política pública en beneficio del desarrollo armónico de la nación en donde concurren los sectores público, social y privado en esta materia. Ello bajo la tesitura de que el derecho debe entenderse como una institución que potencia a los diferentes actores en una sociedad y no, como ocurre actualmente, que les imponga limitaciones a la libertad de participación en el desarrollo nacional.¹⁷

¹⁶ Prueba de ello son las reformas de 1992 a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y de 1995 a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, así como a la Ley General de Deuda Pública de 1995.

¹⁷ De Rosenzweig, F., *“El sector eléctrico mexicano: evolución, regulación y tendencias”*, Porrúa, 2007.