

EL CONTRATO NORMADO COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO REGULADOR LA CONTRATACIÓN COMO ELEMENTO DE ARTICULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO*

Carlos A. VILLANUEVA MARTÍNEZ**

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *La contratación administrativa en México.* III. *Organización de la industria eléctrica.* IV. *El contrato como factor de articulación sectorial.* V. *La problemática categorización de estos contratos.* VI. *Conclusión.* VII. *Fuentes de información.*

RESUMEN

El contrato es una herramienta jurídica que sirve para echar mano el *Estado Regulador*, a fin de lograr la consecución de los fines y objetivos que el Derecho positivo le impone. Es por ello que, la contratación que realiza el Estado, y particularmente la Administración Pública, es un tema recurrente desde el otro enfoque jurídico y, por ende, de los más analizados por los teóricos del Derecho Administrativo, ampliamente desarrollado desde el legislativo y reglamentario, constantemente objeto de resoluciones jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE

Derecho Administrativo. Estado Regulador. Globalización jurídica. Modelos jurídicos.

ABSTRACT

The contract is a legal tool that serves to get hold of the Regulatory State, in order to achieve the goals and objectives that positive law imposes. That is why, the contracting made by the State, and particularly the Public Administration, is a recurring theme from the other legal approach and, therefore, the most analyzed by the theorists of Administrative Law, widely developed since the legislative and regulatory, constantly subject to jurisdictional resolutions.

KEY WORDS

Administrative Law. Regulatory State. Legal globalization. Legal models.

* Una versión de este trabajo se utilizó como ponencia para el XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana en octubre de 2017, y como tal publicado en la memoria correspondiente.

** Profesor de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana UP, en la Ciudad de México, desde 2012, email: cavillanueva@up.edu.mx. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (ASIDE). Licenciado en Derecho (UNAM, 1997); Posgraduado en Derecho Mercantil (Escuela Libre de Derecho, 2000); Especialista en Derecho Administrativo (UP, 2008); Diplomado en

I. INTRODUCCIÓN

La globalización plantea múltiples retos y el Derecho no es ajeno a este fenómeno. En tal virtud, en el presente trabajo se aborda el problema de los desafíos que la globalización representa para la contratación pública, en particular en relación con sus transformaciones.

Acorde con ello, en las páginas siguientes se plantea cómo la institución jurídica del contrato se ha convertido en una herramienta más del catálogo del que puede echar mano el *Estado Regulador*, a fin de lograr la consecución de los fines y objetivos que el Derecho positivo le impone.

Para ello, se presenta a manera de ejemplo el caso de la regulación de la industria eléctrica mexicana, que para efectos del presente trabajo se asume como un ejemplo de la globalización jurídica, no en su acepción de régimen jurídico supraestatal, sino como la recepción en un sistema jurídico nacional de modelos regulatorios inicialmente desarrollados en el extranjero, lo que se considera como una muestra de la convergencia de los diferentes modelos jurídicos¹.

II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN MÉXICO

En México, la contratación que realiza el Estado, y particularmente la Administración Pública, es un tema recurrente desde el punto de vista jurídico y, por ende, de los más analizados por los teóricos del Derecho Administrativo, ampliamente desarrollado desde el punto de vista legislativo y reglamentario, y constantemente objeto de resoluciones jurisdiccionales. No está por demás apuntar que su relevancia es de tal magnitud, que su discusión rebasa los límites del ámbito estrictamente jurídico y se extiende a la discusión de lo *público* en su más amplia acepción, por sus implicaciones políticas, económicas y sociales, tanto desde el punto de vista estrictamente local como internacional².

Así, la doctrina reconoce la necesidad de la autoridad estatal de recurrir a la contratación pública para el cumplimiento de diversos fines y tareas que el Derecho positivo le impone, que no pueden ser alcanzados o cumplidos mediante el recurso al mandamiento

Strategic Management and Policy Analisis in the Electric Sector (University of California at Berkeley, (2005); Maestro en Derecho Empresarial Corporativo (Colegio Superior de Ciencias Jurídicas, 2006); en Ciencias Jurídicas (UP, 2011) y en Derecho Administrativo (UP, 2018); Candidato a Doctor en Derecho UP. Las opiniones expresadas en este documento son exclusivamente a título personal por lo que no representan la posición de ninguna institución pública o privada.

¹ Según Watson, citado por Fedtke, el "préstamo" de otros sistemas es actualmente la forma más generalizada de cambio jurídico. Sobre las razones de ello, y las condicionantes que afectan estos procesos, Cfr. Fedtke, Jörg, "Legal Transplants", en Smits, Jan M. (editor), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, UK, Publishing Limited, 2006, pp. 434-437.

² Durante los años 2011 y 2015 a 2017, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), publicó estudios específicos sobre los procedimientos de contratación de los principales organismos públicos federales en México, en los sectores de salud y de energía, el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos.

autoritativo propio del acto administrativo³. Resulta evidente que en la medida en que a la atribución de policía tradicional se suman las de servicio público⁴, económico-industriales y de fomento, el Estado requiere allegarse de bienes y servicios de diversa índole para el cumplimiento de las tareas que el Derecho le impone, lo que no puede realizar sin el concurso voluntario de los particulares.

Desde el punto de vista teórico, en México se ha aceptado que el Estado puede celebrar contratos bajo régimen de derecho privado o de derecho público, dando lugar a lo que algunos autores denominan *contratos civiles de la Administración* frente a los *contratos administrativos* en sentido estricto⁵. Sin embargo, en la práctica y en la legislación los primeros han sido marginados por los segundos, quedando reducidos a un catálogo muy limitado de supuestos, al haberse adoptado como criterio constitucional para la determinación del régimen de contratación, el uso o ejercicio de recursos públicos⁶. Por supuesto, esta perspectiva está directamente vinculada con una determinada concepción o modelo de Estado, el denominado Estado de bienestar o Estado gestor, con todo el cúmulo de tareas, responsabilidades que ello implica, para lo cual requiere allegarse de una cantidad ingente de bienes, servicios y obras, de manera que al recurrir a la contratación lo hace como demandante de la prestación, por tanto asume el carácter de obligado al pago de la contraprestación pactada, es decir, se trata fundamentalmente de actividades de *procura*, de forma que el énfasis en el uso y aplicación de recursos públicos y en el procedimiento de selección de la contraparte como condicionante del régimen de contratación resulta entendible.

³ Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1988, p. 309.

⁴ En sus orígenes, el tema de los contratos administrativos en Francia aparece claramente vinculado con la noción de servicios públicos, y ello es lógico si se considera que si bien la jurisprudencia francesa adoptó dicha noción para delimitar el ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la actividad prestacional en sentido materia no fue asumida de forma inmediata por la propia Administración, sino que la realizaba con el concurso de particulares. En este sentido, Fernández Ruiz vincula su surgimiento a los *arrêt Rotschild, Blanco, Feutry*, así como el caso *Thérond*, todos ellos vinculados a la noción de servicios públicos, lo que mueve al autor a afirmar "... la teoría del contrato administrativo surge y se desarrolla en clara compenetración con la idea del servicio público..."; Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa-IJ-UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, número 20, pp. 64-70.

⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *op. cit.*, p. 310.

⁶ Los párrafos tercero y cuarto del Artículo 134 Constitucional disponen: "Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes... Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado"

En este contexto, el contrato administrativo es definido como "... una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración Pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa"⁷. Acorde con la opinión anterior, se afirma que para que un contrato sea considerado como de carácter administrativo, requiere que una de sus partes sea una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa; que su celebración observe formalidades especiales; su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado no contrarias al derecho público, inadmisibles en un contrato de derecho privado haciendo imposible su celebración entre particulares; su fin sea la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público o el logro del interés público o de la utilidad pública y que sus controversias sean competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo⁸.

Sin embargo, este paradigma de la contratación que podríamos considerar clásico⁹, puede estar empezando a ser disfuncional por insuficiente, al no reflejar las nuevas realidades que se derivan del cambio y la transformación que conllevan el tránsito hacia el esquema del Estado Regulador, como modelo de Estado prevaleciente en el mundo occidental. Esta mudanza en el modelo de Estado se traduce en el replanteamiento de las relaciones Estado-Sociedad y consecuentemente, los fines del Estado, y tiene su reflejo jurídico en una nueva serie de atribuciones y tareas estatales, más cercanas a la dirección y coordinación de la actividad de terceros que a la gestión estatal directa. Para el caso mexicano, el cambio descrito ha sido reconocido expresamente por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en reciente resolución¹⁰.

Bajo este nuevo modelo, el Estado recurre también a la figura del contrato, pero lo hace bajo términos que, en principio, no cumplen con todos los elementos antes descritos, lo que dificulta su calificación como contratos administrativos, aunque se estima que tampoco se surten las condiciones, ni las características, materia y objeto de estos contratos se avienen con asignarles el tratamiento de contratos civiles de la administración o meros contratos de derecho privado.

⁷ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14^a. ed., México, Porrúa, 1988, t. II, pp. 524-525.

⁸ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 81.

⁹ Para los sistemas de influencia francesa, pero no así para el caso alemán o para el ámbito anglosajón, como claramente lo evidencian los desarrollos constitucionales norteamericano y del Reino Unido, que parten de racionalidades distintas. Meilán Gil, José Luis, *Derecho Administrativo Revisado*, Madrid, Andavira, 2016, Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico, pp.153-161.

¹⁰ Al respecto véase, Tesis P/J. 46/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, t. I, enero de 2016, p. 339.

Una primera manifestación de este rompimiento se presenta con la adopción del modelo de las *public private partnership* anglosajonas mediante la incorporación sistema jurídico de la Ley de Asociaciones Público Privadas¹¹ y su Reglamento¹², que permiten al Estado, entre otras, el financiamiento, construcción, operación de infraestructura y prestación de servicios a terceros (que puede ser el algún ente estatal o los particulares como usuarios), mediante contratos de largo plazo, asignados previo procedimiento administrativo de selección de la contraparte por el Estado. En estos contratos, la Administración Pública continúa siendo parte contratante, aunque no necesariamente la destinataria o beneficiaria de la prestación, por lo que eventualmente puede que tampoco se encuentre obligada al pago de la contraprestación.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo interesa presentar un esbozo del universo de contratos que derivan de la nueva regulación de la industria eléctrica mexicana, que se estima constituyen una categoría diferenciable de las antes indicadas, a fin de mostrar cómo el contrato se ha convertido en un instrumento de regulación sectorial, razón por la cual se argumenta, existen elementos para considerar la pertinencia de reconocerlos como una nueva categoría de *contratos públicos*.

III. ORGANIZACIÓN DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

Como resultado de la reforma constitucional de 2013 y la legislación secundaria que de ella se ha derivado¹³, la actual estructura de la industria eléctrica se asemeja mucho al modelo de servicios públicos competitivos descrito por el profesor Ariño Ortiz¹⁴. Es decir, se pueden identificar en el nuevo modelo regulatorio la desintegración del sector y la separación de actividades (tanto horizontal como vertical), así como el establecimiento de regímenes jurídicos diferenciados para las actividades competitivas y las consideradas no competi-

¹¹ Publicada en el DOF el 12 de enero de 2012, y su última reforma el 21 de abril de 2016.

¹² Publicado en el DOF el 5 de noviembre de 2012, y su última reforma el 20 de febrero de 2017.

¹³ Específicamente en materia de electricidad, se han expedido las leyes de la Industria Eléctrica (LIE); la Ley de la Comisión Federal de Electricidad (LCFE); de Energía Geotérmica; de los Órganos Reguladores Coordinados en materia de Energética (LORCME); sus respectivos reglamentos (excepto de la LORCM, que no tiene), a lo que se suma una ingente y creciente cantidad de normatividad administrativa emitida por las autoridades sectoriales.

¹⁴ Conforme a los planteamientos de este autor, en la reforma en comento es claro que se hace una desintegración del sector y una separación de actividades; se establece un régimen jurídico diferenciado para las actividades susceptibles de competencia y otro para las que no lo son, y se establece una autoridad reguladora independiente así como una nueva práctica regulatoria, que es en parte, el tema del presente documento. Si bien no son todos los elementos que identifican al nuevo modelo, conforme al planteamiento del autor en cita, se estima que con los antes indicados es posible afirmar que el diseño sectorial producto de esta reforma corresponde con este modelo. Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Granada, Universidad del Externado de Colombia-Fundación de Estudios de Regulación, 2003, pp. 594-616.

tivas. Es posible también identificar una separación entre las autoridades como forma de repartir y desconcentrar las diferentes competencias, de forma que se puede distinguir una autoridad responsable de las políticas públicas, un regulador independiente, así como un operador independiente tanto del mercado eléctrico como del sistema eléctrico¹⁵.

Así, la *industria eléctrica* comprende las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), y cuando a ellas se suma la proveeduría de insumos primarios para ella, se les refiere de forma conjunta como *sector eléctrico* Artículo 2o. de la LIE. La generación, transmisión, distribución, comercialización y la proveeduría de insumos primaria de insumos se realizarán de forma independiente entre ellas y bajo condiciones de estricta separación legal¹⁶, mientras que el Suministro Básico se separará de otras modalidades de comercialización (Artículo 8o. de la LIE).

Este rediseño regulatorio no implica una simple privatización entendida como el traspaso de tareas estatales a manos privadas y su correspondiente *despublicatio*; por el contrario, su régimen continúa siendo preponderantemente de Derecho Administrativo, y por tanto Público, con una significativa participación estatal en todas sus actividades. Así, para salvaguardar el acceso abierto, la operación eficiente y la competencia en la industria eléctrica, la Comisión Federal de Electricidad CFE¹⁷ realizará las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización, suministro básico, suministro calificado, suministro de último recurso, la proveeduría de insumos primarios para la industria eléctrica, así como las actividades auxiliares y conexas de la misma, de manera estrictamente independiente entre ellas, para lo cual establecerá la separación contable, funcional y estructural que se requiera entre sus divisiones, regiones, empresas productivas subsidiarias (EPS) y empresas filiales (EF), de acuerdo con la LIE y en términos de la estricta separación legal que establezca la Secretaría de Energía (SENER), la normatividad en materia de competencia económica y la regulación que establezca la Comisión Reguladora

¹⁵ Para una descripción detallada de la estructura de la industria, *cf.* Villanueva Martínez, Carlos A., "La nueva regulación del sector eléctrico en México. Una visión panorámica de su marco jurídico", *Derecho de la Energía en América Latina*, Bogotá, Universidad de Externado, 2017, t. 2.

¹⁶ No se incluye en los ordenamientos de mérito una definición de separación legal, sin embargo, en la práctica esto se ha entendido en el sentido de que las actividades deben ser realizadas por personas distintas y que actúen de forma independiente, a fin de evitar prácticas anticompetitivas (concentraciones, colusiones, subsidios cruzados, etc.).

¹⁷ Hasta la reforma en comento, la CFE era el organismo público encargado del servicio público de energía eléctrica como actividad estratégica reservada al Estado y, por tanto, bajo un esquema de monopolio público vertical y horizontalmente integrado. Evidentemente, la reforma del sector, orientada a la apertura al sector privado y a la creación de un mercado de electricidad presupone la desintegración empresarial de este organismo, aunque no su desaparición, ya que sigue realizando todas y cada una de las actividades que reconoce la LIE como parte del sector eléctrico.

de Energía CRE (Artículo 10 de la LCFE). Los “Términos para la estricta separación legal de la Comisión Federal de Electricidad”¹⁸, en su numeral 1.2.1 disponen que las referidas actividades, serán realizadas por la CFE de manera independiente entre sí, bajo condiciones de estricta separación legal y a través de empresas productivas subsidiarias, empresas filiales o cualquier modelo de asociación previsto por la LCFE¹⁹.

Además, las actividades anteriores se someten a regímenes jurídicos diferenciados, como reflejo lógico de su distinta naturaleza jurídica y el grado de participación que en cada una se reconoce a los particulares.

La transmisión y la distribución, son servicios públicos que constituyen áreas estratégicas²⁰, por lo que el Estado mantiene su titularidad, sin perjuicio de poder celebrar contratos con particulares (Artículo 27 constitucional y 2o. de la LIE), sujetos a las condiciones generales que expida la CRE, que deberán reflejar los usos comunes de la industria eléctrica a nivel nacional e internacional (Artículo 27 de la LIE)²¹.

La planeación y el control del SEN son también áreas estratégicas. La primera es una atribución que corresponde a la Secretaría de Energía (SENER)²²; mientras que el Control Operativo del SEN recae en el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE)²³.

¹⁸ Emitidas por la SENER en cumplimiento del Transitorio Cuarto de la LIE, y publicadas en el DOF el 11 de enero de 2016, y modificadas según publicación de fecha 19 de septiembre de 2016.

¹⁹ A partir de la reforma en comento, la CFE, al igual que sus empresas productivas subsidiarias asumen la calidad de empresas productivas del Estado, nueva categoría de persona jurídica de exclusiva propiedad estatal (que no requiere la concurrencia de otro asociado o socio), mientras que sus filiales son empresas constituidas con arreglo a las disposiciones de Derecho Privado (civil o mercantil). No están incluidas en la relación de entes que conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal integran ésta, y están expresamente excluidas de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. De acuerdo con la LCFE, se sujetan exclusivamente al régimen especial que dicho ordenamiento establece para las empresas productivas del Estado. Lo anterior permite afirmar que no son parte de la Administración Pública, aunque sí estatales.

²⁰ De acuerdo con los Artículo 25 y 28 de la Constitución Federal, son áreas que el sector público tiene a su cargo por lo que en ellas el Estado ejerce funciones de forma exclusiva y sin constituir por ello monopolio; se distinguen de las áreas prioritarias en las que el sector público puede participar por sí o con los sectores social y privado para impulsarlas y organizarlas.

²¹ En cumplimiento de lo anterior, la CRE emitió la Resolución número RES/948/2015 “Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide las Disposiciones Administrativas de Carácter General en materia de Acceso Abierto y Prestación de los Servicios en la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución de Energía Eléctrica”, (DOF, 16 de febrero de 2016) y su anexo único (DOF, 26 de febrero de 2016), en vigor a la entrada en operación del Mercado Eléctrico Mayorista, conforme a su Resolutivo Tercero.

²² Así lo disponen los Artículos 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 13 y 14 de la LIE.

²³ De acuerdo con el Artículo 107 de la LIE, es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que además tiene a su cargo la operación del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución, entre otras.

Las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el Control Operativo del SEN son consideradas de *utilidad pública*, y se sujetan a *obligaciones de servicio público y universal*²⁴. La generación y la comercialización son actividades que se realizan en régimen de libre competencia, sujetas a permiso administrativo en algunos casos²⁵.

El Suministro es considerado un *servicio de interés público*, que se presta en diferentes modalidades (Básico, Calificado y de Último Recurso), y está sujeto a permiso de la CRE. En su modalidad de Suministro Básico se califica, además, como una *actividad prioritaria para el desarrollo nacional*, que debe prestarse de forma separada de otras modalidades de comercialización.

Con independencia de la separación de actividad, las autoridades poseen amplias facultades y responsabilidades. La política, regulación y vigilancia de la industria eléctrica corresponden al Estado por conducto de la SENER y la CRE, con el objetivo de (i) garantizar la eficiencia, calidad²⁶, confiabilidad²⁷, continuidad²⁸ y seguridad del SEN; (ii) promover que las acciones de la industria eléctrica se realicen bajo criterios de sustentabilidad; (iii) impulsar la inversión y la competencia en donde sea factible en la industria; (iv) propiciar la expansión eficiente de la industria respetando los derechos humanos de las comuni-

²⁴ Estas consisten en (i) otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios; (ii) ofrecer y prestar el Suministro Eléctrico a todo el que lo solicite, cuando sea técnicamente factible, en condiciones de eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad, seguridad y sustentabilidad; (iii) cumplir con las disposiciones de impacto social y desarrollo sustentable establecidas en la LIE; (iv) contribuir al Fondo de Servicio Universal Eléctrico; (v) cumplir con las obligaciones en materia de Energías Limpias y reducción de emisiones contaminantes que al efecto se establezcan, y (vi) ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al MEM basado en los costos de producción conforme a las Reglas del Mercado y entregar dichos productos al SEN cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE (Artículo 4o. de la LIE).

²⁵ En generación, requieren permiso las Centrales con capacidad mayor o igual a 0.5 MW y las de cualquier tamaño representadas por un Generador en el MEM (Artículo 43 de la LIE). La Comercialización comprende diversas actividades, y sólo quienes presten el Suministro o representen a Generadores Exentos, requieren permiso (Artículo 46 de la LIE); los demás sólo se deben registrarse ante la CRE (Artículo 12, fracción XXX de la LIE).

²⁶ Definida como el grado en el que las características y condiciones del Suministro Eléctrico cumplen con los requerimientos técnicos determinados por la CRE con el fin de asegurar el correcto desempeño e integridad de los equipos y dispositivos de los Usuarios Finales (Artículo 3o., fracción II de la LIE).

²⁷ Se entiende como la habilidad del SEN para satisfacer la demanda eléctrica de los Usuarios Finales bajo condiciones de suficiencia y Seguridad de Despacho, conforme a los criterios respectivos que emita la CRE en el Artículo 3o., fracción X de la LIE.

²⁸ Definida como la satisfacción de la demanda eléctrica de los Usuarios Finales con una frecuencia y duración de interrupciones menor a lo establecido en los criterios respectivos que emita la CRE en el Artículo 3o., fracción XI de la LIE.

dades y los pueblos; (v) fomentar la diversificación de la matriz de generación de energía eléctrica, así como la seguridad energética nacional; (vi) apoyar la universalización del Suministro Eléctrico, y (vii) proteger los intereses de los Usuarios Finales (Artículo 6o. de la LIE). Además, deben cumplir con las *obligaciones de servicio público y universal*, así como con el mandato expreso a las autoridades administrativas y jurisdiccionales para proveer lo necesario para que no se interrumpan dichas actividades (Artículo 7o. de la LIE).

No obstante la segmentación de actividades antes descrita, la electricidad opera como un *sistema*²⁹ y por ello, todas las actividades anteriores están necesariamente vinculadas entre sí, dado que unas constituyen el presupuesto material de las otras (no hay suministro sin generación, ni conducción de energía sin la infraestructura de transmisión y distribución), mientras que las últimas constituyen el factor de viabilidad económica de las primeras (el cobro que se hace a los Usuarios Finales incluye el cargo tarifario por cada una de las actividades). Sin embargo, al estar a cargo de agentes económicos³⁰ independientes, su vinculación no puede ser impuesta o forzada mediante el recurso tradicional al acto de autoridad unilateral, sino que requiere el empleo de contratos como mecanismo jurídico de vinculación entre los ejecutores de estas actividades.

²⁹ Sobre el particular, Fabra observa que el "...concepto de sistema se adecua, en su acepción más estricta, al suministro de electricidad. Nada de lo que suceda en una instalación de generación, de transporte, de distribución o de consumo es ajeno al resto de las instalaciones. Ninguna conducta que implique a la materialidad del suministro puede considerarse ajena respecto al resto de las conductas o de las instalaciones del sistema... El suministro de electricidad se realiza de acuerdo con estrictas especificaciones técnicas para que pueda ser útil. Entre ellas la tensión y la frecuencia. Todas las instalaciones conectadas a una red están obligadas a funcionar en sincronismo. Se trata de una coordinación exacta que no admite desviaciones. De alguna manera el sistema eléctrico es una máquina única en la que cada central, cada línea y cada consumidor son piezas cuya vinculación material no es menos intensa que la que presentan las piezas de un motor de explosión... Pero la máquina es muy compleja y su funcionamiento equilibrado no menos delicado. Para garantizar el equilibrio es necesario *operar el sistema*. Se trata de una función técnica que introduce fuertes restricciones a la libre actuación de los agentes". Fabra Utray, Jorge, *¿Liberalización o regulación? Un Mercado para la electricidad*, Madrid, Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, 2004, p. 71.

³⁰ El término "agente económico" es definido por la Ley Federal de Competencia Económica como "Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica" (Artículo 3o., fracción I). Como apunta González de Cossío, se trata de una definición no exenta de críticas, aunque le reconoce mérito por su amplitud, si bien este autor la define en términos mucho más sencillos como cualquier forma de participación en un mercado, como un operador que ejerce alguna acción en un mercado. *Cfr.* González de Cossío, Francisco, *Competencia*, México, Porrúa, 2017, pp. 155-188.

IV. EL CONTRATO COMO FACTOR DE ARTICULACIÓN SECTORIAL

Conforme a la LIE, la CRE autoriza a propuesta del CENACE, los modelos de contrato que este último debe celebrar con los participantes del mercado, así como los modelos de convenio que debe celebrar con los Transportistas y Distribuidores Artículo 12, fracción XI y 38 de la LIE. Por otra parte, le corresponde expedir los modelos de contrato de interconexión de Centrales Eléctricas, de conexión de Centros de Carga, de compraventa por los Generadores Exentos, de compraventa por usuarios de suministro básico con demanda controlable y demás que se requieran Artículo 12 fracción XV de la LIE.

1. Modelos de Contrato que propone el CENACE a la CRE

El CENACE publicó el "Acuerdo por el que se emiten los modelos de Convenios de Transportistas y Distribuidores, así como los modelos de Contratos de Participantes del Mercado Eléctrico Mayorista, en las modalidades de Generador, Suministrador, Comercializador no Suministrador y Usuario Calificado"³¹, Sin embargo, el contenido general de dichos modelos de convenios y contratos fue normativamente definido por las DACGRNT-RGD³².

a) Contrato de Participante en el Mercado. El celebrado con el CENACE en la modalidad de Generador, Comercializador, Suministrador, Comercializador no Suministrador o Usuario Calificado, cuyos términos y condiciones están sujetos a la previa autorización de la CRE, pero no basta con la formalización del contrato, ya que son las Reglas del Mercado³³ (Reglas) las que establecen los requisitos mínimos para adquirir esta calidad, determinan sus derechos y obligaciones y definen los mecanismos para la resolución de controversias (Artículo 96 LIE). Su contenido mínimo está establecido por las DACGRNT-RGD³⁴. El contrato se rige e interpreta conforme

³¹ DOF, 25 de enero de 2016.

³² Resolución número RES/948/2015 "Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide las disposiciones administrativas de carácter general en materia de acceso abierto y prestación de los servicios en la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución de Energía Eléctrica". DOF, 16 de febrero de 2016, mientras que su anexo se publicó el 26 del mismo mes.

³³ Término por el cual se refieren, en forma conjunta, las Bases del Mercado Eléctrico que emita la CRE (Bases) y las Disposiciones Operativas del Mercado que emita el CENACE, Artículo 3o., fracción XXXVIII de la LIE. Las Bases se definen como las disposiciones administrativas de carácter general que contienen los principios de diseño y operación del MEM incluyendo las subastas a las que se refiere la LIE (Artículo 3o., fracción I de la LIE), mientras que las Disposiciones se definen como las bases operativas, criterios, guías, lineamientos, manuales, procedimientos y demás disposiciones emitidas por el CENACE, en los cuales se definirán los procesos operativos del MEM, de conformidad con las Bases en el Artículo 3o., fracción XX de la LIE por única ocasión, la SENER emitió las primeras Reglas del Mercado, que incluyen tanto las Bases como las Disposiciones Operativas del Mercado que la SENER determinó (Artículo Tercero Transitorio LIE).

³⁴ De acuerdo con su Artículo 9o., el CENACE deberá incluir en los contratos de Participante del Mercado, como mínimo: (i) Los mecanismos bajo los cuales el CENACE actuará como enlace

a las leyes de México, conforme a la LIE, su Reglamento y demás disposiciones que emanen de éstas, sin perjuicio de que en lo no previsto por ella, se consideran mercantiles los actos de la industria eléctrica, por lo que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal, remitiendo específicamente a las reglas sobre contenido de las cláusulas contractuales e interpretación contenidas en este último ordenamiento (Artículos 1839 a 1857), siendo competentes los tribunales federales con domicilio en la Ciudad de México.

b) Convenios con Transportistas y Distribuidores. Celebrados con el CENACE por los Transportistas y Distribuidores, ya sea que se trate de organismos o empresas productivas del Estado o sus empresas productivas subsidiarias, que presten estos servicios públicos o bien de particulares ya que el Estado, a través de la SENER, los Transportistas o los Distribuidores puede formar asociaciones o celebrar contratos³⁵ con ellos para que lleven a cabo por cuenta de la Nación, entre otros, el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación, ampliación, modernización, vigilancia y conservación de la infraestructura necesaria para prestar estos servicios públicos (Artículos 30 y 31 LIE), y por ello SENER está facultada para convocar a los particulares para la celebración de estas asociaciones o contratos, para supervisar y calificar los procesos correspondientes y para ordenar la celebración de las asociaciones o contratos respectivos (Artículo 32 de la LIE). El objeto de estos convenios es regir la prestación y facturación de los servicios Públicos referidos, estableciendo las acciones de coordinación necesarias para la operación técnica y comercial de dichos servicios, bajo criterios de eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad, seguridad, y sustentabilidad del SEN, garantizando el acceso abierto efectivo y no indebidamente discriminatorio a los elementos de la RNT y de las RGD que forman parte del

en las operaciones comerciales entre los Transportistas y Distribuidores y los Participantes del Mercado, y (ii) Los mecanismos bajo los cuales el CENACE instruirá a los Transportistas y Distribuidores a interrumpir los servicios a Participantes del Mercado morosos o que de alguna otra forma incumplan con las Condiciones Generales para la prestación de los servicios de transmisión y distribución.

³⁵ De acuerdo con este precepto, dichas asociaciones y contratos se sujetarán a las siguientes condiciones: (i) El Estado será responsable de la prestación del Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica, siendo los particulares con quienes el Estado contrate, solidariamente responsables en la prestación del servicio, en el ámbito del objeto de su participación; (ii) Las asociaciones y contratos se deberán sujetar a la regulación tarifaria y a las condiciones de prestación de los servicios que expida la CRE; (iii) La adjudicación de las asociaciones y contratos se realizará a través de procesos competitivos que garanticen la libre competencia; (iv) El porcentaje mínimo de contenido nacional será determinado por la Secretaría, siempre y cuando los tratados internacionales y acuerdos comerciales suscritos por México no establezcan un porcentaje y existan proveedores nacionales que puedan satisfacer dicho contenido; (v) Las asociaciones y contratos deberán prever la transferencia de tecnología y conocimiento a los Transportistas y Distribuidores, y (vi) En la constitución de gravámenes sobre los derechos derivados de las asociaciones y contratos, se hará constar que, bajo ninguna circunstancia, se podrán dar en garantía los bienes del dominio público objeto de los mismos.

Mercado Eléctrico Mayorista [MEM] (art. 8 DACGRNT-RGD). Por lo que se refiere a la legislación aplicable, en el caso de Transportistas y Distribuidores, se remite a la LIE, la LCFE (cuando la contraparte no sea un contratista a cargo del servicio público); sus Reglamentos, la LORCME y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables, y que las controversias se someten a los tribunales federales con domicilio en la Ciudad de México.

En todos los convenios y contratos antes indicados, el CENACE siempre es parte y frente a él, dependiendo de la actividad de que se trata, puede aparecer como contraparte, una persona de Derecho privado o de Derecho Público; además todos ellos prevén sujetarse al mecanismo de solución de controversias establecidos en las Reglas del Mercado (y para el caso de los convenios con Transportistas y Distribuidores, a los mecanismos que establezca la CRE).

2. Modelos de Contrato que expide la CRE

Se trata de los contratos de interconexión y de conexión que los Transportistas y Distribuidores están obligados celebrar para interconectar y conectar a sus redes, respectivamente, a las Centrales Eléctricas y Centros de Carga³⁶ cuyos representantes lo soliciten, en condiciones no indebidamente discriminatorias siempre que sea técnicamente factible. Esta es una obligación de *servicio público y universal*. La formalización de estos contratos se realiza previa instrucción del CENACE a los Transportistas y Distribuidores, en base a los modelos emitidos por la CRE Artículo 33 de la LIE. En cumplimiento de la obligación anterior, la CRE ha expedido diversos modelos de contrato para abarcar una pluralidad de supuestos, que se mencionarán a continuación en forma cronológica.

a) El modelo de Contrato de Interconexión de Acceso Abierto y no Indebidamente Discriminatorio para Centrales Eléctricas Interconectadas a la Red Nacional de Transmisión o a las Redes Generales de Distribución³⁷. Se trata de un contrato susceptible de ser celebrado entre personas de Derecho público o de Derecho privado, de forma que estamos frente a un contrato en el que pudiera no tener participación un ente público. Las partes que lo suscriban se obligan a someter sus controversias a los mecanismos de resolución de controversias que resulten aplicables de conformidad con lo señalado en las Reglas, sin perjuicio de que todo lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, el Código de Comercio, la LCFE, sus Reglamen-

³⁶ Definido como las instalaciones y equipos que, en un sitio determinado, permiten que un Usuario Final reciba el Suministro Eléctrico. Los Centros de Carga se determinarán en el punto de medición de la energía suministrada (Artículo 3o., fracción VII de la LIE).

³⁷ Contenido en la Resolución Núm. RES/949/2015 (DOF 3 de febrero y sujeta a una aclaración publicada el 4 de mayo, ambos de 2016).

tos, la LORCME, y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y que en caso de controversia, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales federales donde se ubique el Punto de Interconexión³⁸.

b) El modelo de Contrato de Conexión de Acceso Abierto y no Indebidamente Discriminatorio para Centros de Carga conectadas a tensiones mayores a 1 KV a la Red Nacional de Transmisión o a las Redes Generales de Distribución³⁹, que también puede ser suscrito sin que alguna de las partes sea un ente público, y en el que las partes se obligan a someter sus controversias a los mecanismos de resolución de controversias que resulten aplicables de conformidad con lo señalado en las Reglas, sin perjuicio de que todo lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, el Código de Comercio, la LCFE, sus Reglamentos, la LORCME, y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y que, en caso de controversia, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales federales donde se ubique el Punto de Conexión⁴⁰.

c) Modelo de Contrato de Interconexión de Acceso Abierto y no Indebidamente Discriminatorio para la Importación de Energía Eléctrica mediante una Central Eléctrica ubicada en el Extranjero y conectada Exclusivamente al SEN⁴¹, que puede ser suscrito sin que alguna de las partes sea un ente público, y en el que las partes convienen que las controversias que se presenten se sujetarán a los mecanismos de solución de controversias que resulten aplicables (sin remitir expresamente a las Reglas, por lo que quedan en el ámbito de la CRE conforme al Artículo 12, fracción XXV de la LIE), cuyas resoluciones se elevarán a cosa juzgada y, por ende, serán inapelables en los términos de las disposiciones aplicables. En lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, el Código de Comercio, la LCFE, sus Reglamentos, la LORCME, y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y en caso de controversia, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales federales donde se ubique el Punto de Interconexión⁴².

³⁸ Definido en el propio modelo como el punto en donde se delimitan las fronteras operativas y de responsabilidad entre el Transportista o Distribuidor o Contratista y una Central Eléctrica.

³⁹ Contenido en la Resolución número RES/950/2015 (DOF, 4 de febrero y sujeta a una aclaración publicada el 4 de mayo, ambos de 2016).

⁴⁰ Definido en el propio modelo como el punto en donde se delimitan las fronteras operativas y de responsabilidad entre el Transportista o Distribuidor y un Centro de Carga.

⁴¹ Contenido en la Resolución Núm. RES/951/2015 (DOF, 8 de febrero y sujeta a una aclaración publicada el 4 de mayo, ambos de 2016).

⁴² Definido en el propio modelo como el punto en donde se delimitan las fronteras operativas y de responsabilidad entre el Transportista o Distribuidor o Contratista y una Central Eléctrica.

d) Modelo de Contrato de Interconexión para Exportación de Energía Eléctrica a Guatemala, desde una central ubicada en el territorio nacional, para ser utilizado por los Permisarios de Exportación Legados⁴³, y en la que también se incluyen los Modelos de Convenio de Compraventa de Excedentes y del Servicio de Transmisión de Energía. Se refiere a un caso especial, ya que se trata de dar cumplimiento al mandato legal de respetar los permisos otorgados antes de la Reforma constitucional y la publicación de la LIE, subsanado la ausencia de un contrato de interconexión para exportación destinado a los permisionarios de esta modalidad, aún a pesar de que la CRE no cuenta con atribuciones específicas para ello. Se trata de un contrato y convenios específicos, destinados a ser formalizados entre la CFE y el permisionario de esta modalidad (en la resolución se hace mención a un permisionario en específico), de forma que en este caso particular una de las partes es un ente público (la CFE) y la otra un particular con la calidad de permisionario. El contrato de interconexión especifica que las controversias que se presenten y que las partes no puedan superar en un plazo de 30 días naturales, se resolverán conforme al procedimiento arbitral que pacten entre ellas (sin mencionar o remitir a las Reglas de Mercado). En cuanto a la legislación aplicable, tanto el contrato como los convenios se rigen e interpretan de acuerdo con las leyes mexicanas, en particular la LIE, y las controversias serán competencia de los Tribunales Federal de la ciudad de México.

e) Modelo de contrato para la operación técnica y comercial de la Distribución y el Suministro de Energía Eléctrica⁴⁴, que se debe celebrar entre Distribuidores y Suministradores para la prestación de servicios a los Suministradores de servicios básicos que atiendan a Usuarios Finales no Participantes del Mercado conectados a elementos de las Redes Generales de Distribución⁴⁵. El modelo, que se denomina como Contrato Marco, se acompaña como un apéndice de las referidas DACGRNT-RGD, y en él se indica que puede ser suscrito tanto por Suministradores de Servicios Básicos como por Suministradores de Último Recurso, su objeto es regir las actividades de coordinación necesarias para la interacción entre el Suministrador y el Distribuidor o Contratista, que involucren elementos de las RGD que no formen parte del Mer-

⁴³ Contenido en la Resolución número RES/376/2016 (DOF 9 de junio de 2016).

⁴⁴ Contenido en el Apéndice D del Anexo de las ya referidas DACGRNT-RGD.

⁴⁵ El Artículo 10 de las DACGRNT-RGD, establece el contenido mínimo de este contrato, que debe incluir: (i) Los mecanismos bajo los cuales el Suministrador actuará como enlace en las operaciones comerciales entre el Distribuidor y el Usuario conectado; (ii) Los mecanismos bajo los cuales el Suministrador instruirá al Distribuidor a interrumpir los servicios a Usuarios Finales morosos o que incumplan con las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen las Condiciones Generales para la Prestación del Suministro Eléctrico (DACGPS); (iii) Los contratos referidos se someterán a la aprobación de la Comisión, y (iv) La prestación de los servicios de distribución a Usuarios de Servicios Básicos será gestionada por los Suministradores de Servicios Básicos, quienes se sujetarán a las DACGPS que al efecto expida la CRE.

cado Eléctrico Mayorista y por cuanto a la legislación aplicable, señala que todo lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, la LCFE (para el caso del Distribuidor), sus Reglamentos, la LORCME y, supletoriamente, por el Código de Comercio, por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y que en caso de controversia, las partes se someterán a la jurisdicción de los tribunales federales con residencia en el Distrito Federal. Este contrato puede ser celebrado sin la intervención de un ente público, dado que tanto la actividad de Distribución como la de Suministro pueden ser llevadas a cabo por personas de Derecho privado.

f) Modelo de Contrato de interconexión a las RGD para Centrales Eléctricas con capacidad menor a 05. MW⁴⁶, que se celebra entre el Distribuidor (sea un ente público o un contratista) y la persona física o moral propietaria de la Central, cuyas controversias en relación con las actividades reguladas serán resueltas mediante el procedimiento que establezca la CRE, sin hacer ninguna remisión a los procedimientos previstos en las Reglas (lo cual es entendible tratándose de un Generador que no opera en el MEM) ni especificar una legislación o los tribunales competentes (por lo que debe estarse a los principios que establece el Artículo 5 de la LIE, que remite supletoriamente a Derecho privado y considera mercantiles las controversias).

Esta resolución también incluye el Modelo de Contrato que celebrarán el Suministrador de Servicios Básicos y el Generador Exento⁴⁷ para determinar la contraprestación aplicable por la energía eléctrica, que se formaliza entre el Suministrador de Servicios Básicos (que puede ser una persona de Derecho público o de Derecho privado), y la persona física o moral propietaria de la Central. En materia de controversias, contiene idénticas estipulaciones que el contrato anterior.

g) Modelos de Contratos de Cobertura Eléctrica⁴⁸, que pueden ser celebrados por Generadores, Comercializadores y Usuarios Calificados, y se formalizan a través de

⁴⁶ Previsto en el Anexo III de la Resolución número RES/142/2017, que contiene las disposiciones administrativas de carácter general, los modelos de contrato, la metodología de cálculo de contraprestación y las especificaciones técnicas generales, aplicables a las centrales eléctricas de generación distribuida y generación limpia distribuida (DOF el 7 de marzo de 2017).

⁴⁷ Se define así al propietario o poseedor de una o varias Centrales Eléctricas que no requieren ni cuenten con permiso para generar energía eléctrica en términos de la LIE, (Artículo 3o., fracción XXV de la LIE).

⁴⁸ Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, o a la realización de pagos basados en los precios de los mismos (Artículo 3o., fracción XII de la LIE), mediante los que se realizan operaciones de compraventa de energía eléctrica, potencia o Servicios Conexos en un nodo del SEN, así como Derechos Financieros de Transmisión, estando obligados a informar al CENACE conforme a las Reglas. También podrán celebrarlos para adquirir o realizar operaciones relativas a los Certificados de Energías Limpias, sujetándose a la regulación que emita la CRE para validar la titularidad de dichos certificados.

subastas que celebra el CENACE (Artículo 97 de la LIE). Para los Suministradores, la CRE establece los requisitos y montos mínimos de Contratos de Cobertura que deben celebrar relativos a energía eléctrica y Productos Asociados que suministrarán a los Centros de Carga que representen, y verificará su cumplimiento (Artículo 52 de la LIE), y el caso específico de los Suministradores de Servicios Básicos, celebrarán estos contratos exclusivamente a través de las subastas que celebre el CENACE⁴⁹ (Artículo 53 de la LIE). De acuerdo con las Bases del Mercado, las Subastas son de dos tipos, de Mediano⁵⁰ y de Largo Plazo⁵¹, y se formalizan mediante la suscripción de modelos de contrato que conjuntamente con las bases de licitación, están sujetos al procedimiento de autorización que establezcan los Manuales (Base 14.1.4 inciso e). Adicionalmente, el Manual de Subastas de Largo Plazo⁵², dispone en su numeral 4.1, que los contratos que se utilizarán en este tipo de subastas, estarán contenidos en las Bases de Licitación de cada subasta, y que deberán cumplir con lo previsto por la LIE, su Reglamento, las Bases y el propio Manual. Es claro entonces, que estos contratos se celebran de conformidad con un modelo que se incluye como parte de las bases de la licitación correspondiente, y cuya observancia es obligatoria para quienes resulten ganadores o adjudicados en dichos procedimientos.

h) Contratos de Suministro. El Usuario Final debe celebrar un contrato con un Suministrador⁵³, que debe cumplir con las condiciones generales para el Suministro emitidas la CRE (Artículo 51 de la LIE), hoy previstas en las CGPS⁵⁴, que regulan las

⁴⁹ No obstante lo anterior, en atención a lo dispuesto por la LIE, la Base 14.1.3 señala que también pueden celebrar estos contratos a través de Contratos Legados asignados en términos del Décimo noveno Transitorio de la LIE. De acuerdo con dicho precepto, estos contratos se asignan para minimizar los costos del Suministro Básico y reducir las tarifas finales en beneficio de los usuarios. Corresponde a la SENER, con opinión de la CRE, establecer los términos, plazos, criterios, bases y metodologías de los Contratos Legados para el Suministro Básico y determinar los mecanismos para su evaluación; mecanismos que podrán ejecutarse de manera coordinada o independiente de las subastas.

⁵⁰ Se llevará a cabo anualmente para contratos de cobertura de energía eléctrica y Potencia para los tres años siguientes.

⁵¹ Se llevará a cabo anualmente para contratos de cobertura de Potencia, energía eléctrica de fuentes limpias y Certificados de Energías Limpias; la entrega de estos productos iniciará tres años después de llevarse a cabo la subasta y tendrá una duración de quince o veinte años.

⁵² Publicado en el DOF el 19 de noviembre de 2015.

⁵³ Excepto para el caso de la modalidad de último recurso, que no posee un modelo específico, sino que debe estar prevista en los contratos de Suministro Calificado o de Participante del Mercado en su modalidad de Usuario Calificado.

⁵⁴ Contendidas en la Resolución número RES/999/2015, "Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide las disposiciones administrativas de carácter general que establecen las condiciones generales para la prestación del suministro eléctrico" [CGPS] (DOF, 18 de febrero de 2015; el Anexo de dicha Resolución, publicado el 4 de marzo de 2015, así como su modificación mediante la Resolución número RES/1915/2016 "Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía modifica los incisos IV, VII y VIII, del apéndice III, del anexo a la

tres modalidades de esta actividad, especificando para cada una los derechos y obligaciones del Suministrador y el Usuario. Así, buena parte del contenido de la relación contractual se deriva directamente de un mandato normativo, que debe ser recogido y reconocido por las partes que intervienen en el contrato, con independencia de la existencia o no de un modelo.

Para el caso del Suministro Calificado, que se presta en régimen de libre competencia, se establece que los Suministradores serán libres de acordar los términos contractuales que a sus intereses convengan, mientras éstos no se contrapongan a lo previsto en las CGPS ni en ninguna otra disposición jurídica aplicable (disposición 26, fracción I y III de la CGPS). De esta forma, es claro que los contratos correspondientes deberán recoger el marco normativo aplicable a esta modalidad.

Para las modalidades de Suministro Básico y de Último Recurso, la regulación obliga a los suministradores a contar con modelos de contrato, que deben ser sometidos a la aprobación de la CRE Artículo 9.1o., fracción III y 37.1 fracciones II y III CGPS, y en el caso del Suministro Básico, también registrados ante la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (Artículo 8o., fracción III y 9.1o., fracción V de CGPS). Estos modelos pueden ser modificados para establecer condiciones especiales, que deben ser notificadas a la CRE y hacerse extensiva a cualquier otro usuario que se ubique en el mismo supuesto. Además, la celebración de estos contratos no es optativa, ya que los suministradores de estas modalidades están obligados a prestar el servicio a todo aquel que lo solicite, dentro de las zonas en las que operen, salvo casos específicamente exceptuados por las CGPS.

Claramente que la mayor intensidad regulatoria corresponde a la modalidad de Suministro Básico, por lo que las referidas CGPS prefiguran el contenido del modelo de contrato que deberá elaborar cada Suministrador⁵⁵, sin perjuicio de lo cual para todas ellas se establece un procedimiento de atención de quejas de los usuarios, en el que el Suministrador debe ser necesariamente la primera instancia, a reserva de que los casos en los que no se logre acuerdo sean primero sometidos a la PROFECO o a la CRE según corresponda (disposición 9o., fracción III; 24; 34 y 44, CGPS), o bien a los tribunales ya que, las referidas CGPS se rigen por la LIE y su Reglamento, la LORCME y las disposiciones administrativas que resulten aplicables, aunque siendo mercantiles, los actos celebrados entre Suministradores

Resolución RES/999/2015 por la que se expiden las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen las Condiciones Generales para la prestación del Suministro Eléctrico” publicada el 18 de febrero de 2016).

⁵⁵ Es importante mencionar que a la fecha no están disponibles los nuevos contratos para el Suministro Básico, a pesar de que conforme a lo dispuesto por el Transitorio VII de las CGPS, se otorgó a los Suministradores de Servicios Básicos un plazo de 30 días a partir de su publicación, para presentar a la CRE los nuevos modelos.

y Usuarios Finales se rigen por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, Ley Federal de Protección al Consumidor y demás disposiciones aplicables como Artículo 2o. de CGPS.

Finalmente, un supuesto distinto a los anteriores corresponde a los modelos de contratos para la adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos que debe ser utilizados por los Transportistas, Distribuidores y Generadores, que deben ser elaborados por la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU) y la SENER Artículo 74 fracción VIII de la LIE, que serán impuestos a los particulares afectados por la construcción de infraestructura eléctrica, y en los cuales puede no participar un ente público. A la fecha, estos modelos no se encuentran disponibles, al no haber sido emitidos por las autoridades mencionadas.

V. LA PROBLEMÁTICA CATEGORIZACIÓN DE ESTOS CONTRATOS

Los contratos anteriores no resultan subsumibles a ninguna de las dos categorías a las que se refiere la doctrina administrativista tradicional de la contratación pública mexicana. Es decir, no corresponden a los que en México se han denominado *contratos administrativos*, pero tampoco a los llamados *contratos civiles de la Administración*. Siguiendo esta línea argumentativa, el paso lógico sería afirmar que no se trata de contratos que se considerarían parte de la contratación administrativa, con independencia del régimen al que estén sujetos.

Llevando el razonamiento anterior al extremo, se tendría que considerar si estamos ante contratos de Derecho Privado, es decir, contratos de naturaleza civil o mercantil. Sin embargo, no puede dejar de observarse que la remisión a normas de Derecho Privado es de carácter expresamente supletorio en materia sustantiva (aunque no en lo procesal, ya que no se sujetan a la jurisdicción contencioso-administrativa), y que, en principio, se trata de contratos que se rigen primordialmente por normas de Derecho Público, al estar expresamente vinculados con actividades calificadas como de *utilidad pública, prioritarias para el desarrollo, servicios de interés general o servicios públicos* y, en todo caso, sometidas a *obligaciones de servicio público y universal*. También debe considerarse que el contenido obligacional de los contratos mencionados está sustraído al ámbito de libertad contractual de las partes, al menos en sus principales aspectos, ya que se trata de modelos de contratos establecidos mediante resolución administrativa de observancia obligatoria para quienes deseen participar en dichas actividades además de que, en varios de los casos analizados, el contenido de las cláusulas está expresamente especificados en disposiciones administrativas de carácter general, de modo que el modelo no es sino

la transcripción o cumplimiento de las dichas disposiciones, y en algunos casos, su celebración es obligatoria.

La siguiente alternativa sería considerar que no se trata de contratos, sin embargo, este desarrollo argumentativo tampoco parece poder sostenerse, ya que aun cuando se basan en modelos establecidos mediante disposiciones administrativas de carácter general o forman parte de un procedimiento administrativo de carácter competitivo para su asignación, se estima que se trata de verdaderos contratos en la medida en que se basan en la voluntad de cada una de las partes que en ellos intervienen, que expresan su consentimiento libremente, elemento esencial para la existencia del negocio jurídico y no un mero elemento de validez (formalidad), como sucedería de tratarse de actos administrativos sujetos a la aceptación del destinatario. También debe considerarse que la expresión de la voluntad de las partes crea una mutua dependencia causal entre las prestaciones a que cada parte se compromete, y que son el fundamento de las obligaciones y derechos recíprocos entre ellas, lo que les confiere el carácter de contratos sinalagmáticos⁵⁶.

Otro elemento a tomar en consideración es que no se trata de un solo tipo de contrato, se trata de una pluralidad de modelos, cada uno con un objeto específico lo que se traduce en una diversidad de contrapartes, que pueden ser públicas (ya sean parte de la Administración Pública o no), o privadas ambas. Lo único que parece relacionarlos es que todos están vinculados con la operación regular de la industria eléctrica, y que se refieren a las actividades que sustentan la operación del MEM o lo respaldan, soportando la operación en red de esta industria al poner en contacto la oferta y la demanda de energía eléctrica y haciendo efectivo el acceso en condiciones no indebidamente discriminatorias a las infraestructuras que constituyen el monopolio natural. Es decir, estamos ante contratos a los que recurre el Estado para organizar el correcto funcionamiento de un sector regulado, mediante la ordenación de los diversos participantes que en él intervienen.

Lo anterior parece abonar al entendimiento de por qué los contratos que nos ocupan no resultan subsumibles en las categorías administrativas tradicionales; estando plenamente aceptado que el Estado puede válidamente recurrir al uso de la contratación para el cumplimiento de sus fines⁵⁷, todo parece sugerir que estamos frente a su uso para el ejercicio de una nueva atribución, que es la función de regulación económica⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 172, enero-abril, 2007, pp. 90-91.

⁵⁷ "Las políticas públicas utilizan el contrato para conseguir sus objetivos, como pueden utilizar, y así ocurre, con otras categorías, trátase de imposiciones o limitaciones unilaterales o de disposiciones necesitadas de aceptación por el particular, en lo que tradicionalmente se llamaba fomento", Meilán Gil, José Luis, *op.cit.*, p. 182.

⁵⁸ Según reconoce acertadamente Ariño, "... la regulación siempre ha existido, no es un invento de hace apenas algunos años; la adecuación (*sic*) es el instrumento que utiliza el Estado y los

Frente al modelo de Estado de Bienestar, que recurría a la contratación como medio para adquirir bienes y servicio destinados al cumplimiento de sus fines, ahora se utiliza como para la dirección y conducción de la actividad de terceros (que pueden ser entes públicos o privados), en áreas sujetas a una intervención regulatoria. Es decir, ante el abandono paulatino de la gestión estatal directa y la apertura a la participación privada en sectores o ámbitos anteriormente reservados al Estado y gestionados en forma monopólica, se hace necesario el ejercicio de nuevas atribuciones de dirección, coordinación y conducción⁵⁹, a fin de asegurar la regular operación y funcionamiento de sectores que resultan socialmente relevantes o sensibles. En este ámbito, como complemento de la actuación administrativa mediante manifestaciones unilaterales (acto administrativo individual o general), el contrato se presenta como un instrumento idóneo para coordinar la actuación de una pluralidad de agentes económicos que participan en las actividades que integran dichas áreas o sectores regulados⁶⁰.

poderes públicos en todos sus niveles para controlar y someter a los poderes privados, los poderes que no han sido investidos democráticamente ni por ninguna constitución, pero que se dan de hecho en la realidad, que dominan la vida económica de un país y que a veces, discriminan o maltratan a los ciudadanos". Ariño Ortiz, Gaspar, "Generalidades de la Regulación", en Rodríguez Ibáñez, María del Pilar *et. al.*, (coord.), *Regulación de Servicios Públicos y Energía. Lecturas Seleccionadas*, México, Porrúa- Universidad Autónoma de Nuevo León-ASIER, 2016, p. 3; entendemos que con ello se refiere a la tradicional atribución de policía administrativa; sin embargo, la regulación económica parece ser algo nuevo, y en este sentido, se define como "... la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración". Montero Pascual, Juan José, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 40; es en este sentido que se afirma que constituye una nueva atribución, producto del cambio del modelo de Estado.

⁵⁹ Esteve Pardo refiere la discusión desarrollada en la órbita germánica denominada *Steuers-diskussion*, relativa a la capacidad del Derecho y del Estado para timonear, para conducir la compleja sociedad actual, a partir de la observación de los crecientes problemas de ejecución de las leyes y los frecuentes y extensos déficits de ejecución observados en sectores complejos pero cada vez más relevantes, así como la existencia de sistemas sociales autorreferenciales (Niklas Luhmann), lo que da origen al fenómeno de la autorregulación invocando el conocimiento experto que deja de lado las leyes procedentes de instancias representativas pero carentes del conocimiento y el lenguaje necesario para regular eficazmente un sector (pero que a su vez, carece precisamente de legitimidad democrática). Esta discusión, sin estar concluida ha arrojado aportaciones positivas, como la apertura de las instituciones jurídicas y políticas a la realidad social sobre la que se proyectan, así como el estudio y conocimiento de los poderes normativos y organizativos de la sociedad, que se producen y articulan a través de la autorregulación. Lo anterior ha dado origen al fenómeno de la *autorregulación regulada*, entendida como la autorregulación de origen social que se encuadra en el ordenamiento jurídico y es asumida por él. *Cfr.* Esteve Pardo, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 165-168.

⁶⁰ "... la celebración de contratos es la forma de actividad administrativa que más se apega a los postulados modernos, ya que requiere interacción constante con los administrados, que

Estas nuevas funciones de la Administración Pública son reflejo del cambio en la concepción del Estado y sus fines⁶¹, así como de la forma en que se relaciona con la sociedad⁶², y que han tratado de ser explicitadas con diversas denominaciones, ya sea que se hable del modelo de Estado Cooperativo⁶³, que abandonando la rígida estructura jerárquica acude a la sociedad en busca de formas de interacción perdurables que le permitan allegarse de información para mejorar sus capacidades de conducción, o del Estado Regulador a pesar de las imprecisiones sobre su sentido⁶⁴, o más recientemente

en muchos casos (la mayoría hoy) terminan reemplazando a la Administración en la prestación de servicios públicos". Expósito Vélez, Juan Carlos, "La contratación estatal a la luz de la teoría general del Derecho Administrativo como sistema"; Barnés Vázquez, Javier *et. al.*, *Perspectiva de una reforma. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 460.

⁶¹ Afirma Cassese que los factores que originan las reformas administrativas del último cuarto del siglo XX, son las dificultades de la Hacienda Pública para financiar el aumento de tareas de las Administraciones Públicas, con el consecuente recurso al endeudamiento público y el temor a la bancarrota estatal, lo que llevó a la exigencia de reducir las tareas de gestión y suministro del Estado y el desarrollo del papel del Estado contratante y el Estado regulador; otro motivo es la insatisfacción con el desempeño del sector público; el tercero lo identifica en la internacionalización que obliga a ajustar los sistemas nacionales con los de otros países y a coordinarlos. *Cfr.* Cassese, Sabino, *La globalización jurídica*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2006, p. 196.

⁶² "La reforma del Estado significa un proceso de redistribución del poder social en el cual unos actores emergen, otros desaparecen, y nuevas relaciones se instalan dentro del Estado, dentro de la sociedad y en las relaciones entre ambos polos. Es, por lo tanto, un proceso político que convoca fuerzas, movilizaciones y resistencias. El sentido que asumió esta concepción fue el de promover un Estado más democrático y más eficiente, por lo cual se hacía necesario transformar las ramas del poder público nacional, y, simultáneamente, avanzar en la descentralización y promover la organización de la sociedad civil; la orientación esencial era, como se ha dicho, impulsar la democratización mediante un Estado más eficiente, capaz de enfrentar los desafíos de la pobreza, la injusticia y la inequidad; todo lo cual requiere una AP capaz de expresar esos valores y de cumplir esos objetivos, sometida a una interlocución orgánica, permanente y abierta con la sociedad civil". Blanco, Carlos, "La reforma de la Administración Pública y la reforma del Estado en América Latina", *Administración & Ciudadanía, Revista de la Escuela Gallega de Administración Pública*, volumen 3, número 3, monográfico 2009, p. 22.

⁶³ *Cfr.* Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 39.

⁶⁴ "El concepto o modelo de Estado regulador está por precisar y definir con unanimidad, si es que alguna vez se alcanza esa caracterización generalizada. En cualquier caso resulta de interés a nuestros efectos lo que con esta denominación se expresa, que no es, en lo sustancial, otra cosa que la pérdida por el Estado de las posiciones de titularidad, sobre servicios, sobre medios financieros, sobre conocimientos, sobre medios humanos en las que había fundado sus facultades de intervención sobre la sociedad y la economía. Dos concepciones de Estado regulador, una estricta y otra más amplia, pueden advertirse en ese horizonte... La primera se centra en los servicios económicos de interés general, particularmente los servicios en red, y tiene su eje principal de poder en las llamadas autoridades reguladoras. La segunda concepción se extiende más allá de los servicios de interés general y la actividad económica para caracterizar la nueva postura y orientación del Estado ante la pérdida de posiciones de dominio

del concepto Estado Garante como una rectificación del anterior⁶⁵. Evidentemente, estas transformaciones, cualquiera que sea la denominación que se adopte, se ven reflejadas en el Derecho Administrativo, para traducir esos nuevos fines en atribuciones, competencias y facultades, a fin de asegurar el pleno sometimiento a Derecho de las autoridades⁶⁶ y la correcta ordenación de una actividad cuyos resultados trascienden a la sociedad en su conjunto.

Cabe apuntar que estas transformaciones podrían considerarse también como expresión de la globalización jurídica⁶⁷, ya que muchas de sus manifestaciones son resultado precisamente de trasplantes legales, a través de los cuales una jurisdicción adopta modelos o instituciones propios de otra. En el caso que nos ocupa, el recurso al contrato

en la que había venido amparando tradicionalmente su regulación en el ámbito económico y en otros mucho". Esteve Pardo, José, *op. cit.*, pp. 175-176.

⁶⁵ "La actividad estatal de regulación vendría, en definitiva, caracterizada por una doble finalidad: de un lado, por la finalidad de garantizar, con distintas intensidades reguladoras, la existencia de mecanismos de competencia entre operadores, corrigiendo los llamados –fallos de los mercados–, y, de otro, por la finalidad de cumplir con las exigencias derivadas de los intereses generales. Ni que decir tiene que es esta última finalidad la que da su verdadero sentido a la actividad de regulación de los poderes públicos, que ha de estar por ello, necesariamente vinculada a los mandatos constitucionales, sobre todo a los de contenido económico y social... En nuestros días, el Estado regulador es, pues, al mismo tiempo y necesariamente, un Estado garante o garantista (*Gewährleistungsstaat*), esto es, un Estado que, al haber dejado de ser, en gran medida, un Estado gestor o prestacional (*Leistungsstaat*), debe garantizar, mediante las oportunas medidas normativas y organizativas, los servicios de carácter esencial que han pasado a ser gestionados por sujetos privados, procurando, a la vez, que la actividad de dichos sujetos se lleve a cabo con los imprescindibles niveles de objetividad, accesibilidad y calidad... la extensión de los principios y normas de Derecho público a estos sujetos privados y a sus relaciones recíprocas se convierte así en una de las características fundamentales del nuevo Estado Garante". Carro Fernández-Valmayor, José Luis, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 193, enero-abril de 2014, p. 35.

⁶⁶ "La actividad económica del Estado y de la Administración es uno de los ámbitos más afectados por los cambios derivados del proceso de globalización y de integración en espacios políticos y económicos supranacionales, hasta el punto de invalidar los paradigmas, categorías, esquemas y técnicas establecidas desde el modelo de Administración económica del Estado social". Alli Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004, p. 216.

⁶⁷ Esta particular manifestación de la globalización no está exenta de críticas; así Cassese identifica tres defectos; la ausencia de un orden general y de un gobierno; su investidura o legitimación y su eficacia. Conforme a la primera, afirma que, estando lleno de regímenes sectoriales con sus normas e instituciones, adolece de principios y reglas generales así como de un órgano superior que dirija y controle los subsistemas. Respecto de la segunda crítica, refiere al déficit democrático de las organizaciones de alcance global, mientras que la tercera atañe a la ausencia de mecanismos que aseguren el cumplimiento de las decisiones de alcance global. *Cfr.* Cassese, Sabino, *El Derecho global: Justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010, pp. 23-24.

como instrumento de gobierno (*government by contract*) ha sido una práctica común en jurisdicciones ajenas a la tradición administrativista de raigambre francés⁶⁸; lo mismo que la atención de necesidades generales a través de instituciones distintas al servicio público, como es el caso de las *public utilities* anglosajonas, cuyo modelo ahora traducimos adaptándolo a nuestra realidad con el esquema de los denominados *servicios públicos competitivos*, en el que el concepto tradicional de servicio público (con la consiguiente *publicatio* de la actividad), es sustituido por nociones como servicios de interés general (económicos y no económicos), sujetos a regulación económica y cuyos operadores privados son sometidos a cargas específicas bajo los conceptos de *obligaciones de servicio público* y de *servicio universal*.

Dicho en otras palabras, desde la perspectiva del Derecho y la legislación mexicana y en relación a algunas de las recientes reformas, no se puede hablar de un desarrollo propio sino de la copia e imitación de modelos, conceptos y categorías propios del Derecho Anglosajón (particularmente norteamericano por lo que se refiere al modelo de regulación económica) y del Derecho Comunitario europeo (por lo que hace a las nociones sustitutivas de la categoría de servicio público). En el caso específico de la industria eléctrica, existen dos modelos regulatorios preponderante a nivel internacional⁶⁹, y uno de ellos, que es el que ahora adopta México, implica el abandono de la prestación estatal directa en régimen de monopolio, por la intervención de múltiples agentes cuyas actividades requieren ser normada, reguladas y controlada por la autoridad.

Es aquí donde la figura contractual cobra relevancia como instrumento jurídico idóneo para la correcta articulación de la industria, mediante el control y seguimiento de la

⁶⁸ Para el caso Británico, Hunt afirmaba ya en 1997, que el contrato ha sustituido a la dirección y el control como paradigma de la regulación. Cfr. Hunt, Murray, "Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom"; Taggart, Michael, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 21.

⁶⁹ Ferney Moreno describe de forma sucinta, pero con precisión, las características generales tanto del modelo de monopolio público, como del modelo de libre competencia y las subcategorías de este último, relacionándolos con los países latinoamericanos, y menciona que los países cambian alternativamente de un modelo a otro. Cfr. Ferney Moreno, Luis, "Los modelos de regulación de electricidad en América Latina", en Rodríguez Ibáñez, María del Pilar et. al. (coords.), *Regulación de servicios públicos y energía. Lecturas selectas*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de Nuevo León-ASIER, 2016, pp. 239-248. Sin embargo, la evidencia empírica muestra que la mayoría de los países más desarrollados han optado por el modelo de libre competencia, ya sea desde sus orígenes o por haber abandonado el monopolio público. A manera de ejemplo; Mancero Bucheli, Gabriela, *Experiencias internacionales en casos de competencia en el sector eléctrico y gasífero*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético; así como Molina, Miguel, *La reforma de los mercados eléctricos. Una aportación para el debate en México*, México, CEPADEME-Miguel Ángel-Porrúa, 2002.

intervención de los agentes que en ella interactúan, y justifica el por qué la Administración Pública, el Estado, no pueden mantenerse al margen o desentenderse no sólo del contenido obligacional de dichos contratos, sino de su cumplimiento y ejecución, ya que de ello depende el correcto y oportuno abasto de un insumo indispensable para la regularidad de la vida social, como es la electricidad. Pero el reto no es exclusivo para la Administración Pública; al trasladarse el modelo de la prestación estatal a un modelo competitivo con múltiples agentes relacionados a través de contratos, las controversias que inevitablemente surgirán acerca de su ejecución y cumplimiento, habrán de ser solventadas ante el Poder Judicial de la Federación⁷⁰, lo que otorga un protagonismo y relevancia a los jueces y tribunales en la medida en que, a través de sus sentencias, pueden incorporar factores disruptivos para la operación del modelo o incrementar sus costos al agregar factores de incertidumbre, en la medida en que los juzgadores ignoren o soslayen el interés general subyacente en la resolución de las controversias individuales que se sometan a su conocimiento.

Bajo estas consideraciones, el recurso al contrato como instrumento de regulación para coordinar⁷¹ y dirigir la actividad de una pluralidad de agentes económicos que concurren en un mercado⁷² determinado (en este caso el de electricidad), se presenta como una alternativa natural para el ejercicio de las facultades de regulación inherentes a este nuevo modelo de Estado⁷³ y como una necesidad para la debida articulación de un sector industrial cuyo correcto funcionamiento trasciende a los intereses de las partes implicadas en cada contrato, lo que hace indispensable la intervención de la autoridad administrativa, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, en representación del in-

⁷⁰ En este sentido, Sorace, haciendo referencia a Malaret en relación con los servicios públicos reconoce, desde la perspectiva europea, que el nuevo modelo implica un aumento en la *jurisdización* (sic) del sector, ya que todos los actos relativos a las relaciones entre los poderes públicos y las empresas según el nuevo modelo, pueden ser objeto de control del juez. Cfr. Sorace, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra, 2006, p. 70.

⁷¹ "... el *contrato administrativo* es la forma jurídica de la Administración cooperativa"; Schmidt-Assmann, Eberhard, *op. cit.*, p. 39.

⁷² "El mercado constituye una institución jurídica para la asignación de recursos, dotada de unas reglas referidas a la propiedad, los contratos y la responsabilidad como núcleo jurídico de un mercado desregulado. En ellas se definen los derechos y facultades del titular de la propiedad sobre los activos tangibles e intangibles, las formas de los contratos y el contenido de las obligaciones permiten los intercambios, y la responsabilidad contractual o extracontractual hace posible evaluar los riesgos de las actividades económicas." Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 296.

⁷³ "... la contratación pública rebasa el sentido que podría deducirse de un *procurement*. El contrato público no es solo un medio jurídico para que la Administración cubra 'sus' necesidades. Se lleva a cabo para satisfacer las necesidades de los ciudadanos; para la más eficiente realización del interés general. En ese sentido podría afirmarse que se ha pasado desde el contrato administrativo a la contratación pública al servicio de políticas públicas". Meilán Gil, José Luis, *op. cit.*, p. 182.

terés general subyacente en la continua, regular y permanente operación de una industria destinada a la satisfacción de una necesidad de carácter general.

Este es uno de los aspectos de mayor incertidumbre y, por tanto, de riesgo, de la reforma eléctrica mexicana. Se trata de una nueva regulación sectorial, que adopta instituciones, modelos y esquemas aparentemente probados en otras jurisdicciones pero que, precisamente por su carácter sectorial, debe insertarse en el contexto más amplio del sistema jurídico mexicano y someterse al control de un Poder Judicial Federal que, en principio, no parece plenamente familiarizado con conceptos de regulación económica; con las modificaciones que sufre el principio de división de poderes con la adopción del modelo de Estado Regulador y la intervención que en ellos tienen los reguladores independientes, pero sobre todo, para apreciar y ponderar la relevancia del interés general subyacente en la resolución de controversias relativas al cumplimiento y ejecución de contratos, particularmente desde la perspectiva del Derecho privado (civil o mercantil). Es decir, no basta adoptar modelos probados; la efectividad y los resultados de los trasplantes legales es un asunto complejo y que produce resultados diversos en función de las circunstancias y particularidades propias de la jurisdicción que importa el modelo⁷⁴.

En esta misma línea de pensamiento, se considera que reformas como la que se comenta llevarán eventualmente a la discusión de la problemática de la transposición de valores públicos a agentes particulares en una industria reestructurada pero claramente sometida a un interés general, y ello hace necesario y justificaría la extensión de un régimen de derecho administrativo⁷⁵ para garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones contractuales⁷⁶ que dan sustento a la cadena industrial que concluye con el suministro al

⁷⁴ Sobre la complejidad, dificultades y particularidades que derivan de la importación de ideas legales para el sistema que las recibe. Fedtke, Jörg, "Legal Transplants" en Smits, Jan M. (editor), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, op. cit., pp. 434-435.

⁷⁵ En este sentido, Carro Fernández-Valmayor señala que "El concepto de interés general aparece, pues, más que cualquier otro, como el concepto central explicativo de la unidad y de la extensión del Derecho Público, y muy en particular del Derecho Administrativo, que encuentra, además, en muchos países, una expresa base constitucional. Se comprende así la situación actual de la aplicación, en muchos casos, del ordenamiento jurídico-público a toda una serie de relaciones entre sujetos privados en las que no se da la presencia de una Administración Pública, pero en las que están presentes indudables intereses generales. En este sentido, el actual proceso de *désétatisation de la société*, de *Entstaatlichung*, de disminución del protagonismo interventor del Estado, no debería suponer la paralela restricción del ámbito de aplicación del Derecho Público, como tampoco la desaparición de toda posibilidad de intervención de aquel en la regulación de las relaciones sociales y económicas. Un Derecho Público necesariamente vinculado a la idea de interés general exige siempre su aplicación allí donde dicho interés pueda verse, de cualquier forma, afectado." Carro Fernández-Valmayor, José Luis, op. cit., pp. 25-26.

⁷⁶ Es menester señalar que alguna doctrina distingue entre la Administración-sujeto y la administración-actividad, que pueden no recaer en el mismo sujeto, y que cuando se está ante un

usuario, en la medida en la que se trata de una actividad prestacional de interés general, y respecto de la cual el Estado no puede desentenderse⁷⁷.

VI. CONCLUSIÓN

Las páginas precedentes constituyen apenas un esbozo de los diversos temas tratados, y un intento para tratar de presentarlos entrelazados, demostrando su vinculación. En este contexto, asumiendo que quedan aún muchas líneas de investigación abiertas, es imposible ofrecer conclusiones que puedan considerarse suficientemente sólidas. Me limito por tanto a proponer, a manera de resumen, algunas líneas argumentativas sobre los conceptos tratados.

El nuevo modelo de organización de la industria eléctrica en México puede ser considerado como un ejemplo de la globalización jurídica, a partir de la noción de trasplantes legales, en la medida que adopta un modelo probado en otras jurisdicciones. Esta práctica, siendo frecuente y comprensible, no está exenta de problemas en cuanto a la incorporación del nuevo modelo a un sistema distinto, que o se adapta al elemento incorporado, o lo desvirtúa. Así, los resultados de estas operaciones poseen un grado inevitable de incertidumbre.

Este nuevo modelo se sustenta en un importante componente de regulación económica, expresado tanto en normas jurídicas unilaterales como en el recurso a la contratación, para organizar y controlar una pluralidad de agentes que intervienen en la cadena de procesos que integran la industria. La autoridad recurre indistintamente al acto administrativo o al contrato como herramienta de regulación, según se requiera para los fines que busca alcanzar.

Los contratos que se utilizan en el nuevo modelo, al provenir originalmente de jurisdicciones ajenas a la tradición del Derecho Administrativo, no resultan subsumibles a

ente que actúa como administración-actividad, el Derecho Administrativo no es aplicable a su estructura, organización y funcionamiento interno, aunque pueda ser aplicable a su actividad si con ella se afecta a los intereses públicos o tiene una dimensión pública, dando pie a considerar al Derecho Administrativo no solo como un derecho estamental sino como el derecho de los intereses públicos o colectivos (*Cfr. Ariño, Ortiz, Gaspar, "El Enigma..." op. cit., pp. 92-93*).

⁷⁷ "Las privatizaciones de actividades de servicio público debe suponer la modificación de los modos de gestión, pero no hacerles perder totalmente su carácter originario, en el sentido de seguir considerando que se trata de servicios necesarios a la sociedad, lo que debiera llevar al establecimiento de sujeciones específicas en cuanto a la disponibilidad y obligatoriedad de las prestaciones, de igualdad de los usuarios, de investigación y adecuación al progreso, de igualdad en el derecho de los usuarios, de neutralidad de los servicios, de participación en las políticas administrativas que le puedan afectar, etcétera. Todo ello forma parte de la idea de la necesaria presencia de los poderes públicos incluso en una economía globalizada y de mercado..." Alli Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004, p. 313.

lo que en México se ha considerado como contratos de la administración, pero tampoco parece factible considerarlos como contratos privados, aunque sus controversias se remitan a los tribunales de Derecho Civil o mercantil. Su régimen jurídico principal claramente exorbitante del Derecho común; la ausencia de libertad contractual para determinar su contenido; el mandato y las responsabilidades de corte garantista que se imponen a las autoridades y la naturaleza de los intereses protegidos que incorporan obligaciones de servicio público y universal, hacen que se imponga la necesidad de reconocer que se trata de contratos sometidos a Derecho Público. Estas características y su empleo como instrumento regulatorio, permiten considerar la posibilidad de construir a partir de ellos, una categoría distinta de contratos *públicos*, con independencia de la naturaleza jurídica de las partes que en ellos intervienen.

El principal riesgo parece ubicarse en su régimen jurisdiccional; si bien la jurisdicción contencioso-administrativa no es propia de estos contratos en los países de donde se adopta el modelo regulatorio, en México esta sí existe y, además el Poder Judicial de la Federación cuenta con tribunales especializados en materia administrativa. Esto permite inferir que los tribunales civiles y mercantiles no están familiarizados con incorporar dentro sus valoraciones, aspectos relativos al interés general, la utilidad pública, obligaciones de servicio público y universal, así como las complejidades y particularidades de una industria que opera en red, con el sentido que estos conceptos tienen desde la perspectiva de la regulación económica.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 172, enero-abril, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Granada, Universidad del Externado de Colombia-Fundación de Estudios de Regulación, 2003.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier *et. al.*, *Perspectiva de una reforma. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BLANCO, Carlos, "La reforma de la Administración Pública y la reforma del Estado en América Latina" *Administración & Ciudadanía, Revista de la Escuela Gallega de Administración Pública*, volumen 3, número 3, monográfico, 2009.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 193, enero-abril de 2014.
- CASSESE, Sabino, *El Derecho global: Justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010.
- CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2006.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1988.
- ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- FABRA UTRAY, Jorge, *¿Liberalización o regulación? Un Mercado para la electricidad*, Madrid, Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, número 20.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia*, México, Porrúa, 2017.
- MEILÁN GIL, José Luis, *Derecho Administrativo Revisado*, Madrid, Andavira, 2016, Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico.

- MONTERO PASCUAL, Juan José, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, María del Pilar *et. al.*, (coords.), *Regulación de servicios públicos y energía. Lecturas Selectas*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de Nuevo León-ASIER, 2016.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14ª. ed., México, Porrúa, 1988, t. II.
- SMITS, Jan M. (editor), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, UK, Publishing Limited, 2006.
- SORACE, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra, 2006.
- TAGGART, Michael, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997.