

ISSN : 1875-4120
Issue : Vol. 19, Issue 4
Published : July 2022

This paper is part of the TDM Special Issue "The Future of Investment Law in Latin America; El Futuro del Derecho de las Inversiones en América Latina". Editors:



F. Victoria-Andreu
Transnational Business Consulting



Dr. S. Manciaux
University of Bourgogne, CREDIMI

[View profile](#)

[View profile](#)

Terms & Conditions

Registered TDM users are authorised to download and print one copy of the articles in the TDM Website for personal, non-commercial use provided all printouts clearly include the name of the author and of TDM. The work so downloaded must not be modified. **Copies downloaded must not be further circulated.** Each individual wishing to download a copy must first register with the website.

All other use including copying, distribution, retransmission or modification of the information or materials contained herein without the express written consent of TDM is strictly prohibited. Should the user contravene these conditions TDM reserve the right to send a bill for the unauthorised use to the person or persons engaging in such unauthorised use. The bill will charge to the unauthorised user a sum which takes into account the copyright fee and administrative costs of identifying and pursuing the unauthorised user.

For more information about the Terms & Conditions visit www.transnational-dispute-management.com

© Copyright TDM 2022
TDM Cover v10.0

Transnational Dispute Management

www.transnational-dispute-management.com

Algunas consideraciones entorno a la protección efectiva de las inversiones del sector energético en México by J.C. González Magallanes

About TDM

TDM (Transnational Dispute Management): Focusing on recent developments in the area of Investment arbitration and Dispute Management, regulation, treaties, judicial and arbitral cases, voluntary guidelines, tax and contracting.

Visit www.transnational-dispute-management.com for full Terms & Conditions and subscription rates.

Open to all to read and to contribute

TDM has become the hub of a global professional and academic network. Therefore we invite all those with an interest in Investment arbitration and Dispute Management to contribute. We are looking mainly for short comments on recent developments of broad interest. We would like where possible for such comments to be backed-up by provision of in-depth notes and articles (which we will be published in our 'knowledge bank') and primary legal and regulatory materials.

If you would like to participate in this global network please contact us at info@transnational-dispute-management.com: we are ready to publish relevant and quality contributions with name, photo, and brief biographical description - but we will also accept anonymous ones where there is a good reason. We do not expect contributors to produce long academic articles (though we publish a select number of academic studies either as an advance version or an TDM-focused republication), but rather concise comments from the author's professional 'workshop'.

TDM is linked to **OGEMID**, the principal internet information & discussion forum in the area of oil, gas, energy, mining, infrastructure and investment disputes founded by Professor Thomas Wälde.

Algunas consideraciones entorno a la protección efectiva de las inversiones del sector energético en México

Juan Carlos González Magallanes¹*

Resumen: Los mecanismos de salvaguarda a las inversiones en México encuentran sustento en su vocación arbitral, en la jerarquía de los tratados internacionales como norma suprema, en las reformas constitucionales de 2008, 2011 y 2013 y en los precedentes judiciales.

Abstract: The mechanisms for safeguarding investments in Mexico find support in their arbitration vocation, in the hierarchy of international deals as a supreme norm, in the constitutional reforms of 2008, 2011 and 2013, and in judicial precedents.

Sumario: I. Introducción. II. De la vocación arbitral y convencional de México. III. De los derechos de los tratados internacionales como norma suprema. IV. De las reformas constitucionales de 2008 y 2011. V. Del relevante precedente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 16 de mayo de 2016. VI. De la reforma constitucional de 2013. De la coyuntura actual en los sectores eléctrico y de hidrocarburos y; de las reflexiones finales

I. Introducción

El sector de la energía² conlleva una exposición significativa a eventos climatológicos, coyunturas políticas, cambios regulatorios, factores socio ambientales³ (por los impactos que generan las actividades extractivas), cambios geopolíticos⁴, riesgos financieros y de rentabilidad⁵ (...), entre otros de los factores que generan una inestabilidad constante,

*Abogado litigante desde hace treinta años en áreas de práctica: civil, mercantil, administrativa, amparo, acciones colectivas, arbitraje comercial y mecanismos alternativos de solución de controversias. Desde 2007 a la fecha, especializado en el sector del petróleo y el gas, como abogado interno de Pemex. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, cuenta con Maestría en Derecho de la Empresa y especialidades en Derecho Mercantil y en Derecho de Amparo, ambas cursadas en dicha universidad, así como especialidad en Derecho Comunitario, cursada en la Universidad de Salamanca. www.linkedin.com/in/juan-carlos-gonzález-magallanes-a0902980. Cualquier observación o comentario favor de dirigirlo a: tmx5622@hotmail.com

² Grossó modo, es comúnmente aceptado en el sector que, las energías no renovables serían: (i) el petróleo (ii) el gas natural (iii) el uranio y (iv) el carbón; que en las energías renovables, donde las fuentes provienen de la naturaleza y se regeneran naturalmente estarían: (i) la eólica, (ii) la solar, (iii) la mareomotriz, (iv) la geotérmica y (v) la bioenergía; que en las energías limpias, en donde las emisiones no sobrepasan los límites reglamentarios estarían: (i) el hidrógeno, (ii) la hidroeléctrica, (iii) la nuclear, (iv) la cogeneración eficiente y (v) los ingenios azucareros.

³ Como ejemplo se puede mencionar la construcción desde 2003, por parte de Comisión Federal de Electricidad, de la hidroeléctrica “La Parota” en el río Papagayo, en el estado de Guerrero, que inundaría 17 mil hectáreas y requería reubicar cinco mil habitantes y cuya problemática de trámite sucesivo continúa hasta la fecha.

⁴ Como ejemplo se puede mencionar que, con motivo de la pandemia del Covid-19, el 20 de abril de 2020, la mezcla mexicana de exportación se ubicaba en menos 2.37 dólares por barril, contra los 14.4 dólares por barril de la jornada previa. El 6 de marzo de 2021, derivado de la invasión de la Federación de Rusia a Ucrania, la mezcla mexicana de exportación alcanzó un precio internacional de 110.02 dólares por barril. Otro ejemplo sería la venta por parte de British Petroleum (BP) del 19.75% de la participación accionaria que mantenía desde 2013 en el capital social de la empresa estatal Rosneft Oil Company, como consecuencia de la invasión de la Federación de Rusia a Ucrania (www.bp.com).

⁵ Los proyectos del sector energético son de largo plazo y por lo mismo, requieren de cierta previsibilidad en los flujos de caja y determinada estabilidad para concretar su viabilidad, lo que muchas veces pugna con la inestabilidad que provocan los cambios regulatorios y las coyunturas políticas, además de la geopolítica.

propiciando continuas desavenencias y disputas, de o entre, operadores, reguladores, autoridades⁶, accionistas, inversionistas, usuarios o consumidores finales, por lo que la protección efectiva de las inversiones, resulta determinante en la materialización o no de los proyectos y para que, el país receptor de esa inversión, pueda aprovechar su disponibilidad y suministro de forma continua, diversificada, sustentable y a costos competitivos.⁷

En el caso particular de México, a criterio del suscrito, la salvaguarda de las inversiones encontraría sustento y arraigo en: *(i)* la vocación arbitral y convencional del país, *(ii)* en la jerarquía de los tratados internacionales como norma suprema y su continua tradición en celebrarlos, *(iii)* en las reformas constitucionales de 2008, 2011 y 2013 y, *(iv)* en los precedentes judiciales domésticos.

II. De la vocación arbitral y convencional de México

1. Desde la perspectiva de los arbitrajes de inversión:

México tiene alrededor de catorce Tratados de Libre Comercio celebrados con cincuenta países y treinta “*Acuerdos para Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*” (“APPRIs”)⁸ celebrados con treinta y un países.⁹

El 11 de enero de 2018¹⁰, México suscribió el “*Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*¹¹” conocido como “*Convenio del CIADI*¹²”, el cual, establece el marco institucional y jurídico para el arreglo de diferencias relativas a inversiones extranjeras.¹³ La suscripción y ratificación del Convenio del

Un caso típico son los proyectos de gas que demandan onerosas inversiones en millones de dólares (varios miles en muchos de los casos) y tardan varias de décadas para recuperar la inversión, aunado al hecho de la inestabilidad propia del precio de la molécula y de que el consumo mundial del gas natural cada vez es mayor para la generación eléctrica, los vehículos eléctricos y la petroquímica.

En el sector energético es muy común encontrarse con consorcios integrados por varios contratistas o proveedores y contratos coaligados; con contratos “*BOOT*” “construir, poseer, operar y transferir” (por sus siglas en inglés “*BOOT*”) y con contratos “*EPC*” (por sus siglas en inglés) o “*IPC*” “ingeniería, procura y construcción” y muy probablemente inmersos en Financiamiento de Proyecto que implique una inversión concreta, con capacidad de generar flujos de caja suficientes y estables, a largo plazo.

⁶ En el caso de México, pueden incidir tres niveles de gobierno, esto es, autoridades federales, estatales y municipales, además de los reguladores del sector, cuyos plazos o tiempos de respuesta pueden estar ligados con el financiamiento del proyecto de infraestructura.

⁷ La *Agencia Internacional de la Energía* (organismo autónomo de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* “OCDE” que procura coordinar las políticas energéticas de sus estados miembros) concibe la seguridad energética como la disponibilidad ininterrumpida de fuentes de energía a un precio asequible (*World Energy Outlook 2017*). México se incorporó como el miembro número veinticinco de la OCDE el 18 de mayo de 1994.

⁸ Los “APPRIs” son tratados internacionales para el fomento y la protección recíproca de los flujos de capital, destinados a la inversión directa y representan un generador de confianza para estimularlas. Contienen una serie de principios para inhibir conductas que infrinjan estándares como el de trato justo y equitativo, de nación más favorecida, prohibición de discriminar o de expropiar directa o indirectamente, sin una compensación adecuada, entre otros.

⁹ Según la información de la Secretaría de Economía: www.gob.mx

¹⁰ El 27 de julio de 2018, México depositó el instrumento de ratificación del Convenio del CIADI ante el Banco Mundial, entrando en vigor el 26 de agosto de 2018.

¹¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de agosto de 2018.

¹² El Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los directores ejecutivos del Banco Mundial en aras de cumplir el objetivo de promover la inversión internacional.

¹³ www.icsid.worldbank.org. En el caso concreto, un sistema arbitral para la solución de disputas entre el Estado mexicano y los inversores extranjeros conducentes que procuran una sede neutra o despolitizada para dirimirla.

CIADI por parte de México también supuso la operatividad o eficacia del arbitraje de diferencias inversor – Estado previsto para los “APPRIs” que ya tenía celebrados con: Alemania, Australia, Austria, Baréin, Bielorrusia, Chile, China, Colombia, Corea del Sur, Cuba, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, India, Italia, Japón, Kuwait, Nicaragua, Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido, Reino de España, Reino de los Países Bajos, República Argentina, República Checa, Singapur, Suiza, Suecia, Trinidad y Tobago, Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (Bélgica y Luxemburgo) y Uruguay.

El Convenio del CIADI también generó un mejor clima de inversión para la participación de operadores privados en: (i) la exploración y extracción de petróleo y gas, (ii) la refinación, (iii) la petroquímica básica, así como en (iv) la participación de la generación y comercialización de electricidad, como consecuencia de la reforma constitucional de 2013¹⁴, a la cual, refiero más adelante.

México ocupa el país número diez en ranking de nacionalidad -de árbitros, conciliadores y miembros de comités *ad hoc*- nombrados en los casos registrados en virtud del Convenio del CIADI. (Estadísticas 1966-2021¹⁵).

Los arbitrajes relacionados con los sectores del petróleo, el gas y la minería representan el veinticinco por ciento del total de los casos registrados en virtud del Convenio del CIADI.¹⁶

2. Desde la perspectiva de los arbitrajes comerciales:

Destacaría como detonante relevante la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte¹⁷ ya que, como consecuencia de ese hito, el 22 de diciembre de 1993, se publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto que reformó, adicionó y derogó, diversas leyes relacionadas con ese Tratado de Libre Comercio de América del Norte¹⁸, entre otras:

El artículo 14 de la entonces vigente *Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios* de esa época se reformó para que, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, pudieran celebrar acuerdos arbitrales para resolver sus controversias, tanto domésticas como internacionales y; también el artículo 45 de la entonces vigente *Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica* para que la Comisión Federal de Electricidad, hiciera lo propio en iguales términos.

¹⁴ El decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de energía fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

¹⁵ “Carga de Casos del CIADI – Estadísticas”, edición 2022-1.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Suscrito el 17 de diciembre de 1992 por los gobiernos de México, Canadá y los Estados Unidos de América y cuya aprobación, en el caso de México, se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 8 de diciembre de 1993. El decreto mediante el cual se promulgó el protocolo que sustituyó el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* por el *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2020.

¹⁸ Cuyos alcances y efectos jurídicos -en esencia- continúan de forma consistente e ininterrumpida hasta el día de hoy. En la actualidad replicados en la Ley de Petróleos Mexicanos y en la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, publicadas conjuntamente en el Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014.

Por su parte, el artículo 15 de la entonces vigente *Ley de Adquisiciones y Obras Públicas*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1993, contempló la posibilidad de pactar arbitraje en contrataciones públicas.

El 22 de julio de 1993, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto que adicionó el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio que regula el arbitraje comercial y en donde, esencialmente, se replica la Ley Modelo de Arbitraje formulada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Dichas reformas fueron lógicas y armónicas con el régimen especial o privilegiado del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, para los inversionistas extranjeros que sean parte de un *contrato de gobierno cubierto* y pertenezcan a ciertos sectores como el del petróleo y el gas o el de generación eléctrica: Varias de las licitaciones internacionales de Pemex y de la Compañía Federal de Electricidad, para contratos administrativos de proveedurías de bienes y servicios -onerosas y por lo general de relevancia para sus actividades sustantivas- contemplaron acuerdos arbitrales desde esos años noventa. Justamente para propiciar certidumbre en esas inversiones.

Finalmente, es importante destacar que el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, estableció un régimen especial o privilegiado para los inversionistas extranjeros que sean parte de un contrato de gobierno cubierto y pertenezcan a ciertos sectores como el del petróleo y el gas o el de generación eléctrica, lo cual se replicó sin cambios esenciales en el *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2020. Aunque éste último, solo aplica para arbitrajes entre inversionistas de México y los Estados Unidos de América. Las disputas entre inversionistas mexicanos y canadienses tendían que solventarse a través del *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*.¹⁹

III. De los derechos de los tratados internacionales incorporados como norma suprema

Los derechos establecidos en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano y tienen protección de rango constitucional.²⁰

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoció que: “*la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales (...) los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta*

¹⁹ Cuyo decreto de promulgación para el caso de México, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de noviembre de 2018. Cabe precisar también que, en ambas convenciones internacionales, se impuso una tarifa cero para la importación de energéticos, lo cual, coadyuva a la disponibilidad y suministro regional y de los tres países.

²⁰ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional²¹"

En materia de medio ambiente el Estado Mexicano ha asumido distintos compromisos internacionales.²² Particularmente, en la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*²³, entre las medidas tendentes a mitigar tales efectos, impone como compromiso que los Estados deberán actuar para controlar, reducir o prevenir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, en todos los sectores pertinentes, entre ellos la energía.²⁴

IV. De las reformas constitucionales de 2008 y 2011

Continuando con referencias sucintas y ejemplificativas, en este epígrafe señalaría:

La reforma constitucional de 2008²⁵ elevó a rango constitucional la tutela del arbitraje (como especie) de los mecanismos alternativos de solución de controversias (género).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que: "el arbitraje es una figura legislativa con relevancia constitucional. Por tanto, la ley que la regule debe considerarse reglamentaria del cuarto párrafo del artículo 17 constitucional. Relacionado con lo anterior, se debe cambiar la caracterización de la decisión de acceder a dicha institución, pues más que una renuncia de derechos constitucionales (de acceder a los tribunales), el arbitraje encierra el ejercicio afirmativo de libertades constitucionales que ameritan protección judicial (...) todos los mecanismos alternativos de solución de controversias gozan del mismo tipo de protección constitucional -por ejemplo, mediación, conciliación y arbitraje- y, por tanto, el legislador no está obligado a regular ninguno de ellos de manera preferente²⁶".

²¹ "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL". Registro digital: 172650. Instancia Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Novena Época. Materia constitucional. Tesis: P. IX/2007. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, abril de 2007, página 6."

²² Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985). Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de capa de ozono (1987). Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (1989). Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima (1990). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Protocolo de Kioto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1997). Acuerdo de París (2015), entre otros.

²³ Ratificado por México el 3 de diciembre de 1992.

²⁴ Artículo 4o., inciso c) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

²⁵ El decreto que reformó y adicionó, entre otros, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

²⁶ "ARBITRAJE. IMPLICACIONES NORMATIVAS DERIVADAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA DE JUNIO DE 2008." Registro digital: 2014010. Instancia: Primera Sala. Décima Época. Materia constitucional. Tesis: 1a. XXXVI/2017 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 40, marzo de 2017, Tomo I, página 438."

La reforma constitucional del 2011²⁷, colocó a los derechos humanos como el centro de protección jurídica en México, incorporando parámetros de interpretación muy trascendentales como:

El “*principio pro persona*” en base al cual, debe de optarse por la interpretación que genere mayor amplitud de derechos, conforme a la propia constitución²⁸ y los tratados internacionales de los que México sea parte.

La “*interpretación conforme*” concerniente a que debe de optarse por la interpretación hermenéutica más acorde o compatible con los principios y valores de la constitución²⁹, para procurar una tutela efectiva.

También incorporó el “*principio de progresividad*” relativo a que las autoridades, en el ámbito de su competencia, deben de realizar todos los cambios para incrementar el grado de tutela, promoción, universalidad, interdependencia y respeto de los derechos humanos y de que, no puede existir regresión o disminución de los derechos humanos.³⁰

En el año 2011, también se reformó la fracción primera del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³¹, para ampliar la legitimación del promovente del juicio de amparo con un interés legítimo y no solo circunscrito al interés jurídico en sentido estricto. Los elementos constitutivos del *interés jurídico en sentido estricto* estarían encaminados a demostrar: *i*) la existencia del derecho subjetivo vulnerado; y, *ii*) que el acto de autoridad afecta ese derecho. Mientras que, para el *interés legítimo*, tendría que demostrarse: *i*) que existe una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso³² en beneficio de una colectividad; *ii*) que el acto reclamado transgreda ese interés difuso, individual o colectivo; y, *iii*) que el promovente del juicio de amparo pertenezca a esa colectividad.

Por su parte, el *control de convencionalidad* supone la obligación de los juzgadores de interpretar las normas relativas a los derechos humanos, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo la protección más amplia, pero sin desconocer presupuestos de admisibilidad y procedencia de las acciones.

²⁷ El decreto por el que se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁹ Ibid.

³⁰ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha señalado que, como parte de los distintos principios bajo los cuales se encuentra conformado el derecho humano al medio ambiente sano se encuentra el *principio de precaución, in dubio pro natura* y que, el artículo 15 de la Convención de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, define el *principio de precaución* en los siguientes términos: “*con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*” (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia sobre Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

³¹ El decreto por el que se reformó el párrafo inicial de la fracción primera del artículo 107 constitucional, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

³² Por derechos o intereses difusos y colectivos, se entienden aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes. (V. Artículo 580, fracción primera, del Código Federal de Procedimientos Civiles).

V. Del relevante precedente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 16 de mayo de 2016

Los referidos principios de las reformas constitucionales de 2008 y 2011 se pueden ver materializados -de forma muy relevante- en la sentencia del 16 de mayo de 2016, dictada para resolver en definitiva el juicio de amparo directo 71/2014, instado por la Comisión Federal de Electricidad y que, en ejercicio de la facultad de atracción, pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para determinar la validez de una sentencia que, a su vez, había reconocido la validez y ordenado la ejecución de un laudo arbitral³³ (relacionado con un contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada). En dicho precedente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció³⁴, entre otras:

- (i) Que la decisión de las partes para acudir al arbitraje es un ejercicio de libertad contractual con relevancia y protección constitucional.
- (ii) Que la sede judicial debe de ser neutra y ante una duda razonable sobre la competencia del tribunal arbitral, no debe preferirse la jurisdicción del Estado.
- (iii) Que los árbitros no deben considerarse autoridades y no están obligados a fundar y motivar en tal rigor.
- (iv) Que los jueces constitucionales no pueden valorar los méritos de política pública de las decisiones tomadas por los árbitros cuando resuelvan una controversia sobre un contrato público.
- (v) Que las consideraciones de política pública no deben entenderse incluidas en el concepto de orden público.
- (vi) Que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no cuenta con capacidades para evaluar argumentos de políticas públicas o de utilidad pública, ya que ello corresponde a los órganos técnicos de la Administración Pública.
- (vii) *“Que la decisión de la Administración de Pública Federal de hacerse de la generación de energía eléctrica a través de un productor externo, mediante una licitación pública, y la celebración de un contrato respectivo; adicionalmente, establecer que las controversias suscitadas respecto a la interpretación del contrato se deben reservar al arbitraje, se debe calificar como una decisión de*

³³ Ejercitada en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje previsto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio que regula el arbitraje comercial.

³⁴ Cabe mencionar que, en línea, concordancia o analogía con esos parámetros jurisdiccionales de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (y sobre todo, de los efectos materiales), el 15 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional (del Reino de España) dictó un precedente relevante (46/2020), también en un amparo recaído en procedimiento de anulación de laudo arbitral, en el que, entre otras cosas, reconoció que el fondo del litigio arbitral pertenece a los árbitros y que el orden público no puede ser excusa para revisar el fondo del litigio sometido a arbitraje. Entre otras consideraciones externó que: *“el principio básico de disposición de las partes para regular sus intereses privados o, lo que es lo mismo, para iniciar actividad jurisdiccional, determinar el objeto del proceso y ponerle fin en el momento que estimen conveniente (...)”*. *“Por esta razón, con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte el orden público o no, es lo cierto que la cuestión de fondo es jurídico -privada y disponible (...)”*. *“El ensanchamiento del concepto de “orden público” que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de nulidad y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes en el proceso (...)”*. *“Que el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto (...)”*. *“Que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales, con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo (...)”*. (Boletín Oficial del Estado, número 196, del 18 de julio de 2020, páginas 53596 a 53610).

política pública que desde su diseño original contiene la opción de que sean árbitros privados quienes resuelvan cuestiones contractuales sobre los términos, condiciones y, en general todos los aspectos sobre la producción de energía eléctrica materia del contrato, sin la intervención de los tribunales del Estado³⁵.

En otros precedentes, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ha sostenido: (i) que el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe de ser reducido a un simple principio que rige el derecho civil y (ii) que el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación.

VI. De la reforma constitucional de 2013

Pretendiendo destacar aspectos mínimos de la esencia de la reforma constitucional de 2013 que modificó los artículos 25, 27 y 28³⁶ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁷, resumiría que, en el sector de hidrocarburos, permitió la participación de operadores privados en exploración y extracción de petróleo y gas, en refinación y en petroquímica básica. En el sector eléctrico permitió la participación privada en la generación y comercialización. La planeación y control del sistema eléctrico y el servicio de transmisión y distribución de electricidad son áreas exclusivas del Estado.

La *ratio legis* de esas reformas constitucionales buscaron: (i) mantener la propiedad de la Nación sobre los hidrocarburos, (ii) fortalecer a Pemex y a la Comisión Federal de Electricidad, (iii) reducir riesgos en actividades de exploración y extracción, (iv) atraer inversión³⁸, (v) eficiencia, calidad, confiabilidad y mejores precios³⁹, entre otras y; (v) desarrollo con responsabilidad social y protección al medio ambiente.

Pareciera una obviedad externar que, para materializar las actividades derivadas de ese marco constitucional la participación del capital privado resulta vital y determinante para alcanzar un sector energético más asequible, seguro, sostenible y moderno. A su vez, ello también requiere

³⁵ Página 112 de la ejecutoria.

³⁶ Una de las adiciones en el texto de ese artículo fue para crear el *Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización*. Es un fideicomiso público, administrado por el Banco de México como fiduciario y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente y está encargado de recibir, administrar, invertir y distribuir los ingresos petroleros generados por las actividades de exploración y extracción que realizan Pemex y los operadores privados. También son transferidos a ese fideicomiso, los ingresos generados por las transacciones del Comercializador del Estado (empresa encargada de recibir y vender los hidrocarburos que le corresponden al estado, como pago en especie, de los contratos de exploración y extracción). Durante los primeros tres años del actual sexenio, se han recibido transferencias del *Fondo Mexicano del Petróleo Para la Estabilización* por más de 49 mil millones de dólares. (www.fmped.org.mx).

³⁷ El decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de energía fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

³⁸ La Comisión Nacional de Hidrocarburos, reporta inversiones aprobadas en planes exploración, evaluación y desarrollo al 30 de septiembre de 2021, como consecuencia de las licitaciones 1,2 y 3 y las migraciones y asociaciones por 42,566 millones de dólares. (www.hidrocarburos.gob.mx).

³⁹ En una de las subastas de energía a largo plazo realizadas por México, en el mes de noviembre de 2017, el operador italiano Enel, se comprometió a generar electricidad en el parque eólico de Amistad, cerca de Ciudad Acuña, Coahuila, a 17.7 dólares por *Mega Watt-hora* (MWh, el más bajo del mundo en ese momento, según *Bloomberg New Energy Finance*.

de relaciones armónicas -jurídicas, económicas y sociales- en los planos de supra a subordinación⁴⁰ y en el de coordinación.⁴¹

En opinión del suscrito, el objeto y fines de dicha reforma constitucional⁴², resultarían congruentes, y consistentes con el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* por el *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, que entró en vigor el primero de julio de 2020, por lo que dicho instrumento también ofrece un nivel de protección relevante a la inversión extranjera en el sector energético de México. El capítulo once relativo a obstáculos técnicos al comercio del tratado, pretende facilitar el comercio mediante (i) la prevención o eliminación de barreras técnicas innecesarias o injustificadas al comercio internacional, (ii) el aumento de la cooperación y la transparencia respecto a las normas, reglamentos técnicos y procedimientos de la evaluación de la conformidad y (iii) las buenas prácticas regulatorias. El capítulo doce relativo a los anexos sectoriales, en la sección de normas de eficiencia, promueve la cooperación en materia de normas de eficiencia energética, así como la armonización, en la medida de lo posible, de los procedimientos de prueba a los productos a los que esas normas aplican, en ánimo de facilitar el comercio entre las partes. El capítulo catorce de inversión establece los mecanismos para dirimir las diferencias inversor – Estado. El capítulo veintidós relativo a las empresas propiedad del estado y monopolios designados, prevé que sus actividades comerciales se realicen bajo los principios de no discriminación y consideraciones comerciales para que no afecten la inversión proveniente de las empresas de las partes, también prevé la regulación de subsidios que se reciben u otorgan a través de éstas.⁴³ El capítulo veinticuatro de medio ambiente que señala la necesidad de mantener manifestaciones de impacto ambiental en los tres países y la importancia de promover la calidad del aire tanto nacional como transfronterizo y mecanismos que favorezcan el buen desempeño ambiental del sector industrial. El capítulo veintiocho de buenas prácticas regulatorias busca facilitar el comercio, la inversión y el crecimiento económico a través de la implementación de las prácticas gubernamentales para promover la calidad regulatoria y se reconoce la importancia de los órganos centrales de coordinación regulatoria.⁴⁴ El capítulo treinta y uno de solución de controversias, en el que las partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del tratado y realizarán todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.⁴⁵

1. De la legislación secundaria de la reforma constitucional de 2013:

⁴⁰ Interés social.

⁴¹ Entre operadores públicos y privados, entre éstos y las comunidades y entre los operadores (públicos y privados) y los consumidores finales.

⁴² Y su legislación secundaria.

⁴³ Subsidios denominados “*Asistencia no Comercial*” y relativos a la transferencia directa de fondos, donaciones o condonaciones de deuda, préstamos, garantías u otros tipos de financiamiento, incompatibles con la práctica habitual de inversión.

⁴⁴ Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, en el caso de México.

⁴⁵ En fecha reciente, el 20 de julio de 2022, los gobiernos de los Estados Unidos de América y de Canadá, respectivamente y por separado, presentaron solicitudes al gobierno de México, a través de la Secretaría de Economía, para el inicio de consultas en relación con las políticas energéticas seguidas por el gobierno de México, de conformidad con el artículo 31.4 del *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, con lo cual, se dio inicio a un período de setenta y cinco días para solucionar las controversias y en caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio sobre la correcta aplicación e interpretación de las disposiciones en disputa, el gobierno de los Estados Unidos de América y/o el gobierno de Canadá podrán instar el establecimiento de un panel para solventar las disputas.

En la legislación secundaria de esa reforma constitucional del 2014⁴⁶, las empresas estatales (Pemex, Comisión Federal de Electricidad, así como sus subsidiarias) se transformaron de organismos públicos a Empresas Productivas del Estado, con el mandato de generar valor económico y rentabilidad para el Estado, con sentido de equidad, responsabilidad social y ambiental.

En sentido práctico, puede decirse que dejan de ser monopolios, encargados de abastecer la demanda en dichos sectores y dejan de tener la obligación de realizar proyectos que no le sean rentables, para intervenir ahora como operadores en un régimen de competencia o libre mercado y sustentabilidad.⁴⁷

También se les permitió continuar pactando cláusulas arbitrales, conforme a la legislación mercantil y los tratados internacionales de los que México es parte y; en los contratos que se ejecuten o surtan efectos fuera de México a la aplicación de derecho extranjero y al sometimiento de jurisdicción extranjera.⁴⁸

En relación con las *Asignaciones*⁴⁹ -acto administrativo por mediante el cual el Ejecutivo otorga el derecho para realizar exploración y extracción- los contratos de exploración y extracción⁵⁰ prevén la posibilidad de estipular mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo acuerdos arbitrales, sujetos a legislación mexicana, al idioma español y a laudo de estricto derecho y definitivo.⁵¹

Lo anterior en el entendido de que, los efectos de la rescisión administrativa de las Asignaciones y su régimen exorbitante de derecho público no son arbitrables y no pueden suspenderse (transferencia de la Asignación al Estado mexicano).

Si la rescisión administrativa se declara ilegal o inválida, dará lugar a un *quantum indemnizatorio* que sí es arbitrable, con lo cual, se puede afirmar que el legislador fue cuidadoso con la eficacia y ejecución de ese laudo y consistente para que no se incurriera en

⁴⁶ la Ley de Petróleos Mexicanos y en la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, fueron publicadas conjuntamente en el Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014.

⁴⁷ En la exposición de motivos de la Ley de la Industria Eléctrica, publicada el 11 de agosto 2014 se externa que la finalidad de la reforma fue, esencialmente, generar un mercado eléctrico sólido y competitivo que coadyuve al crecimiento económico del país, a través de la participación de los particulares en la generación de electricidad, para lo cual se estimó imprescindible ampliar el acceso a la red nacional de transmisión, así como considerar la totalidad de los proyectos de generación –públicos o de particulares– en la expansión de las redes y eliminar las barreras a la interconexión de proyectos de tecnología eólica y solar.

⁴⁸ Artículo 115 de la Ley de Petróleos Mexicanos y artículo 118 en la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, lo cual, generó continuidad y consistencia con el decreto que reformó, adicionó y derogó, diversas leyes relacionadas con ese Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1993, que modificó el artículo 14 de la entonces vigente *Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios* para que Petróleos Mexicanos y sus entonces organismos subsidiarios (hoy empresas productivas subsidiarias), pudieran celebrar acuerdos arbitrales para resolver sus controversias, tanto domésticas como internacionales y; también el artículo 45 de la entonces vigente *Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica* para que la Comisión Federal de Electricidad pudiera estipular lo propio.

⁴⁹ Antes de la reforma constitucional de 2013 y de la legislación secundaria derivada de ésta, Pemex era el único Asignatario.

⁵⁰ La Comisión Nacional de Hidrocarburos registra una inversión de al menos seis mil quinientos millones de dólares en contratos para exploración y producción, entre 2015 y 2021. Por su parte, la Secretaría de Economía estima que, de enero a septiembre de 2021, México captó 1,266 millones de dólares de inversión extranjera directa en la rama productiva de extracción de petróleo y gas.

⁵¹ Artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014.

una contravención al orden público que pudiere motivar la denegación o reconocimiento, por vicio de la causal de nulidad del laudo, prevista en el artículo 1457, fracción segunda, del Código de Comercio y su correlativo en el artículo V.2 B) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York de 1958”).

Finalmente es importante no dejar de mencionar que, en ventas de primera mano⁵² de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos y, con el propósito de limitar el poder dominante de Pemex, así como de lograr una mayor participación de agentes económicos que propicien el desarrollo, eficiente y competitivo de esos mercados, se le impuso una regulación asimétrica, por parte de la Comisión Reguladora de Energía⁵³ y prevista en el artículo 13 transitorio de la Ley de Hidrocarburos.⁵⁴

VII. De la coyuntura actual en los sectores eléctrico y de hidrocarburos y; de las reflexiones finales

Si bien es cierto que, en una recta exégesis de todos esos mandatos y prerrogativas jurídicas, así como de ese acervo sistemático de continua tradición institucional, debiera estarse ejecutando y proveyéndose su exacta observancia, por parte del Ejecutivo Federal,⁵⁵ mediante políticas públicas congruentes y ceñidas a tales parámetros, lo cierto es que, desde finales del 2018, se han estado instrumentando una serie de acciones gubernamentales en el sector de la energía, tanto de *iure* como de facto, en desapego a ese marco constitucional, convencional y legal, en detrimento tanto de los operadores públicos⁵⁶ como de los privados, además de los consumidores finales, del medio ambiente y de que México pueda aprovechar la disponibilidad y suministro en el sector de la energía de forma continua, diversificada, sustentable y a costos competitivos.

Coloquialmente pareciera que se pretende retrotraer (materialmente) a un régimen monopólico o restrictivo, cuando (formalmente) todo el marco constitucional, convencional y legal -en vigor- determina e impone un régimen de libre mercado y competencia sustentable en el sector energético.⁵⁷

⁵² La venta de primera mano se entiende como la primera enajenación, en territorio nacional, que realicen Pemex o sus empresas subsidiarias, por cuenta y orden del Estado, a un tercero o entre ellos. Dicha venta deberá realizarse a la salida de las plantas de procesamiento, las refinerías, los puntos de inyección de producto importado, ductos o en los puntos de inyección de los hidrocarburos provenientes de manera directa de campos de producción.

⁵³ Que se fue instrumentando a través de una serie de acuerdos, disposiciones administrativas de carácter general, resoluciones y lineamientos relacionados con la imposición de principios de regulación asimétrica.

⁵⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

⁵⁵ Bajo el umbral de los alcances y efectos del artículo 89, fracción primera, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁶ Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad y las empresas subsidiarias respectivas de ambas.

⁵⁷ Por citar algunas cuestiones controvertidas en esa lógica: El 12 de diciembre de 2018, la Comisión Nacional de Hidrocarburos, a solicitud de la Secretaría de Energía, anunció la cancelación de las licitaciones de la Rondas 3.2 para 37 bloques gasíferos convencionales (21 ubicados en la cuenca de Burgos y 9 en las cuencas de Tampico-Misantla y Veracruz y Tabasco). Esa decisión, por ejemplo, privó a Petróleos Mexicanos y a sus empresas subsidiarias de la oportunidad de explorar, extraer y comercializar un hidrocarburo como el gas cuyo precio y demanda han estado en continuo ascenso. (También han provocado el que Petróleos Mexicanos y a sus empresas subsidiarias prioricen la línea de negocio de refinación que no genera valor, en detrimento de la línea de negocio de exploración y extracción tanto de petróleo como de gas que tienen mucho mayor rentabilidad). El 29 de abril de 2020, se emitió un acuerdo del Centro Nacional de Control de Energía “CENACE” que impedía las pruebas preoperativas de las centrales de energía renovable. El 15 de mayo de 2020, la Secretaría de Energía publicó la política de confiabilidad, seguridad, continuidad y calidad en el sistema eléctrico nacional que imputaba

A pesar de ello y, como consecuencia de la funcionalidad de todo ese acervo de derechos y prerrogativas de tutela constitucional y/o convencional y/o legal que integra, en lo conducente, el sistema jurídico mexicano al que he hecho referencia, los medios de impugnación que han instado los afectados, en sede judicial doméstica, han resultado eficaces para contener tanto la materialización de su aplicación, como la proliferación de mecanismos de solución de controversias inversor – Estado Mexicano y, muy probablemente, en lo sucesivo, seguirán contando con amplias expectativas de éxito, incluidas las controversias constitucionales instadas o que llegue a promover la Comisión Federal de Competencia Económica.

En ese sentido, la disponibilidad y suministro de las distintas fuentes de energía de forma continua, diversificada, sustentable y a costos competitivos en México, así como el flujo de las inversiones y el fortalecimiento de sus empresas productivas del Estado, no debiera obstaculizarse mediante cambios regulatorios o legales que confronten el acervo de derechos y prerrogativas de tutela constitucional y/o convencional y/o legal que lo integran, en lo conducente, en el sistema jurídico mexicano; sino más a bien a potenciarlo mediante políticas públicas congruentes a dichas prerrogativas y en el caso de las empresas productivas del Estado honrando el mandato de generar valor económico y rentabilidad para el Estado, con sentido de equidad, responsabilidad social y ambiental, máxime si éstas no están generando el flujo de caja necesario para llevar a cabo las inversiones en infraestructura que demanda el sector.

Además, esa coyuntura de cambios, inhibe el que México aproveche los mecanismos del *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá* para integrar junto con Canadá y con los Estados Unidos de América, una seguridad energética regional que potencialice la disponibilidad ininterrumpida de fuentes de energía diversificadas, subsidiarias, complementarias y a un precio asequible, homologando regionalmente las cuestiones regulatorias y también favoreciendo el contenido regional en las proveedurías de bienes y servicios, que asegure fluctuaciones estables de inversión en México, con todo el impacto socio económico que ello le conllevaría.

intermitencia a las centrales de energía renovable y privilegia las centrales fósiles⁵⁷. El 28 de mayo de 2020, la Comisión Reguladora de Energía, aumentó las tarifas de porteo por el uso de redes eléctricas en centrales renovables. El 9 de marzo de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de la Industria Eléctrica.⁵⁷ El 4 de mayo de 2021, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación reformas a diversas disposiciones de la Ley de Hidrocarburos, entre otras, para otorgar facultades a la Secretaría de Energía y a la Comisión Reguladora de Energía, para cancelar y negar permisos de importación, distribución y comercialización de combustibles a operadores privados. El 19 de mayo de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto mediante el cual se dejó sin efectos la facultad otorgada a la Comisión Reguladora de Energía, para sujetar a principios de regulación asimétrica las ventas de primera mano de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, así como la comercialización de Pemex y subsidiarias. En el mercado de hidrocarburos y petrolíferos se han producido cierres en terminales de almacenamiento, así como revocaciones para importación y exportación. Además hay diversos proyectos con trámites detenidos, tanto en el sector de hidrocarburos como en el eléctrico (Según la Asociación Mexicana de Energía Eólica, están detenidas inversiones por 7 mil millones de dólares. Por su parte, existen 69 proyectos en operación en 15 estados del país con una capacidad de 8 mil mega watts, que representan inversiones por 13 mil millones de dólares).