

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

Derecho Internacional de las Inversiones: La
Responsabilidad del Estado Mexicano ante la
Reforma a la Ley de Industria Eléctrica

TESIS

Que para optar por el título de Licenciado en Derecho

PRESENTA

Eduardo Grajales González

Director de Tesis:

Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi familia, sine qua non.

ÍNDICE

Introducción.....	8
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA EN MÉXICO

1.1 Evolución histórica de la industria eléctrica en México: un resultado de inversión nacional y extranjera.....	10
1.1.1 Antecedentes relevantes.....	10
1.1.2 Primeros intentos de regulación en la industria.....	12
1.1.3 El Código Nacional Eléctrico.....	14
1.1.4 Creación de la Comisión Federal de Electricidad.....	15
1.1.5 Promulgación de la Ley de la Industria Eléctrica.....	18
1.1.6 Nacionalización de la Industria Eléctrica.....	19
1.1.7 La Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.....	21
1.1.8 La Comisión Reguladora de Energía.....	24
1.1.9 Intentos posteriores de reforma a la industria.....	25
1.2 La reforma energética y la industria eléctrica	27
1.2.1 Texto constitucional aprobado.....	28
1.3 Modelo institucional.....	30
1.3.1 SENER, funciones de política y planeación energética.....	31
1.3.2 Órganos Reguladores.....	32
1.3.3 Centro Nacional de Control de Energía.....	33
1.3.4 CFE, Empresa Productiva del Estado.....	34
1.4 Modelo Industrial.....	36
1.4.1 ¿Quién puede generar energía?.....	37

1.4.2 Servicio Público de transmisión y distribución.....	39
1.4.3 Mercado eléctrico mayorista.....	39
1.4.4 Certificados de energías limpias.....	41
1.4.5 Contratos de cobertura y subastas a mediano y largo plazo.....	43
1.5 Apertura del sector eléctrico a la inversión extranjera.....	45
1.6 La industria eléctrica en nuestros días.....	48
1.7 CFE en crisis, los subsidios de nunca acabar.....	51

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REFORMA A LA LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

2.1 Precedentes, el Decreto Nahle y su análisis por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	55
2.2 Presentación de la iniciativa de reforma	63
2.3 Exposición de motivos.....	64
2.4 Contenido y análisis de la reforma.....	67
2.4.1 Modificación de definiciones.....	67
2.4.2 Obligación de que los permisos a que se refiere la Ley de la Industria Eléctrica se encuentren sujetos a los criterios de planeación del Sistema Eléctrico Nacional.....	70
2.4.3 Otorgamiento de Certificados de Energías Limpias sin dependencia de la propiedad o la fecha de inicio de operaciones comerciales de las centrales eléctricas.....	74
2.4.4 Eliminación de la obligatoriedad de comprar por subastas para el Suministrador de Servicios Básicos.....	76
2.4.5 Obligación de la CRE a revocar los permisos de autoabastecimiento, así como sus modificaciones, en los casos en que hayan sido obtenidos mediante la realización de actos constitutivos de fraude a la ley.....	78

2.4.6 Revisión de la legalidad y rentabilidad para el gobierno federal de los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica suscritos con productores independientes de energía.....	79
2.5 Discusiones en el legislativo y promulgación.....	80
2.6 Juicios de Amparo contra la Reforma.....	85
2.7 Iniciativa de Reforma Constitucional.....	91
2.7.1 Modificaciones al artículo 25	91
2.7.2 Modificaciones al artículo 27.....	92
2.7.3 Modificaciones al artículo 28.....	93
2.7.4 Régimen transitorio.....	94

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

3.1 Introducción.....	97
3.2 Tratados de Inversión.....	99
3.3 México en la Protección Internacional de las Inversiones.....	102
3.4 Trato Nacional.....	105
3.5 Trato de la Nación Más Favorecida.....	107
3.6 Trato Justo y Equitativo.....	108
3.7 Protección y Seguridad Plenas.....	110
3.8 Libre Transferencia de Fondos.....	112
3.9 Cláusulas Paraguas.....	113
3.10 Cláusulas de estabilización.....	114
3.11 Expropiación o Medidas Equivalentes a Expropiación.....	116
3.12 El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones...	121
3.13 El arbitraje de inversión y su naturaleza.....	122

CAPÍTULO CUARTO
VIOLACIONES DE INVERSIÓN, PROBABLE
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MEXICANO

4.1 El sector eléctrico en los acuerdos comerciales suscritos por México.....	127
4.2 Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.....	128
4.2.1 Régimen de la industria eléctrica en el tratado.....	129
4.2.2 Capítulo de inversión, disposiciones infringidas.....	132
4.2.3 Solución de controversias.....	145
4.3 Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá.....	146
4.3.1 Renegociación.....	148
4.3.2 Régimen de la industria eléctrica en el tratado.....	148
4.3.3 Capítulo de inversión, disposiciones infringidas	150
4.3.4 Solución de controversias.....	155
4.4 Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea.....	156
4.4.1 Régimen de la industria eléctrica en el tratado.....	158
4.4.2 Capítulo de inversión, disposiciones infringidas por la reforma.....	159
4.4.3 Solución de controversias.....	162
4.5 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.....	163
4.5.1 Casos específicos.....	164
4.5.1.1 Francia.....	165
4.5.1.2 Argentina.....	167
4.5.1.3 China.....	170
4.6 Defensa del Estado Mexicano.....	173
4.6.1 Justificación.....	174
4.6.2 La Reforma como política pública.....	176
4.6.3 Precedentes relevantes.....	177
4.7 Responsabilidad Internacional del Estado.....	179
4.7.1 Principios Generales.....	180
4.7.2 Eximentes de responsabilidad.....	182
4.7.3 Posible responsabilidad del Estado Mexicano	183

Conclusiones.....	186
Bibliografía.....	190

INTRODUCCIÓN

Desde que llegaron al país a través de los procesos de manufactura más rudimentarios, la electricidad y la industria que de ella deriva han sido objeto de regulaciones y modelos tan cambiantes como las coyunturas políticas, históricas y económicas que ha vivido México en los años recientes.

Al pasar de una liberalización absoluta a la nacionalización y estatización del sector, para pasar con posterioridad nuevamente a un régimen de libre mercado, son diversas las instituciones que se han erigido con el propósito de que el mercado eléctrico cumpla su objeto primigenio y logre suministrar de energía a la población, fungiendo ya no solo como un estímulo de crecimiento económico que acorte brechas de desigualdad, sino como un insumo básico, necesario para que toda persona pueda llevar una vida digna.

En 2013, el Gobierno del entonces Presidente Enrique Peña Nieto, en sus esfuerzos por concretar diversos cambios estructurales, presentó una de las iniciativas más polémicas de su sexenio: la Reforma Energética. A través de diversas modificaciones de orden constitucional, legal y reglamentario, planteó la creación de un nuevo modelo energético que abriera la puerta a capitales e inversión nacional y extranjera, apuntalando al sector que en adelante se manejaría en condiciones de libre mercado.

A pesar de las controversias y supuestos actos de corrupción alrededor de su aprobación, la Reforma prosperó y estableció nuevas reglas de mercado, así como pesos y balances en la toma de decisiones respecto al sector energético, valiéndose de mecanismos que, en lo general, significaban certeza para los inversionistas y una operación clara bajo la directriz máxima de despacho económico.

Casi nueve años después, la actual administración del Presidente López Obrador ha llevado a cabo esfuerzos mayúsculos por revertirla, al considerar que la industria

sigue sumida en condiciones de corrupción e injusticia para el sector público que benefician a unos cuantos y han debilitado a la Comisión Federal de Electricidad hasta llevarla a niveles críticos e insostenibles.

En consecuencia, presentó al Congreso de la Unión sendas reformas a la Ley de la Industria eléctrica y a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución en febrero y octubre de 2021 respectivamente. En virtud de estas, el poder de decisión y participación de la CFE en el mercado se incrementarían en lo que parece, sería el detrimento de la inversión privada, nacional y extranjera, sin tomar en consideración los diversos compromisos internacionales que contienen mecanismos de solución de controversias contra acciones como la que pretende implementarse en el país.

Ese es justo el tema que el presente trabajo busca analizar, no sólo evocándose a analizar el régimen jurídico de la industria eléctrica y si este es perfectible o debe modificarse desde sus bases, sino estudiando rigurosamente las reformas planteadas por el Titular del Poder Ejecutivo Federal con una visión crítica de las implicaciones que estas podrían tener en el terreno del Derecho Internacional de las Inversiones.

Lo anterior, con la finalidad de aportar elementos para determinar si México pudiese o no enfrentar responsabilidad internacional a partir de las acciones y medidas que pretende adoptar para reformar su industria eléctrica.

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA EN MÉXICO

Antes de evocarse a analizar las diversas modificaciones a las que se pretende someter a la industria eléctrica nacional y las implicaciones que esto conlleva en el derecho internacional de las inversiones, es de la mayor relevancia poder entender de dónde viene y cuáles son las bases históricas, jurídicas y conceptuales sobre las que se sostiene un modelo energético que ha sido objeto de diversos cambios. En aras de lo anterior, a continuación se hace un breve estudio de la historia de la industria eléctrica en México y de sus instituciones.

1.1 Evolución Histórica de la Industria Eléctrica en México: un resultado de inversión nacional y extranjera.

1.1.1 Antecedentes relevantes.

La palabra electricidad encuentra su origen etimológico en el latín '*electrum*', que a su vez deriva del griego '*ήλεκτρον*' cuyo significado es '*ambar*'. Antes de que naturalistas como Teofrasto o Plinio el Viejo dejaran registro sobre sus propiedades eléctricas, esta resina de origen vegetal y anaranjados destellos fue objeto de interés y estudio por parte del filósofo Tales de Mileto, quien en los años 600 a.C. realizó diversos trabajos teóricos sobre las propiedades magnéticas y estáticas de dicho material, que al ser frotado parecía atraer y levantar objetos livianos.¹

Desde las civilizaciones antiguas cuando en China se descubrió la brújula que podía ser utilizada en navegación² hasta los estudios del llamado Padre de la electricidad, William Gilbert³, los avances respecto del energético fueron permeando

¹MEYER, Herbert, A History of electricity and magnetism, Massachusetts Institute of Technology, United States of America, 1971, pp. 3.

²NEEDHAM, Joseph, Science and Civilization in China: Volume 4, Physics and Physical Technology, Cambridge University Press, London, 1971, pp. 379

³ *Ibid*, pp. 22-69

lentamente en la vida de las sociedades hasta que un nuevo artificio aceleraría el proceso de desarrollo económico e industrial como pocas invenciones antes en la historia de la humanidad: la bombilla eléctrica. En el año de 1879, Thomas Alva Edison patentó la bombilla incandescente de filamento de carbono y tres años después lograría establecer una estación de generación eléctrica en Manhattan. A partir de estos esfuerzos se desarrollarían los sistemas de potencia como son concebidos en la actualidad.⁴ La energía eléctrica entonces logró permear en la industria y provocar grandes cambios y transformaciones. La adquisición de maquinaria y plantas de energía se convirtieron en una necesidad primigenia, sobre todo para industrias cuyas actividades se enfocaban en los sectores productivos y extractivos.

Así es como la energía eléctrica se abrió camino hasta México de la mano de las industria textil y minera en pleno Porfiriato. Fue en el año de 1879 que se instaló la primera planta termoeléctrica en México con el propósito de abastecer a la fábrica textil '*La Americana*' de la empresa Hayser y Portillo, en León, Guanajuato.⁵ En 1882, la empresa *Knight* instaló en las calles de la Ciudad de México cuarenta lámparas incandescentes, dando paso por primera vez al servicio público de electricidad en el país, mientras que para 1889 la primera planta hidroeléctrica en suelo mexicano se instaló en Batopilas, Chihuahua.⁶ De acuerdo con Enrique de la Garza, entre los años de 1884 y 1889 se instaló alumbrado público en las ciudades de Guadalajara, Monterrey, Veracruz y Mérida, de la misma forma en que los primeros tranvías eléctricos iniciarían a brindar servicio. La energía eléctrica entonces comenzó a penetrar lentamente en la vida diaria de las personas, constituyendo un valioso y trascendental motor de crecimiento.

⁴ HARVEY, Abby, *History of Power: The Evolution of the Electric Generation Industry*, Power Magazine, United States of America, 2017, disponible en <https://www.powermag.com/history-of-power-the-evolution-of-the-electric-generation-industry/>

⁵ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, *La energía en México, segunda parte: la electricidad*, Cámara de Diputados, México, 2020, pp. 2

⁶ RODRÍGUEZ, Guillermo. *Evolución de la industria eléctrica en México*. En RESÉNDIZ-NÚÑEZ, Daniel (Coordinador). *El sector eléctrico de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 15-42.

Es así como el desarrollo económico alcanzado por el régimen de Porfirio Díaz atrajo lo que serían los primeros casos de inversión extranjera en el sector eléctrico mexicano, un fenómeno que con los años fue desplazando a la industria nacional, cuyas pequeñas empresas de generación de electricidad despachaban en función de necesidades locales y poco a poco fueron quedando relegadas por las de capital extranjero, mismas que concentraron la generación y transmisión del energético. Fue la zona centro del país aquella que albergó lo que en la praxis era una concentración de las actividades eléctricas por parte de dos empresas: la *Mexican Light and Power* (de capital europeo, estadounidense y mayormente canadiense), y la *American and Foreign Power* (originaria de Estados Unidos de América).⁷

1.1.2 Primeros intentos de regulación en la industria.

Como se ha mencionado con anterioridad, el régimen Porfirista buscó agilizar el crecimiento de la industria manufacturera y de las actividades productivas abriendo paso para que inversionistas extranjeros inyectaran grandes cantidades de capital a lo que en ese entonces todavía era una incipiente industria eléctrica. De esta forma, inversionistas provenientes de Alemania, Francia, Estados Unidos y Canadá aprovecharon numerosas concesiones que se otorgaban sin la menor dificultad, así como de amplias exenciones fiscales, reducciones de derechos aduanales sobre importaciones y todas las facilidades imaginables para que el gobierno los auxiliara en la construcción de plantas generadoras de energía.⁸

⁷ DE LA GARZA, Enrique, Historia de la Industria Eléctrica en México, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1994, pp. 19-21

⁸ GARZA, José Ramón, La reforma energética en materia de electricidad: Una mirada crítica al régimen de suministro básico, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 45

La concesión⁹, entonces se convirtió en la vía sumaria para que el Estado Mexicano diera una organización al sector, sin embargo, todas estas condiciones de simpleza y comodidad para las empresas provocó un consuetudinario incumplimiento del ordenamiento legal, lo que trajo diversas problemáticas tanto al gobierno como al sector privado.¹⁰ Después de sobrepasar una curva de aprendizaje, la industria eléctrica nacional sólo logró crecer de forma asimétrica en cuanto a su regulación y planeación, lo que provocó escasez del energético en varias zonas del país, así como el abandono de sectores rurales.¹¹

En materia de competitividad, la ya mencionada *Mexican Light and Power Company Limited*, empresa privada constituida en Toronto que se asentó en el país en 1903 logró construir un monopolio casi absoluto apropiándose de concesiones, plantas y compañías eléctricas del centro de México¹², incrementando su área de influencia y convirtiéndose en la empresa de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica preponderante en el mercado. Se hizo cargo del complejo hidroeléctrico de Necaxa: el más grande del país y uno de los mayor importancia en América Latina con una producción de aproximadamente 1200000 KW/h.¹³

Existieron diversos cuerpos normativos en materia de aguas que dieron los primeros pasos en regular la electricidad¹⁴, pero no fue sino hasta la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el año de 1917 trajo nuevas ideas que hasta la actualidad resultan paradigmáticas, estableciendo lo siguiente en su artículo 27:

⁹ Definida por Rafael Martínez Morales como el acto jurídico unilateral por el cual el estado confiere a un particular la potestad de explotar a su nombre un servicio o bien públicos que le pertenecen a aquel, satisfaciendo necesidades de interés general.

¹⁰ SHEINBAUM, Claudia, Tendencias y perspectivas de industria de la energía eléctrica, Revista El Cotidiano, vol. 17, no. 103, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2000, pp.32

¹¹ MARTÍNEZ, Elio, RAMOS, María de la Paz, Funciones de los ingenieros inspectores al comienzo de las obras del complejo hidroeléctrico de Necaxa, Historia Mexicana, vol LVI, El Colegio de México, México, 2006, pp. 233

¹² DE LA GARZA, Enrique, op. cit., pp. 23

¹³ RAMOS, María de la Paz, La Compañía Mexican Light and Power Company Limited durante la Revolución Mexicana, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/IVSimposio/Ramos.pdf>

¹⁴ SÁNCHEZ, Martín, Herencia del pasado, la centralización de los recursos acuíferos en México, Revista Relaciones 54, vol. XIV, El Colegio de Michoacán, México, 1993, pp.32

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Aún cuando el Congreso Constituyente no se refirió de forma literal o directa al sector energético, sí reconoció al Estado la propiedad originaria y primigenia tanto de su espacio geográfico como de los recursos que en él yacen , misma que tiene la potestad de transmitir, en este caso a través de concesiones por las que cede a los particulares el derecho a aprovechar bienes propiedad de la Nación con el objeto de establecer y explotar un servicio público en favor de los mexicanos. Una vez establecido este nuevo régimen, las concesiones comenzaron a reportar la cantidad de agua que se concedía, la corriente a generar, fechas de entrega para consumo público así como posibles causales de revocación, excenciones de impuestos, fijación de tarifas y gastos de inspección.¹⁵ Se impusieron entonces por primera vez, modalidades a la propiedad individual conforme a criterios de interés nacional.

1.1.3 El Código Nacional Eléctrico.

Tras diversos intentos de establecer regulación y políticas públicas acordes a las exigencias y necesidades de un México que seguía convulso frente a las repercusiones traídas por la Revolución, el día 11 de mayo de 1926, el Gobierno de Plutarco Elías Calles publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional Eléctrico. Basado en el *National Electric Code* de Estados Unidos, fue el primer cuerpo legislativo en materia de reglamentación, regulación y vigilancia de la

¹⁵ DE ROSENZWEIG, Francisco, *El Sector Eléctrico en México: Evolución, Regulación, Tendencias*, Editorial Porrúa, México, 2007, pp. 113

generación de energía eléctrica, su articulado¹⁶ alberga diversos principios, entre los que destacan:

- Las bases para que la reglamentación, regulación y vigilancia de la generación, distribución y transmisión de electricidad, se llevaran a cabo procurando el adecuado uso de la energía.
- El otorgamiento a la Secretaría de Industria y Comercio la atribución de aplicar dicho cuerpo normativo, dejando amplias facultades reglamentarias al Ejecutivo Federal.
- La declaración de utilidad pública de la industria eléctrica, lo que permitió al gobierno contar con potestades expropiatorias.

1.1.4 Creación de la Comisión Federal de Electricidad.

A cincuenta años de la aparición de la energía eléctrica en el país, la *Mexican Light and Power*, la *American and Foreign Power Company* y la *Compañía Eléctrica de Chapala* controlaban prácticamente todo el mercado en el sector; la ausencia de mantenimiento y expansión de las redes, así como la falta de competencia causada por prácticas de naturaleza claramente monopólica devinieron en una eficiencia y calidad de energía cada vez más bajas.¹⁷ Mientras tanto, las cuotas seguían siendo altas, con precios diferenciados según el área geográfica en la que se utilizara el servicio.

Las actividades de la la Confederación Nacional Defensora de los Servicios Públicos (CNDSP)¹⁸, una organización que por primera vez logró concentrar los intereses de los sectores comerciales, industriales y domésticos bajo un mismo

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de mayo de 1926, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=190207&pagina=5&seccion=1

¹⁷ RAMOS, María de la Paz, op. cit., disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/IVSimposio/Ramos.pdf>

¹⁸ HERRERA Y LAZO, La Industria eléctrica y lo que al pueblo le interesa saber, pp.170, citado en DE LA GARZA, Enrique, op. cit., pp.83

frente, causaron cada vez más intervención en el sector por parte del gobierno, a través de ella se procuraba obligar a las empresas mejoraran sus niveles respecto a un servicio que era público y necesario para el desarrollo del país.

En 1933 la Confederación se acercó al General Plutarco Elías Calles con el propósito de que los ayudara a encontrar y apoyar soluciones respecto a los problemas existentes en la industria eléctrica, pero no fue sino hasta agosto de 1937 que durante la Presidencia de Lázaro Cárdenas, se aprobó la Ley que crea la Comisión Federal de Electricidad.¹⁹

Su objeto sería organizar y dirigir un sistema nacional de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica basado en principios tecnológicos y económicos, sin propósitos de lucro y con la finalidad de obtener con un costo mínimo el mayor rendimiento en beneficios generales. Un interesante propósito a la luz de los cambios que la industria eléctrica sufre en la actualidad.

Como facultades se le asignó la de estudiar la planeación del sistema nacional de electrificación, la realización de operaciones relacionadas a generar, transmitir y distribuir electricidad (incluyendo la adquisición de bienes muebles o inmuebles, acciones o valores). Asimismo se le facultó para organizar diversas empresas eléctricas regionales y locales semi-oficiales con el propósito de alcanzar precios equitativos para la población.²⁰

Es importante destacar que el Congreso determinó que la Comisión gozaría de preferencia sobre los particulares en cuanto al uso y aprovechamiento de bienes que resultasen necesarios para sus actividades. Además, declaró sus labores como

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de agosto de 1937, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4552481&fecha=24/08/1937&cod_diario=194609

²⁰ TREVIÑO, Francisco, La regulación de la energía eléctrica y de la Comisión Federal de Electricidad, en Regulación del Sector Energético, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Secretaría de Energía, México, 1997, pp. 115

de utilidad pública, por lo que dictó que era procedente expropiar aquellos bienes que requiriera para su funcionamiento²¹.

La CFE entonces se fundó en dos principios: El primero consistía en brindar servicio en lugares que no resultaran atractivos en terminos de rentabilidad para las compañías particulares (que si bien se ocupaban de los grandes centros urbanos, se mantenían apartados de las áreas rurales); y el segundo, que consistió en instalar centrales de generación de electricidad que sería distribuida en un inicio por los privados.²²

Una vez que se hizo de los recursos necesarios los recursos buscados, la CFE comenzó a producir cantidades cada vez más grandes del energético hasta que para la década de 1950 alcanzó a generar más de la mitad de la energía disponible en territorio nacional.²³

En 1949, durante el mandato del entonces Presidente Miguel Alemán, la Comisión pasaría de ser una empresa más del Estado a convertirse en un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios gracias a la emisión del Decreto que establece las Bases para el Funcionamiento de la Comisión Federal de Electricidad, constituyendose así como la institución coordinadora del plan y la industria eléctrica nacionales. En palabras de Francisco de Rosenzweig:

La organización industrial anterior, cuyo desarrollo y expansión estuvieron basados durante décadas en la iniciativa privada, comenzó a reconfigurarse. Mientras que el sector privado comenzó a perder terreno en materia eléctrica, el Estado, a través de la CFE, comenzó a ocupar los espacios vacíos.²⁴

²¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de agosto de 1937, disponible en http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4552481&fecha=24/08/1937&cod_diario=194609

²² EIBENSCHUTZ, Juan, El sector eléctrico mexicano, ¿paradigma de la industria paraestatal?, Revista Economía UNAM, vol.3, número 7, pp. 69

²³ DE ROSENZWEIG, Francisco, op. cit., pp. 123

²⁴ DE ROSENZWEIG, Francisco, op. cit., pp. 124

1.1.5 Promulgación de la Ley de la Industria Eléctrica.

El nuevo rumbo que el Estado Mexicano había decidido para la industria eléctrica no sólo se cimentó en la creación y robustecimiento de la Comisión, sino que integró también un nuevo cuerpo normativo que sería promulgado el 11 de febrero de 1939: La Ley de la Industria Eléctrica²⁵. Aprobada por unanimidad, se integró por nueve capítulos y cincuenta y siete artículos que contenían diversos principios y objetivos que derogaban el ya deficiente Código Eléctrico Nacional. De la lectura del decreto por el que se promulga dicha Ley pueden identificarse varios puntos innovadores y de relevancia, entre ellos se encuentran:

- La regulación de la generación, transformación, transmisión, distribución, exportación, importación, compraventa, utilización y consumo a efecto de obtener el máximo aprovechamiento posible en beneficio de la población y el mejoramiento de la industria en todo el país.
- Fijación de aquellos requisitos a los que deben sujetarse autorizaciones relativas a la industria eléctrica y sus múltiples actividades.
- Declaración de la utilidad pública de todas las actividades relativas a la industria eléctrica (lo que cimienta las bases para una futura nacionalización).
- Establecimiento de la duración de las concesiones con base en el tiempo en que pudieran amortizarse las inversiones, dejando claro que este no podía ser mayor a cincuenta años (al término de este periodo operaría la reversión a favor del Estado, sin que mediara compensación económica alguna).
- Obligación de los concesionarios a mantener su infraestructura en condiciones óptimas, así como de interconectar sus instalaciones con otras cuando así resultase conveniente, según la opinión de la Secretaría.
- Obligación de llevar una contabilidad adecuada y de remitir a la Secretaría todo tipo de informes, balances, inventarios y sus documentos anexos.

²⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de febrero de 1939, disponible en http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4451737&fecha=11/02/1939&cod_diario=188127

- Determinación de tarifas calculadas conforme a bases de utilidad que fuesen razonables para el concesionario, mismas que podrían ser revisadas y modificadas por la autoridad administrativa.

1.1.6 Nacionalización de la Industria Eléctrica

La creciente regulación en el sector provocó un desencanto generalizado en el sector privado (que en aquel momento estaba constituido mayormente por capital extranjero). Para ese entonces la Mexican Light and Power aglutinaba el mercado del centro del país mientras que en el norte destacaban tanto la Comisión como la Compañía Eléctrica de Chapala (que había sido adquirida por el gobierno en el año de 1940).²⁶ Los años corrieron y la CFE se transformó en el agente preponderante del mercado, sin embargo, la necesidad del uso de energía e infraestructura privada continuó siendo necesaria para cumplir con las demandas del país. Para el año de 1955, durante el periodo del Presidente Ruiz Cortines, México ocupó el cuarto lugar de producción de energía en todo el continente Americano.²⁷

Es importante dilucidar entonces que el Gobierno y la Comisión Federal de Electricidad entendieron bien el mercado eléctrico y sus necesidades, poco a poco fueron ganando terreno con tarifas competitivas y suministrando energía en espacios a los que la industria particular no estaba dispuesta a llegar. Con instrumental e instalaciones casi obsoletas para su momento, la iniciativa privada estaba a punto de desfallecer y dar paso a un fenómeno que veían venir desde ya unos años atrás: la nacionalización de la industria. El suceso que Rafael de Pina define como “*la conversión de una empresa privada en empresa estatal o sujeta a un control más o menos riguroso*”²⁸, tomó lugar en el año de 1960 durante el

²⁶ De la GARZA, Enrique, op. cit. pp.126

²⁷ CORTÉS, Josefina, p. cit., pp. 74

²⁸ DE PINA, Rafael, Diccionario Jurídico, Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 378

mandato del Presidente Adolfo López Matéos, que en palabras de Josefina Cortés Campos, se explica por una compleja coyuntura política y económica en el país:

El dinamismo del crecimiento económico, la incapacidad de las empresas privadas, el exitoso balance de CFE, el reto de superar la complejidad que representaba la diversidad de grupos empresariales, las prácticas monopólicas, solapadas por la ausencia de una regulación ad hoc y la tendencia mundial a la estatización, fueron los elementos que bajo el gobierno de Adolfo López Mateos llevan a la decisión final de nacionalizar la industria eléctrica, que junto con la industria petrolera y ferroviaria constituyeron el eje de desarrollo económico nacional.²⁹

La nacionalización de la industria se llevó a cabo de forma negociada e informada, las principales empresas eléctricas aceptaron vender sus activos al Estado por aproximadamente 400 millones de dólares y abandonaron el país. Más tarde, el mismo Gobierno se daría a la tarea de adquirir otras empresas restantes y así acaparar toda la producción eléctrica mexicana.³⁰ Con el propósito de superar los obstáculos jurídicos que se contraponían a la nacionalización de la industria, el 29 de diciembre de 1960 el Congreso realizó una adición al artículo 27 constitucional que establecía una generación, transformación, distribución y abastecimiento de energía que sería prestada directamente por el Estado Mexicano con el objeto de brindar servicios de electricidad a todos los sectores de la población.

La reforma constitucional en comento consistiría en la adición de un párrafo en el que se estableció que era facultad exclusiva de la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer la energía eléctrica que estuviese destinada a la prestación del servicio público. En ella se hizo la acotación precisa de que en el sector no se brindarían concesiones a los particulares, y sería la Nación aquella que

²⁹ CORTÉS, Josefina, op. cit., pp. 75

³⁰ MEYER, Lorenzo, De la estabilidad al cambio. Historia General de México, El Colegio de México, México, 2000, pp. 892

aprovechara los bienes y recursos naturales requeridos para los fines previamente mencionados.³¹³².

Tras varios años de solidez controlando el mercado eléctrico, la Comisión comenzó a enfrentar varios procesos de endeudamiento y desestabilidad financiera y presupuestaria que se explicaron principalmente por dos causas³³:

- La Comisión heredó múltiples pasivos de las empresas privadas que adquirió cuando se inició el proceso de nacionalización, lo que se agrabó por falta de renovación de los fondos con los que en su momento contaban las privadas. Esto provocó que el crecimiento de CFE se obtuviera principalmente contratando más deuda.
- Las tarifas prácticamente se congelaron entre 1960 y 1973, dando lugar a un sistema de tarifas únicas, lo que significó el inicio de subsidios federales cuyo objeto era absorber los costos operativos de la entonces paraestatal, que ya no podían saldarse con las tarifas pagadas por los consumidores finales. Inició entonces una política que impedía a la Comisión capitalizar con recursos propios.

1.1.7 La Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

En materia de electricidad, una de las reformas con mayor trascendencia y visión social en el campo de la legislación secundaria energética tuvo lugar con la publicación de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica a finales de 1975³⁴. Su estudio es de vital importancia en este trabajo, pues diversos de los derechos

³¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1960, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4676824&fecha=29/12/1960&cod_diario=201535

³² LÓPEZ DE LA VEGA, Mariana, MODONESI, Massimo, La lucha del Sindicato Mexicano de electricistas, Revista Osal, Consejo Latinoamericano en Ciencias Sociales Año XI, No. 27, Buenos Aires, 2010, pp. 119

³³ DE ROSENZWEIG, Francisco, op. cit., pp. 139

³⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de diciembre de 1975, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4830116&fecha=22/12/1975&cod_diario=207912

que otorgó dicho cuerpo normativo han prolongado sus efectos hasta la actualidad, y ahora se ven amenazados por la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica.

Dicha norma derogó a la Ley de la Industria eléctrica promulgada en 1939 y presentó directivas mucho más precisas respecto a la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de energía en cuanto al servicio público, reforzando a la Comisión como la entidad facultada por el ordenamiento jurídico para utilizar bienes y recursos nacionales en la labor de la industria eléctrica.³⁵

En 1983 el Congreso de la Unión aprueba reformar el artículo 28 del Pacto Federal a efecto de adicionar a su contenido el concepto de “área estratégica”, si bien establecía que en el territorio nacional estaban prohibidos los monopolios y todas sus prácticas derivadas, establecía una excepción a diversas actividades que por su relevancia en el desarrollo económico y social del país podían ser llevadas a cabo exclusivamente por el Estado Mexicano.³⁶ En dicha categoría se incluía al sector eléctrico, proponiéndolo como eje fundamental para el crecimiento del país.

Es a finales de ese mismo año que se realizan reformas de gran calado a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, entre las que destaca la permisión a los particulares de establecer plantas generadoras de energía eléctrica (siempre y cuando se destinaran a suplir posibles interrupciones en el servicio público).

Es hasta 1992 que se publican nuevas reformas a dicha Ley³⁷, entre ellas se definen diversas modalidades de generación que no constituyen una parte del servicio público, por lo que ahora podrían ser utilizadas también por los sectores privado y social. En dichas modificaciones se incluyeron permisos y conceptos que

³⁵ DE ROSENZWEIG, Francisco, op. cit., pp. 145

³⁶ FARAH, Mauricio, Reformas al Artículo 28 Constitucional, Anuario Jurídico, Nueva Serie, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1995, pp. 63.

³⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de diciembre de 1992, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4705440&fecha=23/12/1992&cod_diario=202787

son de gran relevancia para este trabajo de estudio, por lo que a continuación se hará mención de los más importantes, así como de sus principales características.

El **permiso de autoabastecimiento**³⁸ versaba sobre la generación de energía eléctrica destinada a la satisfacción de necesidades propias de personas físicas o morales siempre que dicha actividad no resultase inconveniente para el país a juicio de la Secretaría de Energía. En caso de tener energía excedente, esta no podía ser vendida a terceros, sino que tenía que ser puesta a disposición de la CFE.

El de **cogeneración**³⁹ se otorgaba a efectos de generar electricidad con vapor u otro tipo de energía térmica secundaria, o ambas, siempre y cuando la electricidad se destinara a la satisfacción de las necesidades de establecimientos asociados a este proceso, se incrementaran tanto la eficiencia económica como energética del proceso y que esta última fuese mayor a la obtenida en plantas o centrales de generación convencionales. Los excedentes en este caso también debían ponerse a disposición de la CFE.

El de **producción independiente**⁴⁰ surge con el objeto de aumentar la red, este permitía a los privados generar electricidad para ponerla a disposición de la CFE, mientras que el de **pequeña producción**⁴¹ establece que la totalidad de energía producida bajo este régimen se debe vender a la Comisión Federal de Electricidad, no excediendo la cantidad de 30 megawatts. Dicho permiso también podía ser utilizado para llevar energía a pequeñas comunidades que carecieran del servicio, para este caso, los permisionarios debían mencionar las personas a quienes se les haría entrega del energético.

³⁸ Artículos 36, fracción II de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y 101 y 102 de su reglamento.

³⁹ Artículos 36, fracción II de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y 103 al 106 de su reglamento.

⁴⁰ Artículos 36, fracción III de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y 108 al 110 de su reglamento.

⁴¹ Artículos 36, fracción IV de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y 111 al 115 de su reglamento.

Por último, se establecen también permisos de **exportación e importación**, en el primer caso se autoriza la actividad cuando la energía es resultado de cogeneración, producción independiente o pequeña producción (los productores tenían prohibido enajenar el fluido energético dentro del territorio nacional). En el caso de la importación, esta debería llevarse a cabo con autorización de la SENER tomando en cuenta que estaba sujeta al pago de aranceles.

Ninguno de los permisos a que se hizo referencia con anterioridad fueron violatorios de los artículos 27 o 28 pues la energía generada bajo estas figuras se producía con el mero fin de **saciar un régimen de autoconsumo**, lo que se encuentra claramente fuera del ejercicio del servicio público.⁴² La vigilancia de la actuación privada en este tipo de permisos estaría a cargo de la nueva Comisión Reguladora de Energía.

1.1.8 La Comisión Reguladora de Energía.

Las reformas previamente mencionadas a la Ley del Servicio Público de Energía de 1992 y a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1995 tuvieron como propósito abrir el sector energético a la generación y aprovechamiento de los particulares, construyendo y operando infraestructura en materia de gas y electricidad. Para que los privados participaran en dichos sectores fue entonces necesaria la creación de un entramado institucional que hiciera funciones de control, regulación y vigilancia. A causa de ello, a finales de 1995 se promulgó la Ley de la Comisión Reguladora de Energía.⁴³

En materia de electricidad la ley estableció diversas actividades que debían ser reguladas por el órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, entre los

⁴² OVALLE, José, La Nacionalización de las Industrias Petrolera y Eléctrica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, número 118, 2007, pp.190

⁴³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de octubre de 1995, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4883985&fecha=31/10/1995&cod_diario=209392

que se encuentran la adquisición, el suministro y venta de energía eléctrica a los usuarios del servicio público, los servicios de transmisión entre las entidades que prestaran el servicio público y los permisionarios⁴⁴.

1.1.9 Intentos posteriores de reforma a la industria.

De 1999 a 2002, fueron varias las fuerzas políticas que trataron de impulsar un nuevo diseño del modelo eléctrico nacional que permitiera y fomentara el ingreso de capitales privados nacionales y extranjeros al sector, terminando con el régimen monopólico que ostentaban la Comisión Federal de electricidad y Luz y Fuerza del Centro. Muchas de estas propuestas encontraron referencias en modelos innovadores que fungían como líderes en el mercado internacional⁴⁵, sin embargo, ninguna de ellas alcanzó un consenso en el Congreso de la Unión.

En el año de 1999, la administración del Presidente Ernesto Zedillo remitió al Senado una iniciativa de reforma que buscaba realizar sendos cambios a los artículos 27 y 28 de la Constitución Política.⁴⁶ El objeto de dicha reforma era quitarle a la electricidad la categoría de área estratégica y el de desaparecer el concepto de servicio público en el sector eléctrico así como la monopolización del Estado en el área.

La prohibición de otorgar concesiones a particulares a efecto de que hicieran uso y aprovechamiento de actividades relativas a la industria eléctrica quedaría

⁴⁴ PÁRAMO, Marcelo, La Comisión Reguladora de Energía, en Regulación del Sector Energético, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Secretaría de Energía, México, 1997, pp. 156

⁴⁵ Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, Reforma al Sector Eléctrico, Senado de la República, pp.83, disponible en:
http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1719/Reforma_Sector_Electrico.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴⁶ Subdirección de Documentación Legislativa de la Biblioteca de la Cámara de Diputados, *Cuaderno de Apoyo sobre las Iniciativas de reforma a los artículos 27 y 29 constitucionales en materia de energía eléctrica*, México, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SDL-01-2005.pdf>

entonces eliminada. Es de importancia mencionar que el despacho y transmisión del energético seguirían siendo materia exclusiva del Gobierno Mexicano.

En mayo de 2001, el Poder Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Energía, modificó los artículos 126 y 135 del reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica ampliando la cantidad de energía excedente que los permisionarios privados podían poner a disposición y vender a la CFE.⁴⁷ Dichas modificaciones fueron objeto de una controversia constitucional promovida por diversos Legisladores contra el Presidente y otras autoridades ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Dicha controversia se sustentó considerando que cambios de tal relevancia debían ser legislados por el Congreso de la Unión y no simplemente dictados por el Ejecutivo en un simple reglamento. La controversia (de singular importancia por ser la primera en la historia ejercida contra el Presidente) fue resuelta por el Pleno de la Corte resolviéndola como procedente y fundada, declarando la invalidez de las reformas realizadas al reglamento de la Ley por el ejecutivo, que aparentemente rebasó sus atribuciones.⁴⁸

Como estos, se presentarían otros intentos con menor relevancia que se terminarían enfrentando a un poder legislativo dividido y cerrado que no encontraría consensos sino hasta más de diez años después, cuando la agenda reformista del joven Presidente Enrique Peña Nieto alcanzara uno de sus más celebrados logros: La reforma energética.

⁴⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de mayo de 2001, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=766044&fecha=24/05/2001&cod_diario=29103

⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Invalidez de las reformas hechas por el ejecutivo Federal al Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, pp. 27, disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10645>

1.2 La reforma energética en la industria eléctrica.

Algunos meses antes de que terminara el sexenio del Presidente Felipe Calderón Hinojosa, uno profundamente marcado por los niveles de violencia (inusitados hasta ese momento) y producto de una política de seguridad bien conocida como *Guerra contra el Narco*, el joven Gobernador del Estado de México, Enrique Peña Nieto esperaba con ansias su momento de ocupar la Residencia Oficial de Los Pinos. El día 1 de Julio de 2012, el heredero de la dinastía política de Atlacomulco había vencido a la candidata panista Josefina Vázquez Mota y al entonces perredista Andrés Manuel López Obrador con un porcentaje de 38.21%⁴⁹ de los votos emitidos nacionalmente en la elección de Presidente de la República.

Con ello, el Partido Revolucionario Institucional, en coalición con el Partido Verde Ecologista de México, recuperaba la más alta magistratura del país, una que en el pasado había ostentado por poco más de setenta años, dirigiendo un régimen que dictaría la vida política e institucional del país desde un único punto de vista: el del Presidente en turno. De forma ambiciosa y tan sólo un día después de haber tomado posesión, Enrique Peña Nieto se reunió con las mayores fuerzas políticas del país el día 2 de diciembre de 2012 en el alcazar del Castillo de Chapultepec con el propósito de firmar el *Pacto por México*⁵⁰, un acuerdo político entre el nuevo gobierno y la oposición cuyo fin era el de buscar la aprobación de diversas reformas que en el pasado no habían tenido lugar debido a la falta de consensos.

Fue entonces que toda la maquinaria política y legislativa se volcó en enormes esfuerzos con el objeto de elaborar, aprobar y promulgar las llamadas *Reformas Estructurales*, una serie de medidas cuyo objeto era el de modificar el tejido social, político y económico del país a través de un nuevo marco institucional y regulatorio que llevara mayor bonanza y desarrollo a toda la República. Entre ellas

⁴⁹ Instituto Federal Electoral, Las elecciones del primero de Julio: Cifras, datos, resultados, pp. 1, disponible en <https://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/CNCS/CNCS-IFE-Responde/2012/Julio/Le010712/Le010712.pdf>

⁵⁰ GUERRERO, Francisco, La concertación política en contextos de democracias fragmentadas: el caso Pacto por México, Consejo Editorial de la Cámara de Diputados, 2016, pp. 165

destacaron las reformas en telecomunicaciones, competencia económica, laboral, financiera, hacendaria, política-electoral, penal, amparo, educativa, en seguridad social, y la de mayor relevancia en el tema que nos ocupa: la reforma energética.

El objeto de esta controversial reforma fue el de transformar al sector en uno de los mayores motores de crecimiento económico para el país a causa de la inversión nacional e internacional que atraería con su nuevo entramado jurídico.⁵¹ Así es como el día 12 de agosto de 2013, el Presidente Enrique Peña Nieto presentó ante la Cámara de Senadores una iniciativa de reforma con el propósito de modificar los párrafos sexto del artículo 27 y cuarto del artículo 28 de la Carta Magna, a su vez, legisladores del Partido Acción Nacional presentaron sendas iniciativas para adicionar, reformar y derogar diversos fragmentos de los artículos 25, 27 y 28 constitucionales en sus apartados relacionados al ámbito energético. Conforme al académico Jaime Cárdenas, la presentación y promulgación de dicha reforma inició un proceso que desestatizó a la economía nacional y la colocó de forma directa en las vías de la economía de mercado.⁵²

1.2.1 Texto constitucional aprobado.

Después de algunos ajustes y de acaloradas discusiones en tribuna y fuera de ella, la reforma fue aprobada por el Senado el 11 de diciembre de 2013 y por la Cámara de Diputados un día después. En el artículo 25 constitucional se estableció que el Gobierno tendría a su cargo las áreas estratégicas que mandata el artículo 28, manteniendo control sobre los organismos y empresas productivas del Estado.

En cuanto a la planeación y el control del sistema eléctrico nacional y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, la Nación llevaría

⁵¹ Secretaría de Energía, Reforma Energética: Resumen ejecutivo, pp. 2, disponible en <https://embamex.sre.gob.mx/suecia/images/reforma%20energetica.pdf>

⁵² CÁRDENAS, Jaime, La reforma constitucional en materia energética, en CÁRDENAS, Jaime (coord.), Reforma energética. Análisis y consecuencias, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 310

a cabo dichas actividades en concordancia a lo establecido por el artículo 27. Asimismo, dicho precepto estableció bases para la normatividad en materia de administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos celebrados por las empresas productivas del Estado. Por último, estableció el criterio de sustentabilidad, que en adelante estaría directamente relacionado al desarrollo industrial y económico del país.

Por su parte, en el artículo vigésimo séptimo se puntualizó que corresponde exclusivamente al Gobierno la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica. Si bien el precepto continuó prohibiendo las concesiones en dichas actividades, abrió la puerta a que, conforme a lo establecido por futuras leyes, el Estado pudiese celebrar contratos con privados en otras actividades propias de la industria eléctrica.

En el texto del artículo 28 constitucional se plasmó la función ejercida exclusivamente por el Estado en la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el señalamiento de que el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica no constituían un monopolio. Finalmente, por medio de este artículo se creó la nueva figura de órganos reguladores coordinados en materia energética, integrados por la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía.⁵³

Una vez que la mayoría de legislaturas estatales votó a favor de la reforma, esta fue publicada el 20 de diciembre de 2013⁵⁴, y si bien, como decreto comenzó a tener efectos vinculantes un día después de su publicación, su régimen transitorio estableció diversos momentos en los que la reforma debía entrar en vigor. Dicho régimen fijó un plazo de dos años en los que tanto Petroleos Mexicanos como la Comisión Federal de Electricidad quedaban obligados a transformarse de

⁵³ JIMÉNEZ, Raúl, Valoración constitucional de la Reforma Energética, Serie Estudios Jurídicos, No. 82, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 17

⁵⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de diciembre de 2013, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013

paraestatales a la nueva figura de *Empresas Productivas del Estado*. De la misma forma, instruyó al Congreso de la Unión a legislar en materia de protección y cuidado del medio ambiente en todo lo relacionado a la futura actividad de las empresas privadas y de las empresas de productivas del estado, debiendo orientarse siempre por las mejores prácticas en temas de eficiencia en el uso de energía, de disminución en la generación de gases, de compuestos de efecto invernadero y huella de carbono, así como de baja generación respecto a residuos y emisiones. Cabe destacar que en materia de electricidad, a todos los involucrados en el proceso de generación se les impondrían obligaciones en producción de energías limpias.

1.3 Modelo institucional.

En materia energética, apenas unos cuantos meses después de la reforma constitucional del año 2013, el Congreso de la Unión consiguió legislar modificaciones a doce leyes secundarias y crear nueve más, de las cuáles cuatro correspondieron directamente al sector eléctrico: la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Energía Geotérmica⁵⁵, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad y la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética. A través de todas ellas se derogaban disposiciones que obstaculizaban las inversiones en el sector, y se estableció un nuevo modelo institucional para una industria que a través de la competencia y una nueva y aumentada productividad buscara consolidarse en el libre mercado.⁵⁶ En aras de analizar los cambios que pretende la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, es imperativo analizar los puntos y características más relevantes del entramado institucional creado por la reforma energética:

⁵⁵ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de agosto de 2014, disponibles en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5355986&fecha=11/08/2014

⁵⁶ OCHOA, Enrique, Para entender la reforma al sector eléctrico, Nostra Ediciones, México, 2016, pp. 15

1.3.1 SENER, funciones de política y planeación energética.

En virtud de la nueva Ley de la Industria Eléctrica⁵⁷, la Secretaría de Energía vio fortalecidas sus atribuciones respecto a la planeación y conducción de la política energética⁵⁸. Buscando garantizar la eficiencia, calidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, se hizo énfasis en propiciar su expansión, así como promover la inversión y la competencia dentro de la industria. En seguida se enumeran algunas de sus atribuciones más destacadas:

- Preparar y coordinar la ejecución de proyectos estratégicos de infraestructura.
- Asociarse y/o celebrar contratos con privados en aras de impulsar con la mayor rapidez posible la instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para brindar el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.
- Revisar y autorizar las reglas de operación del mercado eléctrico mayorista y emitir disposiciones administrativas de carácter general que permitieran su vigilancia y cumplimiento.
- Establecer mecanismos, términos, plazos, criterios, bases y metodologías bajo las cuáles los suministradores de servicios básicos podrían celebrar contratos de cobertura eléctrica.
- Establecer requisitos y criterios para la adquisición y otorgamiento de certificados de energías limpias.
- Autorizar programas de ampliación y modernización e la red nacional de transmisión y de las redes de distribución sometidas por el CENACE o por

⁵⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de agosto de 2014, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5355986&fecha=11/08/2014

⁵⁸ HERNÁNDEZ, César, La nueva constitución energética mexicana y su implementación, en SALAZAR, Pedro (coord.), Cien ensayos para el Centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo II: Estudios Jurídicos, Instituto Belisario Domínguez, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, pp. 251

distribuidores y solicitar cambios a los mismos, escuchando siempre la opinión emitida por la Comisión Reguladora de Energía.

- Establecer porcentajes y condiciones de contenido nacional en los contratos celebrados con particulares para prestar el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la regulación tarifaria y conforme a los tratados internacionales signados por el Estado Mexicano.

1.3.2 Órganos Reguladores.

En virtud de la reforma constitucional, la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía dejaron de ser organismos desconcentrados de la Secretaría de Energía para convertirse en órganos reguladores coordinados, esta nueva figura transformó su naturaleza y los erigió como dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada. Con fundamento en la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética⁵⁹, tanto la CNH como la CRE cuentan con autonomía técnica, operativa y de gestión.

Con arreglo al artículo 41 de la ya mencionada ley, la Comisión Reguladora de Energía se creó con el objeto de regular y promover el desarrollo de, entre otras, la generación de electricidad, los servicios públicos de transmisión y distribución eléctrica, la transmisión y distribución eléctrica que no forma parte del servicio público, así como la comercialización de electricidad. A pesar de que una de sus características es la de ser autónoma en aras de tomar las decisiones necesarias para alcanzar las mejores condiciones en el sector, la CRE debe coordinarse con la Secretaría de Energía y otras dependencias del Ejecutivo Federal a través de un Consejo de Coordinación del Sector Energético.

⁵⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de agosto de 2014, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5355987&fecha=11/08/2014

Entre sus facultades, establecidas en el artículo 12 de la Ley de la Industria Eléctrica, se encuentran la de establecer las condiciones generales para la prestación del Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica, expedir y aplicar regulación tarifaria, emitir las bases del mercado eléctrico, así como la vigilancia de su operación, otorgar los certificados de energías limpias, verificar el cumplimiento de sus requisitos, y emitir diversos permisos de generación, importación y exportación, entre otras.

1.3.3 Centro Nacional de Control de Energía.

Creado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de agosto de 2014⁶⁰, el Centro Nacional de Control de Energía se fundó como un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, sectorizado a la Secretaría de Energía. Su objeto es el de ejercer el control operativo del sistema eléctrico nacional y la operación del mercado eléctrico mayorista, así como el de garantizar el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a la red nacional de transmisión y a las redes generales de distribución, mismas que operan en voltajes de 35 a 400 kV.⁶¹

El control operativo del sistema se lleva a cabo emitiendo normatividad relativa a la asignación y despacho de centrales eléctricas, de demanda controlable, de importación y exportación. Mientras tanto, respecto a generadores con centrales eléctricas interconectadas al Sistema Eléctrico Nacional, transportistas, comercializadores y usuarios calificados, el CENACE cuenta con diversas facultades de naturaleza específica, entre ellas⁶²:

⁶⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de agosto de 2014, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5357927&fecha=28/08/2014

⁶¹ OCHOA, Enrique, op. cit., pp. 50

⁶² Establecidas en los artículos 3 y 4 del decreto por el que se crea el Centro Nacional de Control de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de agosto de 2014, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5357927&fecha=28/08/2014

- La emisión de instrucciones a generadores para operar centrales eléctricas.
- La emisión de instrucciones para el mantenimiento de dichas centrales.
- Celebración de convenios con transportistas y distribuidores a efecto de regir la prestación y facturación de servicios de transmisión y distribución con base en modelos de contrato autorizados por la CRE.
- Recibir las ofertas y calcular los precios correspondientes de energía eléctrica dentro del mercado eléctrico mayorista.
- La definición de características de la infraestructura requerida para la interconexión de las centrales eléctricas o conexión con centros de carga.

1.3.4 CFE, Empresa Productiva del Estado.

Con el objeto de devolver la industria eléctrica al libre mercado, el régimen transitorio de la reforma energética estableció el plazo dos años en los que el Congreso de la Unión debería llevar a cabo todos los esfuerzos posibles en aras de que tanto Petroleos Mexicanos como la Comisión Federal de Electricidad se transformaran de paraestatales a Empresas Productivas del Estado. Su artículo vigésimo estableció las bases para legislar la creación de dichos entes proponiendo que contaran con diversas características que para su momento eran totalmente innovadoras, entre ellas las de autonomía presupuestal y de organización, administración y estructura corporativas que fuesen acordes a las mejores prácticas internacionales, asegurando también su independencia técnica y de gestión, así como un régimen especial de contratación para la obtención de los mejores resultados en sus actividades.

Es así como el 11 de agosto de 2014 se publicaron tanto la Ley de Petroleos Mexicanos como la Ley de la Comisión Federal de Electricidad⁶³. Bajo este nuevo

⁶³ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de agosto de 2014, disponibles en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5355990&fecha=11/08/2014

orden, el Estado Mexicano pasó de ser administrador a mero propietario de la Comisión cuya nueva estructura tendría nuevos objetos⁶⁴ y características⁶⁵:

- Contaría con un régimen especial en materias como subsidiarias, empesas filiales, adquisiciones, arrendamientos, servicios, obras, bienes, deuda responsabilidades, presupuesto y remuneraciones.
- Tendría un presupuesto consolidado pero no se excluiría del Presupuesto de Egresos de la Federación.
- En adelante estaría sujeta a leyes, reglamentos y disposiciones propias, así como a las directivas emitidas por su Consejo de administración.
- En adelante, tanto el derecho civil como el mercantil le serían supletorios.
- Su principal propósito se convirtió en obtener utilidades, en generar valor económico y rentabilidad para el Estado.
- Su objeto crece respecto a la importación, exportación, transporte, compra, almacenamiento y venta de gas natural, carbón y otros combustibles.
- Es dirigida bajo un modelo de gobierno corporativo, cuenta con un Consejo de Administración que tomará las decisiones estratégicas.
- La ley es flexible respecto a sus empresas productivas subsidiarias y filiales, objeto del mismo régimen especial y cuyo propósito es el de realizar las actividades que establezca el Consejo de Administración.
- Dichas empresas filiales pueden conformarse con participación directa e indirecta en su capital social, se constituirán por el derecho privado de aquel lugar en el que se constituyan.
- Asimismo, son aprobadas siempre y cuando su funcionamiento **resulte sustentable y no represente pérdidas que en un futuro deban colmarse con las ganancias de otras subsidiarias o filiales.**

⁶⁴ Establecidos en el artículo 5 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad.

⁶⁵ MIRANDA, Marlen, Las empresas productivas del Estado, análisis de su régimen jurídico y comparativo con las sociedades anónimas, Revista Amicus Curiae, Vol. 1, No. 3, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, pp. 89

En aras de lo anterior, la CFE realizaría trabajos de transmisión y de distribución de energía a través de sus empresas productivas subsidiarias y celebra contratos con ellas y/o con particulares con el propósito de instalar, mantener, gestionar, operar, financiar y ampliar la infraestructura necesaria para brindar el servicio público a los consumidores finales de energía eléctrica.⁶⁶ En la actualidad la Comisión Federal de Electricidad se subdivide en ocho empresas productivas, seis de generación, una de transmisión y otra de distribución. De la misma forma, cuenta con cinco empresas filiales: CFE Calificados, CFEnergía, CFE Internacional, CFE Capital y CFE Telecom.

Lo anterior quiere decir que la Comisión se reformó desde sus cimientos para convertirse en un jugador del mercado cuyo principal objeto no fuese sino el de traer utilidad a las arcas públicas. La historia ya había dado lecciones de cómo la Comisión, haciendo uso del mercado, en su momento se había convertido en el sujeto preponderante de la industria, por lo que se planteaba volver a dicho régimen.

1.4 Modelo Industrial.

En su artículo *Lessons Learned from Electricity Market Liberalization*, Paul Joskow, describe varias enseñanzas que la industria eléctrica ha obtenido a partir de su liberalización en diversos países del mundo, entre ellas se sostiene que todo tipo de reforma del sector tiene beneficios que potencialmente pueden ser muy significativos, pero también lleva consigo el riesgo de costos potenciales si dichas reformas de ley se implementan de manera incorrecta o incompleta. Por ello, propone algunas directrices que deben llevarse a cabo si la intención es crear mercados eléctricos exitosos.⁶⁷

⁶⁶ ORTEGA, Roberto, *La evolución constitucional de la energía a partir de 1917*, INEHRM, Secretaría de Energía, México, 2016, pp. 160

⁶⁷ JOSKOW, Paul, *Lessons Learned from Electricity Market Liberalization*, Massachusetts Institute of Technology, United States, 2014, pp.5

Entre ellos menciona la separación vertical de segmentos potencialmente competitivos dentro de la empresa (como lo hizo la CFE dividiendo sus actividades en subsidiarias) con el propósito de acabar con los subsidios cruzados de negocios competitivos con otros regulados y políticas discriminatorias que provocarían un piso disparado. Menciona también la creación de instituciones públicas y reguladoras con independencia que cuenten con información certera sobre los costos, la calidad del servicio y el desempeño comparativo de las empresas que prestan servicios de red, así como de autoridades para hacer cumplir los requisitos regulatorios y un personal experto para utilizar esta información y sus atribuciones para examinar eficazmente los precios establecidos por las empresas de distribución y transmisión.

Todo lo anterior tiene por objeto primordial el de inaugurar un modelo exitoso y eficiente de mercado eléctrico mayorista. A continuación se analizan las características y figuras más importantes del implementado en México desde el año de 2014, bajo el que desde entonces deben someterse las empresas del sector eléctrico, y cuyo régimen es objeto de los recientes intentos de reforma en la industria:

1.4.1 ¿Quién puede generar energía?

Desde la reforma, el ente encargado de elaborar los programas de planeación y operación del Sistema Eléctrico Nacional es la Secretaría de Economía en coordinación con el CENACE, para ello elaboran un Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional (PRODESEN⁶⁸), que establece la ejecución de proyectos de infraestructura, ampliación y modernización de la red que son prioritarios para el desarrollo del sector.

⁶⁸ Secretaría de Energía, Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019-2033, disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/475500/PRODESEN_I.pdf

Si bien desde el año de 1992 las empresas lograron cierto grado de acceso y participación en la generación de energía eléctrica, sus actividades siempre se encontraron acotadas ante el concepto de servicio público que hasta entonces cooptaba la generación de energía en favor de la CFE. La reforma entonces permitió que las empresas privadas entraran al mercado con la posibilidad de comerciar energía en un mercado eléctrico donde había más compradores. Quien así lo quisiera podría participar en el Mercado eléctrico con las siguientes calidades⁶⁹:

- Generador: Titular de uno o varios permisos para generar electricidad en centrales, o bien, titular de un contrato de Participante del mercado (dicho permiso representa a una o varias centrales fuera o dentro del país).
- Generador exento: Propietario o poseedor de una central eléctrica que no requiere permiso para generar energía en los términos de la LIE.
- Suministradores de servicios: Ofrece suministro básico o calificado.
- Comercializadores no suministradores: Aquellos que realizan transacciones sin representar activos físicos.
- Suministradores de último recurso: Encargados de mantener la continuidad del servicio en caso de que lo deje de prestar el Suministrador de servicios.⁷⁰

Es de relevancia que una gran cantidad de productores del energético siguen haciendo uso de los contratos ahora conocidos como “legados”, aquellos establecidos bajo el entonces régimen de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica respecto a pequeña producción, cogeneración, autoabastecimiento, exportación e importación, si bien ahora podrían trasladar estos a un nuevo esquema de venta en el mercado mayorista, la reforma a la ley de la industria eléctrica busca hacer a un lado dicho tipo de contratos.

⁶⁹ Comisión Reguladora de Energía, Preguntas frecuentes sobre la nueva regulación en temas eléctricos, pp. 24, disponible en <https://www.cre.gob.mx//documento/faq-regulacion-electricos.pdf>

⁷⁰ Dichas definiciones pueden ser encontradas en las fracciones del artículo 3 de la Ley de la Industria Eléctrica.

1.4.2 Servicio Público de transmisión y distribución

Después de la liberalización del mercado y la industria eléctrica, los servicios públicos de transmisión y distribución siguen bajo la operación y vigilancia estrictas del Estado mexicano. A pesar de ello, la Secretaría de Energía cuenta con la potestad de celebrar contratos o formar asociaciones con particulares a efecto de que se amplie, instale o mantenga la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución.

En cuanto al suministro, la fracción LII del artículo 3 de la Ley de la Industria Eléctrica lo define como el conjunto de productos y servicios requeridos para satisfacer la demanda y el consumo de energía eléctrica de los usuarios finales. Se divide en tres tipos: *(i)* el suministro de servicio calificado (aquel que se brinda a usuarios calificados, es decir, con consumos mayores a 1 megawatt), *(ii)* el suministro de último recurso (limitado a cuando otro suministrador deje de prestar su servicio) y *(iii)* suministro básico (aquel que se presta a quien sea que lo solicite y consuma menos de 1 megawatt).

La Comisión Federal de Electricidad es el único suministrador de servicio básico, su electricidad se vende a los usuarios a través de precios regulados. Celebra contratos de cobertura eléctrica a través de subastas de largo y mediano plazo que serán estudiadas de forma específica más adelante.

1.4.3 Mercado Eléctrico Mayorista

Conforme a las bases publicadas por la Secretaría de Energía en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de septiembre de 2015⁷¹, el Mercado Eléctrico mayorista, base primordial del nuevo régimen de libre mercado en la industria eléctrica, es el

⁷¹ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día ocho de septiembre de 2015, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5407715&fecha=08/09/2015

espacio en el que el CENACE celebra contratos con una pluralidad de sujetos (que actúan bajo la calidad de generadores, comercializadores, suministradores, comercializadores no suministradores o usuarios calificados) a efecto de realizar transacciones de compraventa de energía eléctrica, servicios conexos, potencia, derechos financieros de transmisión, certificados de energías limpias y demás productos que pudiesen requerirse para el funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional. A continuación se hace referencia a sus características⁷² más relevantes:

- Es un canal de distribución para los productores de electricidad y una fuente de suministro para aquellos que proveen o aprovechan grandes cantidades del energético, fungiendo como punto de contacto entre participantes.
- Las reglas de mercado bajo las que opera se integran por dos lineamientos: bases de mercado abierto en el sector, emitidas por la CRE y disposiciones operativas establecidas por el CENACE.
- Se conforma a su vez de los mercados de energía a corto plazo, balance de potencia, certificados de energía limpia y de derechos financieros de transmisión.
- Los candidatos a participar en el mercado deben así solicitarlo al CENACE y someterse a diversos procedimientos de acreditación.
- Se trata de un mercado horario de costos variables, ello quiere decir que los productos eléctricos y conexos ofrecidos en él son puestos a disposición y comprados para cada hora de cada día, los de menor costo suelen ser despachados primero y así en lo sucesivo.

En cuanto a la vigilancia de la operación del Mercado, el artículo 104 de la LIE especifica que la Comisión Reguladora de Energía es aquella que deberá velar por el balance y consistencia entre los costos y el producto ofrecidos, así como verificar que los participantes del mercado no lleven a cabo acciones que tengan como efecto interferir con el funcionamiento eficiente de este o distorcionar su

⁷² ORTEGA, Roberto, op. cit., pp. 209

articulación (es el caso de prácticas monopólicas, intentos de manipulación indebida del mercado u otras actividades contrarias a ley). En caso de que algún sujeto participante incurra en dichas actividades, es también la CRE la encargada de imponer las sanciones correspondientes.

Aquellos conflictos surgidos entre participantes serán dirimidos en un procedimiento llevado a cabo de conformidad al manual de prácticas de mercado correspondiente. Dichas controversias pueden ser sometidas a instancias previas de mediación y de no resolverse se ventilarán a un panel de expertos⁷³ cuyos informes no serán vinculantes (a menos que esto hubiese sido pactado con anterioridad entre las partes). Si la controversia no se resuelve con el mencionado informe, esta se someterá ya sea a un tribunal arbitral o la vía jurisdiccional correspondiente, dependiendo de su naturaleza.

1.4.4 Certificados de energías limpias y sustentabilidad.

La Ley de la Industria Eléctrica es clara en su artículo primero al establecer como uno de sus propósitos primigenios la promoción del desarrollo sustentable del sector, garantizando su operación continua, eficiente, y segura haciendo uso de energías limpias y de la reducción de emisiones contaminantes. Para ello, uno de los instrumentos más importantes que tiene a bien crear son los Certificados de Energías Limpias (CEL), figuras de naturaleza jurídica y económica que en la actualidad se ven amenazadas por las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica que buscan diversificar las fuentes de energía disponibles en el mercado. La fracción VIII del artículo tercero de la mencionada ley los define como títulos emitidos por la Comisión Reguladora de Energía que acreditan la producción de un monto determinado de energía eléctrica a partir de Energías Limpias.

⁷³ Para ello, el inciso e del numeral 19.3.3 de la bases del mercado eléctrico establecen que la CRE integrará y mantendrá actualizada una lista de expertos calificados en diversas materias relacionadas con el mercado eléctrico mayorista para facilitar la integración de paneles de expertos a que se hace referencia.

Es decir, aquellos participantes del mercado que produzcan energía a través de fuentes limpias reciben un certificado por cada megawatt generado en estas condiciones. Dichos títulos pueden ser vendidos e intercambiados en el mercado, y su otorgamiento se da bajo lineamientos publicados por la SENER en 2014⁷⁴. Al acreditar el cumplimiento del requisito de portafolio de energía limpia, el gobierno incentiva la sustentabilidad buscando que los generadores *limpios* tengan ingresos complementarios y nuevas fuentes de financiamiento. Su aparición significó además un impulso a la productividad y a la competencia, pues los participantes con precios más bajos y los que producen la energía y potencia más valiosa pueden vender dichos certificados a menor precio.⁷⁵

Conforme a Guillermo García Alcocer, ex comisionado presidente de la Comisión Reguladora de energía, la transición energética es una tendencia que sustituye gradualmente el uso de combustibles fósiles por otras fuentes que den prioridad a la eficiencia energética y a renovabilidad. Significa el único camino posible para disminuir o erradicar las emisiones de efecto invernadero que aportan al acelerado proceso de cambio climático.⁷⁶

A partir de la reforma y en un esfuerzo por alcanzar objetivos ambiciosos pero necesarios en aras de proteger al medio ambiente, el artículo tercero transitorio de la Ley de Transición Energética⁷⁷(un cuerpo legislativo cuyo objeto sería el de complementar la normatividad en el sector estableciendo diversos objetivos en materia de mitigación de emisiones), estableció como meta alcanzar cuotas mínimas de energía limpia que debería utilizarse en la generación de electricidad:

⁷⁴ Publicados en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 2018, disponibles en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5366674&fecha=31/10/2014

⁷⁵ SARLAT, Rosalía, El impulso de las energías renovables en la lucha contra el cambio climático a través de los certificados ambientales en el sector eléctrico mexicano, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año LI, Número 152, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2018, pp.588

⁷⁶ GARCÍA, Guillermo, La transición energética hacia las tecnologías limpias: Un motor para el desarrollo de México, en PALOMINO, Margarita (Coord.) Aportes sobre la configuración del derecho energético en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Comisión Reguladora de Energía, México, 2019

⁷⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 2015, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5421295&fecha=24/12/2015

para 2021 sería del 30% y para 2024 del 35%. Cabe mencionar que al momento de realizar este trabajo de investigación, dichas proyecciones no sólo no son acordes al desempeño del sector energético en el país, sino que se vislumbran en un horizonte cada vez más lejano.

1.4.5 Contratos de cobertura y subastas a mediano y largo plazo

Todo el mercado eléctrico mayorista se basa en el intercambio comercial alrededor del energético, por lo que los contratos de cobertura son uno de sus pilares fundamentales. Existen dos tipos, el básico es definido por la LIE como un acuerdo entre participantes del mercado mediante el cuál, estos 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. El otro tipo es el contrato de cobertura eléctrica con compromiso de entrega física, que sólo puede ser celebrado entre generadores y suministradores de servicios básicos (es importante mencionar que hasta el momento el único participante con dicha calidad es la Comisión Federal de Electricidad), en virtud de dicho acuerdo, las partes se obligan a la compraventa de energía o de productos asociados en una hora o fecha futura y determinada con el compromiso de realizar la entrega de energía.

La pregunta importante es entonces ¿cómo se asignan dichos contratos?, y la respuesta se encuentra en el artículo 53 de la Ley de la Industria Eléctrica, que establece la posibilidad de celebrar estos acuerdos a través de subastas realizadas por el CENACE. Estas tienen por objeto el de adquirir potencia para asegurar la confiabilidad del Sistema Eléctrico Nacional. Existen dos tipos de estas subastas: las de largo y mediano plazo.

Debido a la volatilidad de los precios en el mercado a corto plazo, la Reforma Energética trajo consigo un instrumento que buscaba favorecer la confianza de los

inversionistas, por lo que creó un procedimiento de subastas a largo plazo⁷⁸ en el que los privados pudiesen inyectar capital al sector con la certeza y seguridad de que en el futuro ello les significaría una utilidad relevante. Los privados podrían hacer inversiones en plantas y tecnologías nuevas cuya vida útil produciría el energético que venderían al gobierno durante los años que durasen sus contratos.⁷⁹

En palabras del ex subsecretario de Electricidad César Hernández Ochoa:

La necesidad de hacer “bancables” los proyectos de inversión fue una de las prioridades en el diseño de mercado. Las subastas de largo plazo permiten establecer los ingresos que las inversiones requieren y así detonar la construcción de nuevas plantas de generación más limpias y eficientes.⁸⁰

A su vez, las subastas a mediano plazo⁸¹ son instrumentos de mercado que facilitan la compraventa de energía y potencia por plazos de hasta tres años. Tienen como propósito permitir que los suministradores de servicios básicos (CFE) puedan celebrar acuerdos competitivos y puedan alejarse de la volatilidad de los precios del mercado en el corto plazo. A diferencia de las subastas a largo plazo, en estas pueden participar otros sujetos como financieros o generadores con plantas más viejas. La participación en este mercado genera mayor liquidez en la industria, lo cuál puede ser bastante atractivo para diversos generadores.

⁷⁸ Sus lineamientos y procedimientos específicos se encuentran en el Manual de Subastas de Mediano Plazo, emitido por el CENACE el 19 de noviembre de 2015, disponibles en [https://www.cenace.gob.mx/Docs/SubastasLP/Manual%20de%20Subastas%20de%20Largo%20Plazo%20\(DOF%20SENER%2019-Nov-15\).pdf](https://www.cenace.gob.mx/Docs/SubastasLP/Manual%20de%20Subastas%20de%20Largo%20Plazo%20(DOF%20SENER%2019-Nov-15).pdf)

⁷⁹ ELIZALDE, Alberto, Subastas de mediano y largo plazo en el Sector Eléctrico en México: Avances a la fecha y participación en las prospectivas de la Generación en el periodo 2018-2020, Publicación de el Programa de Energía, Año 5, No. 7, El Colegio de México, 2020, pp. 8

⁸⁰ HERNÁNDEZ, César, op. cit., pp. 44

⁸¹ Sus lineamientos y procedimientos específicos se encuentran en el Manual de Subastas de Mediano Plazo, emitido por el CENACE el 21 de noviembre de 2018, disponibles en [https://www.cenace.gob.mx/Docs/SubastasMedianoPlazo/Manual%20de%20Subastas%20Mediano%20Plazo%20Modificado%20\(SIM%2021-Nov-2018\).pdf](https://www.cenace.gob.mx/Docs/SubastasMedianoPlazo/Manual%20de%20Subastas%20Mediano%20Plazo%20Modificado%20(SIM%2021-Nov-2018).pdf)

1.5 Apertura del sector eléctrico a la inversión extranjera

Tal y como se ha hecho referencia en páginas anteriores, la historia de los energéticos y su regulación en este país ha estado directamente ligada a los movimientos sociales, políticos y económicos que han azotado al territorio mexicano a través de los años. A finales de 1993, el Presidente Carlos Salinas de Gortari, cuyo sexenio se vería profundamente marcado por los ambiciosos intentos de abrir la economía del país al libre mercado, promulgó la nueva Ley de Inversión Extranjera⁸² con el objeto de que el ingreso de capitales internacionales trajera bonanza y desarrollo para la población.

Entre las páginas de dicha ley y conforme a las disposiciones constitucionales del momento, la fracción III de su artículo 5 mencionaba a la electricidad como un área estratégica reservada de forma exclusiva al Estado Mexicano. Con los aires reformistas que traería el Peñanietismo veinte años más tarde, dicha fracción y tres otras referentes a hidrocarburos serían derogadas para abrir el mercado energético a las inversiones particulares, incluso si eran de origen extranjero.⁸³

Volviendo cronológicamente a los noventas, apenas tres días después de la publicación de la Ley de Inversión Extranjera, el 1 de enero de 1994, las noticias del levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en Chiapas eclipsarían la entrada en vigor de la que muchos consideran, fue la joya de la corona de la Administración Salinista: El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Un instrumento internacional, calificado por el Profesor de la Universidad de Stanford Michael Boskin como audaz, innovador, arriesgado y controvertido desde sus inicios⁸⁴, que se transformó en un pararrayos político y en un estandarte del neoliberalismo, uno que tuvo en su contra a grandes sectores que se oponían a

⁸² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lie/LIE_orig_27dic93_ima.pdf

⁸³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lie/LIE_ref14_11ago14.pdf

⁸⁴ Boskin, Michael, NAFTA at 20: The North American Free Trade Agreement's Achievements and Challenges, Hoover Institution Press, Stanford University, United States of America, 2014, pp.9

la globalización, al declive del trabajo organizado y al capitalismo en lo general. Muy a pesar de ello, sus XXII capítulos se convirtieron en un modelo para decenas, sino es que cientos de acuerdos comerciales y de libre comercio que serían suscritos por distintos países en los años venideros.

Cuando el TLCAN entró en vigor, el Estado Mexicano había establecido claras reservas en las materias de hidrocarburos y electricidad, que estaban consideradas por el régimen constitucional como áreas estratégicas en las que no se permitía la participación de la inversión privada. Una vez que en 2014 la Carta Magna fue reformada en sus artículos 25, 27 y 28, los obstáculos que impedían la contratación del Estado con particulares en temas energéticos se habían hecho a un lado.

Fue entonces que los inversionistas y capitales vinculados a exploración y explotación de petróleo y otros hidrocarburos, así como de electricidad, quedarían sujetos a la legislación que en el momento era aplicable al resto de las actividades económicas desarrolladas en el territorio nacional.⁸⁵

Poniendo singular atención en las inversiones provenientes de otros países, estas se registrarían tanto por la Ley de Inversión Extranjera, como por los acuerdos comerciales y de inversión signados hasta el momento por el Estado Mexicano. El ejemplo por excelencia de dichas disposiciones era el Capítulo XI del TLCAN⁸⁶, en el que se estableció la obligación de los gobiernos a brindar protección y diversas garantías en favor de las inversiones e inversionistas de los otros dos Estados Parte.

Entre ellas se encuentran las de trato de nación más favorecida, trato justo y equitativo, trato acorde con el derecho internacional, de protección y seguridad

⁸⁵ PATIÑO, Ruperto, Los acuerdos comerciales y de inversión frente a la Reforma Energética, en CÁRDENAS, Jaime (coord.), Reforma energética. Análisis y consecuencias, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 262

⁸⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de diciembre de 1993, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4815052&fecha=20/12/1993&cod_diario=207247

plenas, así como la prohibición de las expropiaciones indirectas o de aquellas medidas que les resultasen equivalentes.

Para el año de 2016 la presencia extranjera en la industria eléctrica nacional y específicamente en las subastas de largo plazo ya era más que evidente, pues de conformidad al Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2018-2032 presentado por la Secretaría de Economía, la primera de estas concluyó el 30 de marzo de aquel año y significó una inversión de aproximadamente 2.6 mil millones de dólares realizada por 11 empresas originarias de países como Canadá, China, España, Estados Unidos, Francia, Italia y México.⁸⁷

Unos meses más tarde, el 28 de septiembre de 2016 concluyó la segunda subasta de largo plazo, significando una inversión de 4 mil millones de dólares asignados a 23 empresas provenientes de China, Corea del Sur, Estados Unidos, España, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y México. Finalmente, la tercera subasta (y última que se ha realizado hasta la fecha), concluyó el 22 de noviembre de 2017 y los 16 proyectos ganadores representaron una inversión de 2.4 mil millones de dólares, capital que sería erogado por empresas nacionales de Francia, España, Italia, Canadá, Estados Unidos, China, Japón y México.⁸⁸

La información anteriormente planteada es de gran importancia tomando en cuenta que esta multiplicidad de inversiones provenientes del extranjero están protegidas por sendos acuerdos comerciales y de inversión que han sido signados por el Estado Mexicano, y que conforme al artículo 133 constitucional son Ley Suprema de la Unión. Debido a su relevancia en el tema que nos ocupa, el estudio específico de dichos instrumentos internacionales y su relación en cuanto al sector de la industria eléctrica se hará más adelante en el Capítulo Cuarto.

⁸⁷ Secretaría de Economía, Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional (PRODESEN) 2018-2032, pp. 5

⁸⁸ *Ibid.* pp. 6

1.6 La industria eléctrica en nuestros días.

El sector energético es un núcleo económico de vital importancia para el país, de conformidad con información brindada por Data México, plataforma digital desarrollada por el trabajo conjunto de la Secretaría de Economía y el INEGI, tan solo para el cuarto trimestre del año 2020, la rama industrial de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica aportó una cantidad de 513 mil millones de pesos al producto interno bruto del país.⁸⁹

En cuanto a instalaciones de transmisión y distribución, conforme al último Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional publicado por la Secretaría de Energía el 31 de enero de 2021, para últimos días de agosto de 2020 la Red Nacional de Transmisión ya contaba con 108,908 km⁹⁰ de líneas que a su vez se conectaban con redes generales de distribución, cuyo propósito es el de entregar el energético hasta el público en general y los usuarios finales.

En materia de capacidad de generación instalada, el sistema cuenta con la infraestructura de diversas centrales eléctricas que pertenecen y son administradas tanto por empresas públicas (la Comisión Federal de Electricidad) como privadas (en su calidad de productores independientes de energía, pequeños productores, importadores, y exportadores).

Según el PRODESEN, para octubre de 2020 la capacidad entregada en operación comercial a la red fue de 86034 MW. De dicha cantidad total, apenas el 35% fue obtenida a partir de energías limpias, pues el 65% restante sigue

⁸⁹ Dicha plataforma y su información respecto al sector eléctrico puede ser consultada en: <https://datamexico.org/es/profile/industry/generacion-transmision-distribucion-y-comercializacion-de-energia-electrica>

⁹⁰ Secretaría de Economía, Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional (PRODESEN) 2020-2034, México, 2021, pp. 24.

generandose a partir de procedimientos sumamente contaminantes de combustión de gases y carbón, entre otros.⁹¹

Si bien, para 2018 el consumo anual mundial de electricidad fue de 24.7 millones de GWh, México consumió 290100 GWh (convirtiéndose en el país 14 en la utilización del energético) que fueron utilizados por aproximadamente 44.5 millones de usuarios⁹² (jefes de familia o individuos que en lo personal contratan directamente con la Comisión Federal de Electricidad, unica distribuidora).

A su vez, información del INEGI, obtenida a través de la Encuesta Nacional sobre Consumo de Energéticos en Viviendas⁹³ del mismo año, se puede dilucidar que el 99% de las viviendas cuenta con servicios eléctricos, pero sigue existiendo un 1%, más de un millón de personas que por diversos motivos todavía no tienen con acceso al energético, poniendolos en ínfimas condiciones de desigualdad.

Por otra parte, es de vital importancia mencionar que la inversión extranjera directa ha jugado un papel indispensable en el desarrollo y crecimiento de la economía nacional y específicamente en el de la industria eléctrica. De acuerdo a la definición de la OCDE, utilizada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y desarrollo en su *World Investment Report* de 2007, la inversión extranjera directa (IED) se define como una inversión que implica una relación a largo plazo y que refleja un interés y control duraderos por parte de una entidad residente en una economía (inversor extranjero directo o empresa matriz) en una empresa residente en una economía distinta a la de el inversor extranjero directo (empresa de IED o empresa filial o filial extranjera).⁹⁴

⁹¹ *Ibid.*, pp. 26

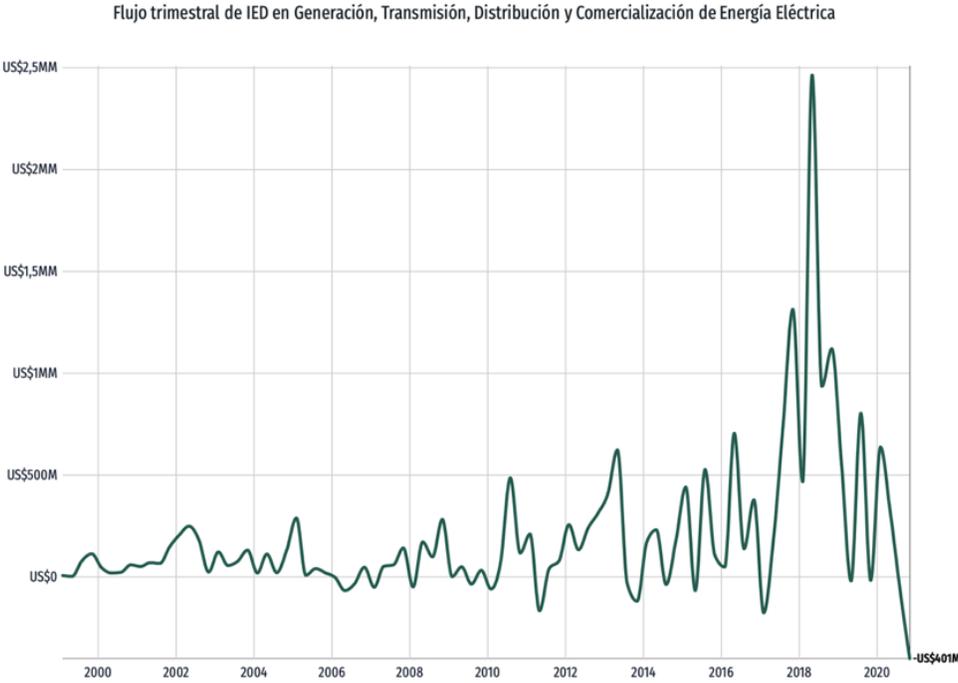
⁹² *Ibid.*, pp. 36

⁹³ INEGI, Encuesta Nacional sobre Consumo de Energéticos en Viviendas Particulares 2018, disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/encevi/2018/>

⁹⁴ United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2007_en.pdf

En correspondencia a datos brindados por un comunicado emitido por la Cámara Española de Comercio en México (Camescom), México ocuparía el tercer sitio de entre los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos que mayor inversión extranjera directa recibieron en los ámbitos de electricidad y gas entre 2013 y 2019.⁹⁵

La gráfica que se presenta a continuación esquematiza las fluctuaciones que ha presentado la inversión extranjera directa en el sector eléctrico del país desde el año de 2000 hasta el último trimestre del 2020:



datamexico.org/es/explore?profile=industry&tab=0

⁹⁵ Dicho comunicado está disponible en el sitio de la Camara, y disponible en <https://www.camescom.com.mx/mexico-es-el-tercer-pais-de-la-ocde-que-mas-inversion-extranjera-ha-recibido-en-electricidad-y-gas-desde-2012/>

Conforme a este instrumento elaborado por la Secretaría de Economía en Data México⁹⁶, la inversión extranjera directa en este rubro de 1999 a la fecha ha sido de unos 17.4 mil millones de dólares, con un pico histórico de inversión en el segundo trimestre de 2018 de 2.46 mil millones. Desde entonces la IED se ha enfrentado a severas caídas que no parecen detenerse, pues en el último trimestre de 2020 presentó un decrecimiento histórico de -401 millones de dólares que se explica en utilidades que, en vez de reinvertirse, son retiradas del sector. Pareciera ser que desde el inicio de la nueva administración federal, la certidumbre de los inversionistas se hubiese enfrentado a más obstáculos que incentivos, previendo el favorecimiento que estaba a punto de suceder en favor de la CFE.

1.7. CFE en crisis, los subsidios de nunca acabar.

Dejando a un lado el enfoque jurídico o político, durante los últimos años, las finanzas de la Comisión Federal de Electricidad han sido objeto de cada vez mayor preocupación para el Estado Mexicano. Conforme a datos dados a conocer por la misma empresa a través de sus Estados Financieros Consolidados, tan sólo en 2020 la CFE presentó pérdidas por la cantidad de \$78,919 mil millones de pesos.⁹⁷

Las empresas subsidiarias que entonces resultan exitosas para el modelo comercial y corporativo (CFE Transmisión y CFE distribución) ven sus ganancias llenando un boquete financiero que deja CFE Generación en vez de reinvertirse en aras de maximizar infraestructura, mejorar procedimientos y disminuir tarifas. Podría pensarse que al menos de esta forma se alcanzaría un balance, pero ni estos artilugios financieros resultaron suficientes, pues a través de los años, la Comisión ha sido objeto de constantes subsidios que hace en su favor el Congreso de la Unión

⁹⁶ Disponible en <https://datamexico.org/es/profile/industry/generacion-transmision-distribucion-y-comercializacion-de-energia-electrica#inversion-extranjera-directa>

⁹⁷ Comisión Federal de Electricidad, Estados financieros consolidados condensados por los dos años terminados el 31 de diciembre de 2020 y 2019, pp. 4

a través del Presupuesto de Egresos de la Federación que año con año se encarga de elaborar y aprobar la Cámara de Diputados.

A continuación se presenta un pequeño cuadro que señala los montos erogados en favor de la Comisión Federal de Electricidad vía PEF⁹⁸.

Año de ejercicio presupuestario	Subsidio concedido
2016	\$30,000 millones.
2017	\$65,914 millones
2018	\$82,168 millones
2019	\$75, 185 millones.
2020	\$70, 000 millones.

Estas cifras significan que desde 2016 a la fecha, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha transferido a las cuentas de CFE un monto total de \$323,267 millones de pesos, mismos que parecen ser utilizados sólo para socavar pérdidas. Pero ello no es todo, sino que entre préstamos bancarios, PIDIREGAS⁹⁹ (Proyectos de Inversión Diferidos en el Gasto) y otros, la empresa enfrenta deudas a corto y largo plazo que ascienden a los \$54,156 millones de pesos, y a los \$309, 392 millones respectivamente, sumando un débito total por parte de la empresa de \$363,548 millones de pesos.¹⁰⁰

Después de notar estas cifras y estudiar los números rojos en que se encuentra la Comisión Federal de Electricidad, el Gobierno se dio cuenta de que

⁹⁸ Información obtenida de los Estados Consolidados de CFE en los ejercicios de 2017, 2018, 2019 y 2020 disponibles en <https://www.cfe.mx/finanzas/reportes-financieros/pages/estados-financieros.aspx>

⁹⁹ Ahora conocidos como Proyectos de Inversión a Largo Plazo, dichos instrumentos se utilizaron para atender necesidades de inversión en condiciones de escasez de recursos públicos, previendo que las entidades públicas pudiesen acudir directamente a los mercados financieros para resolver problemas de financiamiento. Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, PIDIRIEGAS un estudio General, Cámara de Diputados, México, 2007, pp. 6

¹⁰⁰ Comisión Federal de Electricidad, Estados financieros consolidados condensados por los dos años terminados el 31 de diciembre de 2020 y 2019, pp. 37

por millonarios que fueran, los subsidios no serían suficientes, tal vez el siguiente paso lógico para mantener la empresa a flote hubiese sido el de implementar sendos cambios en su estructura corporativa o decretar su tan necesaria modernización, pero la decisión fue en el sentido diametralmente opuesto. ¿Su nuevo remedio?, una contrareforma energética que buscaría volver a estatizar la industria eléctrica y arrancarla de lo que ante la óptica del ejecutivo es un voraz mercado que favorece a solo unos cuantos.

Así, con el propósito de volver en el tiempo a la paraestatalidad e influenciado por la controversial figura de Manuel Bartlett, el día 1 de Febrero de 2021 el Presidente Andrés Manuel López Obrador remitiría a la Cámara de Diputados con carácter de preferente una nueva reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, una que sería ferozmente combatida por el sector privado ante los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, circunstancia que derivaría en la presentación de una nueva iniciativa por la que buscaría reformar los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al realizar este recorrido tanto por la historia como por las leyes y normativas que han marcado el camino del sector eléctrico mexicano no cabe duda que todas las instituciones son perfectibles, que pueden ser transformadas y que los cambios en su diseño pueden traer grandes beneficios para la industria y por ende para el país.

Queda claro que esta industria, que es de los mexicanos, no se trata sino de un resultado de inversión nacional y extranjera que a través de los años fue trasladándose desde el libre mercado, a la estatización absoluta y de vuelta al campo de la competencia, uno en el que la historia demostró que la CFE puede ganar jugando bajo las mismas reglas que todos sus demás competidores.

Si bien la reforma energética es discutible, puede ser revisada y enmendada si se revisan sus campos de oportunidad, sin embargo, parece que los

intentos de la actual administración dejan a un lado las mejores prácticas en el sector para demoler lo que es, no para construir algo nuevo, sino para volver a un régimen que se creía totalmente superado. En aras de lo anterior, en el siguiente capítulo se hace un estudio específico tanto de la reforma en que se centra el presente trabajo de investigación, como de la iniciativa de reforma a la constitución planteada por el Presidente.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REFORMA A LA LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

2.1 Precedentes, el Decreto Nahle y su análisis por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El día 15 de mayo de 2020, la Secretaría de Energía (facultada por la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de la Industria Eléctrica, para establecer, conducir y coordinar la política energética del país llevando a cabo su planeación a mediano y largo plazo y fijando directrices económicas y sociales de conformidad a las disposiciones y normatividad aplicables) expidió el Acuerdo por el que emitía una nueva Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional¹⁰¹.

En virtud de este, que posteriormente sería mejor conocido en los medios como 'Decreto Nahle', la SENER proponía nuevas políticas que regirían la industria eléctrica a efectos de lo que en el Capítulo I, párrafos segundo y tercero del nuevo cuerpo normativo, no sería sino satisfacer la demanda del energético bajo condiciones de calidad y continuidad, manteniendo requerimientos técnicos que asegurasen el correcto desempeño e integridad de las instalaciones de los usuarios finales y satisfaciendo la demanda eléctrica, construyendo una transición energética de manera soberana y progresiva en cuanto a la utilización de fuentes renovables.

A pesar de lo que probablemente eran buenas intenciones, su contenido encendió diversos focos rojos tanto para el sector público como para el privado, pues estos percibían varias irregularidades en el decreto. A propósito de lo anterior es que el 22 de junio de 2020, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) interpuso una Controversia Constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por considerar que esta nueva política violentaba los principios

¹⁰¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2020, disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020

fundamentales protegidos por la Carta Magna, afectando así el mandato constitucional de la Comisión e invadiendo su esfera de atribuciones en cuanto a asegurar y garantizar la libre competencia y concurrencia dentro del mercado¹⁰². Asimismo, el órgano consideró que dicho instrumento dañaba gravemente la posibilidad de que el sector de la industria eléctrica operara en condiciones de eficiencia y competitividad, pues comprometía el acceso abierto y no discriminatorio del mercado eléctrico y de sus redes, además de que, cambiando el orden de despacho económico, otorgaba ventajas en favor de la CFE, disminuyendo directamente la capacidad de competir de otros sujetos.¹⁰³

La Suprema Corte de Justicia entonces admitió a trámite la Controversia Constitucional interpuesta por el órgano autónomo, turnándola a la Segunda Sala, y a su vez a la ponencia del Ministro Luis María Aguilar Morales para que esta elaborara un proyecto de sentencia que diera resolución de fondo a la problemática, atendiendo a los argumentos planteados tanto por la COFECE, como por la Secretaría de Energía, la Comisión Federal de Electricidad y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal. Este decreto era frontalmente contrario a los principios constitucionales sobre los que se había fundado la reforma energética, pero también en contra de los mecanismos establecidos en la reforma de competencia económica que buscaba prevenir y erradicar las prácticas monopólicas.¹⁰⁴

Casi ocho meses después de interpuesta la Controversia Constitucional y a través de sesión pública celebrada de forma remota por la Segunda Sala de la Suprema Corte, el día 3 de febrero de 2021, por mayoría de cuatro votos a favor del

¹⁰² GARCÍA, Tonatiuh, *Ley Federal de Competencia Económica, Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, pp. 127

¹⁰³ Comisión Federal de Competencia Económica, *Comunicado de Prensa COFECE-023-2020*, México, 2020, disponible en <https://www.cofece.mx/cofece-interpone-controversia-constitucional-contra-la-emision-de-la-politica-de-confiabilidad-seguridad-continuidad-y-calidad-en-el-sistema-electrico-nacional/>

¹⁰⁴ CORTÉS, Josefina, *La Interpretación Judicial en Materia de Competencia Económica*, Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 23

proyecto y sólo uno en contra¹⁰⁵, se determinó eliminar 22 puntos fundamentales de la nueva política planteada por la SENER, pues a consideración de aquel cuerpo colegiado, esta obstaculizaba el cumplimiento de las finalidades constitucionales encomendadas a la Comisión Federal de Competencia Económica, pues anulaba presupuestos estrictamente necesarios para la existencia de un mercado de generación y suministro de electricidad que estuviesen basados en los principios de competitividad y libre concurrencia.¹⁰⁶

Ahora bien, por ser de especial relevancia para el tema que nos ocupa, a continuación se hará estudio de los principales argumentos emitidos por la Segunda Sala de la Suprema Corte para invalidar diversos puntos del llamado ‘Decreto Nahle’, agrupando las cuestiones controvertidas en tres temáticas principales, tal y como se ilustra en la siguiente tabla:

TEMÁTICA	DISPOSICIONES INVALIDADAS
Fortalecimiento de la CFE	3.8.4, 5.4 y 5.23
Dictamen de viabilidad e Incorporación de Energías Limpias Intermitentes	Dictamen: 5.7, 5.12, 5.12.1, 5.12.2, 5.12.3, 5.12.4, 5.12.5, 5.12.6, 5.12.7, 5.12.8, 5.12.9, 5.12.10, 5.12.11, 5.12.12, 5.13 y 5.15 Energías Limpias Intermitentes: 10.2
Despacho Económico	7.1 y 8.4

En cuanto al **fortalecimiento de la Comisión Federal de Electricidad**, los puntos anulados pretendían poner en posición de ventaja a la empresa productiva en distintas formas. El punto **3.8.4** planteaba que la CFE, en su carácter de **transportista y distribuidor**, tendría una participación proactiva para elaborar

¹⁰⁵ En contra sólo votó la entonces Presidenta de la Segunda Sala, Yasmín Esquivel Mossa, que formuló un voto particular, mientras que los Ministros Luis María Aguilar Morales, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y Alberto Pérez Dayán se mantuvieron con el proyecto.

¹⁰⁶ La videograbación de sesión pública celebrada por la Segunda Sala de la Corte el día 3 de febrero de 2020 se encuentra disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=xpvx5A5sB3w&t=1013s>

lineamientos y criterios de confiabilidad para la planeación y operación del Servicio Eléctrico Nacional. A consideración de la Corte, esto intervenía con el nuevo esquema de la Comisión (es decir, la estricta separación legal entre las subsidiarias y filiales que la conforman) planteado por la Reforma Energética, pues de acatar la disposición, en su carácter de Transportista y Distribuidor, la CFE colaboraría en decisiones que impactarían directamente a eslabones involucrados tanto en materia de generación como de suministro de energía eléctrica, poniendo en entredicho el régimen con la que la empresa productiva debería conducirse en todo momento.

Por su parte, el punto **5.4** establecía que la CFE estaría facultada para proponer a la Secretaría proyectos estratégicos de infraestructura necesarios para promover el servicio de suministro. Estos proyectos serían evaluados en el Programa Indicativo para la Instalación y Retiro de Centrales Eléctricas y los Programas de Ampliación y Modernización de Redes. La Segunda Sala establece que una vez más, se incumple con la separación legal a la que fue sometida la empresa desde 2013, además de que se compromete la competencia y libre concurrencia del mercado permitiendo que CFE propusiera proyectos estratégicos. Dejando a un lado uno de los mayores estimulantes con los que cuenta el mercado al garantizar de la forma más amplia posible la libertad de otros sujetos a participar en igualdad de condiciones.¹⁰⁷

El punto **5.23** estableció **la calidad de preferentes** que tendrían diversos proyectos estratégicos que así serían definidos por la Secretaría de Energía. Ello podría generar el efecto de desplazar o impedir la entrada de otros competidores del mercado sin que mediaran criterios técnicos de por medio, afectando a la libre competencia y siendo incompatible con el acceso abierto en condiciones no indebidamente discriminatorias a las redes.

El siguiente grupo de puntos invalidados (agrupados alrededor del **Dictamen de viabilidad**), versa sobre un nuevo y confuso procedimiento que de

¹⁰⁷ MONTI, Giorgio, EC Competition Law, Cambridge University Press, New York, 2007, pp.44

acuerdo a la política impugnada, debería seguirse en adelante para que a un sujeto se le otorgara un permiso de generación de energía eléctrica. Dicho proceso establece que el operador del Mercado Eléctrico, el CENACE, habría de evaluar la viabilidad de las solicitudes de estudios de interconexión que le fuesen presentadas (punto **5.12**) y por diversas razones de confiabilidad¹⁰⁸ (enumeradas del punto **5.12.1** al **5.12.12**) podría rechazarlas o no. De la misma forma, la CRE estaría en posibilidad de requerir dicho dictamen de viabilidad de interconexión emitido por el CENACE (**punto 5.7**), a la vez que debería tomarlo en cuenta en el proceso de evaluación y otorgamiento de permisos (**punto 5.15**).

Respecto a esta instrumentación, la Corte planteó que el CENACE no tiene competencia para rechazar solicitudes de estudios de interconexión o para emitir dictámenes que posteriormente fuesen tomados en cuenta por la CRE para evaluar y/u otorgar permisos de generación. En su argumentación, estableció que si bien la SENER tiene la facultad de emitir la política energética con cierto margen de discrecionalidad, esta no podía desconocer el marco normativo de la materia.

La Segunda Sala explicó también que las disposiciones combatidas fijaban que el CENACE determinaría si una solicitud merecía ser estudiada o no, sin tomar en cuenta especificaciones técnicas aprobadas por la CRE y constriñiéndose meramente a criterios establecidos por la SENER, yendo en contra del entramado jurídico de la materia. Es decir, la evaluación de si una solicitud es favorable o no en favor del solicitante debería ser resultado del ejercicio de las atribuciones tanto de la CRE como del CENACE. A partir de dicho razonamiento es que la Corte invalidó 14 puntos del Acuerdo impugnado.

Respecto a la **Incorporación de Energías Limpias Intermitentes**, el apartado **10.2** establecía que si alguna central eléctrica con energía de este tipo

¹⁰⁸ Estas ´razones de confiabilidad´ retomarían aspectos como la zona, región o sistema relacionados con las solicitudes, así como la demanda, el consumo y las características climatológicas de los puntos de interconexión, entre otros.

solicitaba un estudio en un punto en el que ya se tuviesen elementos de *transmisión y transformación congestionados, por falta de recursos de generación para compensar la intermitencia y lograr mantener el control de la frecuencia, del voltaje y la confiabilidad y selectividad de los esquemas de protecciones*, el CENACE podía rechazar dichas solicitudes con base en criterios de suficiencia, seguridad de despacho y eficiencia económica. Aunado a ello, en su oportunidad, la SENER determinaría una fecha de reapertura de recepción de solicitudes y el seguimiento a las solicitudes que ya estuviesen en trámite.

Ahora, en su análisis, la Corte argumenta que en este punto se replicaría la facultad inconstitucional del CENACE de rechazar solicitudes de estudio de interconexión, por lo que, de entrada, quedaba invalidada. Sin embargo, puso especial atención al tema de que la SENER reaperturara la recepción de solicitudes y el seguimiento de las que ya estuviesen en trámite, pues esto provocaría que de negada una solicitud, se impidiera la recepción de nuevas, así como de otras en trámite. Esto significa una falta de certeza, lo que va en detrimento de un mercado competitivo, impidiendo que plantas más eficientes participaran y brindando una ventaja indebida a las que ya se encontrasen activas.

A consideración de la sentencia, el cierre deja a un lado el criterio de sustentabilidad en el sector energético, mismo que debe entenderse como un nuevo enfoque que media entre sociedad y medio ambiente en aras de su perdurabilidad a largo plazo.¹⁰⁹ Lo anterior afectaría los derechos reconocidos por el artículo 4to constitucional y contravendría lo establecido en la Ley de Transición Energética respecto a incentivar inversión en la generación de energías limpias. Finalmente, se hace comentario a que en relación a la falta de recursos para compensar la intermitencia, lograr mantener el control de la frecuencia, voltaje, confiabilidad y selectividad de los esquemas de protecciones, el punto **4.17** ya había estableció

¹⁰⁹ AMEMIYAMA, Michiko, *Energía y Sustentabilidad: Algunas características de la energía sustentable*, Revista Digital Universitaria, Vol. 13, Número 10, México, 2012, pp. 6

diversos servicios conexos¹¹⁰ para contrarrestar estos efectos y mantener las calidades señaladas.

Por último, el llamado ‘Decreto Nahle’ buscó **cambiar el despacho económico** estableciendo en su punto **7.1** que la seguridad de despacho tenía mayor prelación que la eficiencia económica, además de que conforme al **8.4**, el CENACE podría instruir en cualquier momento la asignación y despacho de unidades de central eléctrica sin tomar en cuenta mayor mérito en aras de asegurar la confiabilidad del Servicio Eléctrico Nacional. Lo anterior era absolutamente contrario a la LIE y una regresión al régimen anterior, en el que la asignación y despacho de centrales eléctricas no se realizaba con base en criterios de Seguridad de despacho y eficiencia económica¹¹¹. Además de lo anterior, esta misma norma era clara en fijar que la SENER debía establecer la política energética valiéndose de los principios de eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad, seguridad y sustentabilidad dentro del SEN, incluyendo criterios para establecer un equilibrio entre objetivos.

Es en ese sentido que la Segunda Sala estima que la disposición **7.1** es inválida al establecer una jerarquización entre los principios de seguridad de despacho y eficiencia económica cuando esta no se establece legislativa o constitucionalmente en el entramado jurídico de la materia (e incluso se contrapondría a ella). A su vez, el punto **8.4** resultaría igualmente inválido, pues de quitar el mérito como principio para la asignación y despacho de unidades de central eléctrica, no sólo se anularía la manifestación del criterio relativo a eficiencia

¹¹⁰ Entre dichos servicios conexos se encuentran el Seguimiento de rampas por seguimiento a la demanda, efecto de la irradiación, nubosidad y ráfagas de viento, el control de voltaje de unidades de Centrales Eléctricas síncronas y asíncronas cuando no oferten energía eléctrica y Potencia, el arranque negro (Arranque Emergencia), la energía Inercial de Centrales Eléctricas síncronas cuando no oferten energía eléctrica y Potencia, la flexibilidad operativa de elementos de Transmisión y de unidades de Centrales Eléctricas y la cobertura de la variabilidad de las Centrales Eléctricas con Energía Limpia Intermitente, fotovoltaica y eólicas, y Centros de Carga Especiales.

¹¹¹ ORTEGA, Roberto, op. cit., pp. 160

económica, sino que ello iría en detrimento del uso de plantas más eficientes, contraviniendo además a los principios de libre competencia y concurrencia.

Los puntos mencionados con anterioridad eran claramente contrarios al modelo instaurado por la Reforma Energética, en la que se propuso que tanto el Sistema Eléctrico Nacional como el despacho fuesen eficientes y se rigieran bajo los principios de imparcialidad e independencia,¹¹² mismos en los que se rediseñó el sector eléctrico en aras de aprovechar siempre aquellas energías que significaran las menores tarifas posibles, beneficiando así a los usuarios finales.¹¹³

Es entonces en el punto 800 de la ejecutoria estudiada, que la Suprema Corte se pronunció en el sentido de que las veintidós disposiciones previamente mencionadas, vulneraban fundamentalmente los artículos 28 y 25 de la Carta Magna, toda vez que lesionaban y obstaculizaban el cumplimiento de las finalidades constitucionales encomendadas a la Comisión Federal de Competencia Económica, pues hacía inoperantes diversos presupuestos que resultan absolutamente necesarios para la existencia de un mercado eléctrico en el que rija la competencia y libre concurrencia en el campo de la generación y suministro de energía eléctrica.

Finalmente, en sus resolutivos y como garante del orden jurídico nacional, el máximo Tribunal, a través de su Segunda Sala, calificó a la Controversia Constitucional 89/200 como procedente y parcialmente fundada, reconociendo la invalidez de veintidós puntos que resultaban de vital importancia para la política energética que buscaba implementar la administración Obradorista, y que con posterioridad, serían parcialmente retomados en una nueva reforma de mayor calado, cuyo objeto sería la Ley de la Industria Eléctrica.

¹¹² GARZA, José Ramón, La Reforma Energética en materia de electricidad, Una mirada crítica al régimen de suministro básico, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 75

¹¹³ HERNÁNDEZ, César, La nueva constitución energética mexicana y su implementación, en SALAZAR, Pedro (coord.), Cien ensayos para el Centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo II: Estudios Jurídicos, Instituto Belisario Domínguez, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, pp. 239

2.2 Presentación de la iniciativa de reforma

Dos días antes de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciara respecto al Decreto Nahle y suspendiera diversos de los puntos previamente estudiados, a las 10:30 horas del día lunes 1 de Febrero de 2020 (mismo en que se declaraba la apertura del segundo periodo de sesiones ordinarias del tercer año de ejercicio de la LXIV Legislatura), el Presidente Andres Manuel López Obrador remitió a la Cámara de Diputados con carácter de preferente una iniciativa con proyecto de decreto por el que se reformaban y adicionaban diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica.

En sesión del Pleno del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos celebrada aquel día, la iniciativa fue registrada¹¹⁴, y por acuerdo de la Mesa Directiva de aquella Legislatura, presidida por la Diputada Dulce María Sauri Riancho, fue turnada a la Comisión de Energía para su estudio y dictamen, y a las Comisiones de Presupuesto y Cuenta Pública y de Economía, Comercio y Competitividad con el objeto de que estas últimas emitieran su opinión al respecto.

En su análisis técnico preliminar¹¹⁵, la Dirección General de Apoyo Parlamentario y su Subdirección de Apoyo Técnico Jurídico a Comisiones, realizaron estudio de la iniciativa, llegando a la conclusión de que su presentación cumplía con los requisitos constitucionales en los artículos 71 y 73 de la Carta Magna y su estructura cumplía en general con los requisitos formales exigidos en la práctica parlamentaria establecidos en el artículo 78 del Reglamento de la Cámara de diputados. De aprobarse, el decreto presentado reformaría los artículos 3,

¹¹⁴ Cámara de Diputados, Versión estenográfica de la sesión de Congreso General realizada el lunes 1 de febrero de 2020, disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx>

¹¹⁵ Dirección General de Apoyo Parlamentario, Análisis Técnico Preliminar No. 0001-2PO3-21, Cámara de Diputados, 2020, disponible en http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/cuadros_comparativos/2PO3/0001-2PO3-21.pdf

fracciones V, XII y XIV; 4, párrafo primero, fracciones V y VI, y 126, fracción II, adicionando una fracción XII Bis al artículo 3 de la Ley.¹¹⁶

2.3 Exposición de motivos

Una exposición de motivos es la parte (usualmente inicial) de un proyecto de iniciativa de ley o de decreto que busca manifestar las consideraciones jurídicas, políticas, sociales y/o económicas que justifican y explican la propuesta que se realiza¹¹⁷. El artículo 169, fracción III del Reglamento del Senado de la República¹¹⁸ es claro en establecer que toda iniciativa debe constar por escrito y contener diversos requisitos mínimos, entre ellos, exige una exposición de motivos, con aquellas razones que sustenten el proyecto que se plantea, así como una descripción del mismo.

En cuanto a esta parte inicial de la Reforma, el Titular del Poder Ejecutivo Federal trató de vindicar los cambios que su administración buscaba implementar dentro de la industria eléctrica. Es sencillo dilucidar que su exposición está llena de adjetivos que pertenecen mucho más al plano ideológico que al jurídico. En su primer párrafo, hace referencia a que en el marco de la política que él considera como *‘neoliberal o neporfirista’*, se había iniciado un proceso de privatización por el que la riqueza del petróleo y la de la industria eléctrica había sido despojada de las manos de las y los mexicanos para ser entregada a intereses meramente particulares.

Inmediatamente después, la redacción del texto emitido por el Presidente hace referencia a la Reforma Energética y a cómo esta había sido alcanzada con

¹¹⁶ La iniciativa presentada por el Presidente puede ser consultada en el Archivo de la Cámara de Diputados, y en http://archivos.diputados.gob.mx/portalHCD/archivo/INICIATIVA_PREFERENTE_01FEB21.pdf

¹¹⁷ BERLÍN, Francisco (Coordinador), *Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*, Cámara de Diputados, México, 1997, pp. 307-308.

¹¹⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de junio de 2010, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/reg_senado/Reg_Senado_orig_04jun10.pdf

base en sobornos entregados a legisladores y engañando mediaticamente a la población, prometiendo la llegada masiva de inversiones extranjeras y de mejores y más bajas tarifas del servicio eléctrico que no se traducirían sino en crecimiento y desarrollo para el país y para la economía de sus habitantes. Respecto al desempeño de la CFE, el texto se manifiesta al tenor literal siguiente:

La Comisión Federal de Electricidad (CFE) quedó fracturada, casi en ruinas, endeudada, obligada a otorgar toda clase de subsidios a sus supuestos competidores, por tanto, con capacidad productiva disminuida y sometida a una regulación que privilegia a los particulares.

En virtud de lo anterior es que plantea cambiar las condiciones de mercado, con el fin de fortalecer a la Empresa Productiva del Estado, pues su carácter estratégico resulta primordial para el Interés Nacional, fungiendo como un elemento *sine qua non* para la seguridad energética (que plantea, está directamente ligada el concepto de Seguridad Nacional) del país. Cabe resaltar que el Presidente también hace sendos compromisos de no incrementar las tarifas ya existentes más allá de las originadas por el proceso de inflación.

Cabe hacer comentario entonces del memorandum de 22 de julio de 2020, dirigido a servidores públicos e integrantes de órganos reguladores, por el que desde Palacio Nacional, el Presidente Obrador hizo un llamado a que la CRE, el CENACE, la CNH y otros organismos que él califica de *‘supuestamente autónomos’*, no terminaran como meros instrumentos serviles que fuesen funcionales para una *‘simulación del libre mercado’* en perjuicio del patrimonio nacional. Es en el punto 12 de dicho instrumento en el que por primera vez hace esbozo de lo que a su consideración, debe ser el orden de despacho por el que se inyecte energía eléctrica a la red. La prelación mencionada sería la siguiente: **(i)** Energía producida por hidroeléctricas, **(ii)** energía generada por otras plantas de CFE, **(iii)** energía eólica o solar de particulares y **(iv)** energía producida a través de procesos de ciclo combinado por parte de otras empresas.

Dicha idea es retomada en la exposición de motivos de la iniciativa, en la que menciona que el criterio de despacho anterior (en el que se daba prioridad a las centrales de generación que ofreciesen los precios más bajos ofrecidos en el mercado eléctrico mayorista) eran a modo y beneficio del sector privado por encima del interés público. A través de su exposición, el Ejecutivo Federal enlistó diversos objetivos que consideraba fundamentales, estos son:

1. Modificación de definiciones
2. Obligación de que los permisos a que se refiere la Ley de la Industria Eléctrica se encuentren sujetos a los criterios de planeación del SEN.
3. Otorgamiento de Certificados de Energías Limpias sin dependencia de la propiedad o la fecha de inicio de operaciones comerciales de las centrales.
4. Eliminación de la obligatoriedad de comprar por subastas para el Suministrador de Servicios Básicos
5. Obligación de la CRE a revocar los permisos de autoabastecimiento, así como sus modificaciones, en los casos en que hayan sido obtenidos mediante la realización de actos constitutivos de fraude a la ley
6. Revisión de la legalidad y rentabilidad para el gobierno federal de los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica suscritos con productores independientes de energía.

De su lectura es sencillo aducir que el Presidente buscaba volver a colocar al Estado como figura central en el sector energético fungiendo tanto como jugador como árbitro, tratando de elevar el contenido y objetivos del llamado “Decreto Nahle” a nivel legislativo, sin embargo, es más que obvio que para combatir los principios sobre los que se cimentó la Reforma energética no se requiere la modificación de un solo cuerpo normativo, sino de la Constitución misma.

2.4 Contenido y análisis de la reforma

2.4.1 Modificación de definiciones

Como paso inicial, la reforma planteó cambiar diversas definiciones, entre ellas la de Central Eléctrica Legada, así como las de los Contratos de Cobertura Eléctrica y los Contratos Legados para el Suministro Básico. Aunado a ello, se planteó adicionar uno de nueva creación que a consideración de la administración del Presidente Obrador, resultaba completamene necesario para el adecuado funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional, este sería el Contrato de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física.

En cuanto a la definición original de **Central Eléctrica legada**, esta se establece en el artículo 3 de la Ley, y con la reforma se planteó realizarle los cambios que a continuación se ilustran:

Texto original.	Texto propuesto.
<p>V. Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que, <i>a la entrada en vigor de la presente Ley</i>, no se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y:</p> <p>a) Es propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado <i>y se encuentra en condiciones de operación o</i></p> <p>b) Cuya construcción y entrega <i>se ha incluido en el Presupuesto de Egresos de la Federación en modalidad de inversión directa;</i></p>	<p>V. Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que no se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y:</p> <p>a) Es propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado, o</p> <p>b) Cuya construcción y entrega sea con independencia de su modalidad de financiamiento;</p>

Esto implica que con anterioridad, el desarrollo e infraestructura de las Centrales Eléctricas Legadas (pertenecientes a Empresas Productivas del Estado, en este caso sólo la CFE) se realizaba con financiamiento directo del PEF. En adelante, el origen de estos recursos no sería relevante o un requisito para que una Central Eléctrica fuese considerada como legada, abriéndose a la inversión. Lo cuál no significa un detrimento al mercado o resulta necesariamente algo negativo.

En cuanto al **Contrato de Cobertura Eléctrica**, su definición, establecida también en el artículo 3 de la Ley, quedaría como se indica a continuación:

Texto original.	Texto propuesto.
<p>XII. Contrato de Cobertura Eléctrica: Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compra-venta 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.</p>	<p>XII. Contrato de Cobertura Eléctrica: 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. Exclusivamente los Suministradores de Servicios Básicos podrán celebrar Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física.</p>

El cambio realizado sólo adiciona la facultad exclusiva de los Suministradores de Servicios Básicos (categoría en la que hasta el momento sólo entra CFE) de celebrar una categoría de Contratos a los que el Gobierno pondría especial atención en la reforma, los de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física. Sin un correlativo anterior en la ley, la iniciativa presidencial definió a este como:

XII Bis. Contrato de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física:
Acuerdo entre el Suministrador de Servicios Básicos y un Generador mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, con el compromiso de realizar la entrega física de la energía, Servicios Conexos o Potencia establecidos, y para lo cual el Generador presentará al CENACE los programas de generación de las Centrales Eléctricas que

formen parte del Contrato mediante ofertas de programa fijo en el Mercado Eléctrico Mayorista, conforme a las Reglas del Mercado

Esta nueva figura se creó a raíz de que según el Gobierno, la inexistencia de un contrato de entrega física de energía y capacidad provocaba que cuando esta no fuera despachada, era la Comisión (en su calidad de suministrador único), aquella que asumía las pérdidas derivadas, dando paso a un creciente déficit en las finanzas de la empresa, lo que provocaba un suelo disparado entre competidores.

La última definición modificada en este rubro fue la del **Contrato Legado para el Suministro Básico**. Establecida en la **fracción XIV del artículo 3**, sólo sufrió la adición del compromiso de entrega física del que se ha hecho comentario:

Texto original.	Texto propuesto.
XIV. Contrato Legado para el Suministro Básico: Contrato de Cobertura Eléctrica que los Suministradores de Servicios Básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y Productos Asociados de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas;	XIV. Contrato Legado para el Suministro Básico: Contrato de Cobertura Eléctrica que los Suministradores de Servicios Básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y Productos Asociados de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas, con compromiso de entrega física;

De conformidad al Gobierno, con la operación simultánea de los contratos antes mencionados y la creación del nuevo en materia de entrega física, se eliminarían erogaciones presupuestales que significaban pérdidas mayores tanto para la Hacienda Pública como para los contribuyentes, además, se garantizaría la estabilidad de tarifas por el servicio eléctrico.

A consideración de este trabajo, los cambios y la adición realizadas al artículo tercero de la Ley no representan un detrimento para la libre competencia o concurrencia en el Mercado Eléctrico, pues el establecimiento de dicho nuevo

contrato no cierra la puerta a que sean generadores particulares los que participen en el compromiso de cobertura eléctrica con compromiso de entrega física.

2.4.2 Obligación de que los permisos a que se refiere la Ley de la Industria Eléctrica se encuentren sujetos a los criterios de planeación del Sistema Eléctrico Nacional.

Sin duda alguna uno de los objetivos más controversiales de la reforma presentada por el Presidente de la República, se buscó alcanzar haciendo diversos cambios en el ordenamiento aplicable. En un inicio, derogando una parte del primer párrafo del **artículo 4**, y posteriormente reformando las **fracciones I y VI** de este mismo precepto, tal y como se presenta a continuación:

Texto original.	Texto propuesto.
<p>Artículo 4.- El Suministro Eléctrico es un servicio de interés público. <i>La generación y comercialización de energía eléctrica son servicios que se prestan en un régimen de libre competencia.</i></p> <p>Las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional son de utilidad pública y se sujetarán a obligaciones de servicio público y universal en términos de esta Ley y de las disposiciones aplicables, a fin de lograr el cabal cumplimiento de los objetivos establecidos en este ordenamiento legal. Son consideradas obligaciones de servicio público y universal las siguientes:</p> <p>I. Otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios;</p> <p>II. a V. ...</p>	<p>Artículo 4.- El Suministro Eléctrico es un servicio de interés público.</p> <p><i>Mismo texto</i></p> <p>I. Otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios, cuando sea técnicamente factible;</p> <p>II. a V. ...</p>

<p>VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción conforme a las Reglas del Mercado y <i>entregar</i> dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE.</p>	<p>VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción unitarios conforme a las Reglas del Mercado, garantizando, en primera instancia, los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, en segundo término, el suministro de energías limpias, entregando dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE.</p>
--	--

De inicio es sumamente preocupante que en el **primer párrafo**, el Presidente haya buscado eliminar el enunciado que establecía el régimen de libre competencia en la generación y comercialización de energía eléctrica, tratando así de hacer nulos e inoperantes diversos principios constitucionales establecidos en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política. Se trataba de hacer a un lado que las empresas del sector tuviesen que hacer uso de sus mejores prácticas y estrategias, que conceptual e históricamente los orilla a ofrecer mejor calidad y menores precios a los consumidores.¹¹⁹ Cabe mencionar que dicho cambio no prosperó y posteriormente quedó fuera de la reforma.

Siguiendo bajo el mismo tenor, con la reforma a la **fracción primera** del artículo que nos ocupa, se dio paso a una restricción directa al acceso a las Redes Nacionales de Transmisión y a las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios, es decir, constituye una barrera directa, entendida como un obstáculo para los competidores que quisieran entrar al mercado¹²⁰ y en este caso específico, generar o comercializar energía eléctrica.

La reforma a la **fracción IV**, que buscaba garantizar los contratos de cobertura antes que el suministro de energías limpias, provocaría una alteración en la dinámica de competencia por el despacho económico, evitando que fuesen las

¹¹⁹ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, La competencia económica, disponible en <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/1lacompetenciaeconom.pdf>, pp.8

¹²⁰ OECD, Competition and Barriers to entry, Policy Brief, 2007, disponible en <https://www.oecd.org/competition/mergers/37921908.pdf>

plantas más eficientes aquellas que despacharan en primera instancia tal y como se estableció en el ordenamiento constitucional después de 2013¹²¹. Este cambio podría causar un aumento en el uso de energías sucias y contaminantes, además de provocar precios más altos en las tarifas pagadas por los usuarios finales, sin mencionar que otorga una clara ventaja a las subsidiarias de generación de la CFE, garantizando que sus centrales fuesen despachadas primero sin obligarlas a volverse más competitivas en el mercado eléctrico.

Cabe analizar entonces los cambios planteados al **artículo 12**, disposición encargada de establecer las facultades de la Comisión Reguladora de Energía, que ante los cambios propuestos, quedaría constriñida en lo adelante a tomar en cuenta diversos criterios provenientes desde la Secretaría y que por su relevancia, (como ya lo consideró la Corte al analizar el Decreto Nahle) deberían ser legislados y no simplemente establecidos en acuerdos o decretos emitidos desde el ejecutivo.

La primera fracción de dicho precepto buscó modificarse haciendo diversas adiciones, para quedar como se muestra en la siguiente tabla:

Texto original.	Texto propuesto.
<p>Artículo 12. La CRE está facultada para:</p> <p>I. Otorgar los permisos a que se refiere esta Ley y resolver sobre su modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación;</p>	<p>Artículo 12. La CRE está facultada para:</p> <p>I. Otorgar los permisos a que se refiere esta Ley, considerando los criterios de planeación del Sistema Eléctrico Nacional establecidos por la Secretaría, y resolver sobre su modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación;</p>

Adicionando apenas trece palabras, el Ejecutivo Federal trató de menoscabar la autonomía de la Comisión Reguladora de Energía y su facultad para otorgar permisos en materia eléctrica, así como sobre su revocación, cesión, prórroga o terminación, obligándola entonces a tomar en cuenta criterios discrecionales que

¹²¹ DEL RÍO, Jaime, Análisis de la Reforma Energética, Serie: Reformas estructurales: avances y desafíos, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2016, pp. 60

serían planteados por la Secretaría de Energía. Esto generaría un ambiente de incertidumbre, lo que puede convertirse en un desincentivo para posibles futuras inversiones en nuevos y mejores proyectos y tecnologías tanto para la generación como para la comercialización de energía eléctrica.

Aunado a otros esfuerzos por cambiar el orden de despacho, es primordial mencionar las modificaciones planteadas por la reforma al **artículo 26** de la Ley de la Industria Eléctrica, como se muestran a continuación:

Texto original.	Texto propuesto.
<p>Artículo 26.- Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE. Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE.</p>	<p>Artículo 26.- Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE, quien considerará la prioridad en el uso de estas redes para el despacho de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas con compromiso de entrega física. Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE.</p>

Con dicha modificación, una vez más se distorcionarían las condiciones de libre competencia y concurrencia en el mercado, brindando una posición privilegiada a la Comisión Federal de Electricidad y favoreciendo la interconexión de sus propias centrales eléctricas. Se establece una clara barrera a la competencia, lo que atenta contra el campo económico abierto para los agentes económicos nacionales e internacionales¹²². Aunado a ello, se rompería el criterio de estricta separación legal a la que ya había hecho alusión la Corte, al notar que unas subsidiarias de CFE

¹²² PEREZNIETO, Leonel, Ley Federal de Competencia Económica, Nuevo instrumento para una nueva economía, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, pp. 127

tuvieran influencia en otros eslabones de la industria, como lo son la generación y la comercialización de energía eléctrica.

Más adelante, en el **artículo 35**, posibilita que cuando obras, ampliaciones o modificaciones necesarias para la interconexión o conexión no estuviesen incluidas en programas de ampliación o modernización de las redes, los generadores, generadores excentos, usuarios finales y/o solicitantes para la interconexión de centrales y centros de carga, estos podrían agruparse para realizarlas a su costa, pudiendo beneficiarse de las mismas conforme a términos, condiciones y metodologías de cálculo establecidas en reglamentos. Cabría hacer estudio de las condiciones establecidas vía reglamentación de dichos beneficios, sin embargo, a simple vista dicho cambio no parece ser dañino para el mercado, pues en ningún momento transgrede las condiciones de equidad entre los competidores, sino que abre posibilidades de que estos mejoren su infraestructura.

2.4.3 Otorgamiento de Certificados de Energías Limpias sin dependencia de la propiedad o la fecha de inicio de operaciones comerciales de las centrales eléctricas

Tal y como se mencionó con anterioridad, la Ley de Transición Energética promulgada en diciembre de 2015 estableció la obligación de la SENER de fijarse metas de participación mínima de energías limpias¹²³, estableciendo en su artículo noveno que el Estado Mexicano promovería la existencia de condiciones legales, regulatorias y fiscales para facilitar su cumplimiento, así como buscando una coincidencia con la Ley General de Cambio Climático¹²⁴ de 2012. Para ello, los Certificados de Energías Limpias fueron introducidos como instrumentos expedidos por la CRE a los generadores cuando estos acreditaban la producción de montos

¹²³ MORENO, Ana Lilia, El nuevo marco jurídico y regulatorio del sector eléctrico mexicano, Tirant lo Blanch, México, 2016, pp. 247

¹²⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2012, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5249899&fecha=06/06/2012

determinados de energía a partir de tecnologías limpias, lo que promovía la inversión en nuevos procedimientos respetuosos de la tan anhelada sustentabilidad.

El decreto que nos ocupa planteó una modificación al esquema de entrega de certificados de energías limpias reformando la **fracción II del artículo 126**:

Texto original.	Texto propuesto.
<p>II. La Secretaría establecerá los criterios para su otorgamiento en favor de los Generadores y Generadores Exentos que produzcan energía eléctrica a partir de Energías Limpias;</p>	<p>II. La Secretaría establecerá los criterios para su otorgamiento en favor de los Generadores y Generadores Exentos que produzcan esta Ley, considerando los criterios energía eléctrica a partir de Energías Limpias. El otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias a Centrales Eléctricas, no dependerá ni de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las mismas;</p>

La justificación de dicha propuesta fue fomentar un *‘mercado de competencia igualitario’* que impulsara condiciones equitativas para los generadores de energías limpias independientemente de la fecha de entrada en operación comercial de sus plantas de generación. Sin embargo, al permitir que todas las plantas que generan electricidad a través de fuentes limpias reciban CELs (aun aquellas que operaban con anterioridad a la entrada en vigor de la LIE) se generan diversas problemáticas:

- Se eliminaría la funcionalidad de los CELs, pues su número se multiplicaría en el mercado y perdería valor, dejando de fungir como un instrumento de fomento a la inversión en nuevas tecnologías.
- El repentino incremento de CELs en el mercado no significaría que hubo un incremento en la generación de energías limpias.
- Se otorga una ventaja a plantas que operaban antes de la promulgación y entrada en vigor de la Ley (favoreciendo a la CFE si se toma en cuenta que casi todas ellas eran de su propiedad). Ello, pues se les otorgarían los certificados sin un esfuerzo o inversión adicional mínima.

- El desmantelamiento del mercado de CELs a partir de su posible pérdida de valor podría repercutir desincentivando el cumplimiento de objetivos internacionales signados por el Estado Mexicano en materia de protección ambiental.

Se trata de una medida que desnaturalizaría y haría de lado a una de las herramientas de política pública en materia de sustentabilidad más importantes de la actualidad. Basta con poner atención a la experiencia internacional para notar que dichos certificados funcionan, ejemplo de ello es el reino unido, que desde el año de 2002 (año en que los implementó), hasta 2013, logró triplicar su capacidad instalada de tecnologías renovables.¹²⁵

2.4.4 Eliminación de la obligatoriedad de comprar por subastas para el Suministrador de Servicios Básicos

Tal y como se estudió en el Capítulo Primero, las subastas eléctricas podrían resumirse fácilmente como una especie de licitaciones a mediano y largo plazo en las que distintos sujetos generadores de electricidad compiten entre sí para vender a CFE Suministro conforme a lineamientos del Mercado Eléctrico mayorista en los que se establece que ganará aquel que venda la energía eléctrica que resulte más barata.¹²⁶

Después de dicho recordatorio, conviene regresar a la exposición de motivos presentada por el Presidente Obrador en la reforma que nos ocupa, pues en esta hace mención directa de dichas subastas, refiriéndose a ellas como *‘una perversa maquinación ideada con el único propósito de garantizar la rentabilidad de las*

¹²⁵ Instituto Mexicano para la Competitividad, Certificados de Energías Limpias, Consideraciones para promover su inversión, México, 2015, disponible en https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/2015_CELs_DocumentoCompleto3.pdf, pp. 23.

¹²⁶ ORTEGA, Roberto, op.cit., pp. 212

inversiones de los generadores privados en detrimento de la CFE'. Es así como justifica su intento de reformar el artículo 53 de la LIE de la siguiente forma:

Texto original.	Texto propuesto.
Artículo 53.- Los Suministradores de Servicios Básicos celebrarán Contratos de Cobertura Eléctrica <i>exclusivamente</i> a través de subastas que llevará a cabo el CENACE. Los términos para llevar a cabo dichas subastas y asignar los Contratos de Cobertura Eléctrica respectivos se dispondrán en las Reglas del Mercado.	Artículo 53.- Los Suministradores de Servicios Básicos podrán celebrar Contratos de Cobertura Eléctrica a través de subastas que llevará a cabo el CENACE. Los términos para llevar a cabo dichas subastas y asignar los Contratos de Cobertura Eléctrica respectivos se dispondrán en las Reglas del Mercado.

Una sólo palabra basta para el titular del ejecutivo intente echar a bajo una de las bases más importantes del nuevo mercado eléctrico mayorista diseñado por la reforma energética del año 2013. Al cambiar la obligación de los suministradores de celebrar contratos de cobertura exclusivamente a través de subastas por una mera y simple potestad, arranca la certeza del mercado y de los inversionistas al someterlos a una completa discrecionalidad. Lo anterior abriría la puerta para que de así desearlo, CFE Suministro pudiera sólo despachar energía generada por CFE Generación.

Eliminar de facto la realización de subastas a mediano y largo plazo sin sustituirlas por otro mecanismo alternativo que asegure tanto la libre competencia como las mejores prácticas en materia de sustentabilidad prácticamente erradica la competencia entre generadores en el mercado, lo que podría desenvocar en la utilización de una energía ya no sólo de mayor precio, sino también profundamente contaminante y dañina para el ambiente.

Una vez más se rompería la estricta separación de la Comisión Federal de Electricidad, y se quebrantarían instrumentos y obligaciones internacionales que el Estado Mexicano se ha obligado a cumplir con el paso de los años hasta disminuir

sus emisiones en un máximo posible, entre ellos el Pacto de París¹²⁷. Ni hablar de la violación de diversos acuerdos comerciales, mismos que serán objeto de estudio específico más adelante.

2.4.5 Obligación de la CRE a revocar los permisos de autoabastecimiento, así como sus modificaciones, en los casos en que hayan sido obtenidos mediante la realización de actos constitutivos de fraude a la ley

Dicho objetivo se justificó en la exposición de motivos estableciendo que con la reforma energética, el régimen de autoabastecimiento había sido desnaturalizado, pues varios permisionarios generaban energía para otros 'socios' que en realidad eran clientes inmersos en una relación comercial, lo que daba pie a la existencia de un mercado paralelo de electricidad, así como a un supuesto fraude a la ley. Lo interesante entonces es que en la reforma originalmente presentada por el presidente no se hacía mención alguna a fraudes o actividades ilícitas, sino un mero transitorio del tenor literal siguiente:

Tercero. Los permisos de autoabastecimiento, con sus modificaciones respectivas, otorgados o tramitados al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, que continúen surtiendo sus efectos jurídicos, podrán ser revocados por la Comisión Reguladora de Energía mediante el procedimiento administrativo correspondiente establecido en la Ley de la Industria Eléctrica. En su caso, los permisionarios podrán tramitar un permiso de generación, conforme a lo previsto en la mencionada Ley.

Bajo este esquema, sólo se abría la puerta a que todo permiso de autoabastecimiento que hubiese sido otorgado a la luz de la ya derogada Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica hubiese podido ser revocado de forma unilateral y completamente discrecional por la Comisión Reguladora de Energía. Cabe mencionar que en la versión final del decreto, este transitorio cambió de

¹²⁷ FLORES, Socorro, México y el Régimen Internacional de Lucha contra el Cambio Climático, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, pp. 36.

número y fue modificado por otra versión en la que se hacía referencia a conductas ilícitas:

***Cuarto.** Los permisos de autoabastecimiento, con sus modificaciones respectivas, otorgados o tramitados al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, que continúen surtiendo sus efectos jurídicos, obtenidos en fraude a la ley, deberán ser revocados por la Comisión Reguladora de Energía mediante el procedimiento administrativo correspondiente. En su caso, los permisionarios podrán tramitar un permiso de generación, conforme a lo previsto en la Ley de la Industria Eléctrica.*

Aún frente a dichos cambios el transitorio significó una eliminación del régimen que garantizaba los permisos otorgados conforme a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica hasta su conclusión, esto tendría como resultado (i) incertidumbre regulatoria para los permisionarios, (ii) un efecto retroactivo en perjuicio de quienes ya contaban con dichos permisos en calidad de derechos adquiridos, (iii) se desincentivarían nuevas inversiones, se limitaría la generación de centrales operadas bajo el régimen de autoabastecimiento que en su gran mayoría utilizaban energías limpias y sustentables, afectando al ambiente.

2.4.6 Revisión de la legalidad y rentabilidad para el gobierno federal de los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica suscritos con productores independientes de energía.

Este último objetivo se basa en el contenido de los artículos 74, fracción IV, Constitucional, 32 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad

Hacendaria¹²⁸ y 18 de la Ley General de Deuda Pública¹²⁹, pues conforme a dichos preceptos, los proyectos de inversión productiva condicionada en que participe la Federación deben ser rentables para esta. Con base en esto es que la reforma plantea la revisión de contratos en el sector con el objeto de que se verifique este requisito. En la iniciativa, la búsqueda de este fin se planteó en el transitorio quinto, que a continuación se transcribe a la letra:

***Quinto.** Los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica suscritos con productores independientes de energía al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, deberán ser revisados a fin de garantizar su legalidad y el cumplimiento del requisito de rentabilidad para el Gobierno Federal establecido en los artículos 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 32 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y 18 de la Ley Federal de Deuda Pública. En su caso, dichos contratos deberán ser renegociados o terminados en forma anticipada.*

Cabe resaltar que a consideración de este proyecto de investigación, este objetivo o numeral no vulnera inversiones o pone en entredicho a los principios libre mercado o concurrencia, pues no se trata sino del Estado haciendo uso de sus facultades legales y constitucionales de verificación, por lo que no se pone mayor atención en este punto.

2.5 Discusiones en el legislativo y promulgación

Una vez turnada a Comisiones, la Reforma causó gran preocupación entre diversos sectores tanto del empresariado como de la clase política mexicana, que vieron en esta un primer esfuerzo de lo que muchos consideraron, sería la 'Contra-reforma

¹²⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de marzo de 2006 y disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2117583&fecha=30/03/2006

¹²⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1976 y disponible en: http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4858655&fecha=31/12/1976&cod_diario=208746

energética' del Presidente López Obrador. Debido al revuelo causado y con fundamento en diversos artículos del Reglamento de la Cámara de Diputados, el día 8 de febrero de 2021, la Comisión de Energía emitió un acuerdo por el que convocó a un parlamento abierto sobre la iniciativa.

De acuerdo a la APA¹³⁰, el Parlamento Abierto es aquella institución legislativa que explica y justifica sus acciones, rindiendo cuentas y maximizando el acceso a la información pública que de ella emana. En sus procesos, dicha figura debe transparentar su labor e involucrar en él a la mayor pluralidad posible de grupos políticos y sociales, poniendo especial atención respecto a la participación de la ciudadanía.¹³¹ En este caso, se establecieron lineamientos para que los días 11 y 12 de febrero, diversas voces de la academia, el empresariado y la sociedad civil, entre otras, discutieran dos temas primordiales para la industria a propósito de la nueva reforma que se avecinaba: Energía eléctrica, y Energías Renovables y Transición Energética.

A través de una larga jornada de once horas el día 11 y diez el 12¹³², diversas figuras de gran importancia en el sector eléctrico hicieron exposición tanto a favor como en contra de la iniciativa presentada por el Presidente. Entre ellas destacaron las participaciones del Exsecretario de Economía Ildelfonso Guajardo, quien destacó el incumplimiento de diversos compromisos y obligaciones adquiridos por México en instrumentos de comercio internacional de aprobarse la reforma, así como las de Enrique Ochoa Reza y Fernando Zendejas, quienes fungieron respectivamente como Director de la CFE y Subsecretario de Electricidad en la Administración del Presidente Peña Nieto. Estos últimos enfocaron su participación en defender los avances alcanzados por el régimen eléctrico en materia de

¹³⁰ Alianza del Parlamento Abierto, un grupo de organizaciones no gubernamentales que impulsan la vigilancia y rendición de cuentas dentro del Poder Legislativo en México, entre ellas destacan el Instituto Mexicano para la Competitividad A.C., Transparencia Mexicana A.C. y el Centro de análisis e investigación Fundar A.C.

¹³¹ Alianza del Parlamento Abierto: Diagnóstico de la rendición de cuentas y acceso a la información en 2017, México, 2017, pp. 4, disponible en <https://www.parlamentoabierto.mx/diagnostico2017/>

¹³² Este proceso se realizó vía remota y su videograbación se encuentra disponible en la página de YouTube de la Cámara de Diputados en la siguiente liga: <https://www.youtube.com/watch?v=J6qGibpkE4k>

sustentabilidad, calidad y precios tarifarios dentro del sector, mismo que se vería desmantelado con la aprobación de la reforma discutida.

Cabe resaltar los resultados brindados por el CEFP (Centro de Estudios de las Finanzas Públicas) de la Cámara de Diputados en su Reporte de Valoración de Impacto Presupuestario de la Iniciativa. Por medio de este documento, informaron que en efecto, de aprobarse, dichos cambios tendrían un efecto potencialmente positivo en las finanzas de la CFE al incrementar el porcentaje de utilización de su capacidad instalada de generación de energía eléctrica al máximo, sin embargo, la reforma también podría generar externalidades que en el futuro se reflejarían como costos de pasivos contingentes. Dichos pasivos derivarían de la renegociación o terminación anticipada de contratos así como de la nueva priorización del despacho de energía eléctrica. Estas 'externalidades', sin embargo, serían resultado de acciones legales que podrían tomar otros actores del mercado, y cuya resolución quedaría en manos de diversas autoridades nacionales o internacionales.

El Centro entonces hace mención de que conforme a datos del CENACE, derivado de las tres primeras subastas de largo plazo, de 57 proyectos en operación y de 14 nuevos en etapa de ejecución, se hablaría de un monto conjunto de inversión de 8 mil, 904 millones de dólares realizados por al menos 28 empresas de diversos países, que en caso de aprobarse la iniciativa, estarían en posición de interponer diversas controversias internacionales o en su caso, demandar ser indemnizadas bajo el amparo de Tratados Internacionales. Dicho documento¹³³ fue presentado por el CEFP a las Comisiones de Energía y Presupuesto de la Cámara en aras de que los legisladores tomaran en cuenta la información presentada al momento de dictaminar y votar la iniciativa.

A pesar de ello, el día 19 de febrero de 2020, en la Décimo Tercera Reunión Ordinaria de la Comisión de Energía, con 11 votos en contra y 23 a favor, se adoptó

¹³³ Obtenido para este trabajo a través de la solicitud de información número 0120000026721 realizada a la Cámara de Diputados a través de la Plataforma Nacional de Transparencia.

un dictamen por el que sólo se hacían tres cambios a la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal: los legisladores tuvieron a bien **(i)** no borrar el primer párrafo del artículo 4 de la LIE¹³⁴, **(ii)** establecer un nuevo transitorio segundo, por el que se derogaban todas las disposiciones opuestas a la iniciativa, y **(iii)** modificar el contenido del ahora artículo cuarto transitorio, para que la revocación de contratos quedara sujeta a una causal de fraude a la ley (que no se contemplaba en el cuerpo de la iniciativa del presidente pero sí en su exposición de motivos).¹³⁵

Bajo dichos términos, en sesión semipresencial de 23 de febrero de 2021, el Pleno de la Cámara Baja aprobó en lo general y en lo particular con 289 votos a favor, 152 en contra y 1 abstención el Proyecto de Decreto por el que se reformaban diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica, recibéndose 412 reservas que serían desahogadas en una discusión que duró aproximadamente once horas.¹³⁶

En virtud de su aprobación, la ahora minuta se remitió al Senado de la República, cuya Mesa Directiva la turnaría a las Comisiones Unidas de Energía y de Estudios Legislativos Segunda para su análisis y dictaminación correspondiente, así como a la Comisión de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Cambio Climático para que emitiera su opinión al respecto. Es así como en reunión ordinaria de trabajo en modalidad a distancia, el día 1 de marzo de 2021 las Comisiones antes mencionadas, con 18 votos a favor y 12 en contra, tuvieron a bien no modificar una sola oración, palabra o signo ortográfico de la minuta que les había sido remitida desde la Cámara de Origen.

¹³⁴ Que a la fecha mencionan el régimen de libre competencia en el que se prestan los servicios de generación y comercialización de energía eléctrica.

¹³⁵ Publicado en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Número 5725-III, Año XXIV.

¹³⁶ Cámara de Diputados, La Cámara de Diputados remite al Senado reformas a la Ley de la Industria Eléctrica, Boletín No. 5949, disponible en <http://comunicacionnoticias.diputados.gob.mx/comunicacion/index.php/boletines/la-camara-de-diputados-remite-al-senado-reformas-a-la-ley-de-la-industria-electrica#gsc.tab=0>

Una vez en sesión del pleno de 2 de marzo de 2021, la iniciativa fue tachada de ser violatoria del capítulo 22 del T-MEC, exponiendo al país a demandas y mecanismos sancionatorios, así como de inducir a que las tarifas pagadas por los usuarios finales en el futuro fuesen mucho más altas, afectando procesos productivos vitales para la economía nacional. Respecto al proyecto, la Senadora Beatriz Paredes Rangel, del Partido Revolucionario Institucional, denunció:

El dictamen se procesó sin escuchar opiniones, y nadie puede negarse a fortalecer a la Comisión Federal de Electricidad, pero no es razonable poner en riesgo el proyecto de la modernización productiva y de la captación de inversiones sólo por apuntalar a dicho organismo.

Por su parte, la Legisladora Ana Lilia Rivera Rivera, integrante del grupo parlamentario del Partido Movimiento de Regeneración Nacional y Presidenta de la Comisión de Estudios Legislativos Segunda, defendió el proyecto de dictamen, así como la iniciativa preferente afirmando:

Confío en que la aprobación de la minuta será una acción emblemática en la historia reciente del país, para corregir decisiones políticas erradas, las cuales sólo han propiciado desigualdad estructural en detrimento de la nación y el interés general.¹³⁷

Finalmente, después de discutir las reservas planteadas por la oposición, por 68 votos a favor y 49 en contra, el proyecto de decreto fue aprobado en los términos originales de la minuta, para posteriormente ser remitido al Ejecutivo Federal para los efectos legales y constitucionales a los que hubiera lugar.

Es así como en cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política, con refrendo de la Secretaria de Gobernación Olga

¹³⁷ Senado de la República, Aprueba el Senado, en lo general, reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, Boletín No. 931, disponible en <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/50414-aprueba-el-senado-en-lo-general-reforma-a-la-ley-de-la-industria-electrica.html>

Sánchez Cordero y desde la Residencia del Poder Ejecutivo Federal en Palacio Nacional, el Presidente Andrés Manuel López Obrador expidió oficialmente el decreto por el que se reformaban y adicionaban diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica, para que, conforme a su transitorio primero, entrara en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de marzo de 2021.

2.6 Juicios de Amparo contra la Reforma

Desde unas semanas antes de que se promulgara la reforma a la LIE, varias voces del sector empresarial expresaron su intención de promover juicios de amparo frente al Poder Judicial de la Federación en caso de que la iniciativa en materia eléctrica del Presidente se aprobara. Y así sucedió, pues conforme a declaraciones de Roger González Landau, Presidente de la Comisión de Energía del Consejo Coordinador Empresarial, para el mes de Abril ya sumaban 120 amparos contra la reforma de ley, haciendo especial énfasis en las posibles demandas internacionales, pues era de su conocimiento que eran ya varias las empresas trabajando en controversias que podrían ventilarse bajo los tratados de libre comercio signados por México.

Regresando a los Tribunales Nacionales, cabe destacar el estudio del Amparo Indirecto 118/21 y su acumulado 120/21, interpuesto por actos atribuidos a las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión, así como al Presidente de la República. La demanda fue interpuesta el día 10 de marzo de 2021 y sorprendentemente admitida el mismo día por la mesa 8 del Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República. En ella, los quejosos solicitaron a la Justicia de la Unión el otorgamiento de la suspensión definitiva con el propósito de interrumpir y cesar los efectos y vigencia del decreto de reforma a la industria.

Una vez admitidas las demandas, el Juzgado ordenó formar el incidente de suspensión respectivo¹³⁸, en el que después de estudiar la certeza del acto reclamado, el Juzgador procedió a advertir que los preceptos impugnados por los quejosos tenían los siguientes efectos:

1. Establecer criterios para el otorgamiento del acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y a las Redes Generales de Distribución;
2. Establecer obligaciones que deberán ser observadas por el CENACE para la asignación y el despacho de centrales eléctricas;
3. Establecer lineamientos para el otorgamiento, modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación de permisos en materia de energía eléctrica, así como para el otorgamiento de certificados de energías limpias;
4. Establecer reglas que deberán ser observadas para la celebración de contratos de cpbertura eléctrica y las subastas que debe realizar el CENACE;
5. Establecer atribuciones y obligaciones a la SENER, a la CRE y al CENACE;
6. Modificar el régimen transitorio que era aplicable a los permisos que fueron otorgados conforme a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica que continuaban vigentes.

De su lectura, el Órgano Jurisdiccional consideró que las normas cuestionadas modificaban la manera en que operaba el sector eléctrico, por lo que sus efectos eran susceptibles de suspenderse material y jurídicamente. Con posterioridad adujo que de conceder la medida cautelar, suspendiendo la aplicación de la reforma, no se infringirían disposiciones de orden público ni se vulneraría el interés social, pues no privaría a la colectividad de un beneficio o se le inferiría daño alguno, esto dado a que la LIE buscaba garantizar la libre competencia y concurrencia en el sector, buscando sustentabilidad. Todo lo anterior, aunado a que

¹³⁸ La versión pública de dicha ejecutoria se encuentra disponible en la página del Poder Judicial de la Federación, y está disponible en:
http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1302/1302000027722507002.pdf_1&sec=Ana_Laura_Santana_Valero&svp=1

conforme a la normatividad, la legislación secundaria no puede ser regresiva, ni puede ir en contra de la norma fundamental que le dio origen.

Así las cosas, el Juzgado procedió a hacer estudio de las modificaciones que a su parecer, podrían resultar dañinas para la libre competencia y concurrencia. A continuación se hace mención de los principales cambios en el articulado de la LIE, así como de los efectos negativos que a consideración del Órgano Jurisdiccional, estos traerían consigo:

Artículos 3, 4, 101 y 108:

- Se elimina el principio de despacho económico que privilegiaba los precios más bajos de energía eléctrica ofrecidos por los privados.
- El CENACE se verá obligado a despachar centrales considerando primero los contratos de cobertura eléctrica con compromiso de energía y posteriormente el suministro de energías limpias
- Se sustituye el concepto de costos marginales por costos unitarios de producción.

Efectos en el mercado:

- Se alteraría la dinámica de competencia por el despacho económico, ello afecta que las plantas más eficientes despachen primero cobrando energía con menores precios.
- Se desincentiva a realizar inversiones en tecnología más eficiente y barata.
- Se otorgan ventajas competitivas a CFE garantizando la venta de su producción, motivando la ineficiencia por la falta de competitividad.
- Se beneficia a plantas con mayor producción aun siendo menos eficientes.

Artículos 3 y 53:

- Se elimina la obligatoriedad de adquirir energía en subastas
- Establece la posibilidad de celebrar contratos de cobertura eléctrica con compromisp de entrega física.

Efectos en el mercado:

- Se permitiría a CFE Suministración adquirir energía a su criterio, incluso pudiendo adquirir esta sólo de las centrales propiedad de CFE Generación.
- Al eliminar las subastas, elimina la competencia entre generadores para ofrecer electricidad cada vez más barata y de calidad.

Artículos 4, fracción I y 26:

- Restricción al acceso abierto a las Redes en términos no indebidamente discriminatorios.

Efectos en el mercado:

- El CENACE y la CFE tendrían injerencia en el otorgamiento de acceso a la Red, pudiendo negarlo a ciertos oferentes sin demostrar u ofrecer criterios de factibilidad que lo justifiquen.
- Dicho efecto podría a su vez constituir una barrera a la competencia.
- La CFE estaría en posibilidad de favorecer a sus propias plantas generadoras, violando principios de competencia y de estricta separación legal.

Artículo 12

- Se limita la facultad discrecional de la CRE para otorgar permisos en materia eléctrica, así como para resolver sobre su modificación, revocación, cesión y terminación.

Efectos en el mercado:

- Se genera incertidumbre en el otorgamiento de permisos, lo que reduce incentivos para nuevas inversiones en la instalación de nuevos proyectos en el sector eléctrico.
- Se constituye una barrera de entrada al mercado de la industria eléctrica.

Artículo 126

- Modifica el esquema de entrega de certificados de energías limpias

Efectos en el mercado:

- Elimina la funcionalidad de dichos instrumentos, pues su número se multiplicaría en el mercado, al ser otorgadas a centrales previas a la reforma.
- Se elimina un mecanismo que permitía conocer la cantidad de energía limpia y sustentable producida en el país.
- Se otorga una ventaja a plantas que operaban antes de la reforma, que en su mayoría pertenecen a CFE.
- Se desmantelaría el mercado de estos certificados, lo que podría provocar el incumplimiento de compromisos internacionales en materia ambiental.

Artículo cuarto transitorio:

- Elimina el régimen transitorio que garantizaba permisos otorgados conforme a la Ley anterior.

Efectos en el mercado:

- Se genera incertidumbre regulatoria con un efecto negativo en inversiones.
- Se limita la generación de centrales bajo el régimen de autoabastecimiento o cogeneración otorgados en el régimen anterior, y que en su mayoría usaban energías sustentables.
- Se violan derechos adquiridos bajo el amparo de la legislación anterior.

Una vez realizadas estas aceveraciones, el Juzgado puso especial énfasis en que las modificaciones reclamadas podrían producir grandes e irreparables daños al ambiente, incentivando la producción de energías sucias y contaminantes, lo que provocaría el incumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Mexicano en los siguientes instrumentos:

- Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985).

- Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la 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 Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1997)
- Acuerdo de Paris (2015)

Al tenor de las consideraciones expuestas y con fundamento en el artículo 138, fracción I de la Ley de Amparo, el Juzgado concedió la suspensión provisional solicitada por los quejosos y consideró que debido a su relevancia para el mercado, dicha medida cautelar tuviese efectos generales, comprendiendo a todos los particulares del mercado eléctrico mayorista y demás particulares que desarrollaran actividades reguladas en el sector eléctrico. Comprendió también a aquellos sujetos que se encontraran en trámite para ingresar al sector, y a aquellos ubicados en el régimen transitorio de la Ley de la Industria Eléctrica vigente hasta antes de la emisión del acto reclamado.

Apenas ocho días después, en la audiencia incidental de 18 de marzo de 2021, se otorgaría la suspensión definitiva en los mismos términos¹³⁹. Dicha determinación del Juez Juan Pablo Gómez Fierro sería la primera de varias que causarían disgusto dentro de la administración Obradorista, pues a pesar de promover investigaciones en su contra tanto por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y del mismo Consejo de la Judicatura

¹³⁹ La versión pública de dicha ejecutoria se encuentra disponible en la página del Poder Judicial de la Federación, y está disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1302/1302000027722507011.pdf_1&sec=Ana_Laura_Santana_Valero&svp=1

Federal, no logró impedirle que con posterioridad, el mismo Juzgador concediera decenas, si no es que cientos de suspensiones respecto a la creación del nuevo Padrón Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil (PANAUR), o que detuviera un nuevo decreto de reforma que ahora buscaba beneficiar a PEMEX a través de la Ley de Hidrocarburos.

2.7 Iniciativa de Reforma Constitucional

Una vez que desde el Ejecutivo se hizo la lectura de que difícilmente una reforma de Ley en esos términos superaría un examen de constitucionalidad, varios meses después, el día 30 de Octubre de 2021, el Presidente Obrador presentó una nueva iniciativa de Reforma por la que plantearía un cambio drástico y a gran escala del sector energético, con miras específicas hacia la Industria Eléctrica.¹⁴⁰

El objeto de dicha reforma serían los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política, a través de los cuáles se buscaría estatizar el una vez más el Sistema Eléctrico Nacional a través de una Comisión Federal de Electricidad que dejaría de ser calificada como empresa productiva del Estado y absorbería al CENACE, (unido por la reforma de 2013 como el órgano encargado de operar el acceso a las Redes Nacionales de Transmisión y Generales de Distribución en condiciones de independencia y libre competencia). Por su enorme relevancia, a continuación se hace estudio de las características más importantes de la reforma:

2.7.1 Modificaciones al artículo 25

La iniciativa de referencia busca que se suprima el concepto de Empresa Productiva del Estado, así como los criterios para su regulación, estableciendo un nuevo

¹⁴⁰ El texto de la iniciativa de reforma constitucional se encuentra disponible en:
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2021/10/asun_4226988_20211005_1633443485.pdf

párrafo séptimo en el que se indica que el Estado preservará la seguridad y autoeficiencia energéticas, además del abastecimiento continuo de electricidad para la población.

Dicho cambio no significa por sí sólo una transgresión a los principios de libre mercado, competencia o concurrencia, pues sólo determina valores que el Estado Mexicano debe garantizar para la población. Ahora bien, las problemáticas al respecto se establecen en los dos siguientes artículos a reformar, así como en el régimen transitorio del decreto en comento.

2.7.2 Modificaciones al artículo 27

El párrafo sexto de dicho precepto otorga facultades al Gobierno Federal para establecer reservas nacionales sobre bienes en los que el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible. En él se incorpora al litio y *demás minerales estratégicos para la Transición Energética* (que no se mencionan de forma específica), mismos que en adelante no podrían ser concesionados. De la misma forma, se establece que correspondería exclusivamente a la Nación el área estratégica de la electricidad, lo que incluye la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de energía eléctrica.

Lo anterior dismantlaría por completo el Mercado Eléctrico Mayorista, el cuál operaba en condiciones de competencia para aquellos sujetos que ofrecieran los menores precios posibles,¹⁴¹ abriendo paso de nueva cuenta al monopolio estatal que los años y las finanzas públicas demostraron inviables para el crecimiento del sector eléctrico nacional.

¹⁴¹ Instituto Nacional de Electricidad y Energías Limpias, Mercado Eléctrico, Boletín IIE, disponible en <https://www.ineel.mx/boletin042016/BIIE-04-2016.pdf>, pp. 161

En la adición de un nuevo párrafo séptimo, se establece la Transición Energética, un concepto que trata de constitucionalizar la utilización sustentable de todas las fuentes de energía con las que dispone el país, reduciendo emisiones y estableciendo la creación de las políticas necesarias para cumplir dichos objetivos

Finalmente, el párrafo séptimo, ahora octavo, suprimiría también el término de *Empresas Productivas del Estado* para sustituirlas por *Organismos del Estado*, en correspondencia a la modificación del artículo 25.

2.7.3 Modificaciones al artículo 28

La reforma constitucional modificaría el párrafo cuarto (aquel que establece que no constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera estratégica, así como su rectoría sobre áreas prioritarias) reintegrando a su contenido el concepto de electricidad en cuanto a su generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento. Una vez más, eliminando por completo la competencia en el sector eléctrico y dándole todos los recursos y facultades al jugador Estatal.

Se incorpora al litio y demás minerales estratégicos (sin dar certeza de cuáles son), incorporando a las industrias que formen parte de la Transición Energética como área prioritaria, a condición de que se trate de empresas de capital nacional públicas, privadas y sociales. Lo cuál, es un claro agravio al principio de no discriminación en el campo de las inversiones.

Se adiciona un nuevo párrafo sexto para designar a la CFE como organismo del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propio, responsable de la electricidad como área estratégica y del Sistema Eléctrico Nacional, así como de su planeación y control, autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Asimismo, lo nombra como el organismo responsable de la

Transición Energética en materia de electricidad. Es decir, lo posiciona como actor preponderante en un mercado cuyas reglas va a elegir como responsable del sector eléctrico, haciendo a un lado la competencia en la industria.

De la misma forma, se adiciona un nuevo párrafo séptimo en el que se establece que la CFE garantizaría al menos 54% de la energía que requiera el país, dejando hasta el 46% para la participación privada. Este mismo párrafo establecería que el servicio público de abastecimiento sería prestado de forma exclusiva por la Comisión, que podría adquirir energía del sector privado para el corto y largo plazos.

Finalmente, eliminaría el párrafo octavo por el que se establecen las operaciones de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de energía, antes que con la Reforma Energética de 2013 estaban encomendadas al fomento del desarrollo eficiente de sus respectivas industrias, promoviendo la competencia en el sector y protegiendo los intereses de los usuarios finales.¹⁴²

2.7.4 Régimen transitorio

En virtud de dicha reforma constitucional, que entraría en vigor al siguiente día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, los permisos de generación eléctrica otorgados y los contratos de compraventa de electricidad con el sector privado se cancelarían, al igual que todas aquellas solicitudes pendientes de solución. Ante la óptica de diversos expertos, dicha determinación haría las veces de una expropiación indirecta ante los ojos del derecho internacional de las inversiones, temática que será objeto de estudio específico en los siguientes capítulos del presente trabajo.

¹⁴² CÁRDENAS, Jaime, Alcance de las Resoluciones emitidas por la Comisión Reguladora de Energía, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, pp. 28

Respecto a la CFE, esta determinaría las tarifas de las redes de Transmisión y Distribución, así como las tarifas para usuarios finales, convirtiéndose en un solo Organismo del Estado responsable del área estratégica de electricidad, absorbiendo a la CENACE y suprimiendo la separación legal de sus empresas subsidiarias y filiales, subsistiendo sólo CFE Telecomunicaciones e Internet para Todos, así como las Filiales CFEnergía, CFE Internacional y CFE Capital, pudiendo crear aquellas otras que se consideraran convenientes. A cargo de la Comisión quedarían entonces los procedimientos para despachar las centrales por mérito económico.

El 46% de la energía eléctrica requerida en el país sería aquella que se sustentó a los modelos que ahora serían anulados de centrales de Productores Independientes de Energía, sin considerar atribuidos excedentes, las Subastas de Largo Plazo, Centrales Eléctricas de Autoabastecimiento auténtico que hayan operado en términos de la antigua Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Dichas centrales podrían operar generando electricidad para que esta fuese comprada por CFE a través del CENACE, para lo que se celebrarían contratos de cobertura financiera bilateral de largo plazo, mientras que a corto plazo, la energía se adquiriría del sector privado conforme a los menores costos de producción.

Asimismo, se menciona que ni la generación procedente de modificaciones a los permisos de autoabastecimiento otorgados contra lo establecido por la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica ni la generación excedente de Productores Independientes de Energía derivados de permisos sobrepuestos a permisos originales serían reconocidos.

En materia ambiental, se dan por cancelados los certificados de Energías Limpias, uno de los pocos instrumentos de política pública con los que cuenta el Estado Mexicano para incentivar la inversión en energías diversas a las convencionales sin remplazarlos por otro mecanismo que lo sustituya.

Lo anterior podría aportar a que el Estado Mexicano deje de cumplir con diversos de los instrumentos y obligaciones internacionales celebrados a nivel internacional en materia ambiental, sin embargo, el tema es también objeto de estudio específico más adelante.

Una vez divisadas las diversas problemáticas que traerían consigo las modificaciones planteadas por el Ejecutivo Federal en cuestiones de competencia económica, libre concurrencia y sustentabilidad, existen diversos mecanismos tanto de derecho doméstico como de derecho internacional a los que pueden recurrir los inversionistas en defensa de sus derechos. Si los cambios antes planteados se aprueban e implementan en sus términos, uno de los caminos obvios para las empresas extranjeras sería el arbitraje de inversión, exigiendo el pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por el Estado Mexicano. Para analizar si lo anterior es viable, es de la mayor relevancia analizar los principios y fundamentos básicos del Derecho Internacional de las Inversiones, así como el papel que ha ocupado México en diversos procedimientos en los que ha sido tanto absuelto como condenado.

CAPÍTULO TERCERO

MÉXICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

3.1 Introducción

En el ámbito económico, el economista John Clendenin propone que en el sentido amplio y habitual del término, 'inversión', es cualquier activo o derecho de propiedad adquirido o mantenido con el propósito de conservar determinado capital o generar ingresos¹⁴³.

El diccionario del MIT la define como el flujo de erogaciones destinadas a proyectos que produzcan bienes no destinados para consumo inmediato¹⁴⁴. Mientras tanto, en términos de derecho, para Pérez Miranda se trata de un acto o conjunto de actos jurídicos en virtud de los cuáles una persona, física o moral, organiza una actividad productiva o adquiere derechos patrimoniales o corporativos de una empresa.¹⁴⁵

Estas son algunas de las acepciones de inversión desde la academia, pero es de relevancia señalar que son varios los instrumentos internacionales que en aras de intentar brindar la mayor seguridad jurídica posible, dedican sus páginas a tratar de definir qué debe entenderse por dicho concepto. Es el caso del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), que en el apartado de definiciones con el que inicia su capítulo 14, pone sobre la mesa varias ideas de importancia, afirmando que, inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga ciertas características, incluidas aquellas tales como un compromiso de capital u otros

¹⁴³ CLENDENIN, John, Introduction to investments, McGraw-Hill Book Company Inc, United States of America, 1930, pp.2

¹⁴⁴ PEARCE, David, The MIT Dictionary of Modern Economics, The MIT Press, Massachusetts, 1992, pp. 1992

¹⁴⁵ PEREZ, Rafael, Régimen Internacional y Nacional de la Inversión Extranjera, Editorial Porrúa, México, 2011, pp.88

recursos, la expectativa de obtener ganancias, utilidades o la asunción de un riesgo. Al respecto, el texto termina por enlistar lo que una inversión puede incluir:

- Una empresa
- Acciones, valores y otras formas de participación en el capital de una empresa
- Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos,
- Futuros, opciones y otros derivados
- Contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares
- Derechos de propiedad intelectual
- Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares y
- Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y derechos de propiedad relacionados, tales como gravámenes, hipotecas, garantías en prenda y arrendamientos.

El cuerpo normativo es muy preciso en indicar también lo que no debe entenderse por inversión, dejando fuera todo tipo de órdenes o sentencias presentadas en acciones judiciales o administrativas, así como reclamaciones pecuniarias. Cabe mencionar que los criterios en el texto del T-MEC para describir lo que es una inversión son mucho más específicos de lo que indicaba el artículo 1139 del TLCAN, en el que el concepto no incluía valores o formas de participación en el capital de una empresa, así como derechos de propiedad intelectual, entre otros.

A pesar de que en materia internacional el concepto de inversión se ha delimitado de forma ámpliamente casuista por los Tribunales, podemos concluir que, en términos generales, la inversión no es sino la colocación de recursos en un negocio, proyecto o similares con el objeto de mantenerlos y sobre todo de obtener una utilidad por ello. El fenómeno es profundamente complejo y por años ha sido estudiado por las ciencias económicas.

Respecto al Derecho Internacional de las Inversiones, de conformidad con lo propuesto por Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas, tanto la materia, como los criterios y estándares de trato a la inversión extranjera tienen como origen al derecho consuetudinario internacional, así como al cada vez más desarrollado derecho convencional internacional.¹⁴⁶

Se trata de una disciplina que en muchas ocasiones se encuentra conceptualmente atrapada entre los enfoques provenientes del arbitraje comercial y aquellos propios del derecho internacional público. Conforme a algunos autores, la función del derecho internacional de inversiones es proveer un marco legal para fundar un orden económico internacional en el que las relaciones de inversión tengan lugar con base en principios de protección que avalen los estándares del estado de derecho en el trato a los inversores extranjeros y haciendo uso de instrumentos como el arbitraje, mismos que terminan por unirse como herramientas de gobernanza global.¹⁴⁷

A continuación se procede a hacer estudio de algunos de sus principios fundamentales, con el propósito de más adelante, realizar un análisis específico de las posibles violaciones en las que incurriría el Gobierno Mexicano al avalar las ya estudiadas reformas a la Ley de la Industria Eléctrica.

3.2 Tratados de Inversión

Los tratados internacionales en materia de inversión tienen por objeto de fijar las reglas del juego tanto para aquellos que asumen un riesgo como inversionistas

¹⁴⁶ LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, POSADAS, Alejandro, *Inversión y Derecho Internacional de la Inversión Extranjera*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Vol. VI, México, 2006.

¹⁴⁷ DE BRABANDERE, Eric, *International Investment Law in Latin America*, Brill Nijhoff, Leiden, Netherlands, 2016, pp.25

colocando sus recursos en el mercado de un país distinto al que son nacionales, como para los Estados que tratan de hacer sus legislaciones cada vez más atractivas y dinámicas para los capitales extranjeros, promoviendo así el crecimiento y desarrollo de sus economías.¹⁴⁸ A través de estos instrumentos, dos o más países acuerdan terminar o reducir obstáculos que pudiesen desincentivar o poner barreras al flujo de inversiones provenientes del exterior, mientras a la par, conservan la independencia de poder determinar sus propias políticas comerciales frente a otros países.

Desde el primer Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la República Federal Alemana y Pakistán en 1959, el número de estos instrumentos internacionales se ha multiplicado de manera exponencial. Según datos oficiales, para el año de 1980 se había suscrito apenas un número estimado de 385 acuerdos internacionales de inversión, para 2003 ya eran 2676 y en el 2020 la UNCTAD registró una cantidad de 3,300 alrededor del mundo.¹⁴⁹ Incluso, a pesar de la contingencia sanitaria derivada de la pandemia de Covid-19, en 2021 el mismo órgano reportó la celebración de 21 nuevos tratados de esta naturaleza, siendo Reino Unido el Estado más activo en sus intenciones de mantener relaciones comerciales con diversos países después del Brexit.¹⁵⁰

De conformidad a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, existen varias condiciones que resultan determinantes para que un país se vuelva atractivo como receptor de inversión extranjera, entre ellos se encuentran **(i)** el marco de política general hacia la inversión extranjera (refiriéndose a estabilidad económica, política y social, además de la legislación sobre la materia), **(ii)** variables económicas como el tamaño del mercado, el costo de los recursos y

¹⁴⁸ LABARIEGA, Pedro, Marco Regulatorio de la Inversión Extranjera Directa en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 467

¹⁴⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2020, 2020, pp.45, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf

¹⁵⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2021, 2021, pp. 20, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_overview_es.pdf

otros insumos como la mano de obra además de la disponibilidad de los recursos naturales y **(iii)** las llamadas medidas de facilitación (también conocidas como incentivos de inversión) enfocadas en las clases empresariales.¹⁵¹

Es de gran importancia recalcar que ningún tratado de inversión es idéntico a otro, pero sí existen diversas similitudes y hasta en ocasiones generalidades en cuanto a su estructura. Existen tres grandes rubros que si bien pueden no hallarse en el mismo orden, sí son considerados en la mayoría de los acuerdos.

En primera instancia se encuentra una parte sustantiva de la materia, por así decirlo, en ella se encuentran plasmadas las diversas garantías y principios que los Estados suscriben en aras de fomentar la inversión extranjera. En un segundo apartado se tratan temas adjetivos en cuanto al ámbito de aplicación material y temporal, así como los mecanismos de solución de controversias e incluso los procedimientos a seguir en caso de posibles incumplimientos por parte de los signatarios, que deberán someterse a procedimientos de consulta y negociación o incluso llegar a arbitraje. Finalmente, también es común encontrar un apartado dedicado a establecer definiciones para los efectos del acuerdo comercial.¹⁵²

Entre las garantías más importantes plasmadas en la parte sustantiva usualmente se puede encontrar a los principios de trato nacional, de nación más favorecida y trato mínimo, además de aquellos relativos a apertura sectorial, requisitos de desempeño, transferencias y de expropiación e indemnización. Dichos principios, por su gran relevancia en el presente trabajo, serán estudiados más adelante.

¹⁵¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, El Papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los Países en Desarrollo, 2009, pp. 14, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20095_sp.pdf

¹⁵² GRANATO, Leonardo, La Protección Internacional del Inversor Extranjero a través de los Acuerdos Bilaterales de Inversión, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Vol. VIII, Universidad de Nariño, Colombia, 2007, pp. 52

3.3 México en la Protección Internacional de las Inversiones

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, los Tratados y Convenciones Internacionales signadas por el Estado Mexicano deben ser consideradas como Ley Suprema de la Unión. Ello, si se cumple con diversos requisitos establecidos en la misma Carta Magna, como haber sido celebrados por el Ejecutivo Federal, así como aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la Constitución. En materia de comercio internacional, México ha celebrado un gran número de instrumentos cuyo propósito es el de incentivar la inversión extranjera. Comenzando por los Tratados de Libre Comercio, estos son definidos por Morones Lara de la siguiente forma:

Se trata de un conjunto de reglas para fomentar el intercambio comercial de bienes, servicios y flujos de inversión en una región estratégica, mediante la eliminación progresiva de los aranceles o impuestos que pagan los productos para entrar a otro país, el establecimiento de normas que deben ser respetadas por los productores de las partes y la reacción de mecanismos para resolver las diferencias que puedan surgir.¹⁵³

En este sentido, la adhesión a dichos instrumentos internacionales puede significar grandes ventajas competitivas para un país, además de fungir como un antecedente de gran relevancia a la construcción bloques o regiones económicas complejas en las que a través de reglas y procedimientos claros se construyen largas cadenas de suministros que se conviertan en un elemento primordial para el crecimiento y desarrollo de las economías signatarias.

¹⁵³ DÍAZ, Luis y MORONES, Laura, Inversión extranjera: derecho mexicano y derecho internacional, Themis, México, 2001, pp. 57

En el caso de México, de conformidad con información oficial de la Secretaría de Economía¹⁵⁴, el país cuenta con una red de 14 Tratados de Libre Comercio con 50 Países que son base en la política económica y comercial del país. Para efectos del presente trabajo cabe señalar que doce de dichos tratados cuentan con apartados específicos en materia de inversiones. Para su para mejor referencia, se enlistan a continuación:

No.	País	Nombre
1.	Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia	Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros (TLCUEM)
2.	Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Vietnam	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT)
3.	Chile	Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos
4.	Chile, Colombia y Perú	Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico
5.	Colombia	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia.
6.	Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua
7.	Estados Unidos y Canadá	Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC)
8.	Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
9.	Japón	Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón

¹⁵⁴ Secretaría de Economía, Comercio Exterior, Países con Tratados y Acuerdos firmados con México, disponible en <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-externor-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published> (consultado el 5 de diciembre de 2021)

10.	Panamá	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá
11.	Perú	Acuerdo de Integración Comercial entre los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú
12.	Uruguay	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay

En dichos apartados México y demás Estados contratantes establecen directrices generales respecto al comercio de bienes, disposiciones legales, administrativas, medidas relativas a la normalización, sobre comercio de servicios, propiedad intelectual, compras de gobierno, solución de controversias y excepciones, entre otras. A través de su entrada en vigor, estos acuerdos establecen ventajas competitivas a las partes frente a terceros, dando paso a la ya mencionada formación de bloques económicos regionales con influencia económica y política que se ve potenciada frente a terceros.

Aunado a todo este entramado de instrumentos es relevante hacer mención de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI): instrumentos internacionales basados en concesiones entre los países cuyo diseño busca fomentar flujos de inversión y brindar certeza a inversionistas extranjeros. Al igual que los tratados de libre comercio, favorecen un marco de protección y “piso parejo”, además de que erigen un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en caso de caer en incumplimientos o transgresiones a los derechos de las partes.¹⁵⁵ El objeto de los APPRI es el de consagrar prerrogativas que protejan a los inversionistas y obliguen a los Estados a respetarlas en el plano internacional a través de diversos procedimientos.

Con el propósito de convertirse en uno de los destinos mundiales más atractivos para la inversión extranjera, desde el año de 1985 México ha suscrito una

¹⁵⁵ LABARIEGA, Pedro, op.cit. pp. 472

red de 30 APPRIs con países que van desde Suecia a Trinidad y Tobago, Hong Kong, Emiratos Árabes, Cuba y Kuwait en aras de fomentar el intercambio de capitales, tecnologías y crear cada vez más y mejores empleos.¹⁵⁶

A continuación se hará estudio de algunos de los principios más relevantes que conforman la parte sustantiva de los tratados y que resultan eje primordial del Derecho Internacional de las Inversiones al establecer el trato y protección debidos a las inversiones extranjeras que los Estados se comprometen a garantizar. Esto con el objeto de identificar más adelante qué principios estarían siendo transgredidos por México al promulgar la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica.

3.4 Trato Nacional

Conforme al Glosario de Términos de la Organización Mundial del Comercio, el Principio de Trato Nacional es aquel en virtud del cuál un país concede a los nacionales de otro el mismo trato que otorga a los suyos.¹⁵⁷ Los apartados o capítulos refiriéndose a trato nacional son de los más comunes y pueden ser encontrados en la mayoría, sino es que en casi todos los Tratados Bilaterales de Inversión.

Conforme a estos, impuestos o cualquier tipo de cargas domésticas como leyes, reglamentos y/o prescripciones no deben aplicarse a productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional, es decir, se obliga a los países contratantes a establecer un piso parejo, privilegiando condiciones de competencia iguales tanto para los productos nacionales como para los productos importados después de que respecto a estos últimos se hayan pagado los derechos

¹⁵⁶ Secretaría de Economía, ¿Qué son los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIs), disponible en <https://www.gob.mx/se/articulos/que-son-los-acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones-appris> (consultado el 5 de diciembre de 2021)

¹⁵⁷ World Trade Organization, Glossary of Terms, disponible en: https://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/national_treatment_e.htm

de aduana correspondientes. Dicho principio busca además que la producción, venta, transporte o distribución (entre otras actividades) de bienes o mercancías objeto de concesiones recíprocas en materia arancelaria no se hagan nulas o se vean socavadas debido a medidas internas.¹⁵⁸

Es claro que cualquier acto contra dicho principio resultaría discriminatorio, lo que iría contra la política de apertura comercial y multilateralismo además del intercambio eficiente de bienes desde un punto de vista económico. De conformidad con González de Cossío, existen tres cuestiones analizadas en cuanto a una violación de trato nacional:¹⁵⁹

1. Comparadores (criterios que pueden ser utilizados para compararse)
2. Trato recibido (determinar si existe un trato diferenciado)
3. Intención del Estado

Respecto al primer punto, frecuentemente se hace uso del criterio de *circunstancias similares* para calificar el trato brindado. Si bien en ocasiones hace una mera referencia al giro comercial del accionante o pone especial atención en si este es competencia directa del comparador, existen muchas otras ocasiones en las que resulta de interpretación más amplia y compleja según el caso específico.

En cuando al trato, debe determinarse si es diferente y está justificado. Entre las medidas que pueden ser discriminatorias existen tanto *de iure* como *de facto*, mientras que las primeras se basan en instrumentos normativos que de forma directa crean una ventaja competitiva para los nacionales, las segundas hacen referencia a aquellas medidas que si bien no tienen apariencia de discriminatorias, sí lo son cuando se aplican efectivamente.¹⁶⁰

¹⁵⁸ DOLZER, Rudolf, National Treatment: New Developments, International Centre for Settlement of Investmen Disputes, 2005, Paris, pp.6

¹⁵⁹ GONZALEZ de Cossío, Francisco, Arbitraje de Inversión, Porrúa, México, 2009, pp. 122

¹⁶⁰ Ibid, p. 132

La razonabilidad o justificación de las medidas no es calificada con un método específico, pues esta debe ser analizada casuísticamente. Por su parte, en algunas ocasiones se estudia si existe una intención por parte del Estado anfitrión de erigir medidas que resulten discriminatorias desde su diseño inicial, lo cuál pondría a los inversionistas extranjeros en una situación de desventaja. Sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que la demostración de dichas intenciones Estatales no es esencial, pues basta con que en el plano fáctico las providencias realizadas por este sean tendientes a proteger la producción nacional.

3.5 Trato de la Nación Más Favorecida

De conformidad con la UNCTAD, este principio garantiza que un país anfitrión otorgue a un inversionista extranjero cubierto y a sus inversiones, según corresponda, un trato que no sea menos favorable al que otorga a los inversionistas extranjeros de un tercer país.¹⁶¹ Su propósito, al igual que en el caso del Principio de Trato Nacional es el de evitar medidas o conductas discriminatorias contra los productos de un país determinado y funge como uno de los pilares del sistema multilateral de comercio, pues de no existir, existiría una distorsión en la competencia entre inversionistas basada en consideraciones de nacionalidad.

Schwarzenberger resumió el principio estableciendo que, en materia de trato de nación más favorecida “la ventaja de cualquiera se convierte en la ganancia de todos”, pues de concederse una prerrogativa a un producto de algún país, esta es captada por todos los demás, que en adelante deberán ser acreedores del mismo tratamiento¹⁶². En caso de que un Estado otorgue a otro un trato Favorable, aquellos terceros cubiertos por una cláusula de nación más favorecida acrecentan en aquel mismo beneficio.

¹⁶¹ United Nations Conference on Trade and Development, Most Favored Nation Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20101_en.pdf

¹⁶² GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, op.cit., pp. 172

En materia de redacción, este principio suele establecerse en cláusulas por virtud de las cuales cada Estado Contratante debe tratar a inversionistas de otro Estado Contratante en forma no menos favorable en comparación a cómo trata a inversionistas de cualquier país tercero. No existe debate en que dicho principio abarca derechos sustantivos que se establecen en los acuerdos de inversión, sin embargo las opiniones están divididas respecto a si es posible reclamar temas de naturaleza adjetiva o procesal de la misma manera.

Respecto a lo anterior, destaca el criterio establecido en el caso de Maffezini, por el que se dio paso a que el reclamante invocara una cláusula de Nación Más Favorecida para aplicar cláusulas arbitrales más amplias pactadas en otros instrumentos de inversión¹⁶³, contraviniendo otros de relevancia como el Salini, cuya naturaleza es mucho más restrictiva.

3.6 Trato Justo y Equitativo

Dicho principio se establece a menudo como parte de la protección integral que debe prestar un Estado receptor hacia los inversionistas extranjero, sin embargo, los Tratados Bilaterales de Inversión no explican el concepto de forma clara y concisa, por lo que su contenido ha sido ampliamente discutido y develado de forma casuística a la luz de diversos acuerdos bilaterales, así como por medio de la interpretación y jurisprudencia de organismos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Dicho lo anterior, parece imposible poder entregar una sólo definición unívoca del principio, pues son variadas las ocasiones en que la doctrina y la

¹⁶³ FIGUEROA, Kenneth, La jurisprudencia sobre las cláusulas de nación más favorecida, un intento de llegar a un marco analítico consistente, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp.300

jurisprudencia lo han interpretado sin que se logre modelar una definición que ciña íntegramente sus alcances.¹⁶⁴

De conformidad con la interpretación realizada en 2001 por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, el “Trato Justo y Equitativo”, no requiere más que el estándar mínimo brindado por el Derecho Internacional Consuetudinario. Cabe mencionar que el T-MEC adopta en su texto dicho criterio.

En la actualidad las garantías de trato mínimo y de trato justo y equitativo son bastante socorridas pues se encuentran involucradas en numerosos procedimientos de naturaleza inversionista-Estado, y dada su abstracción, suele dársele un alcance bastante amplio. De conformidad con el Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos (OEA), este nivel mínimo de trato conforme a Derecho Internacional del que habla la Comisión Libre Comercio del extinto NAFTA versa sobre lo siguiente:

*Se refiere a que el país anfitrión otorgará a las inversiones de inversionistas extranjeros un trato acorde con el estándar mínimo establecido por las normas del derecho internacional consuetudinario. En general, los Estados no cumplirían con el nivel mínimo de trato si sus acciones resultasen en atrocidad, mala fe, o en una insuficiencia de acción gubernamental que estuviera tan por debajo de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería dicha insuficiencia.*¹⁶⁵

Es decir, se trata de un conglomerado de derechos básicos que deben garantizarse a inversionistas extranjeros independientemente del trato otorgado a los nacionales. La vulneración o transgresión de dichos derechos podrían engendrar responsabilidad para el Estado receptor de inversión y da potestad al inversionista

¹⁶⁴ SORNARAJAH, M, The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 204

¹⁶⁵ Organización de los Estados Americanos, Diccionario de Términos de Comercio, Sistema de Información sobre Comercio Exterior, disponible en http://www.sice.oas.org/dictionary/in_s.asp

de iniciar procedimientos en contra de dicho país. Ahora bien, corresponde a quienes interpretan este principio otorgar mayor o menor flexibilidad al mismo y posibilitar su adaptación a condiciones fácticas que afecten a un caso específico, lo cuál parece ser muy útil en cuanto a la reclamación en arbitrajes inversionista-Estado pero también parece soslayar un principio de seguridad jurídica.¹⁶⁶

Existen diversas faltas respecto a temas como falta de debido proceso, denegación de justicia y hasta transparencia que han figurado en laudos como violaciones del estándar de trato justo y equitativo debido a la ausencia de mecanismos locales que brinden condiciones necesarias para el adecuado funcionamiento y crecimiento de las inversiones extranjeras en un país.

3.7 Protección y Seguridad Plenas

Dicho principio, profundamente ligado al anterior y al concepto de trato mínimo ha sido interpretado como la obligación de los Estados de tomar las medidas razonables para evitar o remediar posibles daños a la inversión por actos de figuras tanto gubernamentales como no gubernamentales debido a la falta de estabilidad y de un entorno seguro tanto en el ámbito físico, así como en el comercial y jurídico. A pesar de haberse establecido que la protección y seguridad plenas no requieren cargas adicionales a las requeridas por el nivel mínimo de trato a los extranjeros (que resulta propio del derecho internacional consuetudinario), las interpretaciones del principio son variadas y hasta en algunas ocasiones contradictorias, lo que causa gran dificultad para definir su alcance total.¹⁶⁷

Respecto a la seguridad física, en *Saluka Investments vs. República Checa* se reconoció que el estándar de protección y seguridad plenas se aplica de forma

¹⁶⁶ GOLDENBERG, Mónica, *Trato Justo y Equitativo en Materia de Inversión Extranjera*, Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile, Chile, 2007, pp. 20

¹⁶⁷ MALIK, Mahnaz, *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*, International Institute for Sustainable Development, 2011, pp

esencial cuando la inversión se ve afectada por conflictos civiles y violencia física, por lo que la cláusula en la que se establece el principio no pretende cubrir más que la integridad de las inversiones contra el uso de la fuerza, asimismo, en *Eastern Sugar vs. República Checa*, el Tribunal interpretó que dicho principio se refería a la obligación del Estado de proteger al inversionista de turbas, insurgentes u otros involucrados en violencia física que atentara contra la inversión.¹⁶⁸

Cabe señalar que en el ámbito jurídico también existe la obligación de los Estados de brindar una determinada seguridad legal para las inversiones. En *CME vs. República Checa* el Tribunal se pronunció en el sentido de que en virtud de este principio, el Estado receptor estaba obligado a asegurar que ni por enmienda de su ley ni por acciones de sus órganos administrativos se retirarían o devaluarán las garantías y protecciones acordadas y aprobadas en favor de los inversionistas extranjeros. Sin embargo, en *Lauder vs. República Checa* el Tribunal negó una violación al principio estableciendo que el único deber del estado era garantizarle al inversionista acceso a su sistema judicial.¹⁶⁹

Si bien se trata de un principio fundamental y ampliamente utilizado en la esfera de los Tratados de Inversión, al igual que otros, es también una figura que se ha moldeado de forma irregular y asimétrica, casi siempre de forma casuística a través de la jurisprudencia, por lo que hacer valer presuntas violaciones de su contenido depende en gran medida de cómo se planteen los casos y de cómo se lleve a cabo la interpretación por parte de los Tribunales.

¹⁶⁸ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, United Kingdom, 2008, pp. 150

¹⁶⁹ *Ibid.* pp. 151

3.8 Libre Transferencia de Fondos

El propósito fundamental de dicho principio es establecer la obligación de un Estado de permitir el pago, la conversión y la repatriación de fondos relacionados a una inversión. De conformidad a a la UNCTAD, respecto al diseño de una disposición sobre transferencias existen dos categorías, mientras la primera se relaciona con la obligación general asumida por el país anfitrión, la segunda se relaciona con las principales excepciones a estas disposición.¹⁷⁰

Lo anterior es de relevancia, pues cualquier restricción a la transferencia de capitales podría desembocar en privar efectivamente a un sujeto de su inversión. Como ejemplo, el Acuerdo entre la República de India y el Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección de Inversiones establece que cada parte contratante asegurará a los inversionistas de la otra, sin demora y de forma no discriminatoria, la irrestricta transferencia de fondos y montos de capital adicional utilizados para mantener o incrementar las inversiones, así como los beneficios operativos, dividendos, regalías o ganancias de los nacionales de uno de los Contratantes.¹⁷¹

Respecto a las excepciones de dicho principio, estas se dividen en dos categorías, la primera establece los términos en que un país parte puede imponer nuevas restricciones de forma temporal por razones de balanza de pagos, así como por motivos macroeconómicos. La segunda categoría permite al país anfitrión mantener las restricciones en tanto su economía no esté en condiciones de que dichas limitaciones sean eliminadas (estas últimas se conocen como provisiones transicionales).

¹⁷⁰ United Nations Conference on Trade and Development, Transfer of funds, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 2000, pp. 5, disponible en <https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd20.en.pdf>

¹⁷¹ SCHILL, Stephan, The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, pp. 86

3.9 Cláusulas Paraguas

En términos amplios, las cláusulas paraguas son disposiciones que obligan a los Estados que celebran acuerdos comerciales a cumplir con los compromisos contraídos respecto de un inversionista o de una inversión y que tienen por finalidad la de incluir obligaciones contractuales dentro de los tratados, elevándolos al plano internacional.¹⁷² Pueden encontrarse con diversos nombres en los Tratados Bilaterales de inversión, pero como se ha indicado, su efecto siempre es el de transformar una reclamación contractual en una causal de reclamación bajo derecho internacional por la violación de un contrato fundada en el principio de *pacta sunt servanda*.¹⁷³

Un ejemplo de dicha cláusula es el artículo 10(2) del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI México-Suiza), misma que es del tenor literal siguiente:

Cada Parte cumplirá cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte.

Queda duda entonces de si el Estado se asume como obligado solidario frente al inversionista por el cumplimiento de todas las obligaciones que se realicen respecto a la inversión, de si los Tribunales pueden conocer de todos los problemas relacionados a esta o si el Estado se obliga únicamente respecto a los compromisos directamente adquiridos con el inversionista. El debate respecto a los alcances de estas cláusulas es amplio en la jurisprudencia, pues si bien algunos criterios niegan su presunto efecto de convertir un incumplimiento contractual en una violación al

¹⁷² YANNACA-SMALL, Katia, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment Agreements, 2006, pp. 8

¹⁷³ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, op. cit., pp. 154

derecho internacional, algunos sí lo reconocen, mientras que otros se limitan a concederles efectos parciales.

En *Joy Mining vs. Egipto*, el tribunal afirmó que no se podía sostener que una cláusula insertada de forma no prominente en un Tratado tuviese el efecto de amparar cualquier tipo de controversia contractual bajo la protección del TBI.¹⁷⁴ Por otra parte, en *Noble Ventures vs. Rumania* se dictó que una cláusula paraguas es generalmente vista como transformadora de obligaciones de derecho municipal en obligaciones directamente reconocidas en derecho internacional, concediéndole efectos amplios.¹⁷⁵

Este tipo de cláusulas agregan una capa más de protección para los inversionistas que implicaría dos compromisos, el primero respecto a la relación Estado-inversionista y el segundo, en virtud del Tratado por el que los Estados afirman que cumplirán sus obligaciones con los inversionistas. Mientras que para algunos es una forma de constriñir a los Estados, para otros se trata de un avance por el que se avanza en la protección de derechos.¹⁷⁶

3.10 Cláusulas de estabilización

Las cláusulas de estabilización son aquellas contenidas en acuerdos comerciales celebrados típicamente entre un estado anfitrión y un inversionista extranjero, y en virtud las cuales el primero se compromete a mantener la estabilidad del marco regulatorio o económico aplicable al contrato o proyecto del inversor por un tiempo determinado. La redacción de estas cláusulas puede variar de forma significativa

¹⁷⁴ *Joy mining vs. Egipto*, Laudo de jurisdicción, CIADI, Caso Nº ARB/03/11, 2004, pp. 81.

¹⁷⁵ *Noble Ventures vs. Rumania*, Laudo final, CIADI, Caso Nº ARB/01/11, 2005, pp 53.

¹⁷⁶ GONZALEZ de Cossío, Francisco, ¿Cuándo Pacta es Servanda?, Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 331

entre unas y otras debido a que, según el caso concreto, pueden abarcar diversos campos.¹⁷⁷

Un ejemplo de dicha cláusula puede ser encontrado en el Convenio entre la República Argentina y la República de Panamá para la promoción y la protección recíproca de inversiones, cuyo artículo tercero establece que ninguna de las partes contratantes debía tomar medidas de expropiación o nacionalización ni ninguna otra medida que resultara similar, incluyendo en este ámbito a la modificación y derogación de leyes que pudiesen tener el mismo

En *Total vs. Argentina*¹⁷⁸, las cláusulas de estabilización fueron consideradas como aquellas que se insertan en contratos estatales celebrados entre inversionistas extranjeros y Estados receptores, cuyo efecto previsto no es sino el de congelar el marco jurídico del anfitrión durante un tiempo determinado, por lo que la adopción de cualquier cambio en éste sería considerado como ilegal.

La inclusión de dichas cláusulas, usualmente adicionadas a los Tratados por solicitud e interés de los inversionistas, podría verse como una figura frontal en contra de la soberanía de los Estados y su potestad de fijar los lineamientos y directivas de política pública y económica que consideren adecuados en aras del interés público. Al igual que en materia de cláusulas paraguas, no existe una homogeneidad de criterios en cuanto a sus alcances, ejemplo de ello son procedimientos iniciados por BP, *Texaco* y *Liamco* contra acciones expropiatorias realizadas por Libia en los 70's. En los tres casos los contratos de concesión estaban diseñados para proteger a los inversionistas contra cambios regulatorios.

Mientras que en la decisión de BP se afirmó que la medida era discriminatoria y no se enfocaba en la cláusula de estabilización, el de *Texaco* fue resuelto en el

¹⁷⁷ GJUZI, Jola, *Stabilization Clauses in International Investment Law, A Sustainable Development Approach*, Springer Nature, Switzerland, 2018, pp. 11

¹⁷⁸ *Total vs. Argentina*, Decisión de Responsabilidad, CIADI, Caso N° ARB/04/1, 2010, pp. 102.

sentido de que el Estado, haciendo uso de su soberanía, había decidido obligarse en términos del acuerdo, por lo que en virtud del principio *pacta sunt servanda*, la expropiación era nula, por lo que la concesión seguía surtiendo efectos. Finalmente, en el caso de *Liamco*, se determinó que la cláusula de estabilización no afectaba el derecho soberano del Estado de expropiar el contrato, que la violación a este último no debía ser elevada al campo internacional y que una restitución *in integrum* significaría una interferencia directa en la soberanía del Estado anfitrión.

3.11 Expropiación o Medidas Equivalentes a Expropiación

Mientras que Acosta Romero señala que la expropiación por causa de utilidad pública es un acto jurídico de Derecho Público por el que el Estado impone al particular la transferencia de propiedad,¹⁷⁹ Martínez Morales afirma que se trata de un acto unilateral de la administración pública para adquirir bienes de los particulares por causa de utilidad pública y mediante indemnización.¹⁸⁰

En materia de derecho internacional la expropiación toma otros matices y se refiere a la privación de la propiedad privada por un Estado, generalmente involucrando la transferencia de derechos de propiedad al Estado o un tercero. Los Tribunales se han referido al respecto y en el Laudo Final de *Sempra vs. Argentina* se definió como la transferencia forzada de la propiedad del inversionista al Estado o beneficiario escogido por el Estado.¹⁸¹

No se trata de una acción que sea considerada ilegal internacionalmente si se lleva a cabo cumpliendo diversos requisitos: (i) Que esté motivada por causa de interés público, (ii) realizada de forma no discriminatoria, acorde con directrices y

¹⁷⁹ ACOSTA, Miguel, Segundo curso de derecho administrativo, Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 578

¹⁸⁰ MARTÍNEZ, Rafael, Derecho Administrativo, 2º. Curso, Oxford University Press, México, 2012, pp. 38

¹⁸¹ *Sempra vs. Argentina*, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB/02/16, 2007, pp. 280.

principios de legalidad y debido proceso, tomando en cuenta que por ella (iii) debe mediar una indemnización pronta, adecuada y efectiva.¹⁸²

En la gran mayoría de instrumentos internacionales relativos a inversión signados por el Estado Mexicano fungen dichos requisitos, ejemplo de ello es el artículo 14.8 del T-MEC o el 9.8 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico en el que de forma similar se aglutinan las condiciones que deben reunirse en aras de considerar que una expropiación es lícita ante la óptica del Derecho Internacional de las Inversiones.

La utilidad pública, como requisito de la expropiación en los tratados de inversión debe obedecer a una necesidad pública, social y estatal genuina, respaldada por la realidad y no sólo evocada por el Estado receptor sin justificación alguna. La expropiación no debe ser discriminatoria al enfocarse o tener una motivación en la nacionalidad del inversionista y debe llevarse a cabo siguiendo el debido proceso, uno cuyas exigencias fueron señaladas en *ADC vs. Hungría* de la siguiente forma:

*El procedimiento legal debe ser de naturaleza tal que garantice al inversor afectado una oportunidad razonable dentro de un periodo razonable para demandar sus derechos legítimos y para que sus demandas sean escuchadas.*¹⁸³

Finalmente, uno de los puntos centrales y que mayor controversia han provocado en el ámbito jurisprudencial no es sino el de la indemnización, que conforme al discernimiento de los Tribunales debe ser medida de conformidad al valor justo de mercado de la inversión que se expropia, sin embargo criterios como el de *CME. vs. República Checa* se sostuvo que la compensación justa era equivalente a una indemnización total, mientras tanto, otros afirman que lo justo

¹⁸² GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, op.cit., pp. 205

¹⁸³ *ADC. vs. Hungría*, Laudo Final, CIADI, Caso N° ARB/03/16, 2006, pp.432.

puede ser inferior a lo total, pues de no ser así, las indemnizaciones podrían alcanzar montos demasiado onerosos para los Estados, implementando reformas agrarias, nacionalizaciones o que se encuentren en condiciones bélicas.¹⁸⁴

A través de los años, los casos de expropiación directa han ido a la baja y se han convertido en fenómenos poco comunes, sin embargo, los Estados continúan poniendo en práctica diversas acciones o medidas que en el plano fáctico pueden tener las mismas consecuencias respecto a las inversiones extranjeras, estas son conocidas como indirectas, de facto, o también llamadas como medidas equivalentes a expropiación. Al respecto, la UNCTAD se ha referido a dichas medidas haciendo la siguiente descripción, misma que ha sido adoptada como punto de partida en estos casos:

*No es la invasión física de bienes lo que ha sido considerado importante en la determinación de una nacionalización o expropiación, sino la erosión de derechos asociada con las interferencias del Estado con derechos de propiedad.*¹⁸⁵

Por su parte, la decisión de *Tippets* y otros vs. Irán propuso otra una definición al respecto:

*Se reconoce en derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal magnitud que dichos derechos quedan inútiles y deben ser considerados como expropiados, a pesar que el Estado no haya tenido la intención de expropiarlos y que el título legal de propiedad permanezca con el dueño.*¹⁸⁶

A pesar de este acercamiento a lo que puede ser en términos generales una expropiación indirecta, no existe una fórmula única e irrefutable sobre cómo

¹⁸⁴ GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, op.cit., pp. 210

¹⁸⁵ United Nations Conference on Trade and Development, Taking of Property, Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, 2000, pp.20

¹⁸⁶ *Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton vs. Iran*, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB/04/15, 2006, pp. 225.

identificar este tipo de acciones, pues todo depende de las circunstancias y hechos del caso específico, mismos que deben ser valorados de forma casuística.

Mientras que algunos se identifican porque el inversionista pierde el control de la inversión en cuestión, otras se integran debido a interferencias con derechos contractuales, revocación o negación de permisos u hostigamiento hacia los inversionistas o hacia la inversión misma por parte del Estado.¹⁸⁷

El entramado de tratados y acuerdos comerciales signados por el Estado Mexicano se opone directamente a la nacionalización y la expropiación indirecta, haciendo menciones expresas en casi todos sus instrumentos internacionales contra cualquier “medida equivalente a expropiación”. Sin embargo el país se ha visto involucrado en diversos casos en los que ha sido señalado de entablar acciones que por la naturaleza del caso y su coyuntura fueron consideradas por los inversionistas como expropiatorias, al respecto, los Tribunales se pronunciaron obedeciendo a diversos criterios que se mencionan a continuación.

En *Metalclad vs. México*¹⁸⁸ el rechazo de un permiso de construcción por parte de autoridades municipales, seguido de un decreto ecológico que declaraba como reserva protegida el terreno en que se encontraba la inversión, derivó en que un Tribunal se pronunciara declarando que la expropiación prevista en el entonces TLCAN no sólo se refería a una confiscación directa de bienes, sino también a una “interferencia disimulada o bien incidental del uso de la propiedad que tenía el efecto de privar al propietario del uso o beneficio económico que razonablemente podía esperar de la propiedad”, esto incluso si lo anterior no necesariamente significaba un beneficio para el Estado Mexicano.¹⁸⁹

¹⁸⁷ FAYA, Alejandro, ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión?, un análisis contemporáneo, Foro de Arbitraje en Materia de Inversión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 222

¹⁸⁸ *Metalclad vs. México*, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB(AF)/97/1, 2000, pp. 103.

¹⁸⁹ VELÁZQUEZ, Miguel, La controversia en materia de inversiones entre Metalclad Corporation y los Estados Unidos Mexicanos, a la luz del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, pp.554

También en el ámbito de permisos, en *Tecmed vs. México*¹⁹⁰, el Tribunal explicó que la no renovación de una licencia de operación respecto a una inversión materializada en el confinamiento de residuos peligrosos, fungía como una medida equivalente a expropiación pues se había privado al particular de forma radical, irreversible y permanente de la explotación de la inversión. La medida tomada por autoridades mexicanas entonces resultaba de naturaleza drástica e injustificada. En su decisión, el Tribunal estableció que si bien las distintas formas en que se podía manifestar una expropiación no se prestaban a una sola definición, se traducían generalmente en una conducta que de forma explícita no buscan privar al sujeto pasivo de derechos o bienes, pero que en el plano fáctico sí lo provocan.

En el caso de *Waste Management vs. México*¹⁹¹, el inversionista afirmó que la negativa de las autoridades de Acapulco de pagar las cantidades establecidas bajo una concesión pública de recolección y desecho de basura equivalía a una medida equivalente a expropiación pues provocaba una imposibilidad de explotar la inversión. Considerando diversos puntos importantes del caso específico, el Tribunal rechazó esta y otras reclamaciones.¹⁹²

Podemos llegar entonces a la conclusión de que ni las relaciones inversionista-estado ni mucho menos los conflictos que de ellas derivan son ajenas para el Estado Mexicano, que en el caso que nos ocupa y bajo algunos puntos de vista podría estar incurriendo en la violación de diversos de los principios aquí enunciados al promulgar la reforma a la Ley de la Industria eléctrica por los efectos que esta traería a los inversionistas extranjeros y a los capitales que ya han colocado en el mercado mexicano.

¹⁹⁰ *Tecmed vs. México*, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB(AF)/00/2, 2003, pp. 114.

¹⁹¹ *Waste Management vs. Mexico*, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB(AF)/00/3, 2004, pp. 143

¹⁹² FAYA, Alejandro, op.cit. pp. 238

Si bien el estudio y análisis de estas posibles violaciones a diversos instrumentos internacionales en materia de inversión celebrados por México son objeto del siguiente capítulo, previamente debe hacerse estudio de dos figuras centrales y de la mayor relevancia en la materia: El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y finalmente, de forma general y sucinta qué es un arbitraje de inversión.

3.12 El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Entre los diversos espacios en que administran arbitrajes en materia de inversión internacional, el más relevante es sin duda alguna el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), una institución del Banco Mundial que, de conformidad a su información oficial, ha administrado más de 700 casos en la materia tratando de salvaguardar el balance entre los intereses de los inversores y de los Estados.¹⁹³

Fue creado en el año de 1966 por el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (mejor conocido como Convenio de Washington o Convenio CIADI), un instrumento multilateral promovido por el Banco Mundial con el propósito de incentivar la inversión internacional entre países industrializados y otros en desarrollo, tratando de mitigar el riesgo político y económico que esto significa al establecer un foro imparcial en el que puedan ventilarse las controversias inversionista-Estado.¹⁹⁴

El Centro cuenta con diversos procedimientos y mecanismos para la solución de controversias. A través de la mediación, conciliación, el arbitraje y la determinación de hechos, se toman en cuenta las características específicas de los

¹⁹³ Disponible en <https://icsid.worldbank.org/about>

¹⁹⁴ REISMAN, Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, United States, 2021, pp. 9

casos para que, según proceda, una Comisión de Conciliación o Tribunal Arbitral resuelvan no sin antes haber escuchado a las partes y analizado todos y cada uno de sus argumentos.

Hasta septiembre de 2021, 164 Estados habían signado el Convenio CIADI y de ellos 156 depositaron los instrumentos de ratificación correspondientes.¹⁹⁵ El caso mexicano es bastante peculiar, pues si bien, el país hizo uso del CIADI por más de veinte años a través del mecanismo Complementario (aquel que permite a países no miembros hacer uso de la Secretaría del Centro, organismo que administra los arbitrajes), no fue sino hasta el año de 2018 que firmó y ratificó el convenio, mismo que fue promulgado a través de su publicación el 24 de agosto de ese año en el Diario Oficial de la Federación.

Como se ha indicado anteriormente, el riesgo de que el Estado Mexicano pueda ser llevado a diversos procedimientos de naturaleza internacional como los mencionados anteriormente por la promulgación de la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica es alto, por lo que cabe señalar y hacer estudio de las diversas características del o de los procedimientos que conforme al caso, pueden desembocar en que a México se le finquen responsabilidades internacionales y ser objeto de resarcir e indemnizar por los daños ocasionados a inversiones e inversionistas extranjeros.

3.13 El arbitraje de inversión y su naturaleza

El arbitraje de inversión es un tema basto y profundo cuyo estudio específico puede abarcar publicaciones enteras, sin embargo, a continuación se tratará de puntualizar

¹⁹⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes, List of Contracting States and other Signatories of the Convention (as of August 4, 2021), disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/2021_Aug_4_ICSID_3_ENG.pdf

algunas de sus características más relevantes en aras de entender a qué podría enfrentarse el Estado Mexicano de promulgar la reforma que nos ocupa.

De naturaleza mixta¹⁹⁶ (por no estar ubicado en su totalidad dentro del ámbito privado o del público), el arbitraje CIADI tiene lugar entre dos sujetos, por una parte se encuentra un Estado Soberano y por el otro un ente privado en la figura de un inversionista. Para que un caso pueda caer en la Jurisdicción del Centro se deben reunir tres requisitos esenciales:

1. Consentimiento:¹⁹⁷ Ambas partes deben consentir la jurisdicción del CIADI, tomando en cuenta que la adhesión de un Estado al convenio no significa el cumplimiento inmediato de este requisito, pues esta aceptación debe brindarse caso por caso, sin embargo una vez que el consentimiento es otorgado, no hay forma de retirarlo de forma unilateral, además de que implica una renuncia irrevocable a la inmunidad soberana de jurisdicción. Cabe recalcar que en aras de atraer la inversión, es una práctica común que los países se comprometan en leyes o tratados de inversión a someterse a la jurisdicción del CIADI para que, en caso de controversias, estas puedan ser ventiladas vía arbitraje.
2. Requisito personal: Dicho requisito hace referencia a que, como ya se ha dicho, una de las partes debe ser un Estado contratante del CIADI y la otra un inversionista nacional de otro Estado contratante. Cabe resaltar que en este último caso, el inversionista no puede tener la nacionalidad del Estado con el que versa la problemática.¹⁹⁸
3. Requisito objetivo: El cuál se divide a su vez en dos condiciones, (i) que la controversia sea de naturaleza legal (no política o económica, pues

¹⁹⁶ GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, op.cit., pp. 34

¹⁹⁷ REED, Lucy, PAULSSON, Jan and BLACKABY, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, Wolters Kluwer, United Kingdom, 2011, pp 38

¹⁹⁸ MEDINA-CASAS, Hector, Las partes en el arbitraje CIADI, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2009, pp. 218

entonces quedaría fuera de la jurisdicción del CIADI) y (ii) que tenga por objeto una inversión extranjera, concepto que como ya se ha mencionado, se determina de forma casuista según las circunstancias particulares de cada controversia.¹⁹⁹

En cuanto al derecho aplicable al procedimiento arbitral, este se encuentra rígado en su totalidad y de forma exhaustiva por el Convenio CIADI,²⁰⁰ mientras que la elección del derecho de fondo no obedece sino al principio de autonomía de la voluntad respetando las normas de derecho acordadas por las partes. En ausencia de dicho acuerdo el Tribunal correspondiente aplica la Ley del Estado que se encuentra involucrado en la controversia.

El artículo 36 (1) del convenio es claro en Establecer que tanto los Estados como los inversionistas pueden iniciar un procedimiento arbitral presentando una solicitud ante la Secretaría General de la Comisión. Dicha solicitud debe contener toda la información relevante de la controversia, así como respecto a las partes, al consentimiento de estas y a por qué el Centro tendría jurisdicción de resolver el caso concreto. Una vez presentada la solicitud, la Secretaría comprueba que dichos requisitos sean cubiertos y de no ser así, está en la potestad de no registrarla si la considera fuera de la jurisdicción del CIADI. Una vez que se hace registro de la solicitud de arbitraje, se notifica a las partes y procede a constituirse el Tribunal.²⁰¹

Si bien la constitución del Tribunal Arbitral se realiza de conformidad con la voluntad de las partes, que están en su derecho de decidir tanto el número de árbitros como la forma de elegirlos, en caso de no existir un acuerdo al respecto, el

¹⁹⁹ REED, Lucy, PAULSSON, Jan and BLACKABY, Nigel, *op.cit.*, pp. 38

²⁰⁰ Mismas que se encuentran en el apartado de Reglas Procesables Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, disponibles en

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

²⁰¹ ÁLVAREZ, Gabriela, *Las Características del Arbitraje del CIADI*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>

Centro dispone de procedimientos para ello, así como en caso de reemplazo, incapacidad, renuncia o recusación de los árbitros.

De conformidad con la Regla 29 del Convenio, el procedimiento comprende de dos etapas, mientras que la primera se basa en actuaciones escritas, y comprende la solicitud de arbitraje, los memoriales de la parte solicitante y su respectiva contestación entre otras, la segunda se conforma por actuaciones de naturaleza oral, se trata de diversas audiencias del Tribunal para oír a las partes. En el procedimiento se pueden presentar pruebas, así como interrogar a las partes, a sus apoderados así como a testigos y peritos que se manifiesten respecto a la controversia específica.

A pesar de que se prevén diversas actuaciones especiales, una vez que las partes hayan terminado de hacer las presentaciones correspondientes, el procedimiento se declarará cerrado y dentro de los 120 días²⁰² siguientes el Tribunal deberá formular y firmar un laudo que contendrá su decisión respecto a la controversia, cuya copia certificada se enviará a las partes. Es en virtud de dicha resolución que un Estado puede o no estar sujeto a diversas responsabilidades.

Si bien, no hay previsto un instrumento de apelación, sí existen diversos recursos que pueden ser utilizados en aras de combatir los laudos emitidos. El primero se trata de la interpretación, en virtud de la cuál una de las partes solicita aclarar el significado o alcance de una parte o la totalidad de la resolución. En segundo plano se encuentra la revisión, una figura que se basa en el descubrimiento de datos o circunstancias de hecho que por su naturaleza son decisivas y afectan directamente al laudo. Por último está la nulidad, misma que puede solicitarse en caso de que el Tribunal se hubiese constituido incorrectamente, de que se hubiese

²⁰² Dicho plazo puede ampliarse en una ocasión por 60 días más de conformidad con la Regla 46 del Convenio CIADI.

extralimitado en sus facultades, de comprobarse actos de corrupción respecto de un miembro, o que la resolución no explicare los motivos en que fue fundada.²⁰³

Una vez que se ha hecho un estudio tanto del régimen jurídico de la Industria Eléctrica en México, como de los diversos cambios de los que sería objeto por una reforma que busca estatizarla y cerrar de plano el mercado a inversionistas privados, tanto nacionales como extranjeros, a la luz del Derecho Internacional de las Inversiones se puede identificar aquellos principios que el Estado Mexicano está o no transgrediendo en el caso que nos ocupa, por lo que en el siguiente capítulo se hará estudio específico de diversos instrumentos internacionales, tanto tratados como otros acuerdos bilaterales de inversión que estarían siendo transgredidos por la Reforma y que pueden hacer del país un sujeto de responsabilidad internacional.

²⁰³ GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, *op.cit.*, pp. 46

CAPÍTULO CUARTO
VIOLACIONES DE INVERSIÓN, PROBABLE
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MEXICANO

4.1 El sector eléctrico en los acuerdos comerciales suscritos por México

Tal y como se ha estudiado en los capítulos anteriores, el sector eléctrico en México (habiendo nacido como un resultado de inversión nacional y extranjera), se fue cerrando ya no sólo a la inversión proveniente de otros países, sino que llegó a convertirse constitucionalmente en un área estratégica en la que únicamente el Estado tenía la potestad de participar.

Con la promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) la industria eléctrica se ubicó en su capítulo VI, en el que se reconocía al suministro de electricidad como un área estratégica reservada al Estado, sin embargo, se abría también la puerta a la inversión privada en la producción de electricidad destinada a uso propio, así como a la posibilidad de adquirir, construir y operar instalaciones para la generación de electricidad en aras de satisfacer necesidades propias (en el texto se hacía la acotación de que aquella excedente electricidad excedente debía ser vendida a CFE).²⁰⁴ Asimismo, se podían llevar a cabo diversas acciones en cuanto a la producción de Energía Independiente y de cogeneración. Dichas potestades se integraron a la legislación nacional a través de diversas reformas a la entonces Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

Ahora bien, la Reforma Energética del Presidente Peña Nieto a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política abrió un panorama completamente distinto a la inversión extranjera, que se encontraría en adelante protegida por diversos instrumentos bilaterales de inversión que, al momento de realizar el presente

²⁰⁴ CORNEJO, Sarahí, Los efectos del TLCAN en los cambios de la organización de la industria eléctrica en México, Coloquio Internacional “Energía, Reformas Institucionales y Desarrollo en América Latina”, disponible en <https://www.depfe.unam.mx/p-cientifica/coloquio-erdal/11DSarahiAngelesLtt.pdf>, México, 2003, pp. 296

trabajo, ven amenazados sus principios rectores derivado ya no sólo de una reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, sino de forma mucho más frontal ante los intentos de la administración actual de modificar la Constitución.

Una vez que se ha hecho análisis del contenido de las reformas antes mencionadas, así como de los presuntos efectos que tendrían en campos como el libre mercado, la libre competencia, y el panorama ambiental, el objeto del presente capítulo es el de hacer un estudio específico de diversos tratados bilaterales de inversión que se ven infringidos ante dicha problemática, revisando **(i)** cómo contemplan en su contenido a la industria eléctrica, **(ii)** qué derechos de inversión estarían siendo infringidos en el caso particular, y **(iii)** poniendo especial atención en sus apartados o capítulos de solución de controversias, mismos que establecen directivas en virtud de las cuáles pudiese fincársele responsabilidad al Estado Mexicano a través de procedimientos de corte internacional.

4.2 Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico

El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, (En adelante TIPAT), establece los principios, así como las reglas por las que ha de regirse la relación comercial de los once países que integran la región Asia-Pacífico, los cuáles son Canadá, Perú, Chile, Malasia, Vietnam, Nueva Zelanda, Singapur, Brunei, Japón, Australia y México²⁰⁵. Entró en vigor el 30 de diciembre de 2018 y surgió como producto de un mecanismo de articulación política, económica y de integración entre diversos países con el propósito de diversificar el acceso de sus capitales a los mercados de los demás Estados Parte, así como el de facilitar el intercambio de bienes y servicios con nuevos socios en una de las regiones estratégicas más

²⁰⁵ Secretaría de Economía, El TIPAT entra en vigor y abre nuevos mercados para México, Comunicado No.006, disponible en <https://www.gob.mx/se/prensa/el-tipat-entra-en-vigor-y-abre-nuevos-mercados-para-mexico>

importantes en el ámbito global, y recipendaria de poco más del 40% de la inversión extranjera directa en la región.²⁰⁶

Es de la mayor relevancia mencionar que, derivado de la salida de los Estados Unidos de dicho instrumento, los demás Estados Parte tomaron la determinación de suspender diversas obligaciones derivadas de este. Entre las disposiciones suspendidas se encuentran las relacionadas con el capítulo de inversión, lo que impide a los inversionistas extranjeros de llevar sus causas ante el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

A pesar de lo anterior, con el propósito de realizar un análisis académico de cómo las reformas al sector eléctrico planteadas por el Gobierno Mexicano pudiesen ser violatorias de principios de inversión, es que se hace un estudio del TIPAT tal y como si no se hubiesen realizado las suspensiones ya mencionadas.

4.2.1 Régimen de la industria eléctrica en el Tratado

Una vez que la Reforma Energética de 2013 abrió paso al sector privado nacional y extranjero a las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica, la posterior negociación del TIPAT se realizó en esos términos, incluyendo dichos mercados ya en condiciones de liberalización y competencia.

El diccionario de términos de Comercio del Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE) de la Organización de los Estados Americanos, define a una medida disconforme como cualquier ley, regulación, procedimiento o práctica que viola ciertos artículos de un acuerdo de inversión²⁰⁷, ahora bien, en sus notas explicativas, el Acuerdo Comercial que nos ocupa las establece como aquellas

²⁰⁶ ERLANDSEN, Matthias y AGUIRRE, Daniel, “La diplomacia pública de la Alianza del Pacífico: del poder suave al poder digital”, Revista Mexicana de Política Exterior, México, 2017, pp. 147

²⁰⁷ Sistema de Información de Comercio del Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, disponible en http://www.sice.oas.org/dictionary/in_s.asp

medidas existentes de una parte que no se encuentran sujetas a algunas o a todas las obligaciones impuestas por los principios de Trato Nacional, de Nación más favorecida, etc.

En ese sentido, los anexos I y II de Medidas Disconformes establecidos por el Estado Mexicano fueron totalmente claros en cuanto a las excepciones que se establecerían dentro de la industria eléctrica respecto a los principios antes mencionados. El anexo I establece como medidas disconformes respecto al sector energía y el subsector electricidad diversas disposiciones de derecho doméstico entre las que se encuentran los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, los artículos 30, 91, 93 y 130 de la Ley de la Industria Eléctrica, los artículos 5 y 78 de la Ley de la CFE, los 5 y 28 de la Ley de Hidrocarburos, y finalmente el artículo 30 de la Ley de Energía Geotérmica, que se traducen en lo siguiente:

- A través de contratos, los particulares pueden llevar a cabo, entre otras, actividades de financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para que se preste el Servicio Público de Energía Eléctrica, sin embargo, las modalidades de dichos contratos se sujetan a un porcentaje mínimo de contenido nacional determinado por las autoridades nacionales. En ese mismo sentido se hace referencia a un porcentaje mínimo de contenido nacional en cuanto a adquisición, arrendamiento, contratación de servicios y construcción de obras.
- Se establece que en cuanto a las condiciones incluidas en las asignaciones y contratos para exploración y producción, así como en permisos, se deberá dar preferencia a la adquisición de bienes nacionales, y a la contratación de servicios de origen nacional, incluyendo la capacitación y contratación a nivel técnico y directivo de nacionales mexicanos.

- En cuanto a los permisos y concesiones otorgados con el objeto de explotar áreas con recursos geotérmicos para generar energía eléctrica, así como permisos en general al amparo de la LIE, serán otorgados a personas físicas o empresas constituidas conforme a las leyes del país (lo cuál deja abierto sin problema alguno los capitales con los que cuenten o personas que lo conformen siempre y cuando las empresas se constituyan de conformidad a derecho nacional).

Las anteriores medidas fueron registradas por México entonces como excepciones a los principios de Trato Nacional, Requisitos de Desempeño, Acceso a los Mercados y Presencia Local.

En el mismo tenor, el listado de México en el Anexo IV sobre Empresas Propiedad del Estado, prevé las preferencias a que se hace referencia en favor de empresas mexicanas en cuanto a la compra de sus mercancías y servicios cuando se realicen actividades de (i) transmisión y distribución de electricidad, (ii) generación de electricidad mediante uso de combustibles nucleares y (iii) acondicionamiento, transporte, almacenamiento y confinamiento de residuos radiactivos.

Asimismo, indica que el Estado puede requerir un porcentaje determinado de contenido nacional en en cuanto a contratos de transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas natural. De la misma forma, el anexo hace referencia a la asistencia comercial del Gobierno a CFE en aras de llevar a cabo proyectos de suministro de electricidad a comunidades vulnerables, así como de desarrollo económico en las áreas de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural.

Ahora bien, en el anexo II de Medidas disconformes el país estableció una medida de la mayor importancia para la industria y en general todo el sector eléctrico, indicando que en concordancia con los principios establecidos en los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, la planificación y el control del Sistema

Eléctrico Nacional, así como el servicio público de transmisión de energía eléctrica se encontraban reservadas al Estado.

Esto quiere decir que el Tratado cobija dentro de su esfera de protección a las áreas de generación y comercialización de electricidad, así como a las inversiones realizadas en dicho ámbito por los nacionales de otros Estados, lo que conlleva múltiples implicaciones y presuntas responsabilidades en caso de que una de las partes trate de desliberalizar un sector que ya ha sido captado a través de lo que se conoce como una cláusula *Ratchet* o de cremallera. Un mecanismo, que en este tratado se halla en el artículo 9.12, garantizando que cualquier medida de liberalización adoptada de forma autónoma por alguno de los Estados Parte, no se puede reemplazar por medidas más restrictivas.²⁰⁸

Lo anterior resulta bastante problemático ante los intentos del Gobierno Mexicano de estatizar el sector eléctrico en el país y hacer omisos los contratos ya existentes en materia de generación y comercialización que se obtuvieron de forma regulada bajo principios establecidos por las mismas autoridades nacionales, y en ocasiones, a través de subastas públicas en las que, como ya se mencionó previamente, participaron diversas empresas originarias de países como Canadá y Japón, Estados Parte del presente acuerdo comercial, cuyos nacionales e inversiones son objeto de protección de los principios del capítulo que se estudia a continuación.

4.2.2. Capítulo de inversión, disposiciones infringidas

Antes de especificar los principios de inversión infringidos por las modificaciones pretendidas por el Estado mexicano en el sector energético y particularmente en el

²⁰⁸ LATRILLE, Pierre, y LEE, Juneyoung, Service Rules in Regional Trade Agreements: How diverse and how creative as compared to the GATS multilateral rules?, World Trade Organization, disponible en https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201219_e.pdf

eléctrico, es importante mencionar que dichos cambios contravienen diversos de los objetivos generales que se plantean en el capitulo del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.

En cuanto a **Empresas Propiedad del Estado**, entendidas como aquellas dedicadas principalmente a actividades comerciales que pertenecen o son controladas en más del cincuenta por ciento de su capital social por una de las partes signatarias, el capítulo 17 del Tratado establece que los países contratantes deberán asegurar que tanto en la compra como en la venta de productos, mercancías o servicios de una parte, dichas entidades otorguen un trato no menos favorable que el brindado a aquellos similares de cualquier otra. Ahora bien, en cuanto a monopolios designados (como lo es la Comisión Federal de Electricidad en los campos de transmisión y distribución del energético), se establece que dichas entidades no deben incurrir en prácticas anticompetitivas dentro de su territorio que afecten de forma grave el comercio o la inversión entre las Partes.

En el caso de la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, que a través de la modificación de sus artículos 4 y 26 restringiría el acceso abierto a las redes de transmisión y distribución en términos no discriminatorios se quebrantaría con la obligación de que la Empresa Propiedad del Estado (en este caso CFE), no incurra en prácticas anticompetitivas, al tener una injerencia directa en el otorgamiento del acceso a las redes, y pudiendo negarlo sin ofrecer o demostrar criterios de factibilidad que lo justifiquen. Aunado a lo anterior, podría favorecer a sus propias plantas, estableciendo claras barreras a la competencia.

En cuanto a la modificación a los artículos 3 y 53 de la LIE sobre la eliminación de la obligatoriedad de comprar la electricidad a los precios más bajos a través de subastas, se permitiría a la Comisión adquirir energía a su criterio, pudiendo incluso utilizar solamente la generada por sus subsidiarias, lo que eliminaría la competencia entre generadores, incluyendo a aquellos con inversiones de capital extranjero protegidos por el Tratado de referencia.

Por su parte, respecto a la iniciativa de reforma constitucional a los artículos 25, 27 y 28, esta cerraría de golpe el mercado eléctrico mayorista y daría a la Comisión, en este caso Empresa Propiedad del Estado, ya no sólo de operar como unico jugador en cuanto a la transmisión y distribución del energético, sino encargándolo también del control y operación del Sistema Eléctrico Nacional, así como de los procesos de transformación y abastecimiento de electricidad, de la regulación tarifaria y su costo final.

Cabe además hacer mención del Capítulo 16 del Tratado sobre **Política de competencia**, pues si bien no es objeto de que los Estados Parte puedan recurrir al mecanismo de solución de controversias por asuntos relativos a él, sí busca promover políticas y normas que prohíban las prácticas de negocios anticompetitivas con el objeto de promover la eficiencia económica y el bienestar del consumidor²⁰⁹. Dicho apartado también reconoce la importancia de protección al consumidor para crear mercados eficientes y competitivos. lo que está siendo claramente puesto en entredicho a partir de las modificaciones al régimen eléctrico en México tanto legal como constitucionalmente.

Ambientalmente, en el Capítulo 20 las Partes reconocen la necesidad de que como región es de la mayor importancia llevar a cabo las acciones necesarias para transformar las economías de los Estados signatarios y sus dinámicas comerciales en un afán de disminuir emisiones, incluyendo áreas de cooperación en cuanto a eficiencia energética, fuentes renovables y los mecanismos de mercado para alcanzarlos. Lo anterior se contrapone a los esfuerzos gubernamentales de dejar de privilegiar las energías limpias sobre las convencionales y de hacer omisos o incluso extinguir los Certificados de Energías Limpias.

²⁰⁹ El mismo capítulo establece la posibilidad de dejar de aplicar dichas directivas y normas en materia de competencia económico respecto a diversas áreas, estableciendo excepciones a sus leyes domésticas siempre y cuando estén basadas en razones de política o interés público.

En ese sentido, el capítulo ambiental del Tratado establece que de considerar la medida de un Estado como incompatible a su contenido en este ámbito, otro podrá iniciar un procedimiento de consultas para saciar la controversia, que de no ser solucionada, podría incluso ser sometida a un Grupo Especial.

Principios de inversión infringidos.

El capítulo IX del Tratado establece diversos criterios de protección a las inversiones, haciendo un arduo trabajo en definir los alcances del concepto, estableciendo su ámbito de aplicación, y fijando como inversiones cubiertas aquellas existentes a la fecha de entrada en vigor del Tratado, o que se hubiesen establecido, adquirido o expandido posteriormente. En dicho entendido, no hay duda de que las inversiones en el sector eléctrico realizadas por nacionales de Estados Parte en cuanto a comercialización y generación están cubiertas por el mismo y por la esfera de protección que este les brinda.

Tanto la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica como la iniciativa de reforma constitucional presentada por el Presidente López Obrador buscan reforzar en sus atribuciones y capacidades a la CFE, y al hacerlo, dejan a un lado la inversión privada que por años se ha realizado en el sector sin hacer distinción si esta es de origen nacional o extranjero. Es decir, el tratamiento que se busca otorgar al despacho de centrales generadoras o la eliminación a la obligatoriedad de adquirir energía por medio de subastas no generan por sí solas una transgresión al **principio de Trato Nacional**.

Sin embargo, las modificaciones planteadas establecen en varios de sus puntos que la Comisión deberá de decidir qué sujetos accederían a las Redes, esto conforme a su criterio propio y sin verse obligada a demostrar u ofrecer criterios de factibilidad que justifiquen su decisión, es decir, por sí sola la medida establecida en los artículos 4 y 26 de la LIE respecto a lo señalado anteriormente o la modificación

al artículo 12 en cuanto a la limitación de las facultades de la CRE respecto al otorgamiento, modificación, revocación, cesión o terminación de contratos no son discriminatorias por sí solas, pero aperturan el sector a la discrecionalidad, lo cual puede resultar problemático si de facto la Comisión beneficia ya no sólo a sus propias plantas, sino también a las nacionales de aquellas producto de capital extranjero, mismas que se encuentran protegidas a la luz del Tratado.

El razonamiento anterior resulta aplicable también al principio de Nación Más Favorecida, pues no se está brindando un trato distinto a los nacionales de un Estado Parte sobre los de otro, sin embargo la discrecionalidad que establecen las modificaciones planteadas tanto a la Ley como a la Constitución pueden prestarse a prácticas que resulten en la violación a derechos de inversión.

Ahora, en cuanto al principio de Nivel Mínimo de Trato, el TIPAT establece que cada Parte deberá otorgar a las inversiones cubiertas un trato acorde a los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario²¹⁰, incluyendo un trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas. Por esta última hace la acotación de que las Partes deberán otorgar un nivel de protección policial estandar, mientras que por trato justo y equitativo se incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos jurisdiccionales de acuerdo con el principio de debido proceso.

Tal y como se mencionó en el capítulo anterior, dicho principio es uno de los más utilizados por inversionistas que llevan sus causas ante instancias internacionales debido a la flexibilidad con la que ha sido históricamente interpretado. Conforme a la OCDE, un Estado no cumpliría con el nivel mínimo de trato si sus acciones resultasen en atrocidad, mala fe o en una insuficiencia de

²¹⁰ En el mismo texto del Tratado se hace la precisión de que el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros es el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas.

acción tan por debajo de los estándares internacionales, que cualquier persona razonable e imparcial la reconocería.²¹¹

Al establecer que el trato debe ser acorde con el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario se fijan prerrogativas básicas que protegen a las inversiones extranjeras independientemente de aquellas que el Estado anfitrión brinde a sus nacionales²¹². En ese tenor son varios los argumentos que los inversionistas podrían esgrimir en cuanto a una violación al nivel mínimo de trato, pues el contenido y efecto de las reformas planteadas privilegia en gran medida a la discrecionalidad completa, e incluso arbitraria del Gobierno en la nueva forma de determinar el despacho de energía eléctrica en el sector.

Al modificar los artículos 3 y 53 de la LIE, se permitiría a la CFE adquirir energía eléctrica a su criterio, sin contar con reglas claras que brinden certeza a los inversionistas extranjeros de que ofrecer la energía de mayor calidad o menor precio sean determinantes para que sus centrales de generación sean tomadas en cuenta en el mercado. Misma situación que se genera con la modificación a los artículos 4 y 26 del mismo ordenamiento, pues de restringir el acceso abierto a Redes, la Comisión y el CENACE podrían negar una solicitud de acceso a la red sin verse obligadas a demostrar u ofrecer criterios de factibilidad que lo justifiquen, dando paso una vez más a la arbitrariedad en las decisiones de cuerpos gubernamentales que en este caso podrían incluso beneficiar a sus subsidiarias.

Reformar el artículo 12 de la Ley limitando la facultad de la CRE como contrapeso para otorgar permisos en la materia generaría incertidumbre en el sector y una vez más abriría paso a una discrecionalidad injustificada con la que el Gobierno podría desplazar a generadores y comercializadores de energía eléctrica privados, nacionales y extranjeros.

²¹¹ Sistema de Información de Comercio del Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, disponible en http://www.sice.oas.org/dictionary/in_s.asp

²¹² ROUSSEAU, Charles, *Droit International Public*, Recueil Sirey, Francia, 1983, pp. 46

A su vez, al eliminar el régimen transitorio que garantizaba los permisos otorgados al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica se afectan derechos adquiridos sin una justificación razonable que explique por qué regímenes como el de autoabastecimiento o cogeneración deben ser eliminados de la legislación energética.

Por su parte, la reforma constitucional planteada por el Presidente de cancelar todos los permisos de generación y compraventa de energía eléctrica, desapareciendo el mercado eléctrico mayorista reinicia desde cero la participación privada nacional y extranjera en el sector eléctrico, lo que deja a las inversiones cubiertas en una clara indefensión, privándolas de cualquier garantía de audiencia sin capacidad de que sus titulares puedan agotar recurso jurisdiccional alguno en aras de protegerlas, lo anterior, además de romper con el principio de equidad dejando a la discrecionalidad y arbitrio absoluto de la CFE el despacho de centrales eléctricas.

Son diversas las interpretaciones del Principio de Nivel Mínimo de Trato que han tratado de traducir su alcance a los casos controvertidos. Tanto *en Waste Management vs. Mexico*²¹³ como en *Glamis vs. Estados Unidos*²¹⁴ los Tribunales consideraron que una manifiesta arbitrariedad respecto a la medida combatida volvía responsable al Estado que la originaba, lo que en este caso particular y desde varias ópticas podría significar que el Estado Mexicano se enfrentara a posibles arbitrajes de inversión.

Cabe resaltar que el Tratado menciona de forma específica en su artículo 9.6 que aquellas medidas incompatibles con las expectativas del inversionista no constituyen por sí mismas una violación al principio, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta. Esto quiere decir que a pesar

²¹³ *Waste Management vs. Mexico*, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB(AF)/00/3, 2004, pp. 44.

²¹⁴ *Glamis vs. Estados Unidos*, Laudo final, CIADI, 2009, pp. 10

de que en otros casos de relevancia como *Duke Energy vs. Ecuador* los Tribunales han reconocido a las expectativas del inversionista como elemento del concepto de trato justo y equitativo (siempre y cuando estas sean razonables y legítimas)²¹⁵, en este caso concreto sería difícil que un reclamo en ese sentido procediese.

Ahora bien, de iniciarse arbitrajes de inversión contra el Gobierno Mexicano por la reforma a la Ley o en su caso a la Constitución en cuanto al sector eléctrico, la verdadera litis del caso se encontraría en hacer un balance entre el derecho del Estado a legislar sobre su política pública y lo que de facto podría constituir una Expropiación Indirecta. El mismo Tratado en su artículo 9.16 establece que los Estados pueden adoptar, mantener o hacer cumplir medidas que consideren apropiadas para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de forma sensible a objetivos regulatorios como aquellos relativos al ambiente, la salud, etc. Se trata de preguntarse en qué medida el gobierno puede afectar o menoscabar las inversiones cubiertas a través de la normatividad en aras de lo que considera un fin público legítimo, sin que ello tenga que ser objeto de compensación.²¹⁶

A pesar de que los criterios jurisprudenciales que han adoptado los Tribunales para diferenciar una regulación legítima de una expropiación son diversos, parecen haber identificado tres pautas de utilidad²¹⁷ para ello, mismas que pueden ser de gran utilidad en el caso que nos ocupa:

1. Grado de interferencia con el derecho de propiedad: Se trata de reconocer la severidad del impacto económico que tiene la medida sobre la inversión cubierta. Consta en identificar si ésta perdió o no la mayoría de su valor económico debido a las acciones de regulación atribuibles al gobierno.

²¹⁵ *Duke Energy vs. Ecuador*, Laudo Final, CIADI, Caso N°ARB/04/19, 2008, pp. 101.

²¹⁶ BARKLEM, Courtenay, *The Concept of "Indirect Expropriation", its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments*, Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, Universidad Sergio Arboleda, Colombia, 2011, pp. 78

²¹⁷ OECD, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, Estados Unidos, 2004, pp. 10

En cuanto a la reforma a la LIE, la modificación a sus artículos 3, 4, 101 y 108 eliminando el despacho económico que privilegiaba a las centrales de generación más eficientes y de menores precios, aunado a las ventajas competitivas brindadas de forma directa a la Comisión Federal de Electricidad por los artículos 3 y 53 garantizando la venta de su producción, además de permitirle adquirir energía a su criterio, soslayan de forma directa el valor de las centrales privadas producto de inversión extranjera, cuya energía podría jamás ser despachada ni vendida a terceros si en virtud de la modificación a los artículos 2 y 26 el CENACE y la CFE les niegan acceso a la red sin verse obligadas a justificar su actuación.

Tomando en cuenta que la reforma surgió como un intento de apuntalar a la CFE, la total discrecionalidad y arbitrio de las instituciones gubernamentales en cuanto el despacho de energía eléctrica aunado a un claro favoritismo por la Empresa Propiedad del Estado podría restar todo o gran parte del valor económico a las inversiones cubiertas si se toma en cuenta que muchas de ellas fueron construidas con base en contratos firmados a largo plazo bajo reglas establecidas por el mismo Estado Mexicano.

Ahora bien, en el caso de la Reforma Constitucional planteada el tema resulta más claro, pues en virtud su régimen transitorio se cancelarían absolutamente todos los contratos privados de generación de energía eléctrica, y se eliminaría el Mercado Eléctrico Mayorista, lo que provocaría una pérdida absoluta del valor económico de las centrales e inversiones en cuanto estas no puedan conseguir un nuevo permiso de generación. Esto, redundando en el tema de la arbitrariedad y completa discrecionalidad con la que el CENACE (ahora parte de CFE) y la Comisión podrían decidir la forma en que se despachen las centrales.

Cabe mencionar que la reforma constitucional alude a una participación del Sector Privado topada al 46% bajo los términos que la CFE determine de forma unilateral, ahora bien, el 54% de la participación gubernamental se trata del porcentaje mínimo en el que esta puede participar, sin embargo el mismo puede

crecer hasta abarcar el mercado entero en lo que es un claro intento de volver a estatizar la industria eléctrica, haciendo a un lado al sector privado y por supuesto a las inversiones extranjeras, apartándolas de su actividad y prácticamente de la totalidad de su valor económico.

A su vez, debe tomarse en cuenta que las reformas de referencia no son medidas temporales o tienen un periodo de vigencia, sino que de considerarse procedentes, afectarían de forma definitiva e irreversible a las inversiones cubiertas, mismas que perderían su propósito y utilidad en tanto no existiera alguna otra modificación que les restituyera en derechos, lo cuál es prácticamente imposible.

2. El carácter de las medidas (propósito y contexto específico): Es decir, si la regulación planteada está realmente encaminada a promover un fin social reconocido por consideraciones de salud pública, seguridad, u otras.

En el caso concreto las reformas de referencia son claras en sus exposiciones de motivos en establecer que se proponen como respuesta a un supuesto fortalecimiento del Sistema Eléctrico Nacional que brinde seguridad energética y seguridad nacional al país ante lo a que a consideración del Ejecutivo fue un desmantelamiento de la industria a partir de las Reformas de 2013 en las que se instrumentó el “menoscabo” de los derechos históricos del país sobre el patrimonio energético, así como la desaparición de las empresas energéticas del estado y el otorgamiento de beneficios ilimitados al sector privado.

Si bien el propósito de fortalecer al sector y a la CFE como Empresa Productiva del Estado son razones legítimas sobre las que México puede legislar con amplia y soberana autonomía, tanto la reforma a la ley como la reforma a la constitución son vocales en cuanto a apuntalar a la Comisión a costa de hacer a un lado al sector privado y sus inversiones en el sector. En vez de someter a la Empresa a profundo escrutinio para reformarla y lograr que sus actividades se fortalezcan, el Gobierno prefiere devolverla a su integración previa ungiéndola como

la institución en el sector que participa de forma preponderante en el mercado y además decide sus reglas de acceso y operación.

Es a mi consideración legítimo y profundamente necesario que el Estado sea rector de la política energética del país, sin embargo, en el presente caso parece que la única intención del Gobierno no es la de hacer un trabajo de autocrítica y fortalecimiento, sino la de estatizar un mercado en aras de favorecer a una CFE que no sólo vuelve a su estructura anterior, sino que retorna con los mismos vicios y deficiencias con las que había llegado a la Reforma Energética del año 2013.

3. Interferencia de la medida con expectativas razonables de la inversión: En casos como el de *Tecmed vs. México*²¹⁸, los Tribunales han decidido que en ocasiones las expectativas del inversionista son legítimas y deben evaluarse a la luz de los acuerdos bilaterales de inversión, así como del derecho internacional para saber si existe una expropiación.

En el entendido de que como en cualquier mercado existe un riesgo primigenio para los extranjeros de que el capital invertido tanto en éste como en cualquier otro país pueda no rendir frutos o incluso perderse ante las condiciones económicas o políticas. Ahora bien, es importante delimitar cuándo esta afectación es atribuible de manera directa al Estado receptor, cuyas acciones establecen una barrera a veces inflanqueable a las expectativas legítimas de los inversionistas.

En 2013 cuando se implementó la Reforma Energética del Gobierno del Presidente Peña Nieto y se fundó el Mercado Eléctrico Mayorista, la directriz respecto al despacho de centrales de energía eléctrica era clara, adquirir la energía más barata a través de mecanismos a largo, mediano y corto plazo en condiciones de competencia. La reforma planteada por la administración actual a la Ley de la Industria Eléctrica trató de minar la certeza en el sector con el fin de apuntalar a la Comisión Federal de Electricidad.

²¹⁸ *Tecmed vs. México*, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB(AF)/00/2, 2003, pp. 67.

Las modificaciones a los artículos 3, 4, 101 y 108 de la Ley eliminando el principio de despacho económico, aunado a la directiva del Ejecutivo de despachar en un inicio a todas las plantas hidroeléctricas y posteriormente toda aquella producida por CFE antes que las plantas privadas termina con expectativas materializadas en contratos de hasta 20 años de duración, establecidos bajo reglas dictadas por el mismo Estado Mexicano.

La eliminación de subastas para adquirir energía eléctrica planteada en los artículos 3 y 53 de la LIE termina con las expectativas de los inversionistas de participar en un mercado energético en el que puedan competir con base en la calidad y precio del producto ofrecido, quedando a la completa discrecionalidad y arbitrio de diversas instituciones cuyo objeto es reforzar a la CFE a costa de los demás participantes en el mercado.

Ahora bien, restringir el acceso a las Redes en términos no indebidamente discriminatorios abre la puerta una vez más a la incertidumbre de que el Estado Mexicano pueda despachar en primera instancia la totalidad de la energía producida por la Comisión antes de considerar al sector privado. Lo anterior, sin mencionar la modificación al esquema de certificados de energías limpias, haciendo nulas las expectativas legítimas de los inversionistas respecto a los beneficios que pudiese tener invertir en nuevas tecnologías que dieran paso a electricidad más limpia.

La cancelación del régimen transitorio que garantizaba permisos otorgados conforme a la Ley anterior, limitando la generación de centrales bajo el régimen de autoabastecimiento y cogeneración ya no sólo es violatoria de derechos adquiridos, sino que, al no establecerse nuevas condiciones de certeza en el mercado, provocan que las expectativas de los inversionistas pierdan su valor.

Ahora bien, respecto a los cambios propuestos por la Reforma Constitucional enviada al Congreso el pasado 30 de septiembre por el Titular del Poder Ejecutivo hay mayor claridad en cuanto a los tintes expropiatorios con los que está redactada. Centraliza todo el poder en la materia en la Secretaría de Energía y en la CFE eliminando pesos y contrapesos que existían de forma previa. Sin intenciones de ser redundantes, la eliminación de los Órganos Reguladores abre paso al arbitrio y discrecionalidad de las autoridades en la materia.

Cancelar todos los permisos de generación y los contratos de compraventa de energía eléctrica aunado a la desaparición del mercado eléctrico mayorista es una clara estatización de la industria, que si de *iure* establece la posibilidad de que los privados participen hasta en un 46% de la energía aportada, en en plano fáctico deja principios y reglas poco claras y abre la posibilidad de que aquel porcentaje se disminuya frente al despacho de energía generada por CFE ante sus propias decisiones.

En mi opinión, sería profundamente ingenuo considerar que la Comisión no va tomar en cuenta sus propios intereses económicos en detrimento de una debastadora incertidumbre para los inversionistas privados. Día a Día, una CFE que es juez y parte decidirá si despachar sus centrales al máximo o abrirle el paso a sus competidores de forma real.

A consideración de este trabajo, las medidas planteadas por el Estado Mexicano constituyen una expropiación indirecta ante las inversiones cubiertas por el TIPAT e incumplen con el estandar mínimo de trato hacia las mismas. En consecuencia, los inversionistas podrían iniciar diversos procedimientos de solución de controversias a los que se hace referencia a continuación.

4.2.3 Solución de controversias.

En su capítulo 28, el Tratado establece que las Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación del mismo y realizarán todos los esfuerzos mediante cooperación y consultas para alcanzar soluciones sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento o aplicación.

Las partes pueden solicitar la realización de consultas con cualquier otra respecto a a medidas vigentes o proyectos que consideren incompatibles con las obligaciones derivadas del Tratado, así como a obligaciones que se consideren incumplidas, dando paso al diálogo, la conciliación y el diálogo en aras de solucionar las diferencias planteadas, o bien, formular algún tipo de recomendación.

En cuanto a la solución de controversias inversionista-Estado, las partes deben primero tratar de solucionar las mismas mediante negociación y consultas, si en los seis meses siguientes a una solicitud por escrito para la realización de consultas esta no se ha solucionado, el demandante podrá someter a arbitraje su reclamación en virtud de que un Estado Parte ha violado principios de inversión, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión y que en consecuencia ha sufrido pérdidas o daños. Noventa días antes del sometimiento de reclamaciones de arbitraje, el demandante debe entregar una notificación de intención expresando su voluntad de someter su reclamación a dicho procedimiento.

En cuando a las reglas procesales, el demandante podrá someter su reclamación a las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (siempre que ambas partes sean partes del Convenio CIADI) o bien del mecanismo complementario mientras una de las partes sea parte del ya mencionado Convenio. Asimismo pueden elegir las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (CNUDMI) o bien, cuales quiera otras reglas o instituciones mientras así lo acuerden las partes.

Después de que las partes consienten someter la reclamación a arbitraje y seleccionan árbitros de conformidad, mismos que en su determinación final podrán por separado o en combinación otorgar (i) daños pecuniarios e intereses y/o (ii) restitución de la propiedad (en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios mas intereses que procedan).

Es de la mayor importancia mencionar que conforme al Tratado de referencia, la reclamación puede hacerse dentro de los tres años siguientes desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento por primera vez, o debió haber tenido conocimiento por primera vez de la presunta violación alegada.

Sin hacer más mención del procedimiento que ya se ha analizado en con anterioridad, a consideración de este trabajo, la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica y la Reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución podrían ser violatorias de los principios de Trato Mínimo y podrían considerarse como una expropiación indirecta conforme a lo establecido en los párrafos anteriores, por lo que, en el hipotético de que el capítulo de inversión no se encontrara suspendido y el Estado Mexicano fuese llevado ante arbitraje de inversión al respecto por nacionales de Australia, Brunéi, Canadá. Chile, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Perú, Singapur o Vietnam , este podría enfrentarse a responsabilidad.

Ahora, si bien el capítulo de inversiones del Tratado continúa suspendido, países como Australia y Singapur podrían reclamar en virtud de los Tratados Bilaterales de Inversión que han signado con México.

4.3 Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá

El día 1º de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o por sus siglas en inglés NAFTA), fue un instrumento

internacional suscrito por México, Canadá y Estados Unidos que, aunado al ingreso del primero al GATT en 1986 terminó con el periodo de aislacionismo económico del país y se convirtió en un paradigma para la economía nacional.²¹⁹ Su mera entrada en vigor abrió la puerta a la integración de tres mercados con una población de 400 millones de habitantes y un espacio geográfico que albergaba aproximadamente la tercera parte de la producción mundial, valuada en aproximadamente 11 billones de dólares al año.²²⁰

El artículo 120 del Tratado estableció varios de sus objetivos, entre los que destacaron el de eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios, así como de aumentar las oportunidades de inversión, creando lineamientos de cooperación multilateral y procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de su contenido.

Tras más de veinte años vigente con éxito en promover mayores volúmenes de comercio y de flujos de inversión extranjera directa, el ascenso político del entonces Candidato Republicano a la Presidencia de los Estados Unidos Mexicanos *Donald Trump* amenazó al Tratado y a las condiciones comerciales entre ambos países, pues a consideración del controvertido político, el TLCAN había sido uno de los más grandes errores comerciales que había cometido su país, por lo que era de la mayor necesidad abandonarlo por nuevas alternativas que resultaran más beneficiosas para los ciudadanos estadounidenses.²²¹

²¹⁹ Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): A 20 años de su entrada en vigor. Carpeta Informativa, México, 2014, pp. 4

²²⁰ Woodrow Wilson Center for Scholars, Nafta at 10, Progress, Potential and Precedents, United States, 2005, pp. 20.

²²¹ BLECKER, Robert, SALAT, Isabel y MORENO, Juan, La renegociación del TLCAN: Un enfoque alternativo para la convergencia y la prosperidad compartida, Economía Informa, Facultad de Economía de la UNAM, México, 2018, pp. 408.

4.3.1 Renegociación

Después de que el entonces Titular del Poder Ejecutivo Estadounidense notificara al Congreso de aquel país las intenciones de iniciar negociaciones con sus vecinos al norte y al sur, el mecanismo de renegociación dio pie a varias rondas por las que los países integrantes de América del Norte se sentarían a discutir las mejores medidas y reglas para normar sus relaciones comerciales.²²²

Después de más de un año de diálogos y rondas que comenzaron en mayo de 2017, la firma del nuevo Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) tuvo lugar en el marco de la Cumbre del G20 celebrada en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina.²²³ Resultado de los esfuerzos de los tres países.

Se trató de un nuevo instrumento trilateral que sustituiría al TLCAN y añadiría nuevos capítulos y disposiciones en varios rubros, aumentando el porcentaje de contenido regional en el sector automotriz, e incluyendo temas de combate a la corrupción y condiciones laborales, así como adicionando reglas respecto a propiedad intelectual, medio ambiente y comercio electrónico, entre otras.

4.3.2 Régimen de la industria eléctrica en el tratado

Es de la mayor relevancia mencionar que desde la apertura del sector eléctrico a la iniciativa privada con diversos permisos de generación de energía creados en virtud de la abrogada Ley del Servicio Pública de Energía Eléctrica, dicha liberalización ya había sido captada por el TLCAN, misma situación que tuvo lugar cuando en 2013 el Gobierno de Enrique Peña Nieto liberalizó las actividades de generación y

²²² CRUZ, Oscar, La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2018, pp. 64.

²²³ Secretaría de Economía, Se firma el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), nota informativa, disponible en <https://www.gob.mx/se/articulos/se-firma-el-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec>

comercialización de electricidad a través de la llamada Reforma Energética. Lo anterior gracias al artículo 1108 del Tratado, que a través de lo que se conoce como una cláusula *ratchet* o de *cremallera* (cuya naturaleza ya ha sido analizada de forma previa) captó dichas liberalizaciones obligando al Gobierno Mexicano a no adoptar medidas más restrictivas en el sector.

Así las cosas, a lo largo de su capitulado, el T-MEC establece diversas reglas pactadas entre los tres Estados Parte respecto al sector energético. Sus capítulos cuarto y quinto sobre reglas y procedimientos de origen respectivamente establecen una tarifa 0 respecto a aranceles de bienes del sector, como gas natural, y derivados. El capítulo octavo merece una mención especial, de nombre “Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado Mexicano sobre Hidrocarburos” establece que el país puede reformar sus leyes y su constitución reconociendo el respeto a la soberanía de México sobre el petróleo y otros derivados.

Son diversos los defensores de las Reformas Legal y Constitucional los que establecen que en virtud de dicha disposición es que el país se deslinda de responsabilidad al transformar su sector eléctrico, sin embargo, de su lectura es sencillo determinar que en espíritu del capítulo se centra en petróleo y demás hidrocarburos sin hacer referencia a la industria eléctrica.

En cuando al capítulo 22 respecto a medidas disconformes, el artículo 22.6 es claro en establecer que las empresas propiedad del Estado dedicadas principalmente a la generación y comercialización de electricidad podrían ser objeto de diversas formas de asistencia no comercial, lo que abre la puerta a que México pueda seguir subsidiando vía Presupuesto de Egresos de la Federación las operaciones de la Comisión Federal de Electricidad.

4.3.3 Capítulo de inversión, disposiciones infringidas.

Antes de analizar los diversos principios de inversión protegidos por el T-MEC y cómo estarían siendo transgredidos por las Reformas planteadas por el Presidente de la República, cabe hacer mención de diversos capítulos y apartados de relevancia que también se ven contrapuestos a las modificaciones de referencia.

El Capítulo 21, relativo a Política de Competencia, establece que cada parte mantendrá leyes nacionales de competencia y adoptará medidas que prohíban las prácticas de negocios anticompetitivas para promover la competencia y aumentar la eficiencia económica, reconociendo la necesidad de proteger al consumidor creando mercados eficientes y competitivos dentro del área de libre comercio, lo cuál se ve nulo y alejado de la realidad cuando de facto el Estado Mexicano está intentando cerrar el mercado eléctrico mayorista para dar beneficios especiales que apuntalen a la Comisión Federal de Electricidad estatizando la industria.

Ahora bien, volviendo al capítulo 22 respecto a Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Designados, su artículo 22.4 establece que cada parte asegurará que sus empresas no discriminen mercancías suministradas por las de otras partes actuando de conformidad con consideraciones comerciales. Ahora bien, se designa que los monopolios designados (como en este caso es la CFE para la transmisión y distribución de electricidad) no utilicen su posición para incurrir en prácticas anticompetitivas en mercados no monopolizados. Lo anterior estaría siendo transgredido si se elimina el despacho económico para dar paso a la completa arbitrariedad y discrecionalidad de CFE en la distribución o CFE en general de despachar aquellas centrales que considere sin tener que dar criterios de factibilidad que lo justifiquen.

En cuanto al artículo 22.7, este apunta que hay efectos desfavorables si de una asistencia no comercial, una empresa propiedad del Estado desplaza u obstaculiza las importaciones de una mercancía similar a la que comercializa o

genera. En el caso concreto, las nuevas consideraciones a la Comisión Federal de Electricidad estarían haciendo a un lado a la energía generada y comercializada por los inversionistas de Estados Unidos y Canadá.

En el ámbito de la LIE, la modificación a los artículos 3, 4 101 y 108 modificando el principio de despacho económico haría que se despacharan primero las centrales de CFE, desplazando al producto de las inversiones cubiertas, lo que también sucedería de modificar los artículos 3 y 53 eliminando las subastas para adquirir energía y los 4 y 26 respecto a la restricción al acceso abierto a las Redes en términos no indebidamente discriminatorios.

Sobre temas ambientales, las partes reconocen la necesidad de proteger el ambiente promoviendo políticas y prácticas comerciales y ambientales que se apoyen entre sí en fomento del desarrollo sustentable, sin embargo, el cambio al esquema de entrega de Certificados de Energía Limpia o bien su eliminación por parte de la reforma constitucional resulta claramente contrario al compromiso antes pactado.

Principios de inversión infringidos.

Por la gran similitud entre el nivel de protección y principios de inversión protegidos tanto por el T-MEC como por el TIPAT y en aras de repeticiones, a continuación se estudiará de forma mucho más breve por qué las reformas a la LIE y a la Constitución planteadas por el presidente pudiesen ser violatorias de este Tratado respecto a los compromisos pactados con los países de América del Norte.

Al igual que en el caso del TIPAT, en este caso no considero que las medidas tomadas por el Estado Mexicano quiebren con el principio de Trato Nacional y brinden condiciones menos favorables que las que se otorgarían a los inversionistas nacionales, pues ambos están siendo afectados por las determinaciones respecto

a la industria eléctrica. Esto de principio y en tanto las nuevas facultades discrecionales de la CFE no discriminen a los competidores en razón de su nacionalidad. Este mismo razonamiento aplica al principio de Nación Más Favorecida, pues en principio, no se otorga a los nacionales de un Estado Parte distinciones sobre los de otro.

Respecto al principio de Nivel Mínimo de Trato, el artículo 14.6 del Tratado y su correlativo 9.6 del TIPAT son prácticamente copias idénticas incluyen la obligación de otorgar a inversiones cubiertas trato acorde con principios de derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

En el mismo sentido en el que se analizó el TIPAT, creo que las reclamaciones sobre las reformas de estudio respecto a dicho principio pueden esgrimirse en argumentos de falta de una garantía de audiencia, así como de la discrecionalidad e incluso arbitrariedad no sólo con que se toma la determinación de cambiar de fondo la industria eléctrica, sino también esa discrecionalidad y arbitrariedad que es privilegiada por las reformas en la nueva forma de determinar el despacho de energía en el sector.

Lo anterior, pues de la modificación de los artículos 3 y 53 de la LIE se da paso a que la CFE adquiera electricidad a su criterio, sin reglas claras que den certeza a los inversionistas, mismo caso que acontece al modificar los artículos 4 y 26 de la ley restringiendo el acceso abierto a redes y por el cual, en adelante la Comisión y el CENACE podrían negar solicitudes de acceso sin tener que justificar su determinación. Terminar con el principal órgano regulador en la materia provocaría que esta incertidumbre creciera, y la discrecionalidad injustificada pudiese desplazar a generadores y comercializadores de energía tanto nacionales como extranjeros. Eliminar los permisos otorgados ante la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica es violatorio de derechos adquiridos que son terminados sin justificaciones razonables que expliquen de forma específica y caso por caso por

qué dichos regímenes de autoabastecimiento o cogeneración deben dejar de subsistir.

En el mismo tenor, la reforma constitucional, cancelando todos los permisos de generación y compraventa de energía y desapareciendo el mercado eléctrico, deja a la inversión en indefensión de que se agote recurso jurisdiccional alguno, privilegiando la discrecionalidad y arbitrio de la Comisión el despacho de centrales eléctricas.

Ahora, como ya se ha mencionado, a mi consideración ambas reformas tienen tintes que pudiesen considerarse como expropiatorios, el artículo 14.8 del T-MEC prohíbe la expropiación o nacionalización directa o indirecta de una inversión cubierta si no hay una causa de utilidad pública, no discriminatoria, mediante el pago de una indemnización y de conformidad con el debido procedimiento legal.

Tal y como se estudió de forma previa, para diferenciar si la medida es una regulación legítima o una expropiación, se analizan diversos criterios, en cuanto el **(i)** grado de interferencia con el derecho de propiedad, la eliminación del despacho económico y las nuevas determinaciones que privilegian que la Comisión despache a su consideración pudiendo elegir siempre en primera instancia la energía generada por sus propias plantas hace que el valor de las inversiones ya no sólo quede en la incertidumbre, sino que pueda perderse en su totalidad, misma consecuencia que tendría lugar de negarse que las plantas derivadas de inversiones cubiertas tengan acceso abierto a las redes.

En cuanto a la Reforma a la Constitución, esta topa la participación privada nacional o extranjera a un 46% de la energía total aportada, sin embargo no pone límite a la que puede brindar CFE al sistema y pone en manos de esta la decisión de qué electricidad y centrales despachar, pudiendo esta abarcar incluso un 100% bajo términos respaldados por la Constitución, lo cual mermaría el valor económico de las centrales objeto de inversiones cubiertas.

Por su parte, **(ii)** el carácter de las medidas, según el Titular del Poder Ejecutivo Federal, es el de fortalecer al Sistema Eléctrico Nacional ante el menoscabo total que representó la Reforma Energética de 2013. A la vez, es vocal en sus esfuerzos por fortalecer a la CFE, sin embargo lo hace imponiendo una especie de nuevo monopolio o estatización de la industria a costa de los privados que han jugado bajo reglas establecidas por el Estado Mexicano. Es decir, el Gobierno está en su derecho de legislar sobre su rectoría en el plano de política energética, pero no para ello debe violar de forma tajante principios de inversión.

Finalmente, respecto a la (iii) interferencia de la medida con expectativas de la inversión, el T-MEC establece que para mayor certeza, estas son razonables en la medida de factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes, así como de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental en el sector.

En este caso, lo anterior se actualiza, pues si bien se entiende que existe un riesgo en la industria energética como en cualquier otra de perder los recursos suministrados ante condiciones desfavorables de distintos tipos, en el caso específico el Estado Mexicano termina con contratos y permisos (garantía escrita) establecidos por sus propias reglas, mismos que cumplían con toda la normatividad de la materia.

Es decir, el Gobierno no estableció una política de investigar y sancionar a aquellos que hubiesen obtenido beneficios o prerrogativas a partir de corrupción o negociaciones leoninas, sino que estableció reglas y procedimientos en los que participaban pesos y contrapesos dentro y fuera de la Administración Pública Federal para posteriormente, en sus esfuerzos de apuntalar a la Comisión, terminarlos de forma definitiva sin que medie compensación alguna al respecto.

Termina con las expectativas de los inversionistas de obtener ganancias al participar en un mercado en el que sea posible competir con base en la calidad y precio de energía producida y no frente a la voluntad, arbitrio y discrecionalidad de las decisiones ya sea del CENACE o de la CFE ante el despacho de centrales de generación de energía eléctrica.

Conforme a los cambios planteados y bajo la misma lógica y razonamientos previamente evocados (y que fueron mucho más desarrollados en cuanto al TIPAT en aras de evitar repeticiones innecesarias), es consideración de este trabajo que las medidas planteadas por el Estado Mexicano constituyen una expropiación indirecta ante las inversiones cubiertas por el T-MEC e incumplen con el estándar mínimo de trato. En ese tenor, existe la posibilidad de que inversionistas provenientes de Canadá o de los Estados Unidos inicien diversos procedimientos contra nuestro país.

4.3.4 Solución de controversias

Respecto a la protección de inversiones, el anexo 14-D del Tratado establece un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado exclusivo para Estados Unidos y México que deja afuera a Canadá (que para iniciar uno de estos procedimientos contra nuestro país podría acudir al TIPAT). Conforme al artículo 14.D.5., en los tres años siguientes a la violación alegada, los inversionistas deberán agotar las instancias nacionales a través de tribunales judiciales o administrativos respecto a las presuntas violaciones, habiendo obtenido una decisión final de un tribunal de última instancia o bien, hayan transcurrido 30 meses desde que el procedimiento antes referido haya iniciado.²²⁴

²²⁴ REYES, Carlos y CRUZ, Óscar, El T-MEC/USMCA: Solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, núm 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2018, pp. 46.

Sin embargo, el anexo 14-E menciona una excepción a lo anterior respecto a controversias derivadas de contratos de gobierno cubiertos, siendo estos últimos los relativos a sectores como en este caso, el de la generación de energía. Por lo que los inversionistas estadounidenses pudiesen iniciar arbitrajes de inversión contra el Estado mexicano en los tres años siguientes a la presunta violación en los cuáles se dirima la controversia bajo reglas del CIADI, de su Mecanismo Complementario o de cualesquiera otras siempre y cuando las partes así lo acuerden. De dicho procedimiento, el Tribunal Arbitral dictaría laudo definitivo en el que podrá otorgar por separado o en combinación, únicamente daños pecuniarios e intereses correspondientes, así como la restitución de la propiedad objeto de controversia.

Sin hacer más mención del procedimiento que ya se ha analizado en con anterioridad, a consideración de este trabajo, la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica y la Reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución pudiesen ser violatorias de los principios de Trato Mínimo y podrían considerarse como una expropiación indirecta conforme a lo establecido en los párrafos anteriores, por lo que de ser llevado ante arbitraje de inversión al respecto por nacionales de Estados Unidos, el Estado Mexicano podría enfrentarse a responsabilidad.

4.4 Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea

En el año de 1997, nuestro país y la Unión Europea signaron un instrumento de gran amplitud nombrado como Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea (mejor conocido como Acuerdo Global), en virtud de este, se estableció como un objetivo primario el de fortalecer las relaciones económicas y comerciales entre ambas partes a través de la liberalización bilateral, preferencial y progresiva de sus mercados.²²⁵

²²⁵ ECHEVERRÍA, Rodolfo, Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, pp.76

En consecuencia, la posterior firma y entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea surgió también como respuesta a las claras ventajas competitivas concedidas por México a socios de la región en virtud de la aparición del TLCAN en el panorama económico internacional, así como de otros instrumentos celebrados con países latinoamericanos. En aras de recuperar su posición respecto al intercambio de bienes y servicios, buscando competir en igualdad de condiciones con Estados Unidos y Canadá, es que se celebraron nueve rondas de negociación entre nuestro país y la Unión Europea, concluyendo estas el 1º de Julio del 2000.²²⁶

Entre el año de 1999 y y 2017 el intercambio entre ambas partes creció de forma exponencial pasando aproximadamente de 18 a 72 millones de dólares. Por su parte, la inversión extranjera directa de la Unión Europea en nuestro País ocupó el 30% del total alcanzado, lo que se traduce en un aproximado de 159 mil millones de dólares en el mismo lapso temporal.²²⁷

Ahora bien, aquel TLCUEM no abarcaba a diversas áreas y sectores que casi dos décadas después de su entrada en vigor sobrepasaron su contenido y alcance, derivado de lo cuál se inició un procedimiento para modernizarlo e incluir diversos temas de comercio digital, mercados financieros, telecomunicaciones y ámbitos de compras públicas, incluyendo a Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) así como reglas respecto a medio ambiente, transparencia y anticorrupción.

En ese sentido, es de la mayor importancia señalar que las negociaciones para la modernización del Tratado iniciaron en 2016 y concluyeron en 2020, por lo que el texto final de esta nueva versión se encuentra hasta la fecha en un proceso

²²⁶ Unidad de Estudios de Finanzas Públicas, Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, Cámara de Diputados, México, 2000, pp. 8

²²⁷ Secretaría de Relaciones Exteriores, Memoria Documental 2012-2018. Proceso de modernización del marco jurídico bilateral entre México y la Unión Europea, México, 2018, pp. 18

de revisión jurídica y posterior traducción, lo que entonces requerirá tanto de aprobación legislativa como de ratificación para dar paso a la entrada en vigor del del Tratado en sus nuevos términos.²²⁸

Ahora bien, es relevante mencionar que el TLCUEM vigente no cuenta con un capítulo de protección de inversiones que contemplara estándares o principios o al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, por otro lado, cabe señalar que México celebró diversos Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones con países integrantes de la Unión Europea. Dichos instrumentos determinan de forma específica directivas sobre los casos en los que son procedentes los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado, por lo que de surgir conflictos respecto a la industria eléctrica, los países podrían acudir directamente a dichos instrumentos, mismos que serán estudiados más adelante en un par de casos.

Debido a lo anterior, en un ejercicio académico, este apartado busca hacer estudio de cómo el nuevo texto del Tratado (que aún ve lejos su ratificación y entrada en vigor) considera en su contenido a la industria eléctrica, así como a diversos principios de inversión que pudiesen estar siendo infringidos por las reformas de referencia. Esto, pues más adelante se hará estudio de algunos APPRIS celebrados con países europeos y de otras latitudes.

4.4.1 Régimen de la industria eléctrica en el tratado

En virtud del principio de nación más favorecida y de la cláusula *ratchet* ubicada en su artículo 10.12, el mercado de comercialización y generación de energía eléctrica se encuentra captado por el Tratado, que en su capítulo octavo establece que las partes no deberán designar un monopolio en cuanto a la importación o exportación

²²⁸ Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, La modernización del TLCUEM: Descripción y elementos principales del Acuerdo en Principio, Senado de la República, México, 2020, pp. 6

de bienes como la energía eléctrica. Asimismo, esta misma disposición en su artículo 8.7 establece que los operadores de la infraestructura de transporte y transmisión de energéticos como gas y electricidad deben permitir el acceso no discriminatorio a este.

El artículo 8.8 establece de forma clara que las partes deberán mantener o establecer autoridades independientes de aquellas que operen la infraestructura de transmisión y distribución para resolver controversias sobre términos, condiciones y tarifas de los servicios en el sector. Lo anterior se ve transgredido por las modificaciones a los artículos 4 y 26 de la Ley que pretenden restringir el acceso abierto a las redes en términos no indebidamente discriminatorios. Sobre los órganos independientes en el sector, la reforma a la Ley pretende quitarle facultades a la CRE modificando su artículo 12, mientras que la reforma a la constitución plantea desaparecerla para crear una Comisión Federal de Electricidad monolítica y con amplias facultades de decisión, lo que contraviene a los compromisos antes señalados.

Cabe señalar que el anexo 22-A respecto a medidas disconformes y empresas propiedad del Estado, en los mismos términos que en el TIPAT, México estableció que en cuanto a condiciones incluidas en las asignaciones y contratos para exploración y producción, así como en permisos, la CFE podría dar preferencia a la adquisición de bienes nacionales, y a la contratación de servicios de origen nacional, incluyendo la capacitación y contratación a nivel técnico y directivo de nacionales mexicanos en cuanto a los servicios de transmisión y distribución de electricidad.

4.4.2 Capítulo de inversión, disposiciones infringidas

Antes de iniciar formalmente con los principios de inversión que a consideración de este trabajo son transgredidos por las reformas, cabe hacer mención de que el

capítulo de Empresas propiedad del Estado establece tal y como sus homólogos en otros tratados la obligación de éstas de actuar con consideración comercial no discriminando bienes o servicios de las otras partes, ahora bien, el capítulo 23 respecto a política de competencia establece un entendido entre las partes de reconocer la libre y no distorsionada competencia en sus relaciones comerciales y de inversión, teniendo en cuenta que intervenciones estatales podrían ser dañinas para el funcionamiento de los mercados y minar los beneficios de la liberalización.

Dichos principios estarían siendo transgredidos de forma directa por las reformas, al minar la libre competencia en el sector eléctrico y tratar de estatizar la industria en distintas medidas, favoreciendo a la Comisión como Empresa Productiva del Estado a través de un nuevo régimen que la haría no sólo el jugador preponderante en el mercado, sino que también le brindaría poder de decisión sobre quiénes generan o no energía, quiénes tienen acceso a las redes de distribución y quiénes despachan o no la energía que generan.

En materia ambiental, con base en diversos acuerdos suscritos por las partes, se establece como objetivo del Tratado la integración del comercio e inversión entre las partes a diversos trabajos respecto a aspectos de desarrollo sustentable. Entre las obligaciones destacadas, se establece que las partes no deben flexibilizar o relajar su legislación en materia laboral o ambiental para incentivar comercio o inversión.

El tratado incluso hace referencia a comercio y cambio climático estableciendo que las partes reconocen la importancia de contrarrestar las amenazas del cambio climático, por lo que las partes deberán implementar políticas de transición hacia economías no carbonizadas, promoviendo energías limpias. Lo anterior, se ve quebrantado por las acciones del Gobierno Mexicano en el sentido ya no sólo de hacer a un lado los Certificados de Energías Limpias, sino de dar preferencia a las centrales de generación más contaminantes con tal de que estas sean de la propiedad de la Comisión Federal de Electricidad.

Principios de inversión.

Como ya he explicado anteriormente, a mi consideración los principios de Trato Nacional y de la Nación más favorecida no son transgredidos por las reformas, puesto que en principio, estas no distinguen entre generadores o comercializadores de energía eléctrica por su nacionalidad, sino que brinda un trato diferenciado al sector privado en lo general.

En caso de que por sus nuevas facultades discrecionales el CENACE o la CFE comiencen a establecer preferencias sobre las plantas nacionales en detrimento de las que son producto de inversión extranjera, es que se pudiera esgrimir la violación de uno o ambos principios de inversión según sea el caso.

El artículo 10.15 del Tratado establece el trato que debe brindarse a las inversiones cubiertas, a las cuáles protege trato justo y razonable, así como protección y seguridad plenas. Es específica en determinar que una parte quiebra con la obligación de trato justo y equitativo si sus medidas constituyen manifiesta arbitrariedad, lo que como se ha desarrollado en este trabajo, impera tanto en la justificación de las reformas de referencia, como en las modificaciones organizacionales planteadas a su articulado que privilegian la discrecionalidad y el arbitrio de la Comisión al despachar la energía eléctrica. Esto, aunado a que se priva a las empresas de cualquier tipo de garantía de audiencia.

En la misma línea que los Tratados ya analizados, este prohíbe la nacionalización o expropiación de una inversión cubierta si no es por motivo de utilidad pública, de forma no discriminatoria, mediante el debido proceso legal y la debida indemnización. Trasladándose del cuerpo del Tratado a su anexo 10-A, se establece que las medidas de una parte no pueden constituir expropiación a menos que estas interfieran con el derecho de propiedad de una inversión.

Conforme a lo antes establecido, se indica que una expropiación indirecta tiene lugar cuando la medida priva al inversionista de los atributos fundamentales de la inversión, lo que requiere un estudio casuístico cada ocasión.

Al igual que en los demás Tratados, se hace referencia a criterios como el impacto económico de la medida, su duración, carácter y cómo interfiere en las expectativas razonables del inversionista. Pautas que derivado del estudio ya realizado del caso concreto tanto a la luz del TIPAT como del nuevo T-MEC, hacen concluir que las medidas adoptadas por el Estado Mexicano respecto a las modificaciones legales y constitucionales a la industria eléctrica, pudiesen ser expropiatorias.

4.4.3 Solución de controversias

Previo al inicio del procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado, las partes deben intentar por todos los medios posibles que el conflicto se solucione de forma amigable y a través de mediación, buenos oficios y por supuesto consultas. De no ser solucionada por dichas alternativas, la parte afectada puede reclamar bajo las reglas del CIADI, de su mecanismo complementario, de UNCITRAL o cualesquiera otras mientras así lo acuerden las partes.

De dicho procedimiento, el Tribunal Arbitral dictaría laudo definitivo en el que podrá otorgar por separado o en combinación, únicamente daños pecuniarios e intereses correspondientes, así como la restitución de la propiedad objeto de controversia.

Probablemente la parte más innovadora del nuevo texto en materia de solución de controversias relativas a inversión es la transición hacia un sistema cuasi jurisdiccional de adjudicación, pues su contenido prevé el establecimiento de un sistema de carácter permanente de dos instancias cuyo objeto sea el de conocer

reclamaciones concernientes a inversión. Se trataría entonces de un Tribunal de primera instancia integrado por nueve miembros, mientras que el segundo, de Apelación, se compondría por seis.²²⁹

Sin hacer más mención de procedimientos que ya se han analizado en con anterioridad, a consideración de este trabajo, la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica y la Reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución podrían ser violatorias de los principios de Trato Mínimo cubiertos por este Tratado y podrían considerarse como una expropiación indirecta conforme a lo establecido en el contenido del mismo, se reitera que este instrumento internacional todavía no entra en vigor, sin embargo las decisiones del Gobierno Mexicano provocan que su firma diste de llegar a buen puerto pronto, pues son diversas las declaraciones desde Europa que señalan a las nuevas reformas propuestas de nuestro país como “contrarias al espíritu del acuerdo”, lo que trae consigo problemáticas con los socios comerciales europeos.

4.5 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Tal y como se ha mencionado anteriormente, estos acuerdos, mejor conocidos por sus siglas APPRI, son tratados bilaterales cuyo objeto es el de crear certidumbre jurídica, así como condiciones favorables para las partes en cuestiones de cooperación económica, lo anterior, con el propósito de crear condiciones idoneas para la realización de inversiones y contrarrestar la falta de certeza que podrían traer consigo las medidas proteccionistas de un país.²³⁰

²²⁹ HALLAK, Issam, Multilateral Investment Court, Overview of the reform proposals and prospects, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2020, pp. 3

²³⁰ ALDANA, Gabriela, Las políticas de inversión extranjera en México y su relación con el Acuerdo Multilateral de Inversiones y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, pp. 14.

Esto anterior en respuesta al cambio constante en las legislaciones de los países receptores, lo que podría significar grandes riesgos para el regreso de capitales y utilidades a los nacionales cuyas inversiones son cubiertas por este tipo de acuerdos comerciales y cuyo objeto primordial es el de alcanzar certidumbre. Dicho esto, conforme a información oficial de la Secretaría de Economía, a la fecha México cuenta con 30 APPRIs en vigor con diversos países de del mundo: Alemania, Argentina, Austria, Bahrein, Belarús, China, Corea, Cuba, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hong Kong, Islandia, Italia, Kuwait, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Turquía, la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y Uruguay.²³¹

Cabe mencionar que dichos acuerdos se han celebrado desde 1985 por lo que, a pesar de sus grandes similitudes, obedecen a distintas redacciones y alcances de protección particulares, por lo que, en un ejercicio académico, a continuación se analizan tres de estos instrumentos.

4.5.1 Casos específicos

En el presente trabajo planteo analizar tres APPRIs de forma general en aras de evitar repeticiones innecesarias, eligiendo tres países que resultan de la mayor importancia estratégica para México: Francia, para analizar cómo en lugar del TLCUEM, los países europeos pueden hacer valer sus acuerdos bilaterales para reclamar controversias de inversión; Argentina, uno de los más importantes socios políticos y económicos de México en latinoamérica, región de la que no se había hecho mencion anteriormente; y finalmente China, una potencia económica a la que México podría enfrentarse debido a sus últimas decisiones en materia energética.

²³¹ Secretaría de Economía, ¿Qué son los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIs), disponible en <https://www.gob.mx/se/articulos/que-son-los-acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones-appris>

4.5.1.1 Francia

El Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones se firmó el día 12 de noviembre de 1998 y entró en vigor en octubre del año 2000²³² con el objeto de fortalecer la cooperación económica entre ambos Estados, creando condiciones favorables para las inversiones mexicanas en Francia y las inversiones francesas en territorio mexicano.

Tal y como los capítulos específicos que antes han sido estudiados, el primer apartado de dicho acuerdo se enfoca en las definiciones, delimitando qué es y qué no es una inversión, así como precisando el significado del término inversionista. En su ámbito de aplicación cubre a las inversiones que han sido realizadas o pueden ser realizadas después de la entrada en vigor del Acuerdo, puntualizando que las Partes no están impedidas de tomar medidas para regular las inversiones cubiertas.

En su artículo cuarto, párrafo segundo, se hace referencia que las partes brindarán un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus nacionales (Trato Nacional) o bien, el tratamiento otorgado a los inversionistas de la Nación más favorecida. Tal y como se ha señalado ya en diversas ocasiones, a consideración de este trabajo, las reformas planteadas por el Titular del Poder Ejecutivo Federal respecto a la industria eléctrica, en principio no son violatorias de estos dos principios, esto pues otorgan el mismo trato a privados nacionales y extranjeros en cuanto a actividades de generación y comercialización de energía.

Ahora bien, si derivado de las nuevas facultades discrecionales que se le otorgarían al CENACE o a la CFE, los inversionistas consideran que están siendo

²³² UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1585/france---mexico-bit-1998->

discriminados por cuestiones de nacionalidad o que existen preferencias por los competidores mexicanos, es que podrían alegar estas supuestas violaciones siempre y cuando fundamenten sus dichos y logren probarlos.

Respecto al Nivel Mínimo de Trato, este acuerdo sólo se refiere a que las inversiones cubiertas gozarán de protección y seguridad plenas dentro del territorio de las partes, lo cuál podría hacer problemático que las empresas francesas realizaran reclamaciones por otros motivos que los de la seguridad estándar que el Gobierno Mexicano está obligado a prestar, y que en el presente caso no se consideran como objeto de reclamo.

Por su parte, el artículo 5 del Acuerdo establece la prohibición de que las partes nacionalicen o expropien una inversión cubierta si no es a causa de utilidad pública, obedeciendo a causas no discriminatorias, conforme al debido proceso legal y mediante el pago de una indemnización al respecto. En atención a argumentos ya explicados, considero que las reformas estudiadas tienen claros tintes expropiatorios, lo que podría derivar en que empresas francesas puedan reclamar una supuesta violación en virtud de este acuerdo.

Respecto a la solución de controversias inversionista-Estado, el inciso a) del segundo párrafo establece que no se puede alegar una posible violación al tratado tanto en arbitraje como en tribunal competente judicial o administrativo del Estado parte. En ese sentido, las controversias deberán solucionarse de forma amigable , sin embargo, también puede ser sometida a arbitraje siempre y cuando hayan pasado más de seis meses y menos de cuatro años después de los actos que motivaron la reclamación y se haya entregado un aviso de intención al Estado con dos meses de anticipación.

La controversia puede ser sometida a arbitraje del CIADI, a las reglas de su mecanismo complementario, a la Cámara Internacional de Comercio, por sus reglas, o bien a un tribunal arbitral ad hoc, establecidas de acuerdo con las Reglas

de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional. Los laudos arbitrales emitidos podrán adoptar una declaración de que el Estado ha incumplido sus obligaciones de conformidad del acuerdo, determinando indemnización pecuniaria (incluyendo intereses), restitución en especie en casos apropiados salvo que se entregue indemnización, así como cualquier otra determinación si así lo determinan las partes.

Sin hacer más mención del procedimiento que ya se ha analizado en con anterioridad, a consideración de este trabajo, la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica y la Reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución podrían considerarse como una expropiación indirecta conforme a lo establecido en los párrafos anteriores, por lo que de ser llevado ante arbitraje de inversión al respecto por nacionales de Francia, el Estado Mexicano podría enfrentarse a responsabilidad.

4.5.1.2 Argentina

El Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones se firmó en noviembre de 1996 y no entró en vigor sino hasta junio de 1998²³³ deseando fortalecer los vínculos de amistad entre ambos pueblos, pretendiendo amplificar las relaciones económicas y en particular las inversiones en territorio de las contratantes, creando condiciones favorables de conformidad.

Este acuerdo designa los alcances de lo que se considera y lo que no se considera una inversión, así como a los sujetos que abarca el término inversor. En cuanto a su ámbito de aplicación, el acuerdo se aplica a medidas adoptadas o

²³³ UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/140/argentina---mexico-bit-1996->

mantenidas por una parte relativas a las inversiones realizadas por los nacionales de la otra antes o después de la entrada en vigor del acuerdo.

El numeral 5 del artículo segundo especifica que el acuerdo no se aplica a actividades económicas reservadas al Estado de acuerdo a la legislación de las partes. Desde cierto punto de vista, dicha disposición podría eximir de responsabilidad a México en caso de que la reforma constitucional prospere, esto pues a través del párrafo cuarto del artículo 28 se reintegraría al concepto de electricidad (en cuanto a su generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento) como área estratégica, una actividad económica reservada para uso exclusivo del Estado.

Aunado a lo anterior, el acuerdo hace referencia a que las medidas incompatibles que eventualmente adopte una Parte no podrán ser más restrictivas que aquellas existentes al momento de la entrada en vigor del acuerdo. Dicha disposición parece estar redactada con la naturaleza de una cláusula *ratchet* o de *cremallera*, sin embargo, su fraseo en cuanto a que una medida no puede ser más restrictiva que cuando entró en vigor el acuerdo puede ser problemática. Esto, pues la cláusula no va captando de forma gradual las liberalizaciones realizadas por una parte conforme se realizan, sino que las topa con las condiciones existentes de 1998 cuando el acuerdo entró en vigor.

Por otra parte, al Acuerdo es específico en determinar que en caso de otorgarse un tratamiento especial a inversionistas de terceros Estados en virtud de acuerdos que creen zonas de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos regionales o instituciones similares, la Parte que así lo haga no está obligada a conceder dicho tratamiento a los inversionistas de la otra parte.

Ahora bien, en virtud del Acuerdo se protegen los principios de Trato Nacional y Nación más favorecida, mismos que a mi consideración, en principio no son violados por las reformas estudiadas. Ahora bien, se reitera que en caso de que al

utilizar sus nuevas competencias de decisión discrecionales en un sentido que discrimine a las inversiones cubiertas por razones de nacionalidad, dicha presunta violación podría ser reclamada por los nacionales de Argentina.

Además de los principios señalados, el Acuerdo establece la obligación de las partes de brindar trato justo y equitativo, no perjudicando la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones cubiertas a través de medidas arbitrarias o discriminatorias, además de brindarles de plena protección. Respecto a la arbitrariedad que impera en la reforma y que da paso a la libre discrecionalidad en las decisiones de las autoridades mexicanas en cuanto al despacho de centrales eléctricas y acceso a las redes de transmisión y distribución, considero que las reformas estudiadas pueden ser violatorias de este principio.

En otro orden de ideas, el artículo 5 del Acuerdo prohíbe la expropiación o nacionalización de una inversión cubierta si no es por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al debido proceso y mediante indemnización. En el caso de estudio concreto y a mi consideración, las medidas adoptadas en cuanto a reformar legal o constitucionalmente a la industria eléctrica tienen claros tintes expropiatorios que ya han sido analizados de forma previa. En aras de evitar repeticiones innecesarias, se comenta que, derivado de lo anterior, los nacionales de Argentina podrían iniciar un procedimiento de solución de controversias.

En ese tenor, las controversias deben ser solucionadas en la medida de lo posible, a través de consultas amistosas o negociación. Si seis meses después de ser planteada la controversia no ha sido solucionada, la parte reclamante podrá someter esta a los tribunales competentes del estado receptor de la inversión, o a arbitraje. En este último caso, se deberá notificar la intención de someter la controversia a arbitraje internacional al menos con 90 días de anticipación.

De elegirse el arbitraje, la controversia puede someterse a las reglas del CIADI, del mecanismo complementario o las reglas de arbitraje de la CNUDMI. De este procedimiento debe surgir un laudo en el que se determine si ha habido incumplimiento, si este ha causado daño y en su caso, fijar un monto de indemnización compensatoria y sus intereses, o bien restitución de la propiedad objeto de controversia

Sin hacer más mención del procedimiento que ya se ha analizado en con anterioridad, a consideración de este trabajo, las medidas y modificaciones derivadas de la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica podrían considerarse como una expropiación indirecta conforme a lo establecido en los párrafos anteriores, por lo que de ser llevado ante arbitraje de inversión al respecto por nacionales de Argentina, el Estado Mexicano podría enfrentarse a responsabilidad.

Respecto a las modificaciones constitucionales que se pretenden, si se aprueban en los términos de la iniciativa presentada por el Titular del Ejecutivo Federal, reintegrando el sector eléctrico como área estratégica, cuya naturaleza está reservada al Estado, de conformidad con el inciso a del párrafo quinto del artículo segundo del Acuerdo, que a la letra establece que el instrumento no se aplicara a actividades económicas reservadas al Estado, a mi consideración Argentina no podría reclamar.

4.5.1.3 China

El Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones se firmó en julio de 2008 y entró en vigor en junio de 2009²³⁴ con el

²³⁴ UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6113/download>

propósito de crear condiciones favorables para la inversión, intensificando la cooperación de las partes sobre bases de equidad y beneficio mutuo.

En las excepciones que plantea, el Acuerdo es claro en determinar que las partes no están obligadas a extender a los nacionales de la otra beneficios que sí otorgan a inversionistas provenientes de otros Estados en virtud de la integración de un área de libre comercio, unión aduanera, u otras instituciones similares.

Tras definir diversos conceptos como inversión, inversionista, empresa y territorio, el Acuerdo procede directamente a desarrollar los principios de protección, comenzando con el de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida. Tal y como se ha señalado, a consideración de este trabajo, las reformas planteadas por el Titular del Poder Ejecutivo Federal respecto a la industria eléctrica, en principio no son violatorias de estos principios, pues otorgan el mismo trato a privados nacionales y extranjeros en cuanto a actividades de generación y comercialización de energía. Ahora, si derivado de las nuevas facultades discrecionales que se le otorgarían al CENACE o a la CFE, los inversionistas consideran que están siendo discriminados por cuestiones de nacionalidad o que existen preferencias por los competidores mexicanos, es que podrían alegar estas supuestas violaciones siempre y cuando fundamenten sus dichos y logren probarlos.

Respecto a Nivel Mínimo de Trato, las partes se obligan a brindar a las inversiones un trato acorde a derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. En ese sentido y de conformidad al análisis previamente realizado, creo que las reclamaciones sobre las reformas de estudio respecto a dicho principio pueden esgrimirse en argumentos de la discrecionalidad e incluso arbitrariedad no sólo con que se toma la determinación de cambiar de fondo la industria eléctrica, sino también de la discrecionalidad y arbitrariedad que es privilegiada por las reformas en la nueva forma de determinar el despacho de energía en el sector.

En otro orden de ideas, el Acuerdo prohíbe expropiar o nacionalizar inversiones si no es por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a principios de legalidad y mediante el pago de una indemnización. En atención a argumentos ya explicados, considero que las reformas estudiadas tienen claros tintes expropiatorios, lo que podría derivar en que empresas provenientes de China puedan reclamar una supuesta violación en virtud de este acuerdo.

Finalmente, el Acuerdo establece el procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado indicando que, de forma previa, las partes deberán intentar dirimir el conflicto a través de consultas o de negociación. De no prosperar una solución, el inversionista notificará al Estado la intención de someter la reclamación a arbitraje con al menos seis meses de anticipación.

El inversionista puede entonces iniciar la reclamación vía arbitraje antes de que transcurran tres años de la conducta objeto de controversia en el sentido de que el Estado receptor ha incumplido con sus obligaciones , y en virtud de ello, el sujeto ha sufrido pérdida o daño. Para resolverse se puede someter la controversia a la luz del convenio CIADI, del mecanismo complementario, las reglas de la CNUDMI o cualesquiera otras mientras así lo acuerden las partes. Cabe mencionar que en virtud de iniciar dicho procedimiento se renuncia al derecho de iniciar o continuar con cualquier otro procedimiento ante tribunal administrativo o judicial.

El laudo respectivo, determinando que un Estado parte ha incumplido con sus obligaciones puede otorgar por separado o en combinación daños pecuniarios y sus intereses, o bien restitución en especie. Si la reclamación es por pérdida o daño a una empresa, se puede otorgar la restitución de esta y el pago daños pecuniarios sin perjuicio de otros derechos.

Sin hacer más mención del procedimiento que ya se ha analizado en con anterioridad, a consideración de este trabajo, la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica y la Reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución podrían

considerarse como una expropiación indirecta conforme a lo establecido en los párrafos anteriores, por lo que de ser llevado ante arbitraje de inversión al respecto por nacionales de China, el Estado Mexicano podría enfrentarse a responsabilidad.

Son diversos los instrumentos que se han analizado en aras de llegar a la conclusión de si el Estado Mexicano está o no incumpliendo con obligaciones internacionales en materia de inversión. A mi consideración, existen múltiples argumentos que pueden ser utilizados o vertidos por los inversionistas en contra de nuestro país debido a las implicaciones que traen consigo las Reformas al sector eléctrico nacional. Sin embargo, en un último ejercicio y con el propósito de enriquecer el presente trabajo, creo de la mayor relevancia vislumbrar cuáles son los posibles razonamientos con los que el Estado Mexicano pudiese defender su postura en caso de que inversionistas inicien procedimientos de solución de controversias inversionista-Estado en su contra.

4.6 Defensa del Estado Mexicano

Son diversos los Foros en los que autoridades mexicanas del más alto nivel han defendido la política energética de la Administración actual. En la creación de un escenario maniqueo en el que todo aquel opuesto a la reforma es desdeñado con los adjetivos de conservador o neoliberal, el Presidente Obrador y su Secretaria de Energía Rocío Nahle García se han pronunciado contra el sector privado, considerándolo como corrupto por, primeramente, haber iniciado procedimientos judiciales contra el Decreto de Confiabilidad de mayo de 2020, y por haber hecho lo consiguiente con las posteriores modificaciones a la Ley de la Industria Eléctrica, desdeñando el juicio de amparo y a la judicatura misma por proteger a través de sus sentencias al orden constitucional y a los principios que este consagra.

En consecuencia a lo anterior y como ejercicio académico, a continuación se analizará la justificación que da el Estado Mexicano a las reformas de referencia y

se hará estudio de como esta podría decantarse en argumentos que el Estado Mexicano podría hacer valer en caso de llegar a verse obligado a defender su política energética y la nueva organización de la industria eléctrica frente a Tribunales Arbitrales u otras instancias de carácter internacional con el propósito de deslindarse de responsabilidades.

4.6.1 Justificación

El artículo 25 Constitucional es claro en establecer que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, y que fortalezca la Soberanía de la Nación y de su régimen democrático, haciéndose valer de, entre otros valores, la competitividad. Ahora bien, la fracción X del artículo 73 de la Carta Magna establece la facultad del Congreso de la Unión para legislar en toda la República sobre energía eléctrica.

Derivado de lo anterior, es claro que compete al Estado fijar las bases de política pública a las que deberá sujetarse una industria tan importante en el desarrollo y crecimiento económico del país y sus habitantes como es la eléctrica. El Estado entonces puede legislar respecto a la industria e incluso son diversos los instrumentos internacionales relativos a inversión los que declaran la soberanía de los países de hacerlo, e incluso de legislar sobre sectores específicos

En uso de las facultades que le son concedidas legal y constitucionalmente, el Gobierno Federal presenta sendas reformas para cambiar el modo de despacho de energía eléctrica, así como de brindar una nueva organización y facultades a la CFE. Esto debido a que, conforme a su criterio, el despacho económico actual pone en riesgo ya no sólo al desarrollo del país, sino a la Seguridad Nacional,²³⁵ es decir,

²³⁵ Reforma constitucional en materia eléctrica es conveniente para el pueblo, afirma presidente, Comunicado de la Presidencia de la República, disponible en <https://www.gob.mx/presidencia/prensa/reforma-constitucional-en-materia-electrica-es-conveniente-para-el-pueblo-afirma-presidente>

la falta de confiabilidad en el suministro del energético, así como la integridad de la Comisión Federal de Electricidad ponen en peligro valores fundamentales para el Estado Mexicano. Son varias las razones que motivaron al Gobierno Federal a proponer las iniciativas que se han estudiado, entre ellas:

1. Los contratos leoninos que firmó la Comisión Federal de Electricidad por concepto de compraventa de energía eléctrica.
2. La creación de un mercado paralelo derivado de los permisos de autoabastecimiento que resulta legal y dañino para la confiabilidad del Sistema Eléctrico Nacional.
3. El excedente de permisos otorgados por la Comisión Reguladora de Energía rebasa la capacidad de la red, lo que causa un desbalance energético.
4. La difícil operación de la CFE debido a su separación legal
5. El despacho económico y la emisión de CELs en la actualidad implica desventajas para la Comisión²³⁶

A mi consideración todas las anteriores podrían considerarse como causas legítimas, sin embargo las formas de contrarrestarlas con lo que podrían implicar conflictos para el Estado Mexicano, que puede cambiar su normativa, pero también queda expuesto a enfrentar responsabilidad.

Respecto a esto, cabe señalar que los acuerdos comerciales o tratados relativos a inversión no son prohibitivos en determinar que el país pueda o no modificar su régimen jurídico y constitucional, sin embargo, al hacerlo se adentran en la posibilidad de que se le reclamen indemnizaciones económicas que pueden elevarse a cantidades millonarias.

²³⁶ Dichas razones de la reforma fueron planteadas y resumidas por la Secretaría de Energía en la Conferencia matutina del Presidente Andrés Manuel López Obrador del 11 de octubre de 2021, cuya versión estenográfica esta disponible en <https://presidente.gob.mx/11-10-21-version-estenografica-de-la-conferencia-de-prensa-matutina-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador/>

4.6.2. La Reforma como política pública

A mi consideración, la única forma frontal que tendría el Gobierno Mexicano para deslindarse de responsabilidad sería la de justificarla como una política pública con fines legítimos, esto, para que sus medidas no sean consideradas como violatorias de inversiones cubiertas por una pluralidad de instrumentos internacionales en los que se ha comprometido. La jurisprudencia internacional en diversos casos ha establecido que los Estados están en su derecho de controlar el uso de propiedad de acuerdo a intereses generales reforzando las leyes que crean necesarias para alcanzar un propósito.²³⁷

En ese sentido y en caso de llegar a procedimientos de arbitraje, el trabajo de los Tribunales será el de estudiar caso por caso las particularidades fácticas de la controversia para determinar si México ha incumplido o no con las obligaciones derivadas de los compromisos adquiridos en materia de inversión. Ahora bien, la línea que separa al derecho de los Estados a legislar con fines razonables para alcanzar objetivos de política pública y la adopción de medidas legales o normativas que resulten expropiatorias es profundamente delgada y todavía no existen criterios homólogos para lograr distinguirlas con claridad.

A pesar de esto, a continuación se analizan algunos precedentes importantes que han dictado pautas y criterios en los que Tribunales Arbitrales analizaron cuándo una medida constituye regulación con fines legítimos y cuándo un Estado está incumpliendo con sus compromisos y dando paso a lo que bien puede considerarse como la expropiación indirecta de una inversión cubierta.

²³⁷ *Sporrong and Lönnroth vs. Suecia*, Laudo Final, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Nº 7151/75, 1982, pp. 17.

4.6.3 Precedentes relevantes

Siguiendo criterios como el de *CEMSA vs. México*²³⁸, nuestro país podría argumentar que las acciones regulatorias no han privado a los titulares de las plantas de generación de su propiedad, pues a pesar del desmantelamiento del Mercado Eléctrico Mayorista, existe la posibilidad de que en adelante los privados participen en el mercado de forma competitiva y bajo nuevos criterios, sin embargo se deberán plantear pruebas y estudios rigurosos que lo demuestren. Lo anterior soportado también por *S.D. Myers vs. Canadá*²³⁹, caso en el que el Tribunal distinguió entre regulación y expropiación haciendo un balance respecto a la interferencia de las medidas con el derecho de propiedad, estableciendo que las expropiaciones tienden a envolver privación de derechos de propiedad, mientras que las regulaciones son interferencias de menor grado.

En ese mismo sentido y bajo el contexto del TLCAN, la resolución al caso de *Pope & Talbot vs. Canadá*²⁴⁰ determinó que si bien debido a una medida regulatoria las ventas y por lo tanto la utilidad de la empresa habían bajado, el inversionista todavía obtenía o estaba en posibilidad de obtener utilidades, determinando que una mera interferencia no es en sí una expropiación, pues para configurar esta última es necesario la privación de derechos fundamentales de propiedad.

Esto quiere decir que, si conforme a las acciones del Estado Mexicano se respeta el porcentaje determinado por la reforma constitucional en el que pueden participar los privados, las centrales de generación todavía estarían en posibilidades de generar energía para su compra, transmisión y distribución por parte de la CFE.

²³⁸ Marvin Roy Feldman Karpa (*CEMSA*) vs. México, Laudo final, CIADI, Caso N° ARB(AF)/99/1, 2002, pp. 59.

²³⁹ *Myers, Inc. vs. Canada*, Primer laudo parcial, NAFTA, 2000, pp. 69.

²⁴⁰ *Pope & Talbot vs. Canada*, Laudo Interino, NAFTA, 2000, pp. 30.

En otro orden de ideas, el Estado Mexicano debe tomar en cuenta otros criterios como el de *Revere Copper*²⁴¹, en el que las acciones del Gobierno de Jamaica en contra de una concesión a largo plazo (25 años), tenía el mismo impacto en el control y operaciones de la inversión. Si se toma en cuenta que los contratos derivados de las subastas de compra de energía a largo plazo tenían por vigencia veinte años y que están cancelándose de forma definitiva, esto podría significar una transgresión de tal magnitud que equivaliera a dañar derechos de propiedad.

En este mismo sentido, en *Tecmed vs. México*, el Tribunal estableció que debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la carga impuesta al inversionista extranjero y el objetivo buscado con la medida, que en este caso pudiese ser expropiatoria. En ese sentido, se reitera que será deber del Estado Mexicano probar que sus medidas no son violatorias de derechos de inversión y no constituyen una expropiación indirecta.

Sobre Trato Mínimo, creo que existen bastantes argumentos en contra de México derivado de la arbitrariedad con la que las reformas están respondiendo a los objetivos que se plantean, es decir, no considero que haya una proporcionalidad entre la medida y los logros que busca alcanzar. Esto, pues si se busca combatir a la corrupción los contratos pueden ser revisados y rescindidos de forma específica, en caso de existir acuerdos abusivos estos pueden ser denunciados, pero generalizar sobre una industria en lo general parece ser contrario a las disposiciones de inversión antes estudiadas. Lo anterior probablemente podría argumentarse en cada punto de la exposición de motivos de las reformas, y será deber del Estado Mexicano probar contundentemente la idoneidad de sus actos.

Finalmente, cabe hacer mención de forma particular al T-MEC, pues son varios los funcionarios públicos que plantean al capítulo ocho sobre energía como la forma de México de salir bien librado al menos frente a inversionistas

²⁴¹ *Revere Copper vs. OPIC*, Laudo Final, American Arbitration Association, Nº de Caso 161013776, 1978, pp.112.

estadounidenses con las modificaciones planteadas a la industria, esto pues en su contenido se reconoce el derecho soberano de nuestro país de reformar tanto su Constitución como su legislación interna. Sin embargo, el capítulo hace referencia al dominio y propiedad de México sobre los Hidrocarburos, por lo que el último parece un argumento bastante endeble para justificar las medidas del Estado Mexicano.

A mi consideración son más los elementos que tiene en su contra nuestro país respecto a posibles procedimientos de solución de controversias inversionista-Estado que aquellos que pudiese esgrimir en su defensa, sin embargo, este trabajo no es concluyente y reconozco que la determinación final deberá ser tomada en su caso por Tribunales que cuenten con información certera y clara para calificar si México ha incumplido sus obligaciones en materia de inversión.

Derivado de lo anterior, a continuación se hace un breve estudio conceptual de lo que significa como institución la Responsabilidad Internacional del Estado así como de sus alcances, tratando de aterrizar un marco teórico que puede parecer abstracto al caso específico, para así terminar con un comentario sobre la posible responsabilidad que podría fincársele al Estado Mexicano en caso de que los laudos producto de los arbitrajes de inversión interpuestos en su contra no le sean favorables.

4.7 Responsabilidad Internacional del Estado

Se trata sin duda alguna una de las instituciones fundamentales de Derecho Internacional Público, su existencia, estudio y perfeccionamiento son de la mayor relevancia en aras de buscar que las controversias internacionales que surjan día con día puedan resolverse por vías jurídicas y no con base en los poderes fácticos de los Estados que podrían sobreponerse por diversos medios y actuar sin

represalia alguna por el cometimiento de conductas ilícitas, actuando contra los estándares que exige la materia.²⁴²

A pesar de que el cumplimiento de normativas internacionales es realizada de buena fe y de forma voluntaria por los Estados, en muchas ocasiones es respetada pues estos no desean que se les etiquete o señale por la Comunidad Internacional o por sus pares como extraños a los mecanismos de cumplimiento de obligaciones, sin embargo, en muchas otras ocasiones también puede ser a raíz de las sanciones o efectos tanto jurídicos, como políticos y económicos que pudiese traerles un incumplimiento.²⁴³

En un intento codificador que diera certeza a la Comunidad, en agosto de 2001 la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó un proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos²⁴⁴ en el que se establecen características y consecuencias a partir de la realización de estos, puntualizando quiénes pueden invocar responsabilidad, así como las formas de reparación que se consideran más apropiadas según el caso específico.

4.7.1. Principios Generales

De conformidad con los artículos previamente mencionados, y específicamente con su numeral segundo, existe responsabilidad internacional del Estado cuando tienen lugar dos presupuestos básicos:

²⁴² MOLTENI, Atilio, La Responsabilidad Internacional del Estado, Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1964, pp. 43.

²⁴³ AIZENSTATD, Alexander, La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, pp. 5, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29227.pdf>

²⁴⁴ CRAWFORD, James, Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, United Nations Audiovisual Library of International Law, Cambridge, 2012, pp. 6

- a) Que exista una violación a una obligación de naturaleza internacional y,
- b) Que dicha conducta sea atribuible al Estado bajo derecho internacional

Ahora bien, es importante mencionar que, para que un acto sea ilícito, debe ser determinado por el derecho internacional independientemente de lo establecido por la legislación o normativa interna de los países. Asimismo, su naturaleza en cuanto a la responsabilidad puede ser activa o pasiva si es que ha llevado a cabo una conducta, o bien, dejado de ejecutarla.²⁴⁵

La pregunta a dilucidar entonces es cómo se atribuye la conducta de una persona o conjunto de personas físicas a un ente tan abstracto como lo puede ser un Estado. En ese sentido, estos son tratados ante Derecho Internacional Público como monolitos. A pesar de la diversidad de órganos en diferentes niveles de gobierno que lo conforman, de cumplir con ciertos criterios, la conducta de estos representará de forma directa al Estado, percibiendo a este como una sólo unidad.²⁴⁶

Una violación a una obligación de corte internacional tiene lugar cuando la conducta que se atribuye a un Estado como sujeto de Derecho Internacional, constituye un incumplimiento a dicha norma, la cuál debe encontrarse en un instrumento, tratado u ordenamiento que describa la obligación de forma sustantiva. Se trata de una discordancia entre la conducta que lleva a cabo el Estado con la que debió haber adoptado para cumplir con una obligación de corte internacional.

En general, las dos consecuencias generales que derivan de la realización de un ilícito internacional son cesación y reparación. Mientras que el primer concepto se refiere a la obligación del Estado de cesar el incumplimiento, asegurándose de ofrecer los medios de certeza necesarios de que la conducta no

²⁴⁵ Artículos 2 y 3 de los Artículos de Responsabilidad.

²⁴⁶ United Nations, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, United States, 2008, pp. 38.

va a repetirse, la reparación tiene por objeto el de remediar el daño causado, eliminando las consecuencias de la conducta ilícita y reestableciendo en los hechos la situación tal y como si esta nunca hubiese tenido lugar.²⁴⁷

4.7.2 Eximentes de responsabilidad

El cuerpo normativo antes antes mencionado establece en su articulado seis eximentes de responsabilidad por los que se descarta la responsabilidad de un Estado, mismas que se enuncian de forma breve a continuación:

1. Consentimiento: Tiene lugar cuando el Estado receptor de la conducta consiente la acción u omisión realizada por el otro.
2. Defensa propia: El acto deja de ser ilícito si se realiza en condiciones que pudiesen considerarse como de defensa propia.
3. Contramedidas: En términos generales se trata de que el Estado víctima de un ilícito internacional emprende acciones de la misma o de distinta naturaleza contra el Estado que ejecutó inicialmente el acto o la omisión. Para ello la nueva medida debe ser proporcional, no violar derechos fundamentales y cumplir ciertas obligaciones.
4. Fuerza mayor: Se exime de la responsabilidad del acto si este deriva de un evento irresistible que se encuentra fuera del control de quien lo ejecuta, o que hace imposible su cumplimiento.
5. Peligro extremo: La responsabilidad desaparece si el autor de la conducta ilícita carece de otro recurso razonable para salvar bienes jurídicos fundamentales como la vida (esto siempre y cuando el sujeto no haya contribuido a la existencia de dicho peligro).

²⁴⁷ BECERRA, Zoraida, La obligación de reparar como principio del Derecho Internacional, Sentencia sobre el fondo del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto La Fábrica de Chorzow, Revista Jurídica de la Universidad de León, España, 2016, pp. 87

6. Estado de necesidad: Tiene lugar si el sujeto busca proteger un interés esencial y su actuar es la única manera de salvaguardarlo.²⁴⁸

4.7.3 Posible Responsabilidad Internacional del Estado Mexicano

A mi consideración, las medidas sostenidas por el Estado mexicano podrían constituir una expropiación indirecta, así como una posible violación al Nivel Mínimo de Trato consagrado por el Derecho Internacional de las Inversiones. Sin embargo, la determinación final de si el Estado Mexicano viola estos u otros principios a través de las modificaciones planteadas por el Presidente López Obrador corresponde a los Tribunales arbitrales que se conformen a partir de reclamaciones iniciadas por los propios inversionistas extranjeros a la luz de los múltiples Tratados e instrumentos de la materia que nuestro país ha firmado.

En ese tenor y analizando los presupuestos básicos para determinar si el Estado sería Internacionalmente responsable, en caso de que un Tribunal Arbitral u otra institución competente para declararlo afirme a través de una resolución que México ha incurrido en faltas a acuerdos de inversión, estaríamos claramente ante la existencia de una violación a una obligación de naturaleza internacional.

En segunda instancia, el segundo presupuesto respecto a si la conducta es atribuible al Estado bajo derecho internacional se cumple de forma clara, pues las modificaciones al orden legal y constitucional en materia eléctrica ven en su promulgación y posible entrada en vigor la participación de al menos dos de los tres poderes supremos de la Unión, tanto al ejecutivo presentando la iniciativa y sancionándola, como al legislativo aprobándola de forma bicameral ya sea por mayoría simple o calificada. En tanto que estos Poderes se encuentran involucrados de forma directa en la creación de la medida, creo imposible que la conducta pudiese no atribuirse al Estado Mexicano.

²⁴⁸ GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, op. cit. pp. 74

En ese tenor, de enfrentarse a laudos en los que se determine el incumplimiento de referencia, no visualizo forma en la que el país pudiese restituir en sus derechos a los inversionistas afectados más allá de la compensación, pues las medidas derivarían directamente ya sea de la Ley de la Industria Eléctrica, o bien del propio articulado de la Constitución Política.

De conformidad con información de la International Chamber of Commerce México y del Consejo Coordinador Empresarial (CCE), el capital privado invertido en capacidad instalada de generación que se encuentra en riesgo de expropiación indirecta asciende a los 44 mil millones de dólares.²⁴⁹ Por su parte, la Conferencia Nacional de Cámaras Industriales (CONCAMIN) afirma que la cantidad antes establecida es mucho mayor y ascendería hasta los 60 mil millones de dólares.²⁵⁰

A pesar de no existir información gubernamental precisa sobre la cantidad pecuniaria total de inversión extranjera en el sector, en caso de que el país fuese condenado a indemnizar a los inversionistas extranjeros, esto significaría un duro golpe para las finanzas del país, mismo que tendría que ser absorbido por el erario público y que representaría un porcentaje importante del Producto Interno Bruto.

En ese sentido, es a mi consideración claro que, de llegar a declararse constitucionales o simplemente llegar a promulgarse según sea la reforma a la Ley o a la Constitución al respecto, habría múltiples argumentos para los titulares de inversiones cubiertas en el sector para que acudieran a mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado reclamando posibles violaciones a principios de inversión. Derivado de lo anterior, es necesaria la resolución de un Tribunal para

²⁴⁹ Consejo Coordinador Empresarial, Consecuencias de una eventual aprobación de la iniciativa de reforma constitucional en materia eléctrica, pp. 17, disponible en <https://cce.org.mx/2021/10/13/una-reforma-que-lastima-a-mexico/>

²⁵⁰ Declaraciones de Regulo Salinas Garza, presidente de la Comisión de Energía de la Concamin, información disponible en <https://mvsnoticias.com/noticias/economia/mexico-pagaria-60-mil-mdd-por-cambio-de-reglas-con-reforma-electrica/>

afirmarlo, pero de forma especulativa, creo que México sería objeto de responsabilidad internacional.

Finalmente, cabe señalar que si al momento de concluir el presente trabajo, la Reforma se encuentra detenida en la Cámara de Diputados por falta de consenso entre las principales fuerzas políticas, es voluntad de los legisladores que esta se discuta y en su caso apruebe en el próximo mes de abril, momento en el que se conocerá de forma definitiva el alcance y las condiciones en las que podría reformarse la industria, lo que podría desencadenar un escenario en el que los inversionistas impugnen dichas medidas a través de instancias nacionales o internacionales.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Desde su aparición en México, la industria eléctrica se ha enfrentado a una vida tan cambiante como las corrientes políticas y sociales que han azotado al horizonte de la vida pública en este país. De llegar en un régimen de libertades totales y extractivismo hasta crecer con vocación social en el servicio público bajo condiciones de competencia y llegar a una nacionalización para años después volver al libre mercado, la energía que el sector brinda a la gente es indispensable para cumplir ya no sólo con retos comerciales, dinamismos económicos o números en un papel, sino con requisitos básicos para que la gente pueda llevar una vida digna.

SEGUNDA. En mi opinión, el papel de un Estado rector que garantice el adecuado funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional es necesario. Contar con una empresa propiedad del Estado en la que imperen las mejores prácticas y que pueda competir (como ya lo hizo en el pasado) en un mercado con otros participantes, es del interés de todas y todos los mexicanos, sin embargo, reformas o políticas que tratan de fortalecer a dichas instituciones obedeciendo a coyunturas políticas en vez de a criterios técnicos tienen muy poco mérito, significando no más allá que una oportunidad perdida.

TERCERA. No dudo que las intenciones con las que se redactaron y presentaron las reformas estudiadas hayan sido de la mejor índole, sin embargo, son diversos los indicadores de que como política pública, serían regresivas, y ante algunos puntos de vista, contraproducentes.

CUARTA. Centralizar todo el poder de la industria en la Secretaría de Energía y en la Comisión Federal de Electricidad, dejando a un lado los pesos y contrapesos institucionales por los que se ha luchado a través de los años, parece un intento contundente y firme pero a la vez insuficiente de salvar a una empresa por la vía fácil. La CFE es perfectible como cualquier otra institución, y para contrarrestar sus

deficiencias es necesario hacer un análisis íntegro de cómo fortalecerla, sin embargo, los esfuerzos de la administración actual parecen evocarse en su totalidad a acabar con un mercado entero en aras de que un mal jugador impere en él.

QUINTA. En caso de haber contratos leoninos, pueden rescindirse, si existen tratados o instrumentos internacionales desproporcionados, pueden denunciarse, si la Reforma Energética fue resultado de corrupción, es menester que los implicados sean sancionados penalmente y la legislación revisada, sin embargo, lo que provocan las reformas estudiadas es el desmantelamiento de un mercado entero que termina por minar la confianza de los mercados en el país y proyectar hacia el extranjero que México no cumple con sus compromisos y no entiende el sentido hacia el que se mueven las democracias del mundo y sus regímenes energéticos.

SEXTA. El Derecho Internacional de las Inversiones surgió como una forma de los Estados industrializados de ganar certeza sobre el capital que anteriormente podrían ver perdido debido a diversas coyunturas políticas, económicas o sociales en los países menos desarrollados en los que invertían, sin embargo, con los años se ha vuelto dinámico y a pesar de que todavía queda un largo trecho por recorrer, la práctica diaria ha encontrado respuesta a los nuevos retos que surgen de un mundo cada vez más conectado y cambiante, salvaguardando principios básicos de cooperación económica.

SÉPTIMA. Las reformas de referencia afectan derechos adquiridos por los inversionistas, infringiendo máximas de no retroactividad, haciendo omiso cualquier esbozo de garantía de audiencia y quebrando con principios de competencia y libre mercado. Además, las modificaciones privilegian un marco de discrecionalidad que de llevarse a un extremo, podría incluso terminar con la iniciativa privada en el sector eléctrico, al hacer inviable que esta opere.

OCTAVA. Hay un consenso en los Acuerdos de Inversión y en la misma comunidad internacional de que los Estados pueden regular adoptando, manteniendo o

haciendo cumplir medidas que consideren apropiadas para asegurar objetivos regulatorios y de política pública legítimos, como pareciera suceder en este caso, sin embargo, la proporcionalidad entre las modificaciones legales y constitucionales parece desmedida a los objetivos propuestos, hasta mostrar tintes expropiatorios.

NOVENA. Al dismantelar el Mercado Eléctrico Mayorista, cambiar el orden de despacho sin seguir criterios técnicos objetivos más allá de las determinaciones discrecionales del CENACE o de la propia CFE y cancelar definitivamente diversos contratos o su totalidad según la reforma, se puede provocar que las centrales construidas con base en inversión extranjera pierdan una gran parte o todo su valor, pudiendo verse obligadas incluso a vender sus activos a una Comisión que, siendo juez y parte en sector eléctrico, podría abarcar un 100% del mercado. Ahora bien, la mayor ingenuidad consiste en creer que la Comisión y SENER en sus nuevas facultades de dirigir el Sistema Eléctrico Nacional no van a sobreponer los intereses de la primera en detrimento del sector privado.

DÉCIMA. La cancelación de contratos, conforme a la reforma, sería uniforme, sin establecer causales específicas de rescisión sino terminando con regímenes completos, un cambio de orden constitucional bajo esos términos no encuentra en la legislación doméstica algún tipo de defensa para el inversionista. Bajo esos términos, ya son varios los argumentos a esgrimir en procedimientos arbitrales.

UNDÉCIMA. Sin una reorganización técnica y orgánica de la Comisión Federal de Electricidad que la modernice y termine con sus vicios, erigirla como la máxima participante de la industria y tratando de despachar al máximo sus centrales, la única forma que a mi consideración es viable para mantener los precios tarifarios debajo de la inflación es a través de subsidios provenientes de un Presupuesto de Egresos de la Federación, mismos que como ya se mencionó, tan sólo en 2020 ascendieron a los 70 mil millones de pesos.

DÉCIMA SEGUNDA. Las implicaciones ambientales de regresar a un régimen energético que deja de apostar por las energías limpias y desincentiva su producción en aras de apuntalar a la todavía empresa productiva del Estado, así como la eliminación de Certificados de Energía Limpia y el desplazamiento de centrales de electricidad eólicas y solares por otras de la Comisión que utilizan medios tradicionales pone en juego desesperados esfuerzos internacionales por descarbonizar las economías y bajar las emisiones al máximo posible.

DÉCIMA TERCERA. La inversión extranjera debe ser rigurosamente normada, sin embargo, es bien sabido que su ejercicio en un país estimula capitales locales, provoca mayor crecimiento, crea más empleos de mayor calidad, y mejora las condiciones de vida de la gente. Esta reforma es una amenaza a la certidumbre que buscan los mercados y a la confianza de los inversionistas en el mercado mexicano, las compensaciones que el país se vería obligado a pagar en caso de ser encontrado internacionalmente responsable nos afectan a todas y todos los mexicanos.

DÉCIMA CUARTA. El Gobierno de este país debe crear políticas públicas orientadas al crecimiento y al desarrollo, a construir con base en criterios técnicos auditando y modificando lo que está mal, no regresando a un régimen que incumple compromisos internacionales y pone en riesgo la certeza jurídica de las inversiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Miguel, Segundo curso de derecho administrativo, Editorial Porrúa, México, 1993.
- BENTOLILA, Dolores, Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, 2012.
- BOSKIN, Michael, NAFTA at 20: The North American Free Trade Agreement's Achievements and Challenges, Hoover Institution Press, Stanford University, United States of America, 2014.
- BREWER, Thomas, The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises. Oxford University Press, 1998.
- CAMPBELL, Mc Lachlan, International Investment Arbitration, substantive principles. Oxford University Press, 2007.
- CÁRDENAS, Jaime (Coord.), Reforma energética. Análisis y consecuencias, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015.
- CONDON, Bradly, Mexican energy reform and NAFTA Chapter 11: Articles 20 and 21 of the Hydrocarbons Law and Access to investment arbitration, Journal of World Energy Law and Business, 2016.
- CORTÉS, Josefina, Derecho Administrativo y Sector Eléctrico: Elementos de Regulación, Editorial Porrúa, México, 2007.
- _____, La Interpretación Judicial en Materia de Competencia Económica, Tirant lo Blanch, México, 2015.
- _____, _____
- CRAWFORD, James, Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, United Nations Audiovisual Library of International Law, Cambridge, 2012.
- _____, The Law of International Responsibility, Editorial Oxford University Press, Estados Unidos, 2010.

- CRUZ, Oscar, La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2018.
- _____, La solución de controversias entre Partes en la Alianza del Pacífico, Revista Mexicana de Política Exterior, número 14, México, 2018.
- CRUZ, Rodolfo y CRUZ, Óscar, El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México, Editorial Porrúa, México, 2004
- DE BRABANDERE, Eric, International Investment Law in Latin America, Brill Nijhoff, Leiden, Netherlands, 2016.
- DE LA GARZA, Enrique, Historia de la Industria Eléctrica en México, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1994.
- DE ROSENZWEIG, Francisco, El sector eléctrico en México, Evolución, Regulación y tendencias, Porrúa, México, 2007.
- DEL RÍO, Jaime, Análisis de la Reforma Energética, Serie: Reformas estructurales: avances y desafíos, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2016.
- DÍAZ, Luis y MORONES, Laura, Inversión extranjera: derecho mexicano y derecho internacional, Themis, México, 2001, pp. 57
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, Principles of International Law, Oxford University Press, New York, 2008.
- ERLANDSEN, Matthias y AGUIRRE, Daniel, “La diplomacia pública de la Alianza del Pacífico: del poder suave al poder digital”, Revista Mexicana de Política Exterior, México, 2017.
- ESPINOSA, Jorge, Evolución Constitucional de la Regulación de la Energía, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.
- GARZA, José Ramón, La reforma energética en materia de electricidad: Una mirada crítica al régimen de suministro básico, Tirant lo Blanch, México, 2020.

- GERHART, Peter y BARON, Michael, Understanding National Treatment: The Participatory Vision of the WTO, 14 Indiana Journal of International Law, United States, 2004.
- GJUZI, Jola, Stabilization Clauses in International Investment Law, A Sustainable Development Approach, Springer Nature, Switzerland, 2018.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, Arbitraje en Materia de Inversiones, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010
- _____, Arbitraje. Ed. Porrúa, México, 2004.
- _____, Arbitraje de Inversiones, Editorial Porrúa, México, 2009.
- GUERRERO, Francisco, La concertación política en contextos de democracias fragmentadas: el caso Pacto por México, Consejo Editorial de la Cámara de Diputados, 2016.
- HALLAK, Issam, Multilateral Investment Court, Overview of the reform proposals and prospects, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2020.
- JOSKOW, Paul, Lessons Learned from Electricity Market Liberalization, Massachusetts Institute of Technology, United States, 2014.
- MALIK, Mahnaz, The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?, International Institute for Sustainable Development, 2011.
- MEYER, Herbert, A History of electricity and magnetism, Massachusetts Institute of Technology, United States of America, 1971.
- MEYER, Lorenzo, De la estabilidad al cambio. Historia General de México, El Colegio de México, México, 2000.
- MONTI, Giorgio, EC Competition Law, Cambridge University Press, New York, 2007.
- MORENO, Ana Lilia, El nuevo marco jurídico y regulatorio del sector eléctrico mexicano, Tirant lo Blanch, México, 2016.
- MOSES, Margaret, The principles and practice of international commercial arbitration, Oxford University Press, 2008

- OCHOA, Enrique, Para entender la reforma al sector eléctrico, Nostra Ediciones, México, 2016
- ORTEGA, Roberto, La evolución constitucional de la energía a partir de 1917, INEHRM, Secretaría de Energía, México, 2016.
- PÁRAMO, Marcelo, La Comisión Reguladora de Energía, en Regulación del Sector Energético, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Secretaría de Energía, México, 1997.
- PEARCE, David, The MIT Dictionary of Modern Economics, The MIT Press, Massachussets, 1992.
- PEREZ, Rafael, Régimen Internacional y Nacional de la Inversión Extranjera, Editorial Porrúa, México, 2011.
- REED, Lucy, PAULSSON, Jan and BLACKABY, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, Wolters Kluwer, United Kingdom, 2011.
- REISMAN, Michael, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, Kluwer Law International, United States, 2021.
- RESÉNDIZ, Daniel, El Sector Eléctrico de México, Comisión Federal de Electricidad y Fondo de Cultura Económica, 1994.
- REYES, Carlos y CRUZ, Óscar, El T-MEC/USMCA: Solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, núm 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2018.
- RODRÍGUEZ, Sonia, El Sistema Arbitral del CIADI, Editorial Porrúa, México, 2006.
- ROUSSEAU, Charles, Droit International Public, Recueil Sirey, Francia, 1983.
- SALACUSE, Jeswald, The Three Laws of International Investment. National, Contractual and International Frameworks for Foreign Capital, Oxford University Press, New York, 2014.
- SCHILL, Stephan, The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009.

- SCHWARZENBERGER, George, Foreign Investments and International Law, S.N.E., Stevens & Sons Limited, London, 1969
- SORNARAJAH, M, The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- TREVIÑO, Francisco, La regulación de la energía eléctrica y de la Comisión Federal de Electricidad, en Regulación del Sector Energético, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Secretaría de Energía, México, 1997.
- United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2007_en.pdf
- WOLFGANG, Peter, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, 2da. ed. Kluwer Law International, Países Bajos, 1995.
- YANNACA-SMALL, Katia, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment Agreements, 2006.