

# La nueva reforma energética de México

Duncan Wood, Editor



 **Wilson  
Center**  
MEXICO INSTITUTE



El Centro Woodrow Wilson, fundado por el Congreso como institución conmemorativa oficial del presidente Woodrow Wilson, es el foro político apartidista clave de la nación que trata problemas globales por medio de la investigación independiente y el diálogo abierto, para proveer de ideas accionables informadas al Congreso, la administración y la comunidad política en general.

Las conclusiones u opiniones en las publicaciones y los programas del Centro son las de los autores y los oradores, y no reflejan necesariamente las opiniones del personal, becarios, administradores, grupos de asesoría o cualquier persona u organización que brinde apoyo financiero al Centro.

El Instituto México en el Centro Woodrow Wilson busca mejorar el entendimiento, la comunicación y la cooperación entre Estados Unidos y México, promoviendo la investigación original, fomentando la discusión pública y proponiendo opciones de políticas para mejorar la relación bilateral. Un Consejo Consultivo Binacional, presidido por el Embajador Earl Anthony Wayne y el Dr. Luis Téllez, supervisa el trabajo del Instituto México.



**Mexico Institute  
Woodrow Wilson International  
Center for Scholars**

One Woodrow Wilson Plaza  
1300 Pennsylvania Avenue NW  
Washington, DC 20004-3027

[www.wilsoncenter.org/mexico](http://www.wilsoncenter.org/mexico)

[mexico@wilsoncenter.org](mailto:mexico@wilsoncenter.org)

[facebook.com/MexicoInstitute](https://facebook.com/MexicoInstitute)

[@MexicoInstitute](https://twitter.com/MexicoInstitute)

202-691-4130



## Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecer a cada uno de los autores que contribuyeron con su conocimiento a la realización de este libro.

Gracias a Angela Robertson por guiar la coordinación de los capítulos y la edición de este libro. Eres un activo increíble para el Instituto México.

También quiero agradecer a Daniela Stevens, Oscar Cruz, Emily Gray y Guillermo Sada por su colaboración en la edición final de este volumen.

A todos mis colegas en México y en Estados Unidos que me han proporcionado su asesoramiento especializado en los últimos 10 años para ayudarme a entender la complejidad de la política energética mexicana. Debo un especial reconocimiento a Enrique Hidalgo, quien ha sido un extraordinario líder intelectual durante todo este tiempo.

Gracias también al Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y a Green Momentum por la contribución financiera para hacer este proyecto posible.

Por último, mi profunda gratitud a los miembros del Consejo Consultivo del Instituto México por su apoyo constante a nuestro trabajo. Sin su apoyo, seríamos incapaces de continuar con nuestra misión de informar el debate público y de políticas públicas sobre México y la relación bilateral.

**Duncan Wood, Director, Instituto México, Centro Woodrow Wilson**

# Contenido

<b>Introducción: Una reforma con años de elaboración</b> .....	<b>1</b>
Duncan Wood	
<b>El sistema energético global en evolución</b> .....	<b>6</b>
Sarah Ladislav y Jesse Barnett	
<b>Cambios de paradigma y conflictos políticos: La historia de la segunda revolución energética de México</b> .....	<b>20</b>
Duncan Wood y Jeremy Martin	
<b>Las letras pequeñas de la reforma energética de México</b> .....	<b>40</b>
Guillermo José García Sánchez	
<b>La política del petróleo en México: consolidación de las reformas</b> .....	<b>59</b>
Jeremy Martin	
<b>Una reforma cruda: Pemex en el nuevo panorama energético de México</b> .....	<b>86</b>
Leticia A. Abad y Noel Maurer	
<b>Resultados iniciales de la reforma en el sector de la energía eléctrica de México, 2013-18</b> .....	<b>113</b>
Peter Nance	
<b>El futuro de la energía renovable en México</b> .....	<b>159</b>
Lisa Viscidi	
<b>Un futuro incierto: El sector energético bajo AMLO</b> .....	<b>179</b>
Duncan Wood	

# Las letras pequeñas de la reforma energética de México

Guillermo José García Sánchez, Profesor Asociado, Facultad de Derecho de la Universidad de Texas A&M

**H**ace cinco años, cuando México transformó su sector energético, la mayoría de los analistas estaban preocupados con respecto a la capacidad del gobierno para implementar la reforma. ¿Cómo serían los contratos de la fase aguas arriba? ¿Serían transparentes las subastas? ¿Cómo reaccionarían las compañías internacionales? Después de dos rondas de subasta exitosas, 107 contratos firmados y la creación de agencias reguladoras viables para gestionar y supervisar la agenda de la reforma, las preguntas han cambiado. Hoy en día, la capacidad de México para implementar las reformas energéticas y atraer inversión extranjera ya no está en duda. Ahora, las preguntas más importantes sobre la reforma se refieren a su sostenibilidad a largo plazo. ¿Puede sobrevivir a los ciclos electorales de México? ¿Continuará México por el mismo camino que fomenta la participación privada en el desarrollo de nuevos campos? ¿Qué tan seguras están las inversiones actuales en México luego del surgimiento del populismo y el nacionalismo en la narrativa política mexicana?<sup>69</sup> En otras palabras, con miras al futuro, ¿son los cimientos de los pilares legales necesarios lo suficientemente firmes para resistir cualquier huracán político?

La respuesta a estas preguntas en el ámbito legal, como con muchas cuestiones legales, no están claras. La reforma incluyó no solo los sectores del petróleo y el gas, sino también la producción y distribución de energía en todo el territorio mexicano.<sup>70</sup> Este capítulo no puede abordar completamente todos los sectores cubiertos por la reforma; más bien, se centrará en por qué la arquitectura legal de la reforma energética para actividades de la fase aguas arriba no es tan “a prueba de balas” e “irreversible” como afirman algunos funcionarios mexicanos.<sup>71</sup> Dos puntos débiles pueden impedir que la reforma logre la estabilidad deseada a largo plazo. En primer lugar, el corazón de la reforma energética no se encuentra en el texto de la constitución, sino en los artículos transitorios de la reforma.

El equipo legal del presidente decidió insertar los términos sustanciales de la reforma, especialmente el tipo de contratos que el estado podría firmar, como artículos “transitorios” en lugar de optar por pelear las batallas políticas necesarias para convertirlos en disposiciones constitucionales. En segundo lugar, y quizás la mayor

69 Véase el especial “Latin America First?” edición de *Americas Quarterly*, [www.americasquarterly.org/content/latin-america-first](http://www.americasquarterly.org/content/latin-america-first). Según el informe de Goldman Sachs sobre México de marzo de 2018, “AMLO [Andrés Manuel López Obrador] podría cambiar el *status quo* del sector petrolero al ralentizar la implementación de la reforma del sector energético, haciéndolo menos predecible y menos amigable para el mercado, e interviniendo más en el sector directamente, e indirectamente otorgando más dinero, poder e influencia a la ineficaz compañía petrolera nacional, Pemex”. Véase Alberto Ramos, Paulo Mateus y Gabriel Fritsch, “Mexico: Facing 100 Days of Uncertainty and Potential Drama,” Goldman Sachs Economics Research, 23 de marzo de 2018, [www.lapoliticaonline.com.mx/files/content/110/110415/Mexico\\_Facing\\_100\\_days\\_of\\_Uncertainty\\_and\\_Potential\\_Drama.pdf](http://www.lapoliticaonline.com.mx/files/content/110/110415/Mexico_Facing_100_days_of_Uncertainty_and_Potential_Drama.pdf).

70 “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, DOF (Edición Vespertina), 2 (20 de diciembre de 2013),” [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013) (en lo sucesivo, Reforma Constitucional).

71 Según el Secretario de Energía de México, Pedro Joaquín Codwell, quien también es presidente del consejo de administración de Pemex, la reforma energética es “irreversible”, ya que sus principales disposiciones están consagradas en la constitución y se requeriría una mayoría absoluta en el Congreso para revertirla.” Véase Ana Isabel Martínez, “Mexico Energy Minister Says Election No Obstacle to 2018 Oil Auctions,” *Reuters*, 9 de febrero de 2018, [www.reuters.com/article/us-mexico-energy/mexico-](http://www.reuters.com/article/us-mexico-energy/mexico-)

debilidad de la reforma, fue la incapacidad de los diseñadores para superar la cultura legal que rodea la tradición mexicana de hiper-presidencialismo. El presidencialismo mexicano tiende a consolidar el poder estatal en el presidente como la figura central en la determinación de la política pública, en lugar de depender de agencias independientes para controlar las decisiones políticas clave en sus áreas de supervisión asignadas.

Este segundo punto merece mayor atención. Por razones políticas y estratégicas, los “padres fundadores” de las reformas se aseguraron de que el residente tenga en última instancia el control del futuro del sector energético. El presidente podría verse limitado en su capacidad de modificar los contratos existentes, pero un nuevo presidente sin duda puede frenar los proyectos futuros, los procesos de licitación planificados y la participación de actores privados en las próximas etapas de la reforma. Cuando se trata del sector del petróleo y el gas, las compañías privadas pueden constitucionalmente tener la autorización para firmar contratos con el estado, pero el presidente sigue siendo el que controla los términos de los contratos, el régimen fiscal que se les asigna e incluso la posibilidad que nuevos campos se abran a la exploración. Las nuevas agencias, en particular la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), no tienen la independencia de elegir a los socios del estado mexicano o garantizar que el proceso de toma de decisiones sea transparente. El poder ejecutivo es el que tiene el papel, la pluma e incluso la llave de la sala donde se firmará el contrato. Desde el punto de vista de las políticas, es posible que México no esté abierto a operaciones comerciales en las próximas etapas de desarrollo de exploración y producción (E&P). Todo dependerá de si el próximo presidente decide si es del interés nacional de México invitar a compañías privadas o asignar los nuevos campos a Pemex.

### **“Procedimientos de protección legal” constitucionales transitorios**

La propuesta de reforma energética de 2013 provocó un debate entre los especialistas en cuestiones legales sobre si la reforma estaba modificando sustancialmente el orden constitucional.<sup>72</sup>

El presidente Peña Nieto y su equipo de expertos intentaron comunicar que, de hecho, la reforma seguía la visión del último presidente de la revolución mexicana, el presidente Lázaro Cárdenas.<sup>73</sup> El equipo de Peña Nieto propuso reinsertar la redacción de la constitución que Cárdenas había empleado para constitucionalizar la expropiación de la industria petrolera en 1938.<sup>74</sup> La reforma de Cárdenas prohibió textualmente que el estado otorgara concesiones a compañías privadas para la producción de hidrocarburos, pero mantuvo la posibilidad de que el gobierno firmara otros tipos de contratos con compañías privadas.<sup>75</sup> En otras palabras, sería constitucionalmente permisible firmar contratos con compañías privadas, pero no otorgarles concesiones. “No fue hasta principios de la década de 1960, cuando se promulgó una enmienda, que la constitución prohibió la firma de contratos con compañías privadas y reservó todas las actividades relacionadas con los hidrocarburos a Pemex”, explicó Peña Nieto en su discurso de 2013 al presentar la reforma.<sup>76</sup> Irónicamente, en opinión del

---

72 Véase, por ejemplo, George Baker, “Concesión ‘vs’ licencia”, *Diario Milenio*, 29 de junio de 2015, [www.milenio.com/firmas/george\\_baker/Concesion-vs-licencia\\_18\\_545525470.html](http://www.milenio.com/firmas/george_baker/Concesion-vs-licencia_18_545525470.html).

73 “Palabras del Presidente Enrique Peña Nieto, durante la Presentación de la Iniciativa de Reforma Energética”, 12 de agosto de 2013, [www.gob.mx/presidencia/prensa/palabras-del-presidente-enrique-pena-nieto-durante-la-presentacion-de-la-iniciativa-de-reforma-energetica](http://www.gob.mx/presidencia/prensa/palabras-del-presidente-enrique-pena-nieto-durante-la-presentacion-de-la-iniciativa-de-reforma-energetica).

74 Ibid.

75 Ibid.

76 Ibid.

gobierno de Peña Nieto, la reforma restableció el régimen legal de 1938 para meter a México a la revolución energética del siglo XXI.

En opinión de la administración, esta forma inusual de enmendar la constitución invalidó cualquier argumento de la oposición del Congreso sobre que la administración había violado el espíritu de la expropiación de 1938 y los valores de la identidad revolucionaria nacional.<sup>77</sup> Sin embargo, fue un error estratégico. La administración de Peña Nieto no especificó en el texto constitucional qué tipo de contratos podrían ser firmados por el estado. La enmienda no definió qué es una concesión, ni estableció los términos de los otros tipos de contratos.<sup>78</sup>

La administración estableció en los artículos transitorios el tipo de contratos que la Constitución no definió. Legalmente, esto dejó abierta la posibilidad de contradicciones entre el texto constitucional, las disposiciones transitorias y las regulaciones secundarias. En última instancia, estos contratos en el régimen transitorio son el elemento más importante que define la relación legal entre el estado y el sector privado y se convierten en la fuente principal de los derechos de los inversionistas.<sup>79</sup>

### *¿Concesiones o licencias?*

Las actividades en la fase aguas arriba han cambiado radicalmente desde la década de 1910, cuando los revolucionarios mexicanos redactaron la Constitución mexicana. En aquella época, la relación contractual más común (y se podría argumentar que casi la única) entre los estados y las compañías eran los clásicos acuerdos de concesión.<sup>80</sup> Estas concesiones asignaban derechos de exploración y producción en diversas áreas durante largos períodos de tiempo a una sola compañía y se otorgaban títulos de propiedad de los recursos *in situ* (en el terreno).<sup>81</sup> Estos contratos de concesión generalmente reservan pocos derechos para el estado “a excepción del derecho a recibir un pago con base en la producción”, generalmente en la forma de impuestos sobre la renta y regalías.<sup>82</sup> La característica esencial de los primeros contratos de concesión era que el “concesionario disfrutaba

---

77 Ibid.

78 La constitución no especifica qué es una concesión. Ni los artículos transitorios ni la Ley de Hidrocarburos aprobados después de la reforma lo especifican. La Ley de Hidrocarburos define solo la asignación y el contrato de exploración y producción (“Asignaciones: el acto administrativo mediante el cual el poder ejecutivo federal otorga derechos exclusivos al receptor de la asignación para participar en la exploración y explotación de hidrocarburos en un Área Contractual por un tiempo específico”) (Contrato de exploración y extracción: un acto legal en el cual el Estado mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, acepta la exploración y extracción de hidrocarburos en un área contractual por un período específico de tiempo”.

79 Según lo declarado por F. Rouhani en el contexto de la legislación iraní, “La Ley del Petróleo establece los principios generales según los cuales se pueden celebrar contratos, y describe las variedades de relaciones autorizadas, pero una vez que un contrato se celebra y se ratifica en la Legislatura, la Ley del Petróleo prácticamente se desvanece porque el propio contrato es la ley adecuada y suficiente”. Véase F. Rouhani, *International Agreements and Contracts in the Field of Petroleum* 9 (United Nations Inter-Regional Seminar on Techniques of Petroleum Development, 23 de enero–21 de febrero de 1962).

80 Ernst E. Smith et al, *International Petroleum Transactions*, 3rd ed., (Westminster, CO: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010), 429 (“Early grants of mineral rights were made through classic concession agreements. The characteristics of this agreement were: (1) a grant of rights to mineral development over vast acreage; (2) for a relatively long period; (3) providing to the IOC extensive control over the schedule and manner in which the mineral reserves were developed, and (4) reserving few rights to the sovereign, except the right to receive a payment based upon production.”)

81 Ibid, 429.

82 Ibid.

de una libertad casi total” y control sobre los recursos en todas las facetas de las operaciones petroleras.<sup>83</sup> Por ejemplo, antes de la nacionalización de 1938, la compañía Mexican Eagle Oil Company, controlada por los británicos, tenía una concesión sobre todas las tierras de propiedad federal a lo largo del Golfo de México.<sup>84</sup>

En los contratos contemporáneos de exploración y producción firmados entre los estados y las compañías privadas, los términos, *concesiones*, *licencias* e incluso los *contratos de exploración y producción* se “usan a menudo indistintamente”.<sup>85</sup> En palabras de Gordon Barrow, “hay varios sinónimos para este instrumento [concesión], como permiso, licencia y arrendamiento”.<sup>86</sup>

Las concesiones modernas en todo el mundo minimizan o eliminan los términos generales de las concesiones clásicas y amplían el control del gobierno sobre las operaciones de las compañías privadas.<sup>87</sup> En todo el mundo, uno podría encontrar fácilmente contratos denominados “concesiones”, pero que ya no le dan a la compañía privada el control total del recurso. Estos contratos tendrán, entre otras cosas, varios niveles de control gubernamental, diferentes términos iniciales de operación, diferentes obligaciones mínimas de trabajo exploratorio, diferentes planes de trabajo aprobados por las secretarías a cargo de la supervisión y diferentes compromisos con respecto a los planes específicos para el desarrollo de los recursos, Incluyendo los términos para el abandono del área.<sup>88</sup> Además, las concesiones contemporáneas “incluyen las primas pagaderas al momento de la firma del contrato, tras el descubrimiento de un campo petrolero o al alcanzar ciertos niveles de producción”.<sup>89</sup> En otras palabras, el término *concesión* no es muy preciso hoy en día. Sin una definición legal adecuada, como en el texto constitucional de la reforma energética de México, el término no deja claro el tipo de relación

---

83 *Arabia Saudita v. Arabian American Oil Co.* Award, 27 I.L.R. 117, 161 (Agosto 23, 1985) (“The concessionaire enjoys a nearly total freedom, and is neither bound by clauses concerning maximum tariffs for sales nor prohibitions of preferential tariffs, which are the usual features of the cahiers des charges in public service concessions. Mining concessions are not public works concessions either, because the mineral deposits become the property of the concessionaire who, at the end of his concession, will have to return them to the State with their exploitable substance diminished and sometimes even exhausted.”). Véase también Zhiguo Gao, *International Petroleum Contracts, Current Trends and New Directions* (London: Graham & Trotman, 1994), 12–13.

84 George Philip, *Oil and Politics in Latin America: Nationalist Movements and State Companies* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1982); y Jesús Silva Herzog, *Historia de la expropiación de las empresas petroleras* (Ciudad de México: Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, 1964), 18–32.

85 Smith et al., *International Petroleum Transactions*, 443; another example of how they are used interchangeably can be found in Carmen Otero García-Castrillón, “Reflection on the Law Applicable to International Oil Contracts,” *Journal of World Energy Law & Business* 6, no. 2 (2012) 133.

86 Gordon Barrows, “A Survey of Incentives in Recent Petroleum Contracts,” in *Petroleum Investment Policies in Developing Countries*, editado por Nicky Beredjick y Thomas Wälde (Londres: Graham & Trotman, 1998), 226.

87 Smith et al., *International Petroleum Transactions*, 443.

88 Carol Nakhle, “Petroleum Fiscal Regimes: Evolution and Challenges,” in *Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*, editado por Philip Daniel, Michael Keen y Charles McPherson (Londres, Routledge, 2010), 89 y 95.

89 *Ibid.* Por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, el régimen de arrendamiento actual es una forma de concesión (“en general, los arrendamientos federales en zona marítima, una forma de concesión, incluyen los siguientes términos y disposiciones: un arrendamiento que consta de un área compacta que no exceda de 5,760 acres; un contrato de arrendamiento de cinco años (hasta diez años para ciertos contratos de arrendamiento de aguas profundas) y una cláusula habendum que establezca un término secundario durante el tiempo en que se produzca petróleo o se pague en cantidades pagaderas o se estén realizando operaciones de perforación o de reacondicionamiento de pozos aprobadas; pago del monto o valor especificado por el sistema de licitación, el derecho a explorar, desarrollar y producir petróleo y gas condicionado a los requisitos de diligencia debida y a la aprobación de un plan de pago de regalías; y ofertas de producción a refinerías pequeñas o independientes”). Véase Owen L. Anderson and Christopher Kulander, *The Offshore Petroleum Licensing Regime in the United States, in Regulation of the Upstream Petroleum Sector: A Comparative Study of Licensing and Concession Systems*, editado por Tina Hunter (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015), 167.

contractual que surgirá entre el estado y la compañía privada. Aquí es donde los artículos transitorios juegan su papel.

El cuarto artículo transitorio especifica que el Congreso debe regular el tipo de contratos que el gobierno puede firmar con compañías privadas con relación a la explotación de los recursos nacionales en nombre de la nación. Además, la disposición transitoria le ata las manos del Congreso al afirmar que estos contratos “deben ser, entre otros, contratos de servicio, contratos de participación en las ganancias o en la producción, o licencias”.<sup>90</sup> En términos de las consideraciones del estado, el artículo transitorio establece que estos contratos deben ser: “I) contratos de efectivo por servicios; II) un porcentaje de la ganancia, para los contratos de participación en las ganancias; III) un porcentaje de la producción, para los acuerdos de producción compartida; IV) con la transferencia onerosa de hidrocarburos después de haber sido extraídos del subsuelo, en el caso de licencias, o V) cualquier combinación de los anteriores”.<sup>91</sup> En lugar de dar instrucciones temporales al Congreso sobre la regulación de la reforma constitucional, las disposiciones transitorias dieron instrucciones específicas sobre el contenido de la legislación que el Congreso tenía que adoptar.

Con respecto al tipo de contratos que deben incluirse en la legislación secundaria, las disposiciones transitorias son similares a las concesiones o licencias modernas en otras partes del mundo. Además, el artículo 5 transitorio otorga el derecho sustantivo a las compañías internacionales de informar o registrar los beneficios esperados de estos contratos para fines contables y financieros. En otras palabras, las llamadas licencias autorizadas por el artículo transitorio son similares a contratos de concesión contemporáneos.<sup>92</sup> La única diferencia fundamental es que los hidrocarburos se transfieren a la compañía una vez que se extraen, en lugar de in situ, y tras el pago de las regalías.<sup>93</sup> Sin embargo, al igual que en la concesión moderna, en la licencia mexicana el operador privado asume todos los costos y riesgos y conserva el derecho exclusivo de explorar y extraer los hidrocarburos ubicados en un área específica.<sup>94</sup> Según lo declarado por el renombrado especialista en asuntos legales, Diego Valadés, “en una sección de la Constitución, los contratos denominados como concesiones serán rechazados, y luego en otra sección, se permitirán bajo una denominación equivalente”.<sup>95</sup>

Una particularidad de estas disposiciones es que el presidente Peña Nieto y su equipo no pudieron incluir el tipo moderno de concesiones en la Constitución. Dicho de otra manera, no establecieron la fuente más crítica de derechos sustantivos para las compañías privadas en el texto de la constitución; más bien, lo hicieron en sus disposiciones transitorias. Quizás el gobierno de Peña Nieto temía la agitación política que el término podría generar. En cambio, promulgaron las disposiciones en los artículos transitorios con la esperanza de que hubiera menos polémica. Trataron la constitución no como la ley suprema del país, sino como un contrato de adhesión

---

90 Artículo Transitorio 4.

91 Ibid.

92 Véanse comentarios de José Antonio Prado de Holland and Knight en Alejandra López, “Confunden términos licencia y concesión”, *Reforma*, 8 de junio de 2015, [www.reforma.com/aplicacioneslibre/articulo/default.aspx?id=560100&md5=8651197a2972748724fcac21ebf63411&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe&po=4](http://www.reforma.com/aplicacioneslibre/articulo/default.aspx?id=560100&md5=8651197a2972748724fcac21ebf63411&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe&po=4); and Alejandro Guzmán Rodríguez, “¿Contratos o Concesiones?” *Energía a Debate*, n.d., [www.energiaadebate.com/¿contratos-o-concesiones/](http://www.energiaadebate.com/¿contratos-o-concesiones/).

93 Ibid.

94 Véase, por ejemplo, Contrato No. CNH-R01-L04-A1.CPP/2016 con China Offshore Oil Corporation E&P Mexico, S.A.P.I. de C.V., Sección 2.1, [www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/198308/Contrato\\_Area\\_1\\_Cinturon\\_Plegado\\_Perdido.pdf](http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/198308/Contrato_Area_1_Cinturon_Plegado_Perdido.pdf).

95 Diego Valadés, “La Constitución desfigurada”, *Reforma*, 12 de diciembre de 2013.

que ocultaba en letras pequeñas los términos más importantes, con la esperanza de que los opositores no se dieran cuenta hasta que fuera demasiado tarde.

### *Artículos transitorios como las letras pequeñas*

¿Ocultar los derechos sustantivos de importantes reformas constitucionales en los artículos transitorios es una práctica parlamentaria regular en México? No. Las buenas prácticas legislativas dictan que no es la naturaleza de los artículos transitorios ser el corazón de una enmienda constitucional. En el derecho civil, una sección de transición tiene el propósito de determinar el cumplimiento de la legislación aprobada.<sup>96</sup> Por ejemplo, las disposiciones transitorias explican qué leyes están siendo revocadas y sustituidas por la nueva ley; definen qué autoridad estará a cargo de su cumplimiento, indican a las agencias o al Congreso que deben aprobar una legislación específica o asignar un presupuesto para dar vida a las reformas, así como funciones similares. Se aseguran de que no haya una “anarquía” legal entre el momento en que la nueva ley entra en vigor y la antigua ley queda derogada.<sup>97</sup> En otras palabras, brindan los detalles necesarios para que la legislación se convierta en una realidad, son de carácter temporal y auxiliar y, por lo tanto, no se consideran el corazón ni la parte central de la legislación.<sup>98</sup> Algunos analistas argumentan que “una vez que el artículo transitorio cumple su función pierde su eficacia, esa es la razón por la que no puede establecer disposiciones generales que sean vinculantes para particulares”.<sup>99</sup> Este no es el caso de los artículos transitorios de la reforma energética.

Como se mencionó anteriormente, las disposiciones transitorias son el centro de la reforma. De las 6,900 palabras que conforman la reforma energética mexicana, 6,000 se encuentran en los artículos transitorios.<sup>100</sup> El núcleo de la reforma no está regulado en la constitución, sino en estos artículos “provisionales”.<sup>101</sup>

---

96 Ibid.

97 “Artículos Transitorios. Formas Parte del ordenamiento Jurídico Respectivo y su Observancia es Obligatoria”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, Tesis Aislada, VI.2o.A.1 K, Num. De Registro: 188686, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001.

98 Francisco Berlin Valenzuela, *Diccionario de Términos Parlamentarios* (1997). (“Artículo transitorio. Disposición numerada en forma consecutiva de un tratado, ley o reglamento que tiene una vigencia momentánea o temporal. Su carácter es secundario, en la medida que actúa como auxiliar de los artículos principales, para precisar el momento de la entrada en vigor del nuevo texto legal o para determinar otras especificaciones sobre las condiciones en que la nueva legislación comenzará a surtir efectos legales.”). Véase también Sergio Nudelstejer, “Artículo Transitorio en México”, *Enciclopedia Legal*, <http://mexico.leyderecho.org/articulo-transitorio/#Recursos> (“En México, el término ‘artículo transitorio’ hace referencia a una disposición que se agrega después de que la materia a legislar ha sido tratada en su propio articulado y su efecto jurídico está limitado en el tiempo.”)

99 Carla Huerta Ochoa, “Artículos Transitorios y Derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 102, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3693/4524>. (Para conocer la naturaleza de los artículos transitorios no es necesario realizar un análisis semántico, pues el término transitorio es elocuente, de su denominación se infiere que la función de estos artículos es, en principio, temporal y sirve para regular los procesos de cambio en el sistema jurídico. Su naturaleza jurídica se define por su función que se refiere a la aplicabilidad de otras normas, ya sea al señalar la entrada en vigor de una disposición o al derogarla. El artículo transitorio pierde su eficacia una vez que ha cumplido su cometido, por ello es que no puede establecer prescripciones genéricas con carácter vinculante a los particulares.)

100 Valadés, “La Constitución desfigurada.”

101 Ron Snipeliski Nischli llama a los artículos transitorios “una nueva modalidad” del legislador constitucional para “detallar ciertos aspectos del texto constitucional” en los artículos “transitorios” que no son en absoluto transitorios, porque comparten la misma naturaleza y características de otras disposiciones constitucionales” Ron Snipeliski Nischli, “Artículo 27,” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Vol. 1, editado por Jose Ramón Cossío Díaz (México: Tirant lo Blanch, 2017), 558.



En un estudio de Diego Valadés, “de los 21 artículos transitorios, once tienen disposiciones importantes que deberían formar parte del texto de la Constitución”.<sup>102</sup> En estos artículos es donde el lector puede encontrar el tipo de contratos de exploración y desarrollo que el gobierno puede firmar con compañías privadas: contratos de licencia, de participación en la producción y en las ganancias, y contratos de servicios. Por otra parte, es en estos artículos “temporales” donde a las compañías se les otorga el derecho a registrar las reservas concedidas por los contratos. En otras palabras, el corazón y el alma de la reforma energética de México con respecto a la fase aguas arriba de la cadena de producción no está en la Constitución, sino en estas disposiciones transitorias. Según palabras de Diego Valadés, “en México nadie había usado los artículos transitorios para engañar y ocultar, como lo hicieron en el caso de esta reforma”.<sup>103</sup> Queda a responsabilidad del Suprema Corte de Justicia de la Nación determinar el posible impacto de modificar la naturaleza de dichos artículos transitorios que potencialmente podrían contener contradicciones con el texto constitucional.<sup>104</sup>

En el pasado, la Suprema Corte ha declarado que las disposiciones transitorias son parte de la enmienda constitucional en la medida en que ayuden a darle vida.<sup>105</sup> Sin embargo, estas resoluciones se dieron principalmente en el contexto de determinar las obligaciones de ciertas autoridades para aprobar una legislación secundaria o el momento de la entrada en vigor de dicha legislación.<sup>106</sup> La Suprema Corte nunca ha emitido resoluciones sobre el posible resultado de una contradicción de los derechos sustantivos otorgados directamente a los individuos en artículos transitorios, como los derechos de las compañías privadas a registrar reservas, y el texto de la constitución. Un nuevo gobierno podría argumentar en un tribunal que el texto constitucional limita los derechos de las compañías privadas con respecto a la prestación de servicios al estado, lo que sería una contradicción con los términos de los artículos transitorios que aprueban licencias que otorgan derechos exclusivos de exploración y producción de recursos de hidrocarburos. No sabemos cómo reaccionará la Suprema Corte si se le pide que determine si existen contradicciones entre la constitución y los derechos sustantivos que se establecen en los artículos transitorios. Pero lo que sí sabemos es que al “desfigurar la constitución”, los ingenieros jurídicos de la reforma entregaron armas a sus detractores para que estos últimos pudieran combatir la reforma ante los tribunales.<sup>107</sup>

Si el gobierno de Peña Nieto hubiera incluido todo en el texto de la Constitución, la alternativa disponible para los detractores hubiera sido luchar por una enmienda constitucional. Sin embargo, con la arquitectura legal adoptada, un nuevo presidente podría argumentar que los contratos existentes violan el espíritu de la constitución porque, según su entendimiento, los términos son muy parecidos a los de una concesión. Por lo tanto, el nuevo presidente no necesitaría enmendar la constitución para objetar la arquitectura contractual existente de la reforma.

---

102 Valadés, “La Constitución desfigurada.”

103 Ibid.

104 Esta es una de las consecuencias de incluir derechos sustantivos en la constitución. Véase Snipeliski Nischli, “Artículo 27,” 558.

105 Amparo en Revisión 1106/2015, resuelto 02/03/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nacional; véase también Acción de Inconstitucionalidad 99/2016 y acumulada 104/2016 (con relación a jueces electorales); Acción de Inconstitucionalidad 58/2016 (ley anticorrupción en Chihuahua); Acción de Inconstitucionalidad 56/2006 (ley anticorrupción en Veracruz).

106 Ibid.

107 Valadés, “La Constitución desfigurada.”

## El presidente al mando de la reforma energética

Sin embargo, es la estructura del proceso de toma de decisiones, no las disposiciones transitorias, lo que puede ser el mayor desafío para la implementación del nuevo modelo energético. Los diseñadores de la reforma se aseguraron que el poder ejecutivo desempeñara un papel importante en el establecimiento de la dirección, el ritmo y el contenido del sector energético en México.<sup>108</sup> Al menos tres prerrogativas ejecutivas son la clave para el futuro de la reforma en el sector energético aguas arriba: el poder para determinar la política energética del estado, la prerrogativa para determinar las áreas y los contratos que se abrirán a subasta, y la autoridad para determinar los términos financieros y fiscales de los contratos.<sup>109</sup> Las tres están en las manos de las secretarías que están directamente bajo el control del presidente en ejercicio.

### *SENER, la llave maestra*

De acuerdo con el diseño constitucional, el secretario de energía, quien es nombrado directamente por el presidente, tiene el poder de “establecer, dirigir y coordinar la política energética” en México.<sup>110</sup> Cuando se trata de actividades relacionadas con los hidrocarburos y la transición y distribución de energía, se consideran actividades “estratégicas” del estado de interés social y público, y como consecuencia tendrán preferencia sobre cualquier otra actividad que se beneficie de desarrollos en la superficie o subsuelo del territorio nacional”.<sup>111</sup>

Como consecuencia, el secretario de energía puede decidir qué áreas se adjudicarán mediante cesiones a entidades productiva del estado (principalmente Pemex) y cuáles se adjudicarán bajo contratos a través de subastas donde puedan participar entidades privadas y públicas (figura 3.1). El riesgo del futuro de la reforma energética radica en esta división de tareas. Independientemente de los contratos existentes, quienquiera que termine ganando la elección tendrá que decidir si las nuevas áreas se adjudicarán a Pemex o estarán abiertas a la competencia.

La legislación secundaria, la Ley de Hidrocarburos, trata de disminuir los fundamentos con base en los cuales la secretaría puede adjudicar cesiones a Pemex forzándola a justificar su decisión “como el mecanismo más adecuado para el interés de la nación en términos de producción y que garantiza el suministro de hidrocarburos y que el receptor de la cesión tiene la capacidad técnica, financiera y de ejecución para extraer los hidrocarburos de la manera más eficiente y competitiva”.<sup>112</sup> En este proceso adjudicativo, la CNH debe dar su opción mediante la emisión de un informe técnico.<sup>113</sup> Sin embargo, constitucionalmente, nada le impide al nuevo secretario de energía modificar las rondas posteriores y el plan de desarrollo establecido por la administración anterior en nombre del “interés nacional”. En caso de discrepancia entre la constitución y la legislación secundaria, los tribunales federales podrían fácilmente declarar la ley secundaria como inconstitucional por limitar los poderes del ejecutivo en contra del texto y el espíritu de la reforma.

---

108 Véase Snipeliski Nischli, “Artículo 27,” 557.

109 Reforma Constitucional, Artículo 6 Transitorio y Artículo 10 Transitorio.

110 Ibid., Artículo 10 Transitorio.

111 Ibid., Artículo 18 Transitorio.

112 Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera, Ley Minera, y Ley de Asociaciones Público Privadas), DOF: 11/08/2014 (en lo sucesivo, Ley de Hidrocarburos), Artículo 6.

113 Ibid.

Figura 3.1. Cesiones



El segundo poder de la Secretaría de Energía radica en su capacidad para diseñar el contenido de los contratos y las directrices técnicas de los procesos de licitación. La CNH puede “ayudar técnicamente” al secretario de energía a definir estas disposiciones, pero el diseño final es responsabilidad de la secretaría. Una vez que se encuentra una nueva área, la secretaría determina qué tipo de relación contractual regirá su desarrollo: cesiones, contratos de participación en la producción o en las ganancias, o licencias. La CNH está a cargo de las subastas, la firma del contrato en nombre del estado y, lo más importante, de supervisar y hacer cumplir los términos del contrato.

Quizás el poder más importante de la CNH con respecto a la implementación de reformas a largo plazo radica aquí. Si las empresas no cumplen con sus obligaciones en virtud de los contratos o de acuerdo con la ley, solo la CNH puede cancelar la relación contractual en caso de un conjunto de motivos preestablecidos.<sup>114</sup> Dichos motivos podrían incluir la posibilidad de que las compañías no comiencen sus operaciones en un período determinado, no inviertan en el campo según lo acordado en los contratos, transfieran los derechos contractuales sin autorización; un accidente que afecte la producción y sea causado por negligencia o conducta fraudulenta, no se reporte la información apropiada con respecto a la producción y los costos a las autoridades, o no se realicen los pagos correspondientes al estado de acuerdo con los términos del contrato.<sup>115</sup> De acuerdo con la Ley de Hidrocarburos, estos son los únicos motivos para cancelar un contrato de exploración y producción y reposición del área sin compensación.<sup>116</sup> El procedimiento para determinar la terminación de estos contratos se considera un acto administrativo y no está sujeto a arbitraje. En resumen, la Secretaría de Energía no puede cancelar los 107 contratos existentes; en cambio, la CNH es el único organismo que puede hacer esta determinación dadas determinadas circunstancias establecidas en la Ley de Hidrocarburos.<sup>117</sup>

114 Ibid., Artículo 20.

115 Ibid.

116 Ibid. (El Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá rescindir administrativamente los Contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual únicamente cuando se presente alguna de las siguientes causas graves)

117 Ibid.

Dado que la CNH es la que hace cumplir los términos contractuales, tiene el deber de proporcionar comentarios a la Secretaría de Energía con respecto a un contrato futuro. Sin embargo, en última instancia, la Secretaría de Energía es la que determina el diseño contractual. Las únicas disposiciones de los contratos que no están dentro del alcance de sus poderes son las relacionadas con las finanzas y los impuestos. Aquí es donde entra en juego otra oficina dependiente del presidente, la Secretaría de Hacienda.

### *El poder del erario ejecutivo: una sombra del antiguo régimen*

Es bien sabido que las terribles finanzas de Pemex antes de la reforma energética no fueron solo el resultado de un mal manejo de los recursos dentro de la organización, sino también una consecuencia del control extremo que la Secretaría de Hacienda ejerció sobre los libros de la compañía. Las principales fuentes de ingresos del gobierno provinieron de impuestos pagados por Pemex. Por lo tanto, la Secretaría de Energía tuvo una enorme influencia sobre cómo se administraban las finanzas de la compañía pública. Con la reforma energética, la autoridad de la Secretaría de Hacienda sobre las operaciones de las compañías de hidrocarburos no desapareció. La reforma otorga poderes exclusivos a la Secretaría de Hacienda para establecer las “condiciones económicas para las licitaciones y los contratos [de la reforma energética] con relación al régimen fiscal que le permitirá a la Nación obtener a su debido tiempo los beneficios que contribuirán al desarrollo a largo plazo”.<sup>118</sup> Como tal, para cada acuerdo contractual, la Secretaría de Hacienda está a cargo de determinar las regalías estándar, el impuesto corporativo, la deducción de costos y las tarifas ajustables para las regalías. Esta disposición otorga un control robusto de la economía de los contratos a una sola agencia del gobierno (figura 3.2). La tesorería podría hacer que un proyecto particular sea atractivo para los inversionistas extranjeros o económicamente ineficiente.

Por ejemplo, la Ley de Ingresos de Hidrocarburos establece una regalía de escala variable con tasas variables según el tipo de campo, sus tasas de producción y el precio del petróleo y el gas.<sup>119</sup> Algunos proyectos con ganancias más reducidas, como el gas de esquisto, tendrán un descuento en las regalías.<sup>120</sup> El posible aumento de las tasas de regalías si la producción o los precios aumentan dependerá de cada acuerdo contractual.<sup>121</sup> La Secretaría de Hacienda determina esas tasas después de que la Secretaría de Energía diseña el contrato. Otro ejemplo, que se encuentra en el Artículo 13 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, establece que en el caso de los contratos de producción compartida, la Secretaría de Hacienda determinará si incluirá la contraprestación de recuperación de costos en el contrato.<sup>122</sup> En resumen, incluso asumiendo que la Secretaría de Energía decide seguir adelante con los procesos de licitación luego de escuchar la opinión de la CNH, la Secretaría de Hacienda podría establecer un régimen fiscal que haga que todo el proyecto sea inviable para los operadores privados. En este caso, la CNH no tiene el poder de convencer a la Secretaría de Hacienda para que modifique los términos económicos de los contratos. Uno podría imaginar fácilmente un escenario en el que, después de un proceso de licitación fallido, el presidente entrante instruya a la Secretaría de Energía que asigne un campo a Pemex.

---

118 Reforma Constitucional, Artículo 10 Transitorio.

119 Decreto por el que se expide la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos y de la Ley de Coordinación Fiscal y se expide la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, DOF: 11/08/2014. (En lo sucesivo, Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos).

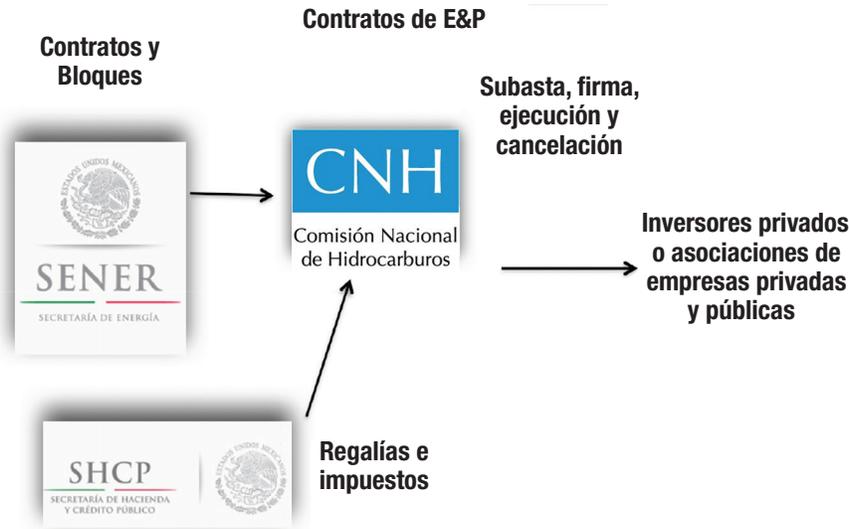
120 Ibid.

121 Ibid.

122 Ibid., Artículo 13.

El presidente entrante podría argumentar que es de interés nacional desarrollar los recursos después en vista de que las compañías privadas rechazaron los términos económicos “justos” del estado e insistieron en tratar de beneficiarse “más” de las riquezas de la nación. Si Pemex está o no en condiciones financieras y técnicas para desarrollar el campo en particular es otra historia. Sin embargo, la arquitectura legal está ahí y podría desplegarse fácilmente para un encubrimiento político.

**Figura 3.2. Contratos de exploración y producción**



El control ejecutivo de la Secretaría de Hacienda sobre los términos financieros de los contratos es efectivamente ilimitado, y podría descarrilar la factibilidad económica de los proyectos de exploración y producción si el nuevo presidente decide boicotear la reforma. Esta política no requeriría ninguna enmienda constitucional, ya que está dentro de los poderes del poder ejecutivo según lo establecido en la reforma energética.

### Protección internacional de inversiones realizadas

Como se indicó anteriormente, los motivos que la CNH puede argumentar para la terminación de los contratos sin la obligación de indemnizar a las compañías privadas son limitados.<sup>123</sup> La Ley de Hidrocarburos establece un procedimiento en el que la compañía privada puede impugnar la decisión de la CNH y tratar de resolver el incumplimiento de las obligaciones contractuales antes de una decisión definitiva.<sup>124</sup> Una vez que la CNH confirma su decisión, el único recurso legal disponible para impugnar la rescisión es presentar una acción

123 Ley de Hidrocarburos, Artículo 20. La compañía privada tiene 30 días después de recibir la decisión de la CNH para proporcionar pruebas y objetar la rescisión. Después de recibir argumentos y pruebas de la compañía, la CNH tiene 90 días para confirmar su decisión. Si la compañía privada resuelve la discrepancia, la CNH puede dejar sin efecto la rescisión.

124 Ibid.

administrativa ante los tribunales federales mexicanos.<sup>125</sup> Según la Ley de Hidrocarburos, “como consecuencia de una rescisión administrativa, el Contratista devolverá al Estado el área sin recibir ningún cargo, pago o indemnización”.<sup>126</sup>

Para cualquier otra disputa contractual, los contratos de exploración y producción pueden incluir mecanismos alternativos de resolución de disputas, incluidas las disposiciones de arbitraje en virtud de tratados internacionales firmados por los Estados Unidos Mexicanos.<sup>127</sup> Por ejemplo, si el gobierno mexicano decide modificar la Ley de Hidrocarburos o la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos de una manera que afecte la relación contractual o los planes comerciales de las compañías, estas últimas podrían iniciar una acción legal internacional argumentando una violación de los Tratados Internacionales de Inversión Bilaterales.<sup>128</sup> Los tratados internacionales establecen un mecanismo de arbitraje en foros neutrales en los que el inversionista podría obtener mayores montos de indemnización que si hubiera disputado el problema a nivel nacional.<sup>129</sup>

Algunos de los contratos de licencia firmados por México, en particular para los campos de aguas profundas, brindan garantías adicionales a los inversionistas extranjeros.<sup>130</sup> Si bien el contrato de licencia específica que cualquier disputa relacionada con la rescisión administrativa determinada por la CNH se resolverá en tribunales federales, también otorga a los inversionistas el derecho de llevar la disputa a un tribunal internacional para cuantificar la indemnización. Por ejemplo, el contrato con China Offshore Oil Corporation E&P México estipula que “el contrato puede dar lugar a un procedimiento ante un tribunal internacional... exclusivamente para determinar la existencia de daños compensatorios y pérdidas de ganancias y, según sea el caso, su cuantificación monetaria, que surja como consecuencia de una rescisión administrativa que los Tribunales Federales consideren sin fundamento”.<sup>131</sup> Además, según el contrato, la compañía “disfrutará de todos los derechos reconocidos en los tratados internacionales firmados por la Nación”.<sup>132</sup> Esto incluye el Tratado Bilateral de Inversión China-México (TBI China-México) vigente desde el 06 de junio de 2009.<sup>133</sup> De acuerdo con

---

125 Ibid.

126 Ibid. (“Como consecuencia de la rescisión administrativa, el Contratista transferirá al Estado sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna, el Área Contractual. Asimismo, se precederá a realizar el finiquito correspondiente en términos de las disposiciones jurídicas aplicables y de las previsiones contractuales.”)

127 Ibid., Artículo 21 (“Tratándose de controversias referidas a los Contratos para la Exploración y Extracción, con excepción de lo mencionado en el artículo anterior, se podrán prever mecanismos alternativos para su solución, incluyendo acuerdos arbitrales en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y los tratados internacionales en materia de arbitraje y solución de controversias de los que México sea parte.”)

128 Guillermo J. García Sanchez, “The Hydrocarbons Industry’s Challenge to International Investment Law: A Critical Approach,” *Harvard International Law Journal* 57, no. 2 (2016): 475–528, <https://ssrn.com/abstract=2820729>.

129 Ibid.

130 China Offshore Oil Corporation E&P Mexico, S.A.P.I. de C.V.; véase también la nota 26.

131 Ibid. en Sección 26.4 (“El contratista podrá iniciar un procedimiento ante un tribunal arbitral, en términos de la Cláusula 26.5, únicamente para que se determine la existencia de daños y perjuicios y en su caso, su cuantificación, que resulten de una causal o causales de rescisión administrativa consideradas infundadas por los Tribunales Federales de forma definitiva.”)

132 Ibid. en Sección 26.9.

133 “Agreement Between the Government of the United Mexican States and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments,” <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/759>.

el artículo 1 de este tratado, los contratos firmados con México no pueden verse afectados por acciones del gobierno porque están comprendidos en la definición de inversión protegida.<sup>134</sup>

Estos son “contratos en los que las remuneraciones dependen sustancialmente de la producción, los ingresos o las ganancias de una compañía” y los campos de aguas profundas se encuentran en la plataforma continental mexicana, que según tratados internacionales y el derecho internacional, se considera territorio mexicano.<sup>135</sup>

En resumen, las compañías internacionales pueden impugnar una rescisión de la CNH ante tribunales federales. Si ganan el caso, pueden llevar la reclamación a un tribunal de arbitraje internacional para cuantificar los daños compensatorios y la pérdida de ganancias. Estos mecanismos son capas adicionales de protección que no se especifican en la constitución ni en los artículos transitorios ni en la legislación secundaria. Además de este procedimiento “interno” con un recurso internacional para la cuantificación, las compañías también tienen acceso a los tribunales arbitrales internacionales para resolver cualquier otro conflicto relacionado con el contrato.<sup>136</sup> Los TBI internacionales o los capítulos de inversión en tratados de libre comercio, como el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), obligan a México a proporcionar a los inversionistas extranjeros un “trato justo y equitativo” (Artículo 1105 del TLCAN o artículo 5 del TBI China-México.) y recibir una indemnización rápida y adecuada en caso de expropiación (Artículo 1110 del TLCAN, o artículo 7 del TBI China-México).<sup>137</sup> Por ejemplo, si un nuevo gobierno decide cancelar los contratos existentes mediante la promulgación de nuevas leyes que obliguen a las compañías a renegociar los acuerdos existentes con una legislación más favorable para el estado, entonces las compañías podrían presentar reclamaciones ante los tribunales internacionales de inversión. En estos foros internacionales, podrían argumentar que fueron tratadas injustamente y que el gobierno violó sus “expectativas legítimas” de inversión.<sup>138</sup> Incluso podrían argumentar que al forzarlas a renegociar el contrato, las acciones del nuevo gobierno son una expropiación ilegal.<sup>139</sup>

La administración actual en México está consciente de la importancia de que los inversionistas internacionales sepan que el país cumplirá sus promesas de llevar a cabo el arbitraje de este tipo de disputas en foros

---

134 Ibid., Artículo 1 (“investment” means the asset owned or controlled by investors of a Contracting Party and acquired in accordance with the laws and regulations of the other contracting Party, listed below: . . . interest arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Contracting party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor’s property in the territory of the other Contracting Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remunerations depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise”).

135 Ibid. (“in respect of the United Mexican States, the territory of the United Mexican States including the maritime areas adjacent to its coast, i.e. territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf, to the extent to which the United Mexican States may exercise sovereign rights or jurisdiction in those areas according to international law.”). Para un estudio más profundo de las inversiones en el Golfo de México, particularmente cerca de la frontera marítima con los Estados Unidos, véase Guillermo J. García Sanchez y Richard McLaughlin, “The 2012 Agreement on the Exploitation of Transboundary Hydrocarbon Resources in the Gulf of Mexico: Confirmation of the Rule or Emergence of a New Practice?,” *Houston Journal of International Law* 37, no. 3 (2015): 681–792, <https://ssrn.com/abstract=2652563>.

136 Para una revisión extensa de los mecanismos en el contexto del TLCAN, véase Bradly J. Condon, “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* 9, no. 3 (2016): 203–19; para los derechos de las compañías en el sistema legal mexicano, véase Guillermo J. García Sanchez, “Las empresas y sus derechos humanos según la Corte”, *NEXOS, El Juego de la Corte*, 14 de abril de 2014, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3737>.

137 Ibid.

138 García Sanchez, supra nota 55.

139 Ibid.

internacionales, independientemente de quién esté en el poder.<sup>140</sup> Prueba de ello es el hecho de que México firmó recientemente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y de Otros Estados (Convenio del CIADI). Este convenio creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para proporcionar a los inversionistas y a los estados servicios y reglas de procedimiento para la reconciliación y el arbitraje de sus diferencias relativas a inversiones.<sup>141</sup> Más importante para los derechos de los inversionistas, el Convenio del CIADI tiene un mecanismo de cumplimiento más fuerte que los TBI porque obliga a los países a reconocer las obligaciones pecuniarias en los laudos «como si se tratara de una sentencia definitiva de un tribunal nacional».<sup>142</sup> No es necesario pasar por los procedimientos judiciales ordinarios de ejecución establecidos por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.<sup>143</sup> A pesar de que México estaba entre los 10 principales países receptores de inversión extranjera directa y había utilizado los Mecanismos Complementarios del CIADI anteriormente, México se había mostrado renuente a firmar el Convenio del CIADI.<sup>144</sup> La entrada en vigor del convenio dependerá del proceso de ratificación de la Cámara de Senadores de México, pero considerando que la composición actual de esta cámara favorece al partido gobernante, hay pocas posibilidades de que México no lo ratifique.

### ¿Podrán las nuevas agencias controlar a Gulliver?

En su novela “Los viajes de Gulliver”, Jonathan Swift describe cómo los diminutos habitantes de la isla de Lilliput sometieron a un gigante que apareció en su isla. En la novela, encarcelar a Gulliver solo fue posible después de que los liliputienses trabajaron juntos y dejaron sus peleas por asuntos triviales a un lado. Aunque las nuevas agencias creadas por la reforma energética no pueden someter la voluntad del poder ejecutivo para implementar aún más la reforma, si trabajan juntas, aún tienen competencias vitales para mantener la reforma a flote, o al menos mitigar el ritmo de posibles cambios radicales. El ejemplo mencionado anteriormente del CNH y su poder para hacer cumplir y supervisar los contratos existentes es solo uno de muchos.

La reforma también creó las siguientes agencias que en su mayoría regulan el funcionamiento técnico y económico del mercado energético en México: la Agencia Nacional para la Seguridad Industrial y la Protección Ambiental del Sector de Hidrocarburos (ASEA), el Centro Nacional de Control de Gas Natural (CENAGAS), el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) y el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización

---

140 Véanse comentarios de Carlos Vejar sobre la ratificación, “Consequences for Mexico After Subscribing to the ICSID Convention,” Holland and Knight Newsletter, 11 de enero de 2019, [www.hklaw.com/publications/Consequences-for-Mexico-After-Subscribing-to-the-ICSID-Convention-01-11-2018/](http://www.hklaw.com/publications/Consequences-for-Mexico-After-Subscribing-to-the-ICSID-Convention-01-11-2018/).

141 El Convenio del CIADI ha sido ratificado por 153 estados y entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Para obtener el texto de la convención, consulte <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. For information on the ICSID, <https://icsid.worldbank.org/en/>.

142 Artículo 54 (“(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.”)

143 La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros es uno de los instrumentos internacionales más antiguos que otorga el derecho a la parte ganadora de un proceso arbitral de pasar por un proceso judicial para que el laudo sea reconocido en cualquier jurisdicción donde la Convención esté en vigor. Para obtener más información, consulte el sitio web de la convención en [www.newyorkconvention.org](http://www.newyorkconvention.org).

144 Vejar, “Consequences for Mexico after Subscribing to the ICSID Convention.”



y el Desarrollo. Tanto CENACE como CENAGAS están encargadas de garantizar el funcionamiento técnico del mercado energético. El CENACE ejerce “el control operativo del sistema eléctrico nacional”, supervisa el funcionamiento del “mercado mayorista de electricidad” y, aún más importante, garantiza que haya un “acceso abierto y no discriminatorio a la red nacional y las líneas de distribución generales.”<sup>145</sup>

Con respecto a CENAGAS, la agencia tiene el deber de controlar la “operación del sistema nacional de ductos para el almacenamiento y transporte” del gas natural.<sup>146</sup> Básicamente, el CENACE toma el control de la red nacional, reemplazando a la entidad estatal, la Comisión Federal de Electricidad (CFE). En lugar de tener un monopolio estatal controlado por CFE, ahora los actores privados pueden competir con la empresa productiva del estado para la generación y comercialización de electricidad. La CFE se queda solo con la transmisión y distribución de energía, que se considera un servicio público, sin embargo los actores privados también pueden, hasta cierto punto, participar en estas actividades de transmisión y distribución si contratan con el Estado. La reforma también fortaleció el papel de la Comisión Reguladora de Energía (CRE) en su función de otorgar permisos de generación eléctrica, permisos en las actividades de la industria de hidrocarburos (transporte, almacenamiento, distribución, compresión, licuefacción, descompresión, regasificación, comercialización y venta de hidrocarburos). productos al público), y permisos para la gestión de sistemas integrados. En la regulación del mercado, estas agencias pueden influir la forma en que la nueva administración percibe la importancia de implementar la reforma energética. Por ejemplo, para el mercado de electricidad, el CENACE, el CRE y el Ministerio de Energía regulan la venta de electricidad producida en sitios de consumo cercanos a pequeña escala y que están conectados directamente a una red de distribución (“generación distribuida”), como los microgeneradores. de energías renovables.

De las nuevas agencias, la CRE y la CNH son las que poseen el mayor nivel de autonomía . Estas entidades administrativas se consideran órganos descentralizados (“órganos desconcentrados”) del gobierno federal que están reconocidos por el artículo 28 de la Constitución como “órganos reguladores coordinados” del sector energético y tienen autonomía en sus funciones del Ministerio de Energía.<sup>147</sup> Como tales, tienen poderes regulatorios reconocidos en la Constitución, y aunque son constitucionalmente parte del poder ejecutivo federal, sí tienen autonomía técnica, operativa y presupuestaria.<sup>148</sup> Además, el Senado mexicano está involucrado en la designación de los comisionados de ambas agencias reguladoras.<sup>149</sup> El presidente debe presentar tres candidatos para cada puesto de comisionado, y dos tercios del Senado deben elegir uno de los tres. Si el Senado es incapaz

---

145 Article 16 Transitory, (“encargado del control operativo del sistema eléctrico nacional; de operar el mercado eléctrico mayorista; del acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a la red nacional de transmisión y a las redes generales de distribución.”)

146 Article 16, b) Transitory.

147 Article 28 of the Constitution (“El poder Ejecutivo contara con los órganos reguladores coordinados en materia energética denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía”) [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_150917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf).

148 Article 10 Transitory, b) and c); Article 12 Transitory; for an explanation of the difference between decentralized and de-concentrated organs see, Josefina Cortes Campos, La administración pública: una categoría normativa en construcción, in CIEN ENSAYOS PARA EL CENTENARIO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Tomo 2 (2017), p. 77.

149 Article 13 Transitory.

de seleccionar a un comisionado después de treinta días, entonces el Ejecutivo lo/a puede designar de la lista.<sup>150</sup> Los comisionados pueden ser reelegidos sólo una vez para el mismo cargo y solo pueden ser removidos debido a causas “graves.”<sup>151</sup> La ASEA es también un órgano descentralizado, pero tiene una dependencia jerárquica directa a la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), y no está reconocida por el Artículo 28 de la Constitución como un órgano regulador coordinado en el sector energético.<sup>152</sup> Además, el titular de la ASEA puede ser designado y removido directamente del cargo por el Presidente.<sup>153</sup>

Los funcionarios comprometidos con las instituciones en las que trabajan pueden hacer una diferencia cuando hay cambios en la arena política. Hasta ahora, los funcionarios de la CRE y de la CNH han tenido perfiles técnicos, con años de experiencia, y con un profundo entendimiento de sus obligaciones dentro de sus dependencias. Los servidores públicos pueden hacer que “Gulliver” rinda cuentas, siempre y cuando se sitúen sobre la política y coloquen su confianza en las instituciones. De igual manera, los servidores públicos pueden dificultar la implementación de cambios profundos en la política pública propuestos por políticos; pueden aconsejar al partido entrante a posicionarse en contra de echar para atrás políticas públicas que podrían dañar a las instituciones o al país; pueden convertirse en la fuerza resistente que desde dentro de la administración haga más difícil que el gigante entrante gire el timón demasiado rápido o fuera de curso. México tuvo ese tipo de perfiles en secretarías como la Secretaría de Hacienda y la Secretaría de Relaciones Exteriores. Estas dos secretarías tienen la tasa más baja de movimiento de funcionarios de alto nivel en la administración Mexicana. La última, tiene una cultura profundamente arraigada en la lealtad institucional, sustentada por legislación que promueve la meritocracia sobre la política, y que garantiza que el cuerpo diplomático siga los principios preestablecidos y las tradiciones de la diplomacia Mexicana, incluso frente a un nuevo Presidente o a un nuevo Secretario de Relaciones Exteriores designado políticamente. Las nuevas agencias de energía no tienen leyes similares que las protejan de la interferencia política, y sus funcionarios apenas comienzan a crear una cultura institucional. Sin embargo, aún hay esperanza para que en el largo plazo sean capaces de sobrevivir cualquier cambio y sean un pilar de estabilidad. Al final del día, cualquier administración necesita llenar posiciones en esos organismos y México tiene pocos profesionales con la experiencia en el libre mercado energético.

Como parte de la reforma energética, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) y la Secretaría de Energía controlan un fideicomiso público encargado de financiar investigación relacionada con la implementación del sector energético y de crear capital humano especializado en esta área.<sup>154</sup> Como tal, el gobierno tiene los recursos disponibles para construir una nueva generación de funcionarios gubernamentales en el área de energía, entrenados en las mejores instituciones dentro y fuera de México. Estos recursos deben de ser resguardados y utilizados adecuadamente. Recientemente, México ha enfrentado una serie de escándalos de corrupción relacionados al mal uso de recursos asignados a la investigación que terminaron financiando

---

150 Ibid.

151 Ibid.

152 Artículos 24 and 27, Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos.

153 Ibid.

154 CONACYT - SENER / Hidrocarburos, <https://www.conacyt.gob.mx/index.php/fondos-sectoriales-constituidos2/item/conacyt-sener-hidrocarburos>.

campañas políticas a través de contratos con universidades públicas.<sup>155</sup> El fideicomiso para la creación de capital humano y tecnológico para la implementación de la reforma energética es esencial para proveer de personal a las agencias recién creadas. El potencial para un liderazgo adecuado del sector de energético está allí, y le corresponde a la actual administración asegurar que no se pierda en otro escándalo.

El liderazgo de los funcionarios públicos ha sido fundamental en la implementación de la reforma. El liderazgo actual, tanto en la CRE como en la CNH es celebrado por su transparencia, profesionalismo, y apertura al diálogo con la industria. Si un nuevo partido llega al poder, los funcionarios actuales del sector energético podrían resistir los grandes cambios dentro de la administración. Además, deberían recomendar la continuación de los programas que financian la investigación, las tecnologías, y el capital humano que aseguren la estabilidad de la reforma energética. Un frente común puede mantener a Gulliver sobre el piso, pero la división y el tribalismo pueden abrir las puertas para que él inunde la isla.

## Conclusión

En cuanto a las disposiciones transitorias de la reforma, parece que los redactores de la enmienda constitucional olvidaron una conocida expresión popular mexicana: “*no hagas cosas buenas que parecen malas*”. En lugar de incluir los elementos más importantes de la reforma (los derechos de las compañías privadas) en el texto de la constitución, los redactaron en los artículos transitorios con la esperanza de que esto los haría menos polémicos. Este esfuerzo por evitar la polémica, mientras se seguía hablando del espíritu revolucionario mexicano, solo le brindó armas a los detractores de la reforma para combatir los artículos transitorios y la legislación secundaria en los tribunales. Por lo tanto, la idea de que la reforma es “a prueba de balas” porque es constitucional es una idea falsa. No hay necesidad de enmendar la constitución para combatir la naturaleza de los contratos en los tribunales federales, porque el término *concesión*, que está prohibido por la constitución, no está definido. De hecho, las licencias existentes son muy parecidas a las concesiones modernas de hoy en día alrededor del mundo.

Los redactores de la reforma energética mexicana supusieron que permanecerían en el poder el tiempo suficiente para continuar implementando la reforma, o al menos supusieron que las futuras administraciones estarían de acuerdo con sus políticas energéticas. Sufrieron de una arrogancia política que se refleja en la arquitectura legal de la reforma. En lugar de aislar el futuro del sector energético de las transiciones políticas, concentraron el poder de implementación a largo plazo en las manos del poder ejecutivo. Los nuevos organismos, como la CNH, tienen poderes limitados para influir en cómo el estado desarrollará este sector estratégico. Estos organismos existen para ayudar en la implementación y proporcionar opiniones. Pero en última instancia, la persona al frente en Los Pinos tiene la última palabra sobre si el país se apegará a la visión de la administración actual o si se detendrá la implementación de la reforma. La administración actual de alguna manera no aprendió una de las lecciones cruciales del orden constitucional moderno: si lo que se busca es una implementación a largo plazo, hay que asegurarse de aislar a las instituciones de los ciclos políticos. No se debe concentrar el poder en los funcionarios electos. A corto plazo, esto podría significar que se perderán algunos niveles de control, pero a largo plazo, se tendrá asegurado que los cambios prevalecerán luego de las transiciones políticas.

---

155 Albison Linares, “El dinero se iba a un agujero negro”: el esquema de corrupción que compromete al gobierno de México, *The New York Times*, Sept 5, 2017, <https://www.nytimes.com/es/2017/09/05/el-dinero-se-iba-a-un-agujero-negro-el-esquema-de-corrupcion-que-compromete-al-gobierno-de-mexico/>

Si los desarrollos de hidrocarburos existentes ya estuvieran en la etapa de producción; si el flujo de petróleo estuviera ayudando a México a reducir su deuda nacional, a bajar el precio del gas y de la electricidad; si las nuevas compañías privadas ya estuvieran contratando a un gran número de mexicanos y contribuyendo a reducir el desempleo en regiones específicas; si todo esto fuera cierto, entonces la reforma energética tendría la póliza de seguro más sólida contra los cambios políticos. Ya estuviera dando los beneficios previstos por sus diseñadores. Desafortunadamente, estos beneficios aún no son visibles para la población general y, a excepción de los pagos de bonificaciones, los ingresos no están fluyendo a niveles que aislarían a la nueva “gallina de los huevos de oro” de la interferencia.

Sin embargo, esto no significa que los contratos existentes se renegociarán o cancelarán. Hay buenas razones para creer que a cualquier presidente entrante le gustaría mantenerlos y esperar a que los proyectos brinden resultados económicos positivos. Después de todo, la producción de Pemex ha estado en declive durante los últimos 13 años, y el gobierno necesita los flujos adicionales de ingresos que se espera que los contratos de exploración y producción producirán. Cancelarlos sin ninguna justificación establecida en los términos contractuales y la ley significaría que el estado tendría que indemnizar a los inversionistas por sus pérdidas y que no se beneficiaría de la inversión tan necesaria en el sector aguas arriba. Solo la CNH, según el conjunto de causas preestablecido, puede cancelar los contratos en nombre del gobierno sin violar los derechos de los inversionistas. Sin embargo, este hecho de ninguna manera significa que el gobierno tendrá que abrir nuevos proyectos a la participación privada o convocar nuevas subastas. En consecuencia, las siguientes recomendaciones políticas clave deben tenerse en cuenta:

- **Proteger la independencia de la CNH.** A pesar de que la comisión no puede determinar si se realizará una futura subasta, sí controla los contratos existentes. Es fundamental garantizar que esté lo más aislada posible del proceso político.
- **Transparencia.** La CNH y las secretarías que participan en la implementación de la reforma energética deben ser extremadamente cautelosas para mantener una buena percepción pública; en ese proceso, la transparencia es esencial. Si los indicadores financieros y de producción no están claros o no concuerdan con otros datos, o si las subastas están manchadas por acusaciones de corrupción, será más fácil para el siguiente presidente detener la implementación de la reforma. Los mejores defensores de la reforma son los números para demostrar que está generando ingresos y beneficiando a la población.
- **La gente importa.** Corresponderá al Congreso entrante ratificar a los nuevos miembros de la CNH. Los pocos controles que tiene la CNH sobre el desarrollo de los contratos y la determinación de las cesiones deben ser ejercidos por personas que tengan antecedentes técnicos en la industria y están menos sujetos a influencia política. Además, el gobierno debe continuar invirtiendo en capital humano que cubra las vacantes de las agencias. La nueva generación de expertos en energía del gobierno no debe estar compuesta principalmente por ex funcionarios de Pemex o de la CFE como sucede en la actualidad; estos expertos deben ser una nueva generación, entrenados en entornos despolitizados y en la lógica de la independencia técnica de los ciclos electorales.
- **Diálogo abierto.** La administración existente tiene la responsabilidad ante la industria de entablar un diálogo con quienquiera que termine siendo el nuevo presidente. A diferencia de intentar adelantar tantas subastas como sea posible antes del 01 de diciembre, cuando el nuevo presidente asuma el cargo, la administración actual debería reunirse con los candidatos existentes, la comunidad empresarial y las agencias para tratar el tema de la implementación de la reforma. El peor escenario es otorgar armas políticas



adicionales a cualquier nuevo gobierno al acelerar la implementación y arriesgar la posibilidad de que el proceso de licitación parezca corrupto o fraudulento.

- **Coordinación de decisiones.** Cualquier decisión tomada por la CNH o las secretarías que pueda afectar los contratos existentes debe tomarse en coordinación con la oficina de la Secretaría de Economía a cargo de las negociaciones internacionales y los litigios. México tiene uno de los equipos de funcionarios públicos más reconocidos que se especializan en la negociación de tratados bilaterales de inversión y litigios entre inversionistas y estados. Si México quiere evitar enfrentar reclamaciones internacionales, el equipo de la Secretaría de Economía debe participar en el proceso de toma de decisiones para asesorar a las otras agencias sobre los riesgos de litigios plausibles.
- **Ratificación del Convenio del CIADI.** A pesar de que México tiene una excelente reputación internacional y es reconocido por pagar a los inversionistas después de perder una reclamación de inversión internacional, ahora que el gobierno ha decidido firmar el convenio, es necesario ratificarlo antes de que el próximo gobierno asuma el cargo. Teniendo en cuenta el clima político actual en México, el hecho de no ratificar el convenio enviaría una señal equivocada a los inversionistas con respecto al compromiso del país con ayudar a hacer cumplir los laudos arbitrales de inversión.