

ANÁLISIS JURÍDICO DE TRES TRATADOS INTERNACIONALES DE LIBRE COMERCIO Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA ENERGÉTICA: T-MEC, TLCUEM, TIPAT

LEGAL ANALYSIS OF THREE INTERNATIONAL FREE TRADE AGREEMENTS AND THEIR RELATIONSHIP WITH ENERGY MATTERS: TMEC, TLCUEM AND TIPAT

Pedro Caballero Hernández*

RESUMEN: El objetivo de este estudio es identificar los acuerdos alcanzados entre las partes, en el marco de los tratados de libre comercio en materia energética: T-MEC, TLCUEM y TIPAT. A tal efecto, se parte del análisis de los principales conceptos y principios jurídicos establecidos en los respectivos capítulos de inversión (cláusulas de medidas disconformes, trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización), y del análisis de los mecanismos de defensa de las inversiones cubiertas. El estudio de los capítulos de inversiones nos permite identificar los alcances jurídicos que pudieran llegar a suscitarse en caso de que se reformara la legislación interna de nuestro país.

PALABRAS CLAVE: T-MEC; TLCUEM; TIPAT; Derecho energético; reforma constitucional en materia energética; tratados de libre comercio.

* Licenciado en Derecho y especialista en Derecho Energético por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y su División de Estudios de Posgrado. Funcionario público en la Comisión Federal de Electricidad. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

ABSTRACT: This work aims to identify the agreements in energy matters within the free trade agreements: Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA); Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement between the European Community and its Member States of the one part, and the United Mexican States, of the other part; and Trans-Pacific Partnership Agreement (TPPA). The foregoing is based on the analysis of the main legal terms and principles established in the respective investment chapters. The study of the investment chapters allows us to identify the legal scope that could arise in the event of making new reforms to Mexican legislation.

KEYWORDS: CUSMA; TLCUEM; TPPA; Energy law; constitutional amendment on energy, free trade agreements.

Fecha de recepción: 09 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 08 de septiembre de 2022.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO. III. ESTUDIO DE LOS CAPÍTULOS DE INVERSIÓN DEL T-MEC, TLCUEM Y TIPAT, Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA ENERGÉTICA. IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN ESTOS CAPÍTULOS DE INVERSIÓN. V. MECANISMOS DE DEFENSA DE LAS INVERSIONES CUBIERTAS. VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO (CUADRO COMPARATIVO). VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales, los tratados internacionales en materia de libre comercio que celebran los países persiguen el intercambio de mercancías, bienes y servicios, así como la protección de las inversiones que se puedan llegar a formalizar (inversionista-Estado, Estado-Estado), contribuyendo al crecimiento económico y creando nuevas oportunidades, sobre todo en los países menos desarrollados.

Con la finalidad de seguir desarrollando su economía, México ha suscrito varios tratados internacionales con acuerdos de inversión.

Tres de ellos destacan por el hecho de que ubican a nuestro país en los bloques comerciales más importantes que hay a nivel mundial: el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM) y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT).

Estos tratados de libre comercio cobraron vital importancia a finales del año 2013, fecha en la que se publicó un decreto de reforma constitucional en materia de energía,¹ que cambió por completo la forma en la que México venía trabajando en este sector. A partir de esa fecha se permite, bajo ciertas modalidades, la participación del sector privado (particulares) a través de concesiones para la exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos y mediante contratos para la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.² Por encima de todo, es preciso destacar que esta reforma permite que los servicios de generación y comercialización (suministro) de energía eléctrica se presten en un régimen de libre competencia. En consecuencia, en ambas actividades la participación de particulares no tiene más restricciones que las que marca la ley: la obtención de un permiso para generar energía eléctrica en el territorio nacional o para comercialización, un permiso en la modalidad de suministrador.³

Es esperable que, al permitirse la participación del sector privado bajo ciertas modalidades en estas áreas estratégicas —y de manera abierta en generación y comercialización de energía eléctrica—, se incrementen las inversiones en estas actividades, que, sin embargo, no se logran por el simple hecho de liberalizar o desregular un servicio, sino en gran medida a raíz de la celebración de tratados de libre

¹ “DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía”. *Secretaría de Gobernación*. 12 dic. 2013, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013#gsc.tab=0

² Vale la pena especificar que siguen siendo áreas estratégicas reservadas al Estado y que la propiedad sigue siendo de la nación, sus funciones las realizan a nombre y cuenta del Estado.

³ Ley de la Industria Eléctrica, Artículo 17 y Artículo 46.

comercio, que brindan certidumbre a las operaciones que realizan los inversionistas extranjeros.

En resumen, con la reforma antes indicada y la celebración de los tratados de libre comercio T-MEC, TLCUEM y TIPAT, México permitió la participación del sector privado tanto nacional como extranjero. La mayoría de las inversiones en nuestro país en materia de energía han sido de capital extranjero, por lo que se trata de inversiones cubiertas por los términos de cláusulas contenidas dentro de los respectivos tratados de libre comercio.

Por lo expuesto, sobran argumentos para hacer un estudio comparativo entre los tres tratados, señalar el contenido de cada uno de ellos en materia energética, analizar los capítulos de inversión; así como explicar qué son las medidas disconformes y las cláusulas de nación más favorecida, trato nacional y nivel mínimo de trato, dado que, en caso de que se presenten problemas legales vale la pena conocer los mecanismos disponibles para la solución de controversias y, en su caso, saber si México podría ser condenado al pago de una indemnización.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO

El presente trabajo parte de la hipótesis de los problemas legales que pudieron surgir en caso de haberse aprobado el proyecto de reforma de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia energética. En el proyecto, presentado por el Ejecutivo Federal el 1° de octubre de 2021,⁴ destaca por su importancia la profunda reforma del mercado eléctrico y del sector de los hidrocarburos respecto a la incorporación del litio, además de la atribución de personalidad jurídica a las hoy llamadas empresas productivas del Estado, Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Petróleos Mexicanos (PEMEX).

⁴ “Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM”. *Gaceta Parlamentaria* N.º 5877-1. 2021. <<http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2021/oct/20211001-I.pdf>>

Este trabajo tiene los siguientes objetivos específicos: 1) Identificar los acuerdos alcanzados entre las partes —México y algún otro Estado soberano o México y un particular, nacional o extranjero— en materia energética dentro de los tratados de libre comercio T-MEC, TLCUEM y TIPAT; 2) Estudiar los capítulos de inversiones identificando los alcances jurídicos o legales que pudieran llegar a suscitarse en caso que se reforme la legislación interna de nuestro país; 3) Comprender los términos establecidos en las cláusulas de medidas disconformes, trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización; 4) Identificar qué mecanismos de defensa tienen las inversiones cubiertas.

Cabe señalar que, después de un estudio detallado de los diferentes tratados de libre comercio (T-MEC, TLCUEM y TIPAT) objeto del presente trabajo, se decidió abordar los principios de medidas disconformes, trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización de manera conjunta, ya que, en esencia, estos conceptos son manejados de manera muy similar en cada uno de los tratados. Ello se debe a que se los tres se rigen bajo las normas establecidas por la Organización Mundial de Comercio.

Ahora bien, el método utilizado es el analítico—descriptivo, puesto que se definen los conceptos fundamentales y se describe el panorama general. También se utiliza el método documental, basado en la doctrina, la Constitución y la legislación aplicable. El tratado de libre comercio que sirvió como base de análisis del presente proyecto fue el TIPAT.

III. ESTUDIO DE LOS CAPÍTULO DE INVERSIÓN DEL T-MEC, TLCUEM Y TIPAT, Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA ENERGÉTICA ⁵

Los Tratados Internacionales o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) son diseñados con la finalidad

⁵ “Comercio Exterior, Países con Tratados y Acuerdos firmados con México”. *Secretaría de Economía*. 2015. <<https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>>

de fomentar los flujos de inversión internacional y brindar certidumbre a las operaciones que realizan los inversionistas extranjeros. Sus principales características son las siguientes:

- a) Favorecen la existencia de un *piso parejo* para la competencia.
- b) Establecen un marco legal de protección y seguridad para los inversionistas y sus inversiones.
- c) Garantizan el control de los inversionistas sobre sus inversiones.
- d) Prevén un mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado, cuando se contravenga alguna disposición de los APPRI y se cause un daño a las inversiones de los inversionistas.

1. *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)*

Anteriormente conocido como Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o <i>North American Free Trade Agreement</i> (NAFTA).	
Entrada en vigor:	01 de julio de 2020.
Países miembros:	Estados Unidos Mexicanos (México), Estados Unidos de Norteamérica (EUA) y Canadá.
Capítulos relevantes para el sector energía:	Capítulo 8. Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado mexicano sobre hidrocarburos. Capítulo 14 de Inversión. ⁶ (Solución de diferencias Inversionista-Estado, Capítulo 11 del TLCAN). Anexo I, gobernado por los principios de <i>ratchet</i> y consolidación (<i>standstill</i>), que asegura que las partes no adoptarán medidas más restrictivas en el futuro y aplicarán automáticamente cualquier liberalización futura, sin posibilidad de posteriormente revocarla.

⁶ “Capítulo de Inversión del T-MEC. Reporte T-MEC N.º 14”. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf> “Capítulo de Inversión del T-MEC”.

	Anexo II, en el que las partes incluyen los sectores y las actividades sensibles para cada una de ellas y en las que se reservan el derecho para regular y adoptar cualquier medida, con total discreción, en el futuro (en el caso de México, este Anexo incluye todas las actividades que constitucionalmente se encuentran reservadas al Estado).⁷ Capítulo 22. Regula las actividades comerciales de las Empresas Propiedad del Estado para que estas operen bajo los principios de no discriminación y consideraciones comerciales, con el fin de no afectar el comercio o la inversión de los socios comerciales.⁸ Capítulo 24. Medio ambiente. Capítulo 27. Anticorrupción, la inclusión de este capítulo en el T-MEC fortalece la imagen de México en el combate a la corrupción frente a los empresarios e inversionistas extranjeros, permitiendo con ello atraer mayores flujos de Inversión Extranjera Directo (IED) a nuestro país.⁹ Capítulo 31. Solución de Controversias Estado-Estado (Capítulo 20 del TLCAN). El mecanismo de solución de diferencias Estado-Estado permite garantizar el cumplimiento de los compromisos del T-MEC y, en consecuencia, brindar certidumbre a las operaciones comerciales y a las inversiones en América del Norte.
--	--

Secretaría de Economía. 2019. <<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465796/14ESPIversion.pdf>>

⁷ “Capítulo de Inversión del T-MEC. Reporte T-MEC N°. 14”. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf>

⁸ “Reuniones de los Comités sobre Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Designados y de Servicios Financieros del T-MEC. Reporte T-MEC N.º 87”. *Secretaría de Economía*. 2021. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/631652/Reporte-TMEC_n87-esp_20210421_.pdf>

⁹ “Capítulo 27 Anticorrupción. Reporte T-MEC N.º 87”. *Secretaría de Economía*. 2020. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/542386/Reporte-TMEC_n37-esp_20200319_.pdf>

	El Capítulo 31 del T-MEC mantiene el sistema de solución de controversias establecido por el Capítulo 20 del TLCAN, que permite a un Estado parte presentar una reclamación contra otro Estado parte cuando considere que hay un incumplimiento a los compromisos del Tratado. ¹⁰
--	--

2. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM) ¹¹

Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados miembros.	
Entrada en vigor:	• 01 de julio de 2000 (<i>liberalización del comercio de bienes</i>); • 01 de marzo del 2001 (<i>liberalización del comercio de servicios y a las disciplinas en materia de movimientos de capital, inversión y propiedad intelectual</i>).
Países miembros:	Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suecia. Actualmente el Reino Unido, ya no forma parte de la Unión Europea. ¹²

¹⁰ “Mecanismos de Solución de Diferencias del T-MEC. Reporte T-MEC N.º 16”. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/495831/Reporte-TMEC_n16-esp_20190923_a.pdf>

¹¹ “Decreto Promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea”. *Secretaría de Gobernación*. 2000. <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2056602&fecha=26/06/2000>

¹² Blasco, Lucía. “Brexit | Reino Unido abandona la UE: qué pasará ahora y cuáles son los retos más urgentes para los británicos”. *BBC News Mundo*. <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51266219>>

Capítulos: ¹³	Capítulo 8. Energía y materias primas. Capítulo 10. Inversión (y anexos 10-A a 10-E).
	Capítulo 11. Comercio transfronterizo de servicios. Capítulo 14. Acuerdos de reconocimiento mutuo. Capítulo 22. Empresas propiedad del Estado (y anexo 22 – A). Capítulo 28. Buenas prácticas regulatorias. Capítulo 30. Solución de controversias (anexos 30-A y 30-B). Protocolo en materia anticorrupción.
Capítulos de inversión:	Título VII, Marco Institucional, Solución de controversias, artículo 50, que alude al establecimiento de un procedimiento específico para la solución de controversias comerciales y relacionadas con el comercio compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia.
Capítulos en materia de energía:	Título VI. La Cooperación en el sector de la energía, artículo 23, que dispone que dentro del sector de la energía la cooperación entre las dos partes tendrá por objeto desarrollar sus respectivos sectores de energía, concentrándose en la promoción de transferencia de tecnología y los intercambios de información sobre las legislaciones respectivas. Fundamentalmente, mediante intercambios de información, formación de recursos humanos, transferencia de tecnología y proyectos conjuntos de desarrollo tecnológico y de infraestructuras, el diseño de procesos más eficientes de generación de energía, el uso racional de energía, el apoyo al uso de fuentes alternativas de energía que protejan el medio ambiente y sean renovables, y promoción de proyectos de reciclaje y tratamiento de residuos para su utilización energética.

13

“TLCUEM”. *Gobierno de México*. <<https://www.gob.mx/tlcuem/acciones-y-programas/textos-del-tratado-entre-mexico-y-la-union-europea?state=published>>

3. *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT)*¹⁴

Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica o en inglés <i>Trans-Pacific Partnership</i> (TPP o TPP11).	
Entrada en vigor:	08 de marzo de 2018.
Países miembros:	Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. El 23 de enero de 2017 Estados Unidos de América anunció su retirada definitiva del tratado. ¹⁵
Capítulos:	Capítulo 9. Inversión. Capítulo 10. Comercio Transfronterizo de Servicios. Capítulo 28. Solución de Controversias. Anexo I: Lista de México (Medidas disconformes). Anexo II: Lista de México (Medidas disconformes). Anexo IV: Lista de México (Medidas disconformes). Capítulo 17. Empresas de Propiedad del Estado y Monopolios Designados. Cabe destacar que este tratado incluye un apartado de anticorrupción obligando a los países firmantes del tratado a emitir leyes para su combate.

¹⁴ “DECRETO Promulgatorio del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, hecho en Santiago de Chile, el ocho de marzo de dos mil dieciocho”. *Secretaría de Gobernación*. 2018. <https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545130&fecha=29/11/2018>.

¹⁵ “Donald Trump retira a Estados Unidos del TPP, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica”. *BBC Mundo*. 2017. Disponible en: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38723381>>.

IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN ESTOS CAPÍTULOS DE INVERSIÓN

1. Tratados de Libre Comercio

Los Tratados de Libre Comercio (TLC) son tratados internacionales cuya finalidad es promover la apertura comercial entre países bajo el amparo del derecho internacional, protegiendo el derecho y expectativas de los inversionistas de los países firmantes en el territorio de las contrapartes y estableciendo mecanismos de solución de controversias (Inversionista-Estado y Estado-Estado) para proteger las inversiones cubiertas.

El objetivo principal de este tipo de tratados es dotar de certeza jurídica y predictibilidad a las reglas relativas al tratamiento que recibirán en el país de destino, lo que constituye una importante herramienta para el desarrollo de los planes de negocios de la persona que exporta, también los dota de garantías para no ser discriminados y facilitan su acceso a los mercados externos en igualdad de condiciones que los proveedores locales, sin olvidar los beneficios obtenidos por la inversión extranjera en cada país.

Por lo general, los *capítulos de inversiones negociados* dentro de los TLC son bastante similares respecto al tipo de normas incluidas, a su contenido y alcance, y llegan a compartir definiciones entre unos y otros tendientes a clarificar conceptos, usualmente escritos en un lenguaje bastante técnico.

Los *capítulos sobre comercio de servicios* definen las condiciones que regirán en las medidas que adopte o mantenga un país y que afecten al comercio transfronterizo y a un proveedor o proveedora de servicios extranjeros.

Es importante destacar que, en los tratados de libre comercio, los capítulos de servicios negociados suelen excluir algunos servicios prestados por el Estado (servicios públicos, por lo general). La razón de esta exclusión radica en que los servicios prestados en el ejercicio de las facultades de los gobiernos deben ser regulados por el orden

jurídico nacional y, por tanto, no pueden admitir la intervención directa de otros Estados a través de TLC.

Por regla general, los tratados de libre comercio cuentan con listas, que pueden ser positivas o negativas. Estas listas (anexos) o enumeraciones consagran de forma detallada los bienes y/o servicios sobre los cuales se aplicarán las rebajas arancelarias negociadas para la importación de bienes o se establecen los compromisos específicos o reservas en el caso de los servicios. Esto último se conoce como medidas disconformes, que son establecidas por cada país de acuerdo con su legislación interna. Hay países que ya han liberalizado el total de sus servicios (privados o públicos), razón por la cual no es necesario que hagan listas o las también llamadas medidas disconformes.

1.1. *TLC con lista positiva*. Las partes enumeran explícitamente aquellos sectores y subsectores en los que asumen compromisos de acceso al mercado y trato nacional. Es decir, solamente se asumen compromisos y se liberalizan los sectores incluidos expresamente en el anexo del capítulo de servicios. Se especifica de manera clara los modos de prestación en los que se permite proveer estos servicios, como las limitaciones que aplican para ciertos compromisos específicos. Aquí es importante destacar que, si el servicio a exportar no se encuentra en estas listas, ello no quiere decir que el mercado esté cerrado para el mismo; solamente supone que no se aplican las regulaciones contempladas en el tratado.

1.2. *TLC con lista negativa*. En los tratados que recurren al enfoque de listas negativas, los países enumeran las reservas al tratado, listando los sectores o subsectores que se limitan o excluyen de los compromisos. Todos los sectores o subsectores que no figuran en la lista se consideran liberalizados. Se tratará a los proveedores de servicios extranjeros en las mismas condiciones que a los proveedores y las proveedoras de servicios nacionales, y se introducirán excepciones a los compromisos en los sectores/subsectores negociados. Los tratados con listas negativas contienen dos anexos al capítulo de inversión en los que se listan las medidas disconformes (anexos del tratado). Es decir, los países deben listar el sector (servicios prestados

por las empresas del Estado) y el subsector (servicios de investigación y desarrollo) que se verá afectado, así como el tipo de obligación sobre la cual recae la medida de nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato y el nivel de gobierno que la impone (federal o local).

2. Inversión

Se trata de un acuerdo por escrito que se concluye y surte efectos entre una autoridad del nivel central de gobierno de una parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra parte y que crea un intercambio de derechos y obligaciones, es decir, reconoce derechos a la inversión cubierta o al inversionista. Recordemos que el vocablo inversión hace referencia a todo activo propiedad de un inversionista o controlado directa o indirectamente por el mismo que tenga las características de una inversión, de ahí que las inversiones incluyen características tales como:

- El compromiso de capital u otros recursos;
- La expectativa de obtener ganancias o utilidades, y
- La asunción de riesgo.

Las formas que una inversión puede adoptar para el caso que nos ocupa son las licencias, las autorizaciones, los permisos y derechos similares otorgados de conformidad con el ordenamiento jurídico de cada país miembro;¹⁶ con respecto a los recursos naturales que controla una autoridad nacional, el permiso puede darse para la explotación y la extracción de hidrocarburos tales como petróleo y gas natural, por citar algunos ejemplos, y, para la inversión con la finalidad de suministrar servicios para el consumo del público general a nombre del Estado, pueden llegar a darse (con algunas salvedades) en toda la cadena de valor de la industria eléctrica —es decir, generación, transmisión, distribución y comercialización—.

¹⁶ Es importante destacar que existen diversas modalidades de contratación entre particulares, dependiendo de cada instrumento legal.

¿Por qué son relevantes los servicios?

Los servicios se basan en conocimientos avanzados y son actividades que dan valor agregado a una empresa, persona o producto con el consiguiente beneficio para el país. También son reconocidos como la espina dorsal de la economía. Toda actividad productiva necesita servicios para funcionar —por ejemplo, transporte y telecomunicaciones o acceso al sistema financiero—. Asimismo, los servicios contribuyen a mejorar la calidad de vida de las personas.¹⁷ En particular, los servicios están asociados con:

- La reducción de la pobreza.
- El impacto positivo en el empleo.
- La mejora de los salarios.
- La innovación.
- La atracción de inversiones (tanto por su contribución al PIB y al empleo como porque son insumos para el resto de la economía).

3. Trato nación más favorecida (NMF)

El principio de NMF vela porque cada país trate de igual forma a los demás miembros de un tratado. Para la Organización Mundial de Comercio (OMC) significa «no discriminación», es decir, tratar prácticamente a todos por igual. Si un país mejora los beneficios que otorga a otro, sin importar que sea parte o no del tratado, tiene que dispensar también ese trato «mejor» a los países con los que tenga suscrito un tratado de libre comercio, especialmente si los países beneficiados y/o afectados son miembros de la OMC, de manera que todos sigan siendo los «más favorecidos».

¹⁷ Vale la pena señalar que, al ser un país en vías de desarrollo, México no cuenta con el capital necesario para satisfacer los servicios que demanda su sociedad. Por tal motivo, es necesaria la inversión privada como motor de desarrollo (en general, esto ocurre en los países en vías de desarrollo).

En general, el trato NMF significa que, cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio (liberalización¹⁸) o abre un mercado, tiene que hacer lo propio para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes. Mediante la aplicación de este principio se ha logrado que el derecho a comerciar no dependa de la influencia económica o política de los distintos participantes. Por el contrario, las condiciones más favorables de acceso que se hayan concedido a un país deben otorgarse automáticamente a todos los demás.

Este principio de «*Nación Más Favorecida*» figura también en los tres principales acuerdos de la OMC (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios AGCS y Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ADPIC), aunque cabe señalar que en cada uno de ellos el principio se aborda de manera ligeramente diferente. En conjunto, esos tres acuerdos abarcan las tres principales esferas del comercio de las que se ocupa la OMC.¹⁹

4. *Trato nacional*

El trato nacional implica el compromiso que asume cada país de otorgar a los inversionistas y a las inversiones cubiertas de otro país un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, es decir, de dar a los demás el mismo trato que a los nacionales en lo referente al establecimiento,

¹⁸ Se basa en la privatización, la desregulación y la apertura comercial y financiera, y considera que la liberalización comercial es el factor determinante para acelerar el crecimiento: cuanta mayor liberalización comercial, mayor prosperidad económica (Banco Mundial, 2002). Pacheco López, Penélope. “Liberalización de la política comercial y crecimiento económico de México”. *Economía UNAM*. <<http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econunam/pdfs/04/06PE-NE1.PDF>>.

¹⁹ “Los principios del sistema de comercio”. *Organización Mundial del Comercio*. <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#nondiscrimination>.

adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta u otra forma de disposición de las inversiones.

Las partes de los acuerdos no pueden adoptar medidas discriminatorias, es decir, una persona que exporte servicios desde México no puede ser discriminada por las medidas adoptadas en el país de destino respecto a un competidor local de ese país, dado que extranjeros y nacionales deben recibir el mismo trato. Esta disposición establece, entonces, que un país no puede adoptar medidas que modifiquen, de hecho y de Derecho, las condiciones de competencia a favor de su propio sector de servicios beneficiando únicamente a sus servicios o proveedores y proveedoras nacionales de servicios y no beneficiando a los servicios de los proveedores y las proveedoras de otro país.

5. *Nivel mínimo de trato*

El nivel mínimo de trato significa que cada país debe otorgar a las inversiones cubiertas un *trato justo y equitativo*, así como la *protección y seguridad plenas*, de conformidad a los principios aplicables del Derecho internacional consuetudinario. Cabe señalar que no requieren un trato adicional o más allá de aquel exigido para ese nivel de gobierno. 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.²⁰

1.1. *Trato justo y equitativo*: es la obligación de no denegar el acceso a la justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso.

1.2. *Protección y seguridad plenas*: es la obligación de otorgar determinado nivel de protección policial. El nivel mínimo de trato a los extranjeros dentro del Derecho internacional consuetudinario hace referencia a todos los principios que protegen las inversiones

²⁰ “Diccionario de términos de Comercio”. *Sistema de Información sobre comercio exterior*. 2022. <http://sice.oas.org/dictionary/in_s.asp>

de los extranjeros y que son el resultado de una práctica general y consistente de los Estados y seguida por ellos en el sentido de una obligación legal.²¹

6. Medidas disconformes

Las medidas disconformes constituyen las excepciones (cláusulas) a través de las cuales los países que son parte del acuerdo excluyen ciertos sectores, subsectores o actividades de las obligaciones consagradas en el tratado. Es decir los países miembros del acuerdo se reservan el derecho de no aplicar determinadas obligaciones dentro de su territorio. Por ello, las medidas disconformes son fundamentales para entender el alcance de los capítulos objeto del presente estudio, ya que excluyen de su aplicación a las cláusulas de trato de nación más favorecida, trato nacional y nivel mínimo de trato, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y consejo de administración.

De conformidad con su legislación interna, cada país miembro expresa en los anexos (listas) de un tratado de libre comercio (TLC) —o acuerdo de inversión— las medidas disconformes para cada actividad y sector económico. Es importante destacar que las medidas disconformes también establecen a qué nivel de gobierno serán aplicadas, es decir, en el caso concreto de México podrían ser el federal o el local.

Existen dos tipos de medidas disconformes que, por lo general, se incluyen en dos anexos (tratados de libre comercio con lista negativa) en los que se identifican las medidas:

- *Medidas disconformes que se consolidan:* se exceptúan de las obligaciones del TLC, pero no se pueden modificar para hacerlas más restrictivas. Por un lado, se incluyen las medidas del gobierno central que quedan exceptuadas de las obligaciones mencionadas porque están en disconformidad con las obligaciones de alguno de los capítulos, pero con una salvedad: estas medidas constituyen excepciones y al momento de

²¹ Capítulo 9 Inversión del TIPAT. Secretaría de Gobierno.<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86477/9._Inversi_n.pdf>.

la ratificación de un acuerdo se consolidan y no pueden hacerse más restrictivas en el futuro, lo que permite que las medidas puedan continuar aplicándose, pero si la ley mexicana se reforma para permitir la inversión en una modalidad diferente podrán modificarse si con esa modificación aumenta el grado de disconformidad de la medida con el respectivo TLC. Por lo que, si México decidiera hacer modificaciones respecto a alguna de las medidas disconformes establecidas en alguno de los tres tratados de libre comercio objeto del presente trabajo, esta enmienda no podrá orientarse a disminuir el grado de conformidad de la medida, tal y como esta existía en el momento de la firma de los TLC.

- *Medidas disconformes que se excluyen:* se incorporan los sectores más sensibles que permiten adoptar incluso medidas más restrictivas en el futuro. La diferencia con respecto a las arriba descritas estriba en que, en estas, los países no solo podrán continuar aplicando estas medidas, sino que incluso podrán adoptar nuevas medidas más restrictivas. Esto es, se les dota de una excepción más amplia, pues abarca el momento en que entra en vigor el acuerdo y el futuro.

V. MECANISMOS DE DEFENSA DE LAS INVERSIONES CUBIERTAS

1. *Medidas disconformes por parte de México dentro de los TLC*

Los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establecen que en el territorio nacional existen áreas estratégicas (actividades reservadas al Estado) que son, dentro del sector hidrocarburos, la exploración y extracción de petróleo y de los demás hidrocarburos,²² y, dentro del sector eléctri-

²² La nación tiene el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los hidrocarburos que se encuentren en el territorio nacional. Los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación.

co, la planificación y control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN) así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica (incluyendo la energía nuclear). Esto quiere decir que, dentro de un tratado de libre comercio, México debe establecer medidas disconformes respecto al sector energético. Tal circunstancia se traduce en que, en estas áreas estratégicas la inversión privada dentro del país se permita exclusivamente a través de contratos.

Hidrocarburos: modelos de contratación:

- De servicios.
- De utilidad compartida.
- Producción compartida.
- Licencia.
- Combinación de los anteriores.

Electricidad: a través de contratos, los particulares, por cuenta de la nación, podrán llevar a cabo, entre otras actividades, el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para prestar el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica (así como lo relativo a la planeación y control del SEN).

Porcentaje mínimo de contenido nacional: en el caso de México las medidas disconformes permiten al Estado que, en los contratos que suscriben para la realización de sus actividades, sus empresas productivas puedan dar preferencia a la compra de bienes nacionales, contratación de mercancías y servicios, así como dar prioridad a los nacionales mexicanos, incluidos los técnicos y los altos ejecutivos, tratando de no afectar la posición competitiva de la empresa productiva del Estado ni de los otros agentes económicos que estén desarrollando actividades dentro del sector que se trate. Esto no afecta a las inversiones cubiertas de otros países, ya que los inversionistas saben de antemano que en ciertos rubros existirá una discriminación justificada.

El promedio de contenido nacional para las actividades de exploración y extracción será del 25% en 2015 y al menos del 35% en 2025.

Las empresas productivas del Estado pueden dar preferencia a las mercancías y servicios de las empresas mexicanas en sus compras de mercancías y servicios cuando realicen las siguientes actividades dentro del territorio de México:

Comisión Federal de Electricidad, sus subsidiarias y filiales:

- Electrificación de las comunidades rurales y las zonas urbanas marginadas, incluyendo el suministro de energía a usuarios vulnerables a precios asequibles (Fondo de Servicio Universal Eléctrico).
- Transmisión y distribución de electricidad.
- Generación de electricidad mediante el uso de combustibles nucleares; y acondicionamiento, transporte, almacenamiento y confinamiento de residuos radiactivos.
- Transporte por ducto, almacenamiento, distribución y comercialización de gas natural y otros combustibles, de conformidad con la Ley de Hidrocarburos.

Petróleos Mexicanos, sus subsidiarias y filiales podrán brindar asistencia no comercial a la entidad con el único propósito de emprender proyectos encargados por el Gobierno federal:

Con implicaciones sociales y para promover el desarrollo económico, incluyendo proyectos que implican el suministro de servicios en el territorio de partes fronterizas y en los siguientes sectores:

- Tratamiento y refinación de petróleo y procesamiento de gas natural.
- Transporte y almacenamiento de hidrocarburos y petrolíferos.
- Transporte por ducto y almacenamiento de petroquímicos.
- Distribución de gas y productos petrolíferos.
- Expendio al público de hidrocarburos y petrolíferos.

Estas previsiones se dirigen a asegurar el adecuado suministro de hidrocarburos y petrolíferos a precios asequibles con el propósito de

satisfacer las necesidades básicas de la población en las zonas rurales y zonas urbanas marginadas de México.

2. Solución de controversias inversionista-Estado

Cuando se suscita una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben tratar, en primer término, de solucionar la controversia mediante consultas y negociación. A tal efecto, se puede hacer uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, entre ellos los buenos oficios, la conciliación o la mediación; en este caso, el demandante deberá entregar al demandado una solicitud por escrito para la realización de consultas que incluya una breve descripción de los hechos relativos a la medida en cuestión.

Una reclamación se considerará sometida a arbitraje cuando la demandante entrega la notificación o la solicitud de arbitraje («notificación de arbitraje»). Para someter una reclamación a arbitraje es necesario que cada una de las partes consienta la celebración del arbitraje. El consentimiento deberá satisfacer los requisitos de la corte arbitral que aplique, dependiendo de los países involucrados y el tratado suscrito, y pueden ser los siguientes:

1. Capítulo II del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, que requieren el consentimiento por escrito de las partes de la controversia.
2. Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), que requiere un acuerdo por escrito.
3. Artículo I de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención Interamericana), que requiere un acuerdo.

El tribunal está integrado por tres árbitros. Dos de ellos son designados por cada una de las partes contendientes y el tercero —que

será el árbitro presidente— será designado por acuerdo de las partes contendientes.

Las partes podrán acordar la sede legal de cualquier arbitraje conforme a las reglas arbitrales aplicables al acuerdo del que sea parte. A falta de acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal determinará la sede legal de conformidad con las reglas arbitrales aplicables.

Existen condiciones y limitaciones al consentimiento de cada parte, ya que ninguna reclamación se someterá a arbitraje si han transcurrido más de tres años y seis meses desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento por primera vez —o debió haber tenido conocimiento por primera vez— de la presunta violación y de que el demandante o la empresa sufrió pérdidas o daños.

Dependiendo del tipo de reclamación, el derecho aplicable por el tribunal puede ser el conjunto de las normas aplicables del derecho internacional y las establecidas en el respectivo tratado o las reglas de derecho aplicables a la autorización de la inversión pertinente. Dicho de otra forma, se toma en consideración el ordenamiento jurídico interno del demandado cuando sea relevante para la reclamación como una cuestión de hecho. El «ordenamiento jurídico del demandado» es la ley que una corte o tribunal nacional con jurisdicción aplicaría en el mismo caso.

Puede llegar a producirse una acumulación de procedimientos. Esto sucede cuando dos o más reclamaciones han sido sometidas a arbitraje de manera separada, las reclamaciones contengan una cuestión de hecho o de derecho en común y surjan de los mismos hechos o circunstancias, por lo que cualquier parte contendiente podrá solicitar una orden de acumulación. En estos casos, el tribunal podrá, en interés de alcanzar una resolución justa y eficiente de las reclamaciones, asumir jurisdicción para conocer y determinar conjuntamente sobre la totalidad o parte de las reclamaciones de manera conjunta.

Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo, podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente el pago de daños pecuniarios, así como los intereses correspondientes o la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado po-

drá pagar daños pecuniarios más los intereses que procedan en lugar de la restitución, todo ello en el bien entendido de que, cuando un inversionista de una parte somete una reclamación a arbitraje, este podrá recuperar solo las pérdidas o daños que haya sufrido en su condición de inversionista de una parte. También puede condenarse al pago de las costas y los honorarios de abogados en los que incurrieron las partes contendientes respecto al procedimiento arbitral, y el tribunal determinará cómo y quiénes deberán pagar esas costas y honorarios de abogado.

En el caso de México, si un inversionista de una parte elige someter una reclamación a arbitraje ante un tribunal judicial o administrativo del país, dicha elección será definitiva y exclusiva, y el inversionista no podrá posteriormente someter una reclamación a arbitraje para la solución de controversias Inversionista-Estado.

3. *Expropiación e indemnización*

Esta cláusula no permite a los países expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta. Se materializa cuando las partes imponen medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación). Existen dos tipos:

- *Expropiación directa*: es aquella en la que una inversión es nacionalizada o, dicho de otra manera, expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
- *Expropiación indirecta*: se materializa mediante un acto o una serie de actos de un país (reformas en la legislación) que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Cuando los actos regulatorios no discriminatorios de un país son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público —entre ellos, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente—, estas no constituyen expropiaciones indirectas.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL ESTUDIO (CUADRO COMPARATIVO)

Antecedentes

El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto por el que se reformaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de energía. Los cambios que trajo consigo la norma fueron, en primer término, la permisión de la participación de particulares en las actividades de este sector de manera concreta a través de concesiones para la exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos y mediante contratos para la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), así como para el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica. Pero sobre todo destaca que esta reforma abrió la puerta a que los servicios de generación y comercialización (suministro) de energía eléctrica se presten en un régimen de libre competencia. Esto es, en ambas actividades se permite la participación de particulares sin más restricciones que las marcadas por ley, a saber, la obtención de un permiso para generar energía eléctrica en el territorio nacional o, para la comercialización, un permiso en modalidad de suministrador.

En 2018 tuvo lugar la sucesión presidencial. El nuevo titular del Ejecutivo Federal manifestó su disconformidad con la reforma arriba descrita debido a que, a su entender, lejos de ser una palanca de desarrollo para el país, el modelo creado en 2013 constituía un retroceso, dado que suponía cambiar de un monopolio de Estado a un monopolio particular, cambio que ponía en riesgo la soberanía energética del Estado mexicano.

Semejante toma de postura motivó que el 1 de octubre de 2021, el actual presidente de la República presentara ante la Cámara de Diputados una iniciativa de decreto mediante el que pretende reformar nuevamente los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM en materia de energía. La nueva iniciativa de reforma mantiene las previsiones relativas a la forma a través de la cual los particulares pueden participar

en el sector de hidrocarburos, aunque incorpora el litio como área estratégica del Estado, área en la que, según la iniciativa presidencial, no se otorgarán concesiones. Destaca asimismo el proyecto de reforma sobre la industria eléctrica, ya que los cambios que propone suponen un regreso al monopolio estatal en este rubro, y la generación y comercialización vuelven a ser áreas estratégicas, a las que se suma el abastecimiento.

Cuadro comparativo

El siguiente cuadro comparativo abordará algunas consideraciones relativas a las posibles implicaciones del proyecto de reforma de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de energía, presentado por el Ejecutivo Federal el 1 de octubre de 2021.

Se identificará cuáles de estas actividades ya se encontraban totalmente abiertas al mercado, y cuáles, bajo ciertas modalidades, permiten la participación de la iniciativa privada (inversión) tanto nacional como extranjera, tomando como base las medidas disconformes establecidas en las listas o anexos de los tres TLC objeto de estudio del presente trabajo T-MEC, TLCUEM, TIPAT y las cláusulas (nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato) de protección que les aplicaría.

Se expondrá, pues, un cuadro comparativo entre el texto constitucional actual (reforma de 2013) y los cambios propuestos en la nueva iniciativa de reforma (2021). Aclaro que no se transcribieron literalmente los textos y que ello solo se hizo con los que revisten mayor importancia por ser los que sufrirán modificaciones sustanciales que pueden derivar en demandas a nivel internacional, las cuales seguramente se resolverían a través de un arbitraje.

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos

Texto vigente (reforma 2013)	Propuesta de modificación (iniciativa de reforma 2021)
Artículo 25. 1. Empresas productivas del Estado. 2. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos.	Artículo 25. 1. Organismos descentralizados. 2. El abastecimiento continuo de energía eléctrica a toda la población.
Punto 1. Significa un retroceso: incluso los TLC tienen un capítulo que norma a las empresas productivas del Estado, ya que, a diferencia de los organismos descentralizados, su objeto principal es agregar valor (económico) al Estado mexicano.²³ Punto 2. Aquí se está aplicando una medida más restrictiva que la que existe, viola los principios de <i>ratchet</i> y consolidación (<i>standstill</i>),²⁴ que aseguran que las partes no adoptarán medidas más restrictivas en el futuro y aplicarán automáticamente cualquier liberalización futura sin posibilidad de revocarla posteriormente, podría llegarse a un arbitraje y, en su caso, a un laudo final que determine que hubo una expropiación indirecta y los efectos que traería sería una indemnización. En el bien entendido de que el tribunal podrá otorgar, por separado o de manera conjunta (acumulación de procedimientos), únicamente el pago de daños pecuniarios, así como los intereses correspondientes o la restitución de la propiedad. También puede condenarse al pago de las costas y los honorarios de abogados en los que incurrieron las partes contendientes.	

²³ Tesis Aislada, COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. ESTÁ SUJETA A LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, AL SER UN ENTE PÚBLICO FEDERAL. <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014988>>.

²⁴ Reporte T-MEC. Capítulo de Inversión de T-MEC. *Secretaría de Economía*. 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf>.

Artículo 27. En los casos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, 1. sin correlativo	Artículo 27. En los casos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, 1. Tratándose de minerales radiactivos, litio y demás minerales considerados estratégicos para la Transición Energética.
2. La planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica. 3. Sin correlativo 4. Mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con	2. No se otorgarán concesiones. Corresponde exclusivamente a la nación el área estratégica de la electricidad consistente en generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica. 3. El Estado queda a cargo de la Transición Energética y utilizará de manera sustentable todas las fuentes de energía de las que dispone la nación. 4. Mediante asignaciones a organismos del Estado o a través de contratos con estos o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos los organismos del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos del subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.	
Punto 2. Implica un retroceso (medida más restrictiva) de nueva cuenta, dado que toda la cadena de valor de la industria eléctrica (generación, transmisión distribución y comercialización) pasa a ser área estratégica, sobre todo en generación y comercialización de sectores que ya están en libre competencia, en transmisión y distribución existen contratos con particulares para la ampliación y modernización de la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución, además de derechos financieros de transmisión, puede llegarse a un arbitraje. Dentro de las actividades de transmisión y distribución —funciones desempeñadas por la CFE—, sería necesario revisar qué tipo de cláusula se les aplica (trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato), ya que existen múltiples medidas disconformes en el bien entendido de que estas actividades nunca han dejado de ser áreas estratégicas. Punto 3. Respecto a la transición energética, el país asumió compromisos dimanantes para contribuir al cambio climático, entre ellos la generación de electricidad con fuentes renovables o limpias. Esta tecnología es relativamente nueva, por lo que la mayoría de las centrales eléctricas instaladas en territorio nacional son de inversión privada. Al cambiar las reglas de despacho de energía y el porcentaje de participación por parte de la iniciativa privada en generación se vislumbra difícil poder cumplir nuestras responsabilidades comunes, pero diferenciadas a nivel mundial, haciendo mención a que se cancelarían los Certificados de Energías Limpias. Punto 4. Retroceso de empresa productiva del Estado a organismo descentralizado. Nos referimos, específicamente, a la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Petróleos Mexicanos (PEMEX).	
Artículo 28. 1. No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía	Artículo 28. 1. No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos, litio y demás minerales

nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, 2. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia. 3. Sin correlativo. 4. Sin correlativo	estratégicos, generación de energía nuclear, electricidad; y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, 2. La comunicación vía satélite, los ferrocarriles, las industrias requeridas para la Transición Energética son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución. El Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos respecto las vías de comunicación mantendrá su dominio de acuerdo con las leyes de la materia. 3. La Comisión Federal de Electricidad, organismo del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propio, es responsable de la electricidad y el Sistema Eléctrico Nacional, así como de su planeación y control; será autónoma en el ejercicio de sus funciones y en su administración, y estará a cargo de la ejecución de la Transición Energética en materia de electricidad, así como de las actividades necesarias para ésta. 4. La Comisión Federal de Electricidad generará al menos el cincuenta y cuatro por ciento de la energía eléctrica que requiere el país. El sector privado participará hasta en el cuarenta y seis por ciento de la generación que requiera el país. El servicio público de abastecimiento de energía eléctrica será prestado exclusivamente por la Co-
--	--

	misión Federal de Electricidad, la que podrá adquirir energía eléctrica del sector privado.
Punto 1. De nueva cuenta pasa toda la industria eléctrica a ser un monopolio estatal. Anteriormente ya se mencionaron los problemas asociados a esta medida. Puntos 3. y 4. Toda la industria eléctrica quedo a cargo de la CFE, monopolio estatal en actividades que ya estaban liberalizadas y que no se consideran monopolios naturales. Se cancela la estricta separación legal de la CFE y se integra como un solo organismo del Estado en forma vertical y horizontal. Se reincorpora el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) con sus funciones y atribuciones. De esta manera, la CFE queda de nueva cuenta a cargo de la planeación y control del SEN, así como del despacho económico siendo el CFE quien, a través del CENACE, adquirirá la energía eléctrica y capacidad generada por el sector privado mediante la competencia (entre privados) para su despacho por sus menores costos de producción en beneficio de los usuarios finales.	

VII. CONCLUSIONES

Como ha podido observarse en el presente estudio, los tratados de libre comercio son acuerdos que firman los países con la finalidad de promover y proteger las inversiones. Este aspecto es muy importante, ya que, para que un inversionista se decida a invertir en un país, debe tener la certeza de que encontrará garantías de protección de las inversiones que realice.

Esta protección se hace efectiva mediante el respeto y el cumplimiento de la legislación vigente de cada país y el respectivo compromiso de la nación en la que se pretende invertir de no modificar o reformar la ley a fin de no afectar estas inversiones. Sin embargo, para los países y los inversionistas extranjeros no es suficiente la garantía que ofrecen los demás países. Por ello, se crea la Organización Mundial de Comercio (OMC), que rige la mayoría de los intercambios de bienes y servicios transfronterizos que se realizan entre países, ya que la mayoría de los Estados nación están inscritos a la misma.

A través de los años y gracias a su experiencia, la OMC ha establecido cláusulas dentro de los tratados de libre comercio que ayudan a los países firmantes a dar esa garantía que necesitan los inversionistas extranjeros para invertir en otro territorio o, dicho de otra manera, ayudan a los países en su proceso de transición a una economía de mercado. Estas cláusulas, que también están consagradas en los tratados T-MEC, TLCUEM, TIPAT, de los cuales México forma parte, son las denominadas trato nación más favorecida, trato nacional y nivel mínimo de trato. Sin embargo, no son los únicos mecanismos para garantizar la inversión, dado que los acuerdos de inversión también contienen las medidas disconformes que sirven como referencia de los bienes y servicios en los cuales se puede invertir y las modalidades para hacerlo, pero van más allá porque establecen que el arbitraje es mecanismo de solución de posibles controversias.

Los conceptos establecidos en las cláusulas de trato nación más favorecida, trato nacional, nivel mínimo de trato pudieran parecer similares entre sí, pero presentan diferencias —que ya fueron explicadas—, ya que no es regla que a las medidas disconformes les apliquen las mismas cláusulas, es decir, dependiendo del tipo de medida disconforme se aplica un tipo de cláusula.

Así, un inversionista que pretenda invertir en México en materia de energía, debe estudiar los anexos I y II del tratado de libre comercio que le aplique (T-MEC, TLCUEM, TIPAT). En ellos se enlistan los sectores y actividades que cuentan con medidas disconformes y qué tipo de cláusulas les aplicaría a estas medidas, ya que, en caso de invertir en un sector o actividad con medida disconforme, deberán apegarse a esas normas establecidas. En el caso de que un sector o actividad no se encuentre dentro de las medidas disconformes, se considera un sector liberalizado.

El hecho de que exista una medida disconforme no quiere decir que no esté protegida la inversión. El inversionista que decide invertir sabe de antemano que no habrá piso parejo, pero esto no significa que no se van a respetar las reglas establecidas en el momento de la firma del acuerdo de inversión. Esa es la razón de que existan dos tipos de medidas disconformes: las que se consolidan —que son las

que ya no se pueden modificar para hacerlas más restrictivas—, y las que excluyen —que permiten adoptar medidas más restrictivas a futuro—; usualmente, estas se enmarcan en actividades a través de la cuales se brinda asistencia no comercial al país para satisfacer las necesidades básicas de la población en las zonas rurales y zonas urbanas marginadas de México.

Ahora bien, si una parte de un tratado comercial modifica o reforma su legislación interna, no podrá imponer leyes que hagan o se traduzcan en medidas más restrictivas a la inversión dentro de los sectores con medidas disconformes. En caso contrario, podría llegarse a un arbitraje, definido como un mecanismo de solución de controversias ante una corte arbitral internacional. Los arbitrajes han alcanzado gran reputación, ya que son serios en el momento de emitir sus resoluciones, y esto se logra gracias a que las determinaciones se toman escuchando a expertos en la materia y en la confiabilidad de no ser corruptibles.

Si se hubiera aprobado la iniciativa de reforma en materia de energía del año 2021, seguramente se habrían suscitado muchas reclamaciones contra el Estado mexicano y la gran mayoría habrían culminado mediante un laudo arbitral. Las reclamaciones estarían fundadas en la inadecuada adopción de medidas más restrictivas cuando el Estado ya se había comprometido a no hacerlo; justamente esa previsión era lo que garantizaba al inversionista que obtendría el retorno de su inversión, esto es, ganancia. Pero el problema para México no terminaría ahí, ya que estas reclamaciones se cobran de manera pecuniaria y, teniendo en cuenta que las inversiones en materia de energía son de millones, el costo para el país puede ser de cantidades exorbitantes. Es importante no pensar que solo los cambios a la CPEUM podrían significar reclamos: también las modificaciones de leyes secundarias pueden derivar en controversias si estas cambian sustancialmente las reglas acordadas. En ese sentido, una opción podría ser solicitar por escrito una consulta y realizar una negociación con la finalidad de llegar a una conciliación o acuerdo para hacer más restrictivo un sector previamente liberalizado.

Dado que es un país en desarrollo, México no puede permitirse el lujo de perder su grado de confiabilidad y de respeto por las inversiones, ya que los beneficios que traen consigo los acuerdos de protección a las inversiones —entre ellos, el intercambio o transferencia de tecnologías y las prácticas y procesos que resultan indispensables como palanca de desarrollo—, más aun en el tema de la energía, que es una disciplina multidisciplinaria y en una constante evolución vinculada a la búsqueda de mejores tecnologías para el aprovechamiento sustentable de la energía en el consumo final y los procesos de transformación de la misma; aunado a la transición energética que se está promoviendo a nivel mundial y en la que destaca el uso y aprovechamiento de energía renovable y limpia. Esto es significativo porque, en materia de energía, las inversiones que se han recibido en los últimos años han sido en estos rubros, especialmente en la generación de energía eléctrica a través de fuentes renovables y limpias, pero también en toda la cadena valor de la industria, en lo que respecta a la transmisión y distribución, en el cambio a redes eléctricas inteligentes y en la comercialización (suministro) de los sistemas de medición de consumo de energía.

Por último y aunque no ha sido objeto de estudio del presente trabajo, vale la pena destacar los compromisos (objetivos y metas) que México ha asumido a nivel internacional respecto a la transición energética, en específico la mitigación y adaptación al cambio climático, objetivos que están en riesgo de no ser cumplidos por nuestro país. En el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, el objetivo es coadyuvar a mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para reducir ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales y, por otro lado, el cumplimiento de los objetivos de aprovechamiento sustentable de la energía, así como las obligaciones en materia de energías limpias y de reducción de emisiones contaminantes de la industria eléctrica, puntos respecto a los que, el país asumió como meta una participación mínima de energías limpias en la generación de energía eléctrica del 30% para 2021 y del 35% para 2024.

BIBLIOGRAFÍA

- Anglés Hernández, Marisol y Palomino Guerrero, Margarita, *El desarrollo energético en México a la luz de los derechos humanos*, México: UNAM-IJ.
- Becerra, Manuel, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto a la legislación general federal y local*, México: IJ-UNAM.
- Espinosa Fernández, Jorge, *Regulación del sector energético*, México: UNAM-IJ, 1997.
- Fernández Arroyo, Diego y Moreno Rodríguez, José Antonio, «Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos). Parte II y IV», Buenos Aires, *Jornadas de la ASADIP*, 1997.
- García Corona, Irene Gabriela, *Arbitraje de inversión la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*, México: UNAM-IJ, 2013.
- García Corona, Irene Gabriela, *Arbitraje de inversión la cláusula de la nación más favorecida (CNMF O MFNC) derechos de las inversiones*, México: UNAM-IJ, 2013.
- Informe de la Reunión de Expertos sobre Soberanía Energética, Cambio Climático y Transición Energética: El Caso del Gas Natural en México*. Sede subregional de la CEPAL en México y se llevó a cabo en forma virtual el día 21 de septiembre de 2021. Disponible en: <<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47421/LCMEXSEM.2641.pdf?sequence=1>>.
- Manual Exportación de Servicios y Aprovechamiento de Tratados de Libre Comercio. Medidas Disconformes*, Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 2021. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/servicios/manual_servicios.pdf?sfvrsn=b527b502_2>.
- Romero Gudiño Alejandro, *Regulación del sector energético*, México: UNAM-IJ, 1997.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto a la legislación general federal y local conforme al artículo 133 constitucional*, México: UNAM-IJ, 2009.
- Sánchez Camacho Alejandro, *Integración energética de América del Norte*, México: UNAM-IJ, 2007.
- Texcalpa Fragoso, David, *Desarrollo energético en México a la luz de los derechos humanos*, México: UNAM-IJ, 2021.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículos 25, 27 y 28.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto Promulgatorio del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, hecho en Santiago de Chile, el ocho de marzo de dos mil dieciocho. Diario Oficial de la Federación 29/11/2018.

Ley de Comercio Exterior.

Ley de Hidrocarburos, Artículos 1, 3, 5, 6, 8, 11, 12, 16, 17, 18, 19, 29, 41, 46, 83, 120, 122, 123, 124, 125, 128 y Transitorios Octavo, Décimo Cuarto, Vigésimo Cuarto y Vigésimo Octavo.

Ley de Petróleos Mexicanos, Artículos 2, 4, 5, 7, 59, 63, 76, 77, y 78.

Ley de Petróleos Mexicanos, Artículos 13, 63 y 76.

Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, Artículos 14 y 36.

Reglamento de las actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos.

Artículo 51 Metodología para la Medición del Contenido Nacional en Asignaciones y Contratos para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos, así como para los permisos en la Industria de Hidrocarburos, emitida por la Secretaría de Economía.

Glosario

Acuerdo ADPIC. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio contenido en el Anexo 1 C del Acuerdo sobre la OMC.

Acuerdo sobre la OMC. Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994.

AGCS. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios contenido en el Anexo 1B del Acuerdo sobre la OMC.

CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones establecido por el Convenio del CIADI.

Convención de Nueva York. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958.

Convención Interamericana. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en Panamá, el 30 de enero de 1975.

Convenio del CIADI. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

GATT de 1994. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 contenido en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC.

OMC. Organización Mundial del Comercio.

Reglas de Arbitraje de la CAIL. Reglas de arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

Reglas de Arbitraje de la CCI. Reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

TIPAT (TPP). Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.

TLC. Tratado de Libre Comercio.

TLCUEM. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea.

T-MEC. Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá.