

## Los contratos públicos de las empresas productivas del Estado

### The public contracts of the productive companies of the State

Rodolfo CANCINO GÓMEZ\*

**RESUMEN:** La Contratación Pública en materia energética representa un esquema de apertura comercial y promoción de la inversión extranjera mediante un marco legal especializado para regular un nuevo régimen ad hoc de contratación, que tiene implicaciones directas con los tratados comerciales internacionales tales como el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el Nuevo Tratado de Libre Comercio (TMEC), los cuales interactúan de una forma u otra a través de la operación de los mismos capítulos que los conforman y se interrelacionan entre sí. Esto significa que el sector energético que está reservado para el Estado permite la participación de privados a través de contratos públicos, pero restringir su participación en el mercado mediante modificaciones legales internas puede violentar los compromisos adoptados a nivel internacional.

**PALABRAS CLAVE:** contratos públicos energéticos; contratación pública; energía eléctrica; hidrocarburos; tratados comerciales.

**ABSTRACT:** Public Procurement in energy matters represents a

---

\* Doctor en Derecho, Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho-UNAM. Sistema Nacional de investigadores, Nivel II. Contacto: <[rcancino@derecho.unam.mx](mailto:rcancino@derecho.unam.mx)>. Fecha de recepción 28/06/2022. Fecha de aprobación: 16/09/2022.

scheme of commercial opening and promotion of foreign investment through a specialized legal framework to regulate a new ad hoc contracting regime, which has direct implications with international trade treaties such as the Comprehensive Treaty and Progressive Trans-Pacific Partnership (TIPAT) and the New Free Trade Agreement (TMEC), which interact in one way or another through the operation of the same chapters that make them up and interrelate with each other. This means that the energy sector that is reserved for the State allows the participation of private parties through public contracts, but restricting their participation in the market through internal legal modifications can violate the commitments adopted at the international level.

KEYWORDS: energy public contracts; public procurement; electricity; hydrocarbons; trade agreements.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l 20 de diciembre de 2013, se expidió el Decreto del Ejecutivo Federal por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Energía. Mediante estas reformas, se permite, entre otros, la participación de empresas privadas tanto nacionales como extranjeras en la producción de electricidad; así como en la celebración de contratos para la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, así como del mantenimiento, expansión y operación del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.

A raíz de la reforma energética, se tuvo que modificar el cuerpo normativo aplicable al sector energético, reformando leyes y creando otras que provocaron una serie de efectos jurídicos a nivel nacional y en el ámbito internacional. En este orden de ideas, destaca la Ley de Hidrocarburos que regula ahora las licitaciones y las nuevas figuras contractuales, dejando sin efecto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados (LOPSR) con las mismas y La ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP). De igual forma en la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, se establece que podrá celebrar con el Gobierno Federal y con personas físicas o morales toda clase de actos, convenios, *contratos*, suscribir títulos de crédito y otorgar todo tipo de garantías reales y personales de obligaciones contraídas por sí o por sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, con sujeción a las disposiciones legales aplicables. La Comisión Federal de Electricidad (CFE) estará facultada para realizar las operaciones relacionadas directa o indirectamente con su objeto. “*Los contratos* y, en general, todos los actos jurídicos que celebre la Comisión Federal de Electricidad para el cumplimiento de su objeto *podrán incluir cualquiera de los términos permitidos*

*por la legislación mercantil y común y deberán cumplir con la regulación aplicable en las materias que corresponda”<sup>1</sup>*

## II. EL MARCO CONSTITUCIONAL

A finales del 2013 se reformaron los párrafos cuarto, sexto y octavo del artículo 25; sexto del 27; cuarto y sexto del 28; y se adicionó un párrafo séptimo al artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)<sup>2</sup>, con el objeto de convertir a las empresas comerciales del estado, en este caso Petróleos Mexicanos (PEMEX) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE) en empresas productivas del estado, dotarlas de un perfil corporativo con capacidad de autogestión administrativa, para ser más eficientes, transparentes y competitivas en el sector energético.

### A) ARTÍCULO 25, PÁRRAFO V DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En este apartado de nuestra carta magna se reafirma y pugna por la integración de los sectores público, privado y social para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad para satisfacer el interés público. Por tanto, este artículo pretende además salvaguardar los recursos productivos y el medio ambiente, así como la facultad de contratación y la realización de otros actos jurídicos.

De tal forma que el

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la

---

<sup>1</sup> Ley de la Comisión Federal de Electricidad, artículos 7 y 8.

<sup>2</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el DOF del 20 de diciembre de 2013.

Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y *empresas productivas del Estado* que en su caso se establezcan. 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, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución...

En consecuencia, tanto la PEMEX como la CFE desde la perspectiva de la contratación pública registrarán sus *procedimientos de contratación*, conforme a sus propias leyes, enfatizando las mejores prácticas para llevar a cabo otros actos jurídicos con entes gubernamentales o privados.

#### B) ARTÍCULO 27 PÁRRAFO VI Y VII

Este artículo constitucional prohíbe expresamente otorgar “concesiones” sino únicamente la celebración de contratos de las empresas productivas del Estado con los privados. En este sentido, se establece lo siguiente:

*Corresponde exclusivamente a la Nación 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.*<sup>3</sup>

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable

---

<sup>3</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27, párrafo 25, párrafo VI

e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, esta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos *mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con estas 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 particulares.* En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos<sup>4</sup>

Si bien se establece que la empresas productivas del Estado, podrán celebrar contratos con los privados, pero mediante las leyes reglamentarias aplicables en su esfera de competencia, es en este punto, donde se centra la discusión para determinar el nivel de participación, los requisitos que tienen cumplimentar las empresas nacionales y extranjeras, donde las leyes nacionales reglamentarias regularán, o en su caso delimitarán el nivel de participación tanto de los nacionales y extranjeros, el establecimiento de los requisitos de participación, esquemas de colaboración y los tipos de contratos que podrán celebrar como resultado de las licitaciones, sin comprometer las obligaciones internacionales sin alterar el marco jurídico nacional.

### C) ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL

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 nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución

---

<sup>4</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27, párrafo VII.

de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

De lo expuesto en el párrafo anterior, existe la obligación de garantizar la libre concurrencia de proveedores nacionales sin distinciones de que se traten de empresas extranjeras para que Pemex y CFE sean empresas autónomas de gestión y administración, conforme a normas específicas que regularán su actuación, sin caer en prácticas monopólicas absolutas o relativas, donde el Estado debe privilegiar a las nuevas empresas que operen bajo un enfoque de sustentabilidad, licitud y competencia abierta en beneficio de la población, dejando un remanente para el Estado lo que se conoce como “renta petrolera”.

### III. EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO

Las empresas productivas del Estado (EPE) son organizaciones rentables, generadora de modelos de negocios con capacidad de autogestión administrativa para celebrar contratos y otros actos jurídicos que den un valor agregado a las funciones que realizan bajo mandado de ley. Al respecto existe una tesis que determina su naturaleza jurídica, cobertura y alcance:

EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO. SU NATURALEZA. (...) ordenó la transformación de Petróleos Mexicanos y de la Comisión Federal de Electricidad en empresas productivas del Estado. De los preceptos reformados y los objetivos perseguidos se advierte que dichos entes son empresas públicas de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con el mandato constitucional de crear valor económico a fin de incrementar los ingresos de la Nación, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental. Por otro

lado, y como el artículo 90 constitucional señala que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal, se concluye que las empresas productivas del Estado son una nueva categoría de entidades paraestatales con un régimen jurídico especial y diferenciado, alejado de la tradicional lógica de controles y jerarquía administrativa, basado en principios de gobierno corporativo. Por ello y a pesar de que el fundamento de su creación son normas de derecho público, su operación se rige, en lo no previsto por su ley, reglamento y disposiciones que de éstos emanen, por el derecho civil y mercantil. Con este régimen diferenciado se pretende que las empresas productivas del Estado puedan competir con flexibilidad y autonomía en las industrias que se les encomiendan y así cumplir con su mandato constitucional.<sup>5</sup>

La participación de las EPE en los mercados lo hacen como si fueran una empresa particular o privada, aunque desde una perspectiva legal internacional se conduce como una empresa comercial del Estado. Tienen un carácter híbrido, donde el procedimiento de contratación se sujeta y cae dentro del terreno del Derecho Administrativo, es decir el procedimiento administrativo de licitación, la adjudicación del contrato y su formalización por parte de PEMEX y CFE, mientras que los efectos jurídicos que provocan caen dentro del Derecho Privado.

Sus particularidades son las siguientes:

- Son creadas por ley o decreto del poder Ejecutivo Federal.
- Tienen personalidad jurídica propia.

---

<sup>5</sup> Amparo en revisión 1131/2017. Mario Alberto Hernández de la Rosa. 30 de mayo de 2018. Mayoría de tres votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek y Eduardo Medina Mora I. Disidentes: José Fernando Franco González Salas y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: José Omar Hernández Salgado. Amparo directo 3/2018, cuya tesis se publicó el viernes 21 de septiembre de en el Semanario Judicial de la Federación.

- Tienen patrimonio propio.
- Autonomía técnica, operativa y de gestión.
- Deben tener nombre, patrimonio, domicilio, objeto.
- Tienen un ámbito territorial determinado.
- Serigenporelderechopúblico,imperandola materiaadministrativa.

Las EPE apertura los mercados a la participación del sector privado nacional y extranjero en materia eléctrica y de hidrocarburos. En sí el modelo no está totalmente abierto a la inversión extranjera, sino se tienen que cumplimentar con reglas de contenido para salvaguardar y administrar las reservas de este recurso natural. En paralelo persigue lograr competitividad internacional para tener un mayor alcance en la exploración y extracción, generar riqueza y consolidar el mercado a través de la seguridad energética.

#### IV. LOS CONTRATOS EN EL SECTOR ENERGÉTICO

Es evidente que PEMEX y CFE son instituciones que evolucionaron de organismos descentralizados a empresas productivas del Estado, no por simple objetivo de transformación, sino se trató de una reconversión para incentivar la inversión extranjera, de tal manera que las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras se realizarán de acuerdo con los términos del artículo 134 de la Constitución, sus leyes aplicables y sus manuales de operación, separándose y dejando de lado lo que establen la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Artículo 75 a 86 de la Ley de Petróleos Mexicanos.

## A) CONTRATOS SOBRE HIDROCARBUROS

Los actos que se desarrollen dentro del procedimiento de contratación, hasta el momento del fallo serán de naturaleza administrativa. Una vez firmado el contrato, sus efectos jurídicos tendrán naturaleza privada y será regido por la legislación mercantil o civil<sup>7</sup>. En los procedimientos distintos a la licitación, es decir: invitación cuando menos tres personas y adjudicación directa, se invitará a personas con posibilidad de respuesta inmediata y adecuada, comprobando su capacidad financiera, técnica, operativa, humana y las demás allegadas a esta, para dar cumplimiento a los contratos estipulados, además de contar con experiencia en las actividades y trabajos a desempeñar<sup>8</sup>.

PEMEX podrá celebrar contratos con particulares solamente sobre exploración y extracción de hidrocarburos, en el ámbito de servicios con actividades relacionadas a las asignaciones, bajo el esquema que les permita mayor productividad y rentabilidad, siempre y cuando la contraprestación se lleve a cabo mediante dinero en efectivo. Las contrataciones se llevarán mediante lo dispuesto por la Ley de Hidrocarburos y la Ley Petróleos Mexicanos, en cuyo clausulado destacan las siguientes:

- La definición del Área Contractual
- Los planes de Exploración y de desarrollo para la Extracción, incluyendo el plazo para su presentación.
- El programa mínimo de trabajo y de inversión, en su caso.
- Las obligaciones del Contratista, incluyendo los términos económicos y fiscales.
- La vigencia, así como las condiciones para su prórroga.

---

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> *Idem.*

- La adquisición de garantías y seguros.
- La existencia de un sistema de auditorías externas para supervisar la efectiva recuperación, en su caso, de los costos incurridos y demás contabilidad involucrada en la operación del contrato.
- Las causales de terminación del contrato, incluyendo la terminación anticipada y la rescisión administrativa.
- Las obligaciones de transparencia que posibiliten el acceso a la información derivada de los contratos, incluyendo la divulgación de las contraprestaciones, contribuciones y pagos que se prevean en el propio contrato.
- El porcentaje mínimo de contenido nacional.
- Las condiciones y los mecanismos para la reducción o devolución del Área Contractual.
- La solución de controversias, incluyendo los medios alternativos de solución de conflictos.
- Las penas aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- La responsabilidad del Contratista y del operador conforme a las mejores prácticas internacionales. En caso de accidente, no se limitará la responsabilidad del Contratista u operador si se comprueba dolo o culpa por parte de éstos.
- La observancia de mejores prácticas internacionales para la operación en el Área Contractual.<sup>9</sup>

Las cláusulas cambian dependiendo del tipo de contrato, del objeto y de los sujetos, así como del contexto operacional-económico-financiero. En estos contratos existen reducidos márgenes de negociación, cuidando por parte de la autoridad prever la

---

<sup>9</sup> Ley de Hidrocarburos, artículo 19.

inversión y perspectivas financieras. Todas las cláusulas anteriores son las tradicionales y son exigibles por ley, las cuales deben estar dentro de las Bases de la Convocatoria, pero también existen otras cláusulas que no son enlistadas por la Ley de Hidrocarburos que son indispensables para el desarrollo del plan de trabajo con sus anexos técnicos:

- Reconocimiento y exploración superficial
- Exploración – pozo explotario
- Descubrimiento
- Evaluación
- Descubrimiento comercial
- Desarrollo para la extracción (tecnología)
- Esquema financiero<sup>10</sup>

Tomando como base los contratos de exploración y extracción que celebra PEMEX o la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) con los privados, el Estado definirá en cada caso uno o varios de los siguientes modelos contractuales:

1. Contratos de servicios: en efectivo.
2. Contratos de utilidad compartida: con un porcentaje de la utilidad.
3. De producción compartida: con un porcentaje de la producción obtenida.
4. Autorizaciones y permisos: con la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez que hayan sido extraídos del subsuelo.

---

<sup>10</sup> Estos contratos podrán ser consultados en el siguiente enlace: <https://www.gob.mx/cnh/articulos/boveda-digital>.

*Contrato de Servicios.* Actualmente, PEMEX opera con contratos de servicios, por lo que el gobierno paga a los contratistas sin importar si encuentran o no petróleo en los yacimientos de aguas poco profundas o someras, sin asumir ningún riesgo dentro de la inversión.

*Contratos de Producción Compartida y de Utilidad Compartida.* Los contratos de utilidad compartida son una variante de la familia de los contratos de producción compartida. La diferencia entre uno y otro está en el momento en el que la propiedad sobre los hidrocarburos pasa a manos privadas. En el caso de los de producción compartida la propiedad se transfiere una vez extraídos, jamás en el subsuelo.<sup>11</sup> En un contrato de producción compartida, se le paga a la empresa con petróleo, mientras que en el de utilidad compartida, todo el crudo lo recibe el Estado, lo vende y le da a la empresa una parte de la utilidad, de acuerdo con lo que se haya estipulado en el contrato. Esta diferencia, no es sutil, “puesto que entregar el petróleo en especie sin duda no te da el mismo margen de control sobre los activos que da un contrato de utilidad compartida”.<sup>12</sup>

En el esquema de utilidad compartida, la empresa productiva (PEMEX) o privada asume el riesgo de un fracaso, paga el gasto de la inversión y, si tiene éxito, los primeros años de producción se utilizan para rembolsar el gasto de su inversión, y posteriormente tendrá una participación en las utilidades. El resto de la utilidad es para el Estado como pago por la “renta petrolera”.<sup>13</sup>

En ambos contratos, el principal problema que enfrenta el Estado es la determinación del costo de producción y operación. Los costos tienden a dispararse por diversas razones: mala admi-

---

<sup>11</sup> LAJOUS, Adrián, “Los contratos de utilidad compartida”, *Periódico La Jornada*, sección Opinión, México, 22 de septiembre de 2013.

<sup>12</sup> NOTIMEX, “SHCP: con utilidad compartida, Pemex tendrá inversiones”, *El Universal*, sección Cartera, México, 13 de agosto de 2013.

<sup>13</sup> FELIZ, Raúl Aníbal, “Utilidad compartida versus concesiones”, *El Economista*, sección Opinión, México, 14 de agosto de 2013.

nistración, gastos recuperables excesivos y difíciles de justificar, errores técnicos, sesgos a subestimar la complejidad del proyecto, simple manipulación.

*Autorización/Permisos.* En el contrato de licencia se otorga al privado un área específica para la exploración y explotación y se autorizan las actividades para el reconocimiento y exploración superficial. La Ley de Hidrocarburos dispone los términos y condiciones para formalizar los contratos de exploración y extracción de crudo, así como las autorizaciones para la perforación de pozos en aguas profunda y ultra profundas y pozos tipos que se utilicen como modelos de diseño, para lo cual se desahogará un procedimiento administrativo con afirmativa ficta, en caso de que la CNH guarde silencio sobre una solicitud específica por parte de los asignatarios o contratistas.

Respecto a los permisos se emitirán para el tratamiento y refinación de petróleo, el procesamiento de gas Natural, y la exportación e importación de Hidrocarburos, y petrolíferos, que serán expedidos por la Secretaría de Energía (SENER); y para el Transporte, Almacenamiento, Distribución, compresión, licuefacción, descompresión, regasificación, comercialización y Expendio al Público de Hidrocarburos, Petrolíferos o Petroquímicos, según corresponda, así como la gestión de Sistemas Integrados, que serán expedidos por la Comisión Reguladora de Energía (CRE).

Las autorizaciones y permisos se terminarán por vencimiento de la vigencia, renuncia del permisionario, siempre que no se afecten derechos de terceros, caducidad, revocación, desaparición del objeto o de la finalidad del permiso, disolución, liquidación o quiebra del Permisionario y por resolución judicial o mandamiento firme de autoridad competente.<sup>14</sup>

Dado que actualmente están suspendidas las licitaciones, el esquema que utiliza la presente administración, es la figura de los farmouts donde Pemex podrá celebrar alianzas o asociaciones con empresas privadas en las asignaciones que migren a contratos

---

<sup>14</sup> Ver Ley de Hidrocarburos, Título Tercero, Capítulo I, De los Permisos.

para la Exploración y Extracción. Estas alianzas deberán realizarse en el esquema que permita mayor productividad y rentabilidad, incluyendo modalidades en las que podrán compartir: costos, gastos, inversiones, riesgos, utilidades y producción<sup>15</sup>.

## B) CONTRATOS EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Los tipos de procedimiento de contratación y demás aspectos derivados están a partir de los artículos 77 al 83 de la Ley de la CFE y en sus disposiciones generales que emita la CFE para las adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios y obras. Las adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios y obras se efectuarán, por regla general, por concurso abierto, previa convocatoria pública. Las propuestas podrán ser presentadas y analizadas a través de medios electrónicos, en los términos que establezca el Consejo de Administración de la CFE, sin embargo, cuando, por excepción, el concurso abierto no sea idóneo para asegurar las mejores condiciones, se podrán emplear los demás procedimientos que determine el Consejo de Administración<sup>16</sup>.

La regla general es que todas las contrataciones sean mediante concurso abierto, para comprar en las mejores condiciones, tal como lo especifica el Artículo 134 constitucional y sus principios de operación y funcionamiento. El nuevo modelo de contratación para la industria eléctrica en México permite bajo requisitos técnicos y administrativos la inversión nacional y extranjera para adquirir capital y tecnología, por lo que otorga el derecho a la generación y comercialización de electricidad, con regulación estatal.

Dentro de este nuevo régimen el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), se erige como un organismo público descentralizado, encargado de operar el sistema eléctrico nacional y el mercado eléctrico mayorista, donde las empresas podrán participar en actividades de transmisión y distribución de electrici-

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Cfr. Ley de la Comisión Federal de Electricidad, artículo 79.

dad, mediante un esquema de contratación con la CFE, la cual aparte de una serie de atribuciones se encuentra el otorgamiento de permisos para la generación de energía eléctrica, estableciendo tarifas de porteo para transmisión y distribución de electricidad.

En el mercado eléctrico la SENER determinará el diseño del mercado eléctrico y la CRE autorizará los procedimientos operativos, a propuesta del CENACE, quien operará el sistema y el mercado eléctrico. En cuanto a la transmisión y distribución de la energía eléctrica la CFE tiene la capacidad para celebrar contratos cuando así lo consideres conveniente, mientras que la SENER podrá concursar contratos cuando no se trate de activos de la CFE. Una cuestión importante es el establecimiento de los requisitos mínimos de generación con energías limpias, creando y/ otorgando certificados para reducir los costos de transacción y buscar alternativas para reducir las emisiones de carbón.

Al igual que los contratos sobre hidrocarburos todos los actos que se desarrollen dentro del procedimiento de contratación hasta el momento del fallo, inclusive, serán de naturaleza administrativa. Una vez firmado el contrato, éste y todos los actos o aspectos que deriven del mismo serán de naturaleza privada y se regirán por la legislación mercantil o común aplicable

Tanto la CFE y PEMEX pueden crear o celebrar alianzas o asociaciones con empresas filiales que son del sector privado para realizar actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica. Estas empresas invierten en el sector eléctrico de manera minoritaria o mayoritaria, directa o indirectamente, o mediante cualquier figura de asociación o alianza donde existe inversión extranjera, toman decisiones y se reparten utilidades sin mayor fiscalización. Además, no se exige que se trate de una empresa nacional o extranjera y se organizarán conforme al derecho privado del lugar de su constitución o creación, lo que conlleva que en caso de que se presente una eventual controversias, no se resuelva en México sino en los tribunales internacionales.

En la Ley de la Industria Eléctrica, se establecen los siguientes tipos de contratos:

Contrato de Cobertura Eléctrica. Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, o a la realización de pagos basados en los precios de estos. Son contratos entre participantes del Mercado Eléctrico Mayorista que están vinculados a la operación y desarrollo de la industria eléctrica, necesarios para que el Sistema Eléctrico Nacional, los cuales a su vez pueden ser de: Potencia, Certificados de Energías Limpias, Derechos Financieros de Transmisión, Servicios Conexos, Demanda Controlable) en fecha futura y al precio pactado.

Asimismo, está el Contrato de Interconexión Legado o contrato de compromiso de compraventa de energía eléctrica; y el Contrato Legado para el Suministro Básico que abarca otros contratos de Cobertura Eléctrica donde los suministradores de servicios básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y productos asociados de las centrales eléctricas legadas y las centrales externas legadas.<sup>17</sup>

Conforme a este esquema, las Centrales Eléctricas y Centros de Carga que deseen Interconectarse o Conectarse al Sistema Eléctrico Nacional (SEN) deberán de formalizar el Contrato de Interconexión o Conexión, de conformidad con la normativa vigente. En este escenario pueden darse los siguientes:

*Contrato de compraventa de generadores exentos.* Lo celebran los Generadores exentos que quieran vender sus excedentes o comprar faltantes al Mercado Eléctrico Mayorista, sin la intermediación de un suministrador.

*Contrato de compraventa por los usuarios de suministro.* El que celebran los usuarios del suministro de energía eléctrica con el suministrador (de servicios calificados y del servicio básico).

*Contrato de transmisión y distribución de energía eléctrica.* Contrato que contiene el acuerdo entre Participantes del Mercado

---

<sup>17</sup> Ley de la Industria Eléctrica, artículo 3.

y Transportista o Distribuidor mediante el cual los Participantes del Mercado transfieren al Transportista o Distribuidor su obligación de pagar al CENACE los servicios de transmisión y distribución.

Destacan también lo siguientes contratos dentro del Mercado Eléctrico:

- a) Contrato de cobertura eléctrica
- b) Subastas de mediano y largo plazo
- c) Contrato de participante del mercado
- d) Contrato de interconexión de centrales eléctricas
- e) Contrato de conexión de centrales de carga
- f) Contrato de compraventa de generadores exentos
- g) Contrato de compraventa por los usuarios de suministro
- h) Contrato de transmisión y distribución de energía eléctrica

Dentro de su marco de atribuciones, existen otros tipos de contratos, entre los que se encuentran:

- i. Contrato a Libro Abierto. Las partes definen el proyecto en dos etapas, incluyendo una estimación sobre el precio máximo garantizado, transparentando los costos, por los cuales el pago al contratista en la primera etapa son gastos reembolsables, sin embargo, pueden representar un margen de ganancia para el contratista. Con base al estimado del precio máximo garantizado la contratante podrá continuar con el proyecto con el mismo contratista o utilizar los entregables. La segunda etapa será el contrato de construcción conforme a los principios de contabilidad de Libro Abierto y se deberán exhibir las certificaciones de los auditores internos o externos.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Modificación a las disposiciones generales en materia de adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y ejecución de obras de la

- ii. Contrato Bajo Demanda. Aplica para la adquisición de bienes y servicios en cantidades mínimas y de uso reiterado, conforme a los precios unitarios pactados.
- iii. Contrato de Obra a Precio Alzado. En este contrato el importe o pago total fijo será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.
- iv. Contrato de Obra Llave en Mano a Precio Alzado. El pago total debe pagarse por una instalación eléctrica, electromecánica, o de naturaleza productiva que esté totalmente terminada y funcionando.
- v. Contrato de Obra Mixto. Es un contrato donde parte de los trabajos es sobre la base de precios unitarios y otra a precio alzado.
- vi. Contrato por Obra a Precios Unitarios. El importe total o pago total será por unidad de concepto de trabajo terminado.<sup>19</sup>

## V. LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN ENERGÍA CONFORME A LOS TRATADOS COMERCIALES

En el TMEC en su capítulo XIII se abarcan y se regulan las compras de PEMEX Y CFE. Se tienen listas de umbrales en dólares, productos, servicios y reservas las cuales están cubiertas por montos determinados. El capítulo del TMEC se rige bajo principios de operación, especifica los tipos de contratación (licitación, licitación selectiva y restringida), regula el procedimiento, la adjudicación del contrato y un mecanismo para resolver los conflictos o irregularidades que se pudieran presentar durante el procedimiento o en la adjudicación del contrato o un eventual incum-

---

Comisión Federal de Electricidad y sus empresas subsidiarias, Disposición 3, fracción X bis.

<sup>19</sup> Modificación a las disposiciones generales en materia de adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y ejecución de obras de la Comisión Federal de Electricidad y sus empresas subsidiarias, Disposición 3, fracción XI en adelante.

plimiento, rescisión administrativa o cumplimiento anticipado de los contratos previamente pactados.

Además, se garantiza que exista un recurso de impugnación o reclamación cuando exista: i) una violación a las disposiciones del capítulo XIII o ii) exista incumplimiento de una dependencia gubernamental conforme a las disposiciones de este Capítulo. En ambas situaciones (violación o incumplimiento) la dependencia contratante del país miembro y el proveedor están obligados a buscar una solución mediante *consultas*. Si no se consigue un acuerdo satisfactorio para las partes, se tendrá que solicitar el establecimiento de un tribunal arbitral compuesto por cinco árbitros que actuarán conforme a las disposiciones contenidas en el Capítulo 31 del T-MEC.

Aquí lo verdaderamente importante es señalar que la contratación pública en materia energética no está circunscrito solamente al capítulo XIII, sino también a otros capítulos que regulan de una u otra forma los contratos públicos, como el de Inversiones, Anticorrupción y lo relativo a Empresas Comerciales del Estado donde encuadran perfectamente PEMEX Y CFE en su carácter de empresas productivas del Estado.

Es indudable que existe una conexión entre los contratos públicos en materia de inversiones, porque el mismo TMC determina de que se trata una inversión incluyendo contratos que realiza con el Estado inversor, por lo que se trata de contratos públicos. El TMEC es claro cuando califica de *Inversión* significa inyecciones de capital, compra de bonos bursátiles, compra de acciones, o cualquier activo de propiedad, licencias, autorizaciones, permisos y derechos. En este caso se tendrán que respetar todos los permisos de importación de gasolinas, y toda la cadena que implica la logística, transportación, almacenamiento, y hasta el expendio de estas en las gasolineras.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr. TMEC, Anexo 14-E, solución de controversias de inversión México-Estados Unidos relacionadas con contratos de gobierno cubiertos

De la lista destacan actividades contenidos en contratos relativas a inversiones sobre:

1. petróleo y gas natural, tales como exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta,
2. suministro de servicios de generación de energía al público
3. suministro de servicios de telecomunicación, suministro de servicios de transporte
4. la propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, entre otros
5. contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;

La diferencia entre el capítulo 13 y el 14 del TMEC es el mecanismo de solución de controversias. En materia de contratación pública tal como se señaló se va al mecanismo de solución de controversias del mismo tratado, mientras las disputas comerciales en materia de inversiones, puede ser mediante el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL o mediante las reglas del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados - BM) cuyo mecanismo México firmó en julio de 2018. El Centro establece y administra dos procedimientos uno de conciliación y otro de arbitraje, y tiene como objetivo fomentar el flujo de inversiones de países desarrollados a países con menor grado de desarrollo económico, lo que se traduce en la posibilidad de que cuando se presente una controversia entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, se pueda resolver mediante sus propios tribunales arbitrales.

En el anterior TLCAN México se reservó el sector energético, pero en el actual quedó plasmado en los capítulos relativos a Contratación Pública e Inversiones, cuya operación también deberá

ajustarse a los que establece el capítulo de Empresas Comerciales del Estado. La arquitectura del TMEC y los tratados comerciales establecen obligaciones generales en varios sectores, en este caso en el energético.

La Convención de Viena nos reafirma la supremacía de los tratados, donde no se pueden desconocer los compromisos internacionales contenidos en tratado en relación directa con una ley general, federal o reglamentaria. Esta Convención en su artículo 27 señala que no se pueden pretextar el incumplimiento de las disposiciones internacionales porque un existe un impedimento a nivel interno y aunque existieres no se puede alegar dada la prevalencia hegemónica de los tratados. Desafortunadamente México no acordó reservas en el sector.

Existe controversia sobre la interrogante de que si México pueda modificar su Constitución y sus leyes para limitar el sector energético a la inversión extranjera. En este sentido, según el Capítulo 8 del TMEC efectivamente así se señala y se permisiona, pero solamente lo permite en el ámbito de hidrocarburos, excluyendo el sector eléctrico, siempre y cuando esta potestad soberana contravenga o no contravenga los derechos y términos pactados dentro del TMEC, es decir “sin perjuicio de sus derechos y remedios disponibles conforme al Tratado”.

Este mini capítulo confirma el respeto al derecho soberano de regular el sector de hidrocarburos a nivel interno en “*pleno ejercicios de sus procesos democráticos*”, pero sin que vaya en contra de los compromisos acordados tanto presentes y futuros bajo procedimientos que garanticen la buena administración. La idea central es que, bajo un escenario de cumplimiento a lo pactado, sería viable una modificación de la Constitución, siempre y cuando se cumplan con los compromisos en forma específica, por tanto, no solo impide la restricción del sector, sino inspira a que se amplíen la cobertura de los tratados en materia de contratos públicos sobre hidrocarburos.

El artículo 32.11 del TMEC establece que México debe otorgar a EU y Canadá el trato de Nación más Favorecida (NMF)<sup>21</sup> en otros tratados comerciales, como por ejemplo el TIPAT. Esto hace que exista una vinculación estrecha entre ambos tratados, es decir que, si no se adoptó una reserva sobre la apertura del sector energético en el TIPAT que se formalizó antes que el TMEC, no se pueden adoptar medidas más restrictivas que las adoptadas en otros tratados, incluyendo el TMEC y el Acuerdo sobre la Organización Mundial de Comercio. Es decir que cualquier sector que ya haya sido liberalizado no puede cerrarse en otro tratado comercial presente o pasado.

Por ejemplo, en el Anexo 1 del TIPAT México se comprometió a no revertir la apertura de su sector energético. Como ejemplo en el sector eléctrico, México se comprometió mediante contratos con los particulares, 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.<sup>22</sup> En este sentido, la SENER otorgará permisos para llevar a cabo la exploración

---

<sup>21</sup> Artículo 32.11: Disposiciones específicas sobre comercio transfronterizo de servicios, inversión y empresas de propiedad del estado y monopolios designados para México

Con respecto a las obligaciones en el Capítulo 14 (Inversión), el Capítulo 15 (Comercio Transfronterizo de Servicios) y el Capítulo 22 (Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Designados), México se reserva el derecho de adoptar o mantener una medida con respecto a un sector o subsector para el cual México no haya tomado una reserva específica en sus Listas a los Anexos I (T-MEC: Anexo I-3), II (T-MEC: Anexo II-3) y IV (T-MEC: Anexo IV) de este Tratado, solo en la medida en que sea compatible con las medidas menos restrictivas que México pueda adoptar o mantener conforme los términos de las reservas aplicables y las excepciones a obligaciones paralelas en otros tratados comerciales y de inversión que México ha ratificado, antes de la entrada en vigor de este Tratado, incluido el Acuerdo sobre la OMC, sin importar si esos otros tratados han entrado en vigor.

<sup>22</sup> TIPAT Anexo 1, Lista México, Sector Energía, Subsector Electricidad.

y concesiones para la explotación de áreas con recursos geotérmicos, a personas físicas o empresas constituidas conforme a las leyes mexicanas, para generar energía eléctrica, o bien, para destinarla a usos diversos.

Por lo que toca al gas, se permite a los particulares el derecho de obtener permisos otorgados por la Comisión Reguladora de Energía (CRE) para prestar servicios de comercialización, distribución, transporte, almacenamiento, compresión, descompresión, licuefacción, regasificación y expendio al público de gas natural, a agentes económicos establecidos en el territorio mexicano.

En cuanto al sector hidrocarburos, México se comprometió a celebrar contratos con privados sobre exploración y producción de petróleo y sus derivados, así como la expedición de permisos para la venta al público de gasolina y diésel los cuales serán otorgados por la CRE a partir del 1 de enero de 2016, a agentes económicos establecidos en el territorio mexicano. También existe la obligación de otorgar permisos a transporte, tratamiento, refinación, procesamiento, almacenamiento, distribución, compresión, licuefacción, descompresión, regasificación, expendio al público y comercialización de hidrocarburos, productos del petróleo y petroquímicos, así como la exportación e importación de hidrocarburos y productos del petróleo.<sup>23</sup>

En este contexto, la Secretaría de Energía establecerá el modelo de contrato correspondiente para cada área contractual que se someta a un proceso de licitación y será otorgado de conformidad con las leyes; para lo cual la Secretaría podrá elegir, entre otros, los modelos de contratación siguientes: de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia.

Es evidente la interacción de las inversiones en contratos públicos en los tratados comerciales, por eso vale destacar lo relativo a las empresas comerciales del Estado. Dentro del T-MEC tanto PEMEX como CFE no pueden constituirse en monopolios ni rea-

---

<sup>23</sup> Cfr. TIPAT Anexo 1. Lista México. Sector: Energía, Subsector: Exploración y producción de petróleo y otros Hidrocarburos

lizar prácticas que causen efectos desfavorables al comercio, inhiban la inversión y causen perjuicios graves a otras empresas competidoras. En esta tesis, se conceptualiza al monopolio como a una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en un mercado relevante en el territorio de una Parte, es designado como el único proveedor o comprador de una mercancía o servicio. De tal manera, que una empresa propiedad del Estado significa una empresa que se dedica principalmente a actividades comerciales en la que una Parte:

- (a) es propietaria directa o indirectamente de más del 50 por ciento del capital social;
- (b) controla, a través de derechos de propiedad directos o indirectos, el ejercicio de más del 50 por ciento de los derechos de voto;
- (c) tiene el poder de controlar la empresa a través de cualquier otro derecho de propiedad, incluidos derechos de propiedad indirectos o minoritarios;<sup>24</sup> o
- (d) tiene el poder de designar a la mayoría de los miembros del consejo de administración o cualquier otro órgano de dirección equivalente.<sup>25</sup>

En términos concretos, México se comprometió otorgar trato preferencial a EE. UU. y Canadá y a los demás países miembros del TIPAT para invertir en el sector energético. México debe aplicar de manera irrestricta y específica los postulados de los capítu-

---

<sup>24</sup> Para los efectos de esta definición, el término “indirectamente” se refiere a situaciones en las que una Parte tiene derechos de propiedad en una empresa a través de una o más Empresas del Estado de esa Parte. En cada nivel de la cadena de derechos de propiedad, la Empresa del Estado, ya sea sola o en combinación con otras Empresas del Estado, debe tener o controlar mediante derechos de propiedad, otra empresa.

<sup>25</sup> TMEC, Empresas comerciales del Estado, Artículo 22.2: Ámbito de Aplicación

los relativos a la contratación pública, de inversiones y de empresas comerciales del estado al amparo del TIPAT y el TMEC, si no quiere ser demandado en los tribunales internacionales. Así las cosas, tanto el marco regulatorio de PEMEX y CFE debe ser como resultado de un proceso de competencia de conformidad con las leyes y regulaciones de México aplicables a las EPE, sin caer en prácticas discriminatorias o la contravención y/o violación a los compromisos pactados.