

Medios Alternativos de Solución de Controversias.

Implicaciones de los Medios Alternativos en la Solución de Controversias en materia de Hidrocarburos y la Industria Eléctrica.

Julio Damián Martínez Barreiro.

jmb@k-m.com.mx

Sumario: *I. Introducción, II. Aspectos generales de los Medios Alternativos de Solución de Controversias, III. Contexto de los Medios Alternativos de Solución de Controversias a la luz de la Reforma constitucional en materia energética, IV. Generalidades de los Medios Alternativos de Solución de Controversias en materia de hidrocarburos, V. Contratos previstos en la Ley de hidrocarburos, VI. Solución de controversias en la Ley de hidrocarburos, VII. Cláusula 27 de los contratos en materia de hidrocarburos, VIII. Los Medios Alternativos de Solución de Controversias en materia de electricidad, IX. Conclusiones.*

Resumen: El presente muestra una noción general de los medios alternativos de solución de controversias con los que disponen las partes que suscriben un contrato en materia de hidrocarburos o para la industria eléctrica. Para ambos casos analizaremos una perspectiva legal, contractual y enfatizaremos en los aspectos que consideramos que son necesarios conocer dentro del sector energético.

I. Introducción.

En este trabajo analizaremos los medios alternativos de solución de controversias (MASC) que actualmente se encuentran previstos en las diversas disposiciones que regulan al sector energético, tanto en materia de hidrocarburos como en la industria eléctrica.

Para este caso, partiremos de las nociones generales que nos permitan tener un panorama del ámbito de regulación energética, partiendo de la reforma constitucional en materia energética, sus leyes secundarias y, finalmente, abordar los mecanismos que se prevén para la solución de controversias.

En este sentido, es importante conocer de dónde surgen y de dónde derivan las obligaciones que pueden ser motivo de controversia, en este caso, daremos a

conocer, de manera general, los diversos contratos que rigen en ambas industrias (hidrocarburos y electricidad) y partiendo de ello detallaremos el proceso para solventar los conflictos que se deriven de las obligaciones establecidas en aquellos.

Finalmente, otra de las finalidades que tiene este estudio es exponer cómo han sido introducidos los MASCS, el arbitraje y algunos puntos de vista en contrario enfocados en el sector energético, lo que servirá para poder destacar las complejidades que han sido sorteadas desde la llamada reforma energética.

II. Aspectos generales de los Medios Alternativos de Solución de Controversias.

Las personas afectadas e implicadas en la omisión de las obligaciones correspondientes, cuentan con diversas alternativas para dirimir las controversias suscitadas, así pues, pueden recurrir a la mediación, arbitraje o a resolverlo de forma convencional, es decir, mediante litigio.

En cuanto a la mediación y la conciliación éstos encuentran su fundamento constitucional en el artículo 17, el cual establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

Ambos mecanismos se caracterizan por tener una base exclusivamente contractual y no estar sujetos a ninguna formalidad legal que no provenga de la voluntad de las partes¹.

Por su parte, la mediación es un proceso voluntario y las partes son quienes controlan el proceso; el mediador nunca puede imponerles una decisión, su posición es neutral y no tiene medios coercitivos para resolver las diferencias. Con su experiencia, suele ayudar a las dos partes a negociar y resolver el conflicto que se trate con el objeto de llegar a un acuerdo y encontrar una solución satisfactoria para que las dos partes mantengan una buena relación. La diferencia entre mediación y la conciliación es muy sutil, en esta última el mediador es la persona que propone una solución alternativa, pero en ambos casos la solución se basa en los deseos de las partes involucradas.

¹ J. Marzorati, Oswaldo, Franchising, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 243.

Es importante referir que tanto en la mediación y como en la conciliación hay grandes ventajas. Una de ellas es que las partes no están obligadas a cumplir estrictamente las normas legales, sino que, considerando sus intereses buscan dirimir la controversia mediante un acuerdo. Otra gran ventaja es que, aunque no se concluya con un acuerdo, durante el proceso de conciliación o mediación existe una claridad en los hechos que puede implementarse en procedimientos arbitrales o judiciales que se insten posteriormente.

En estos medios, generalmente quien actúa como intermediario, no podrá posteriormente ser árbitro, representante o asesor de las partes con motivo del mismo procedimiento, ni testigo.

Ahora bien, en cuanto al arbitraje, es de igual forma un medio alternativo de solución de controversias pero al que se someten las partes por su propia voluntad y puede estar considerado dentro de un contrato que contenga cláusula arbitral o directamente establecido en ley.

Cuando existe una cláusula arbitral en un contrato, generalmente se establece el derecho aplicable, si las partes someterán a arbitraje todas o ciertas controversias, el número de árbitros y las condiciones para que sean elegidos, el idioma y lugar del arbitraje, tal es el caso del ejemplo de la cláusula arbitral que desarrollaremos más adelante.

Si alguna de las partes somete a litigio un asunto que es objeto de un acuerdo arbitral, el juez tiene la obligación de remitir a las partes al arbitraje; por tanto, existiendo dicha cláusula se renuncia al procedimiento judicial, sometiendo la controversia al procedimiento arbitral con la finalidad de obtener una resolución conocida como laudo arbitral, aunque es importante destacar que, en materia de hidrocarburos, existe una excepción pactada en los contratos y que se refiere a la rescisión administrativa.

Cabe señalar que la legislación en materia de energía de nuestro país remite en diversos dispositivos legales al Código de Comercio, por lo que resulta conveniente resaltar que para estos casos se debe atender lo establecido en el Título IV, libro V de dicho Ordenamiento, particularmente del artículo 1415 al 1463.

III. Contexto de los Medios Alternativos de Solución de Controversias a la luz de la Reforma constitucional en materia energética.

El actual marco regulatorio que rige la industria energética del país se basa en la reforma energética de 2013 aprobada el 20 de diciembre del mismo año. La ley ha modificado sus disposiciones y actualizado los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, que han promulgado diferentes leyes.

En materia de hidrocarburos, el propósito originario fue incrementar la producción de hidrocarburos a menor costo y permitir la inversión y el intercambio de conocimiento con la industria privada (nacional e internacional) a través de contratos de exploración y extracción de hidrocarburos (CEE).

De manera similar, podemos pensar que otro de los objetivos del nuevo sistema constitucional energético permitirá a México restaurar su papel básico en la industria petrolera mundial, revitalizar el sector del gas natural y promover el desarrollo del sector energético, convirtiendo estas industrias en palancas indiscutibles del desarrollo nacional que tendrían importantes beneficios a la economía familiar mexicana.

A través de reformas, Pemex se ha transformado de una empresa cuasi estatal a una empresa productora estatal (EPE), lo que significa que aunque su dueño sigue siendo el Estado, puede poseer participación de mercado como cualquier otra empresa y generar valor económico en sus utilidades. Las ganancias se entregan al Estado y Pemex las utiliza como inversión en su negocio.

La realidad es que los métodos alternativos de resolución de controversias y los mecanismos alternativos de jurisdicción monopolística (como el arbitraje) han ido penetrando gradualmente en el trabajo de las actividades de la administración pública, en diversas materias relacionadas con el derecho público, pero especialmente derecho administrativo.

Respecto a esto último, el desarrollo de estos medios se ha dado debido a la existencia de muchos factores principales, estos factores han encontrado un terreno común en la globalización, un logro alcanzado en pocos años, especialmente en el campo de la contratación pública, que es principalmente un fenómeno económico.

IV. Generalidades de los Medios Alternativos de Solución de Controversias en materia de hidrocarburos.

La Ley de Hidrocarburos (LH) entró en vigor el 12 de agosto de 2014, en ella se encuentran las disposiciones bajo las cuales se deben llevar a cabo las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos en México. Asimismo, se encarga de regular los contratos petroleros, los procesos que se llevan a cabo para licitarlos o, en caso de que sean Asignaciones Petroleras, los procesos para migrarlas a un Contrato de Exploración y Extracción (CEE).

Este ordenamiento legal establece en la Fracción XII del artículo 19 que los Contratos de Exploración y Extracción deben contar con cláusulas respecto de la solución de controversias en los que se incluyan los medios alternativos de solución de controversias. Es decir, cuando un particular firma un contrato de esta naturaleza con el Estado mexicano derivado del proceso de licitación llevado a cabo, en su CEE se determinarán los medios para solventar una controversia que, con independencia de la sede judicial mexicana, deberán asentarse los medios alternativos de solución de controversias.

Sobre el mismo aspecto, el artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos determina que los CEE además de prever las cláusulas en las que se incluye la solución de controversias mediante mecanismos alternativos, impone la obligación de considerar lo dispuesto por el Código de Comercio y los Tratados Internacionales en materia de arbitraje en los que México sea parte.

Para tal aspecto, conviene reproducir lo establecido en dicho dispositivo legal:

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

La Comisión Nacional de Hidrocarburos y los Contratistas no se someterán, en ningún caso, a leyes extranjeras. El procedimiento arbitral en todo caso, se ajustará a lo siguiente:

- I. *Las leyes aplicables serán las leyes federales mexicanas;*

- II. *Se realizará en idioma español, y*
- III. *El laudo será dictado en estricto derecho y será obligatorio y firme para ambas partes.*

El artículo antes reproducido ha sido motivo de críticas e, incluso, disgusto por parte de legisladores. Afirmamos lo anterior, poniendo como ejemplo la iniciativa de Reforma al Artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos, presentada por el diputado Julio César Ángeles Mendoza, del Grupo Parlamentario de Morena el 05 de marzo de 2019² y que no fue aprobada por la Cámara de Diputados.

En la exposición de motivos del proyecto de reforma, el diputado Ángeles sostenía que en la LH vigente, México, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podía celebrar contratos con empresas privadas para realizar la exploración y explotación de los hidrocarburos en el subsuelo en nuestro país así como su comercialización, pero se permitió que las controversias derivadas de esos contratos fuesen resueltas en sede arbitral, afirmando que tal permisión resulta un contrasentido que perjudica la economía nacional, bajo el razonamiento de que los procedimientos arbitrales forman parte de la llamada “justicia privada”, la cual es impartida por particulares que son costosos y poco transparentes al no ser públicos, pues ordinariamente las partes en conflicto son los únicos que tienen acceso a la información que deriva del mismo³.

Reafirma lo anterior, bajo la justificación de que si bien el artículo 21 de la LH remite al Título Quinto del Código de Comercio, el cual establece en la Fracción I del artículo 1416 que el acuerdo arbitral es aquel en el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual y que el acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente⁴; en este sentido, el Diputado Ángeles considera que el procedimiento arbitral se traduce en una justicia privada a cargo de las partes, siendo una de ellas el Estado Mexicano

² <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/mar/20190305-IV.html#Iniciativa9>

³ Véase párrafo sexto del proyecto de reforma disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/mar/20190305-IV.html#Iniciativa9>

⁴ Cfr. Artículo 1416 del Código de Comercio.

y lo cual representa un costo para la Nación que debe ser cubierto del erario público en razón del porcentaje de la cuantía que represente el contrato en cuestión.

Bajo esa tesitura, el diputado Ángeles afirma que la iniciativa tiene como objetivo asegurar que las disputas relacionadas con los contratos entre el Estado de México y empresas privadas para la exploración y explotación de hidrocarburos se diriman por medio de procedimientos gratuitos seguidos ante los Tribunales de la Federación; Sin perjuicio de la posibilidad de que las partes contratantes acuerden procedimientos más generales que los tradicionales; siempre que estos procedimientos se establezcan formalmente ante el notario o el juez que conozca de la controversia, con el fin de verificar la solución de controversias de manera ágil, expedita y expedita de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución.

Respecto de tal posición nuestra opinión difiere puesto que estimamos que el diputado Ángeles concebía la resolución de controversias de manera aislada, es decir, no refirió los demás supuestos establecidos en la LH así como las mismas reglas que se establecen en los contratos y de las cuales hablaremos más adelante.

V. Contratos previstos en la Ley de hidrocarburos.

Con el Decreto de Reforma Constitucional en materia energética publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013⁵ se publicaron veintiún artículos transitorios que determinaron diversas directrices sobre las cuales se ejecutarían las diversas disposiciones establecidas en el texto consitucional.

Para efectos de nuestro trabajo, conviene analizar y desarrollar el contenido del artículo Cuarto Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, mismo que a la letra establece:

Cuarto. *Dentro de los ciento veinte días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones que resulten necesarias al marco jurídico, a fin de hacer efectivas las disposiciones del presente Decreto, entre ellas, regular las modalidades de contratación, que deberán ser, entre otras: de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia, para llevar a cabo, por cuenta de la Nación, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, incluyendo las que*

⁵ Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013

puedan realizar las empresas productivas del Estado con particulares, en términos de lo dispuesto por el artículo 27 de esta Constitución. En cada caso, el Estado definirá el modelo contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la Nación.

La ley establecerá las modalidades de las contraprestaciones que pagará el Estado a sus empresas productivas o a los particulares por virtud de las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos que hagan por cuenta de la Nación. Entre otras modalidades de contraprestaciones, deberán regularse las siguientes: I) en efectivo, para los contratos de servicios; II) con un porcentaje de la utilidad, para los contratos de utilidad compartida; III) con un porcentaje de la producción obtenida, para los contratos de producción compartida; IV) con la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez que hayan sido extraídos del subsuelo, para los contratos de licencia, o V) cualquier combinación de las anteriores. La Nación escogerá la modalidad de contraprestación atendiendo siempre a maximizar los ingresos para lograr el mayor beneficio para el desarrollo de largo plazo. Asimismo, la ley establecerá las contraprestaciones y contribuciones a cargo de las empresas productivas del Estado o los particulares y regulará los casos en que se les impondrá el pago a favor de la Nación por los productos extraídos que se les transfieran.

Como se puede advertir, con la apertura al sector privado por parte del Estado mexicano se establecieron diversas formas de contratos para las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, las cuales fueron establecidas, de origen, en el cuarto artículo transitorio antes reproducido y posteriormente en el artículo 18 de la LH⁶ y que consisten en las siguientes:

- **Asignaciones:** A cargo de las empresas productivas del Estado, actualmente únicamente PEMEX en materia de hidrocarburos, y la cual deberá pagar periódicamente una serie de derechos cuyos porcentajes y montos se establecen en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.
- **Contratos de licencia:** Consistenten en aquellos que reciben como pago la transmisión onerosa de una porción de los hidrocarburos cuando éstos son extraídos del subsuelo.
- **Contratos de producción compartida:** En los que el particular realiza una como contraprestación al Estado Mexicano un porcentaje de la producción de hidrocarburos.

⁶ Véase artículo 18 de la LH

- **Contratos de utilidad compartida:** En estos contratos, el particular efectúa como contraprestación al Estado Mexicano el pago de un porcentaje de la utilidad generada por la producción de los hidrocarburos.
- **Contratos de servicios:** Éstos los suscribe PEMEX con los particulares para la realización de diversos servicios realizados en la operación de los proyectos petroleros y su contraprestación se realiza mediante el pago en efectivo.

La estructura de estos modelos de contrato toma en cuenta el ciclo de vida del proyecto para desarrollar completamente y las áreas que pueden ser exploradas y explotadas en busca de hidrocarburos.

A través de estos contratos, el Estado otorga derechos a empresas privadas (empresas nacionales e internacionales) para que puedan explorar y explotar los recursos petroleros del país, todo lo cual debe basarse en la correcta aplicación de las diversas leyes promulgadas en la reforma energética de 2013.

VI. Solución de controversias en la Ley de hidrocarburos.

Es importante distinguir las controversias a las que nos referiremos en el presente trabajo, puesto que, en materia de hidrocarburos, existen dos momentos importantes en el que participan los particulares. El primero, atañe al proceso de licitación y adjudicación de los CEE que se realizan por parte de la Secretaría de Energía y son suscritos por la Comisión Nacional de Hidrocarburos y, el segundo, concerniente a los derechos y obligaciones que derivan del cumplimiento a un CEE.

Respecto del primero, es decir, del proceso de licitación y adjudicación el artículo 25 de la LH dispone que las resoluciones que se dicten en dicho proceso podrán ser impugnadas únicamente mediante juicio de amparo indirecto ante el Poder Judicial de la Federación; sin embargo, en el presente no aundaremos en ello.

Por otra parte, en cuanto a la regulación que rige a los CEE, de acuerdo a lo que dispone el artículo 22 de la LH, éstos son regulados por lo establecido en dicha

Ley, su Reglamento y, supletoriamente en no oposición, la legislación mercantil y el derecho común⁷.

Es importante diferenciar que la LH establece diversos supuestos en el tema de infracciones, las cuales se encuentran previstas en el Título Tercero “De las demás Actividades de la Industria de Hidrocarburos”, pues no sólo en dicho apartado legal encontraremos los permisos que son emitidos en las actividades reguladas, sino que también se prevén las facultades de verificación y sanción las cuales no son el objeto de análisis del presente estudio, puesto que su impugnación y resolución se encuentra regulada por la LH y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es decir, quedan excluidas de los MASC.

En contraste a lo referido en el párrafo anterior, el artículo 97 de la LH establece que aquellas cuestiones que no se encuentran previstas en dicha ley se considerarán mercantiles, por lo que se sujetarán a la regulación establecida por el Código de Comercio y, de manera supletoria, por el Código Civil, dispositivo que, relacionado con lo dispuesto en el artículo 21 del mismo ordenamiento abre la puerta para dar cabida a los procedimientos arbitrales como ya lo mencionamos anteriormente y, cuestión que abordaremos de manera concreta en el análisis a la Cláusula 27 que se incorpora en los CEE que hasta la fecha han sido suscritos derivado de las rondas de licitación.

VII. Cláusula 27 de los contratos en materia de hidrocarburos.

Con la finalidad de revisar de forma práctica lo establecido en las disposiciones legales lo concerniente a los MASC, en el presente estudio analizaremos la Cláusula vigésimo séptima del contrato número CNH-R02-L01-A2,TM/2017 suscrito entre la CNH y PEMEX Exploración y Producción y Deutsche Erdoel México, S. de R.L. de C.V., bajo el modelo de Producción Compartida para un proyecto de aguas someras en el área contractual 2 “Tampico Misantla” y derivado de la Ronda de Licitación 2.

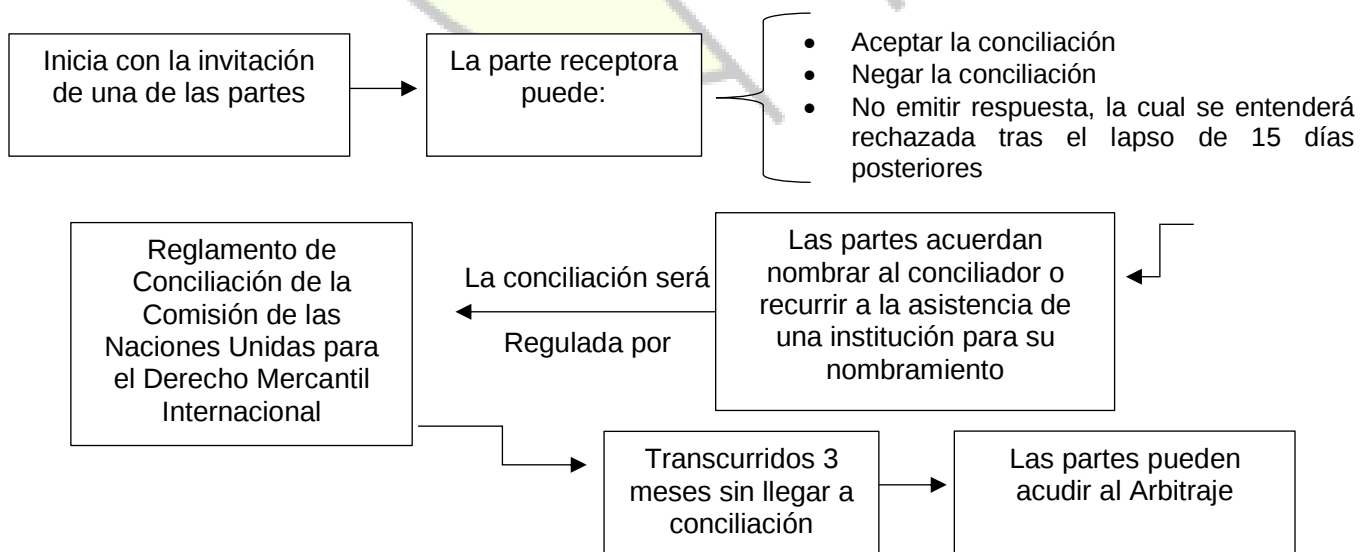
⁷ Véase artículo 22 de la LH.

Es importante señalar que, si bien analizaremos un Contrato específico, el contenido del modelo de la cláusula en estudio es similar- por no decir igual- en los diversos contratos suscritos por la CNH para las diversas áreas contractuales.

Como ya lo referíamos, en este apartado revisaremos la Cláusula 27 “Ley Aplicable y Solución de Controversias” del Contrato antes mencionado. Primeramente, debe decirse que esta cláusula enmarca nueve aspectos particulares a saber, 1. Normatividad Aplicable, 2. Conciliación, 3. Requisitos del Conciliador y del Experto independiente, 4. Tribunales Federales, 5. Arbitraje, 6. Consolidación, 7. No suspensión de actividades petroleras, 8. Renuncia vía Diplomática y 9. Tratados Internacionales.

Con base en lo anterior, resulta importante concretizar el contenido de los aspectos que la referida cláusula 27 dispone para la solución de controversias.

Primeramente, debemos tener claro que en el Contrato las partes manifiestan que se someterán e interpretarán de conformidad con las leyes del Estado Mexicano; no obstante ello, se prevé un procedimiento denominado “conciliación” en el que expresamente se determina que en caso de un conflicto las partes podrán llevar a cabo un procedimiento de conciliación que, necesariamente, debe ser requisito previo a acudir al arbitraje y no aplicable a la rescisión administrativa que se prevé en los contratos de hidrocarburo, mismo que se muestra esquemáticamente a continuación:

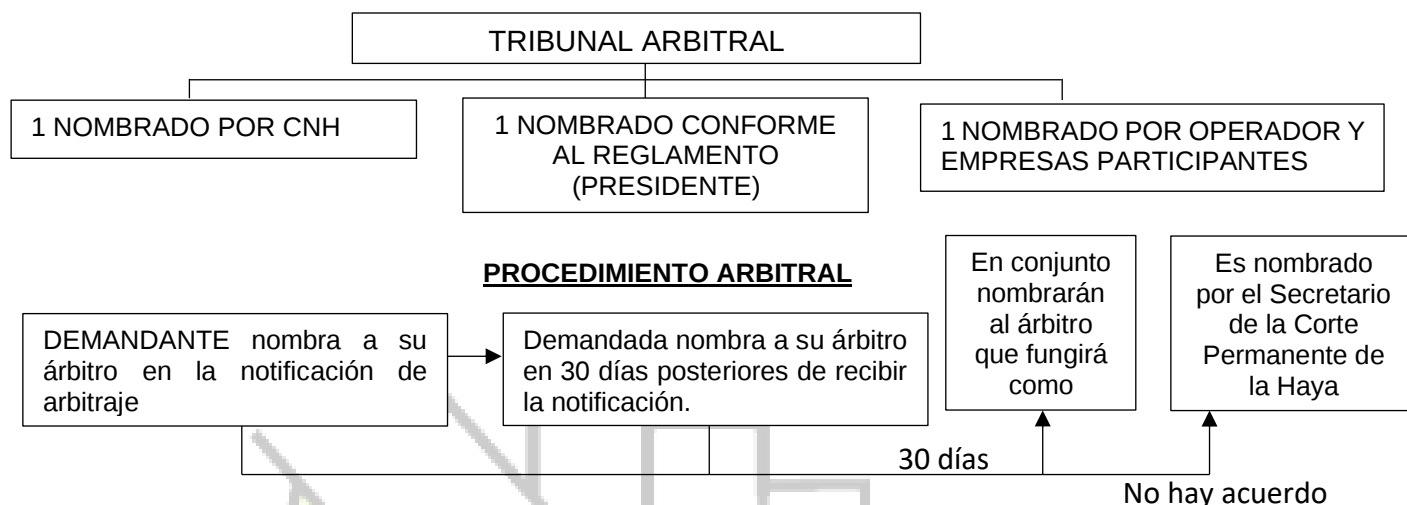


En el diagrama anterior, que muestra de manera general el procedimiento de conciliación que se establece en la cláusula 27 del Contrato en análisis, en éste podemos advertir que las partes tendrán la facultad de nombrar al conciliador encargado de dirimir y obtener un arreglo en la controversia, dicho conciliador debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Contar con una experiencia mínima de 10 años en conciliación, experiencia y pericia para facilitar la comunicación entre las Partes y, por lo menos, 5 años de experiencia en la materia objeto del conflicto.
- Deberá ser independiente, imparcial y neutro, por lo que tendrá que hacer del conocimiento a las partes de cualquier motivo que pudiera influir en el conocimiento de la controversia, además, deberá suscribir con las partes un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que le sea proporcionada.
- Dentro de los impedimentos por los que el conciliador no podrá desempeñar el cargo, atienden a que si éste mantuvo en algún momento una relación laboral con cualquiera de las partes, hubiera sido consultor o contratista de éstas o mantenga cualquier interés financiero.
- Respecto a los honorarios que se deben cubrir al conciliados, éstos correrán a cargo de las partes en igual proporción.

Como ya se había adelantado, el procedimiento de conciliación no será aplicable cuando se actualice una causal que dé lugar a la rescisión administrativa, puesto que para este caso las partes deberán acudir a dirimir su controversia ante los Tribunales Federales de México, no obstante, si derivado del pronunciamiento, dichos Tribunales determinan que una o más causales de rescisión son infundadas, estos aspectos podrán ser sometidos a un procedimiento de arbitraje con independencia de que bajo cualquier supuesto ante esta instancia se someterá lo concerniente a la determinación de existencia de daños y perjuicios.

Así, establecidos los supuestos y requisitos para someter una controversia al procedimiento de arbitraje y la regulación que regirá⁸ a éste, conviene mostrar su tramitación de manera esquemática:



Respecto a las generalidades que se deben ceñir los procedimientos arbitrales, encontramos:

- Se debe conducir en idioma español
- Su sede será la Ciudad de la Haya en el Reino de los Países Bajos
- Será administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya
- Cada parte asume sus propios gastos derivados de la sustanciación del procedimiento

Una vez concluido el procedimiento arbitral y emitido el Laudo correspondiente, deberá llevarse a cabo en cumplimiento a lo dispuesto en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y será obligatoria y firme para las partes.

Por otra parte, la misma Cláusula 27 dispone que en los Procedimientos Arbitrales en los que concurren las mismas partes e involucren hechos o aspectos comunes, se podrá llevar a cabo una consolidación para que éstos puedan solventarse como uno solo. Para tal caso, la solicitud de consolidación deberá ser sometida al panel arbitral que haya sido primeramente constituido.

⁸ El procedimiento de Arbitraje se regirá conforme a lo dispuesto por el Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Otro de los aspectos que es importante resaltar es que durante la tramitación del procedimiento de arbitraje, el Contratista no podrá suspender las actividades petroleras mientras se resuelve cualquier controversia derivada del contrato, con excepción de la rescisión que efectúe la CNH o por acuerdo de las Partes. Esta disposición cobra sentido si consideramos que la actividad petrolera es fundamental para el desarrollo del país y de impacto directo en los diversos sectores comerciales e industriales, por lo que la suspensión de actividades durante la resolución de una controversia podría traer mayores riesgos y consecuencias al Estado mexicano.

Finalmente, la cláusula en análisis, dispone que las Empresas o sus filiales que participen en las actividades contratadas con la firma del contrato renuncian expresamente a realizar cualquier reclamo en la vía diplomática; sin embargo, sí se reconocen los derechos contenidos en los Tratados Internacionales en los que México sea parte.

VIII. Los Medios Alternativos de Solución de Controversias en materia de electricidad.

El 11 de agosto de 2014, el Presidente Enrique Peña Nieto expidió la Nueva Ley de la Industria Eléctrica. En dicho ordenamiento, se modifican las modalidades de intervención administrativa del Estado en la industria, permitiéndole a éste otorgar permisos, autorizaciones y registros para que tanto los particulares, como empresas públicas o Empresas Productivas del Estado (CFE en materia de electricidad).

Las actividades de la industria eléctrica son de jurisdicción federal, por lo que, tanto las autoridades administrativas y jurisdiccionales proveerán lo necesario para que no se interrumpan dichas actividades. Asimismo, uno de los factores más representativos de este nuevo ordenamiento es que el Suministro Eléctrico es un servicio de interés público y se constituye como una actividad prioritaria para el Estado. La generación y comercialización de energía eléctrica son servicios que se prestan en un régimen de libre competencia, es decir, los particulares podrán participar junto con la CFE.

Como ya se adelantaba, la reforma constitucional en materia energética determinó que, a partir de su entrada en vigor, la CFE sería una Empresa Productiva

del Estado de propiedad del Gobierno Federal y que tendría personalidad y patrimonios propios. Bajo esta tesitura, debe decirse que en este nuevo esquema en la industria eléctrica se dejó abierta la puerta para establecer en los contratos correspondientes el establecimiento de cláusulas en las que se refieran los medios alternativos de solución de controversias, que si bien no se regulan directamente en la LIE ni en su Reglamento no representan una prohibición o impedimento para su ejecución, como lo veremos a continuación.

Si se toma en consideración lo dispuesto en el último párrafo del artículo 83 y segundo párrafo del artículo 118 de la Ley de la CFE⁹, podemos notar que, por excepción a los procedimientos judiciales federales, si existiera una cláusula que disponga el sometimiento a un MASC, éste se deberá acatar por parte de la EPE.

Otro punto interesante que prevé el mismo dispositivo legal¹⁰ es que cuando se trata de actos jurídicos o contratos que surtan o ejecuten fuera del territorio nacional, la CFE y sus subsidiarias podrán convenir someterse a la aplicación del derecho y tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga.

Aunado a lo anterior, recordemos que, al igual que en materia de hidrocarburos, no podemos olvidar que los particulares cuentan con el derecho humano previsto en el texto constitucional mediante su artículo 17, que otorga el derecho a toda persona ya sea física o jurídica a que se le administre justicia por tribunales emitiendo sus resoluciones prontas, completas y expeditas así como la posibilidad de dirimir las controversias mediante los MASC, por tanto, el establecimiento de las cláusulas que se fijan en los contratos de la industria eléctrica respecto a estos métodos alternos no sólo devienen de la reforma energética sino de un derecho constitucional mismo.

⁹ La parte que interesa del artículo 118 de la Ley de CFE dispone: Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Federal de Electricidad y sus empresas productivas subsidiarias podrán pactar medios alternativos de solución de controversias, cláusulas o compromisos arbitrales, en términos de la legislación mercantil aplicable y los tratados internacionales de los que México sea parte.

¹⁰ Véase el último párrafo del artículo 118 de la Ley de la CFE.

Al igual que en materia de hidrocarburos, conviene que destaquemos los tipos de contrato que se encuentran previstos en la Industria Eléctrica así como el detalle de la inclusión de las cláusulas arbitrales en éstos.

Uno de los primeros puntos que debemos considerar es la separación del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) de la CFE, pues derivado de la reforma energética éste adquirió la operación del mercado eléctrico mayorista (MEM), garantizando el acceso abierto al Sistema Eléctrico Nacional. Así, con la creación del MEM a los participantes, que podrán ser particulares, se les permite realizar la compra venta de energía eléctrica a través de sus respectivos contratos.

Por lo que hace a las actividades de Transmisión y Distribución, se determina que los transportistas y los distribuidores están obligados a interconectar a sus redes las centrales eléctricas y centros de carga cuando sea técnicamente viable.

Respecto a la generación de energía eléctrica, ésta se determina como una actividad no reservada al Estado mexicano, por consiguiente, los particulares también cuentan con la posibilidad de realizar la generación y comercialización mediante sus respectivos contratos, destacando la presencia de dos tipos de usuarios, de suministro básico¹¹ y calificado¹².

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta conveniente centrarnos en el tema de los MASC en el sector eléctrico. Como ya lo habíamos referido, el artículo 17 de nuestra Carta Magna permite que la industria otorgue al particular la posibilidad de incluir en sus contratos los mecanismos alternos para solucionar sus controversias, además de estar previstos en la propia Ley de la CFE; no obstante, el 29 de abril de 2016 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el *Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los*

¹¹ Este usuario se atendrá a la regulación tarifaria y fungirá como consumidor de la CFE.

¹² Su consumo de energía eléctrica es mayor que la del usuario básico y requiere un registro ante la CRE.

*particulares*¹³ éste, en su artículo tercero transitorio establece que los Consejos de Administración de las Empresas Productivas del Estado, CFE, en este caso, tenían la obligación de emitir los lineamientos para llevar a cabo los MASC de conformidad con lo dispuesto en dicho Decreto en un plazo máximo de sesenta días naturales posteriores a su entrada en vigor.

En cumplimiento a lo anterior, con fecha 21 de junio de 2016 el Consejo de Administración de la CFE emitió los *Lineamientos Internos para llevar a Cabo Medios Alternativos de Solución de Controversias en la Comisión Federal de Electricidad y sus Empresas Productivas Subsidiarias*, en ellos se establecen los elementos y etapas para llevar a cabo los MASC en los asuntos que se ubiquen en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se haya presentado formalmente alguna controversia que se encuentre pendiente de resolución administrativa o judicial, siempre que la legislación no prohíba dar por concluido el procedimiento respectivo mediante conciliación o convenio.
- b) Asuntos que se encuentren en etapa de ejecución de sentencia.
- c) En cualquiera de los dos supuestos anteriores la parte actora podrá ser una persona física o jurídica, la CFE o la Empresa Productiva Subsidiaria (EPS) que se trate.

Por lo que hace al procedimiento para proponer llevar a cabo un MASC, el Título Segundo de dichos Lineamientos dispone que la CFE, una EPS o el particular legitimado en el juicio o procedimiento del que se trate podrán proponer llevar a cabo un medio alternativo de solución en tanto la instancia facultada no emita su resolución administrativa o sentencia firme, sin que esta propuesta suspenda o interrumpa la continuación del juicio respectivo hasta en tanto no se apruebe el convenio. Una vez presentada la propuesta, la CFE o una EPS la analizará y, en todo caso, podrá determinarla como estrategia no conveniente para concluir la controversia.

¹³ Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5435464&fecha=29/04/2016

En el caso de que sea la CFE o una EPS quien proponga al particular llevar a cabo un MASC, su petición debe contener: Datos de identificación y contacto del particular, antecedentes del juicio o precedimiento, motivo de la controversia, monto reclamado por las partes y el que se estime deba ser pagado, una propuesta de costo-beneficio para someterse al MASC, proyecto de conciliación o convenio y elementos de prueba; una vez firmada la solicitud se remitirá al Área Jurídica de la CFE o EPS a efecto de que ésta emita el Dictamen Técnico-Jurídico, quien deberá analizar si se actualiza alguna causal de improcedencia, los riesgos legales, económicos, efectos que traiga consigo y, con base en ello, determinar si resulta favorable o desfavorable.

Cabe señalar que, en el caso de que el Dictamen Técnico Jurídico resulte desfavorable, se deberá hacer del conocimiento al particular dicha determinación en un plazo máximo de diez días hábiles sin que se adjunte el Dictamen ni cualquier otro documento que se haya utilizado para su análisis.

En el caso de que el Dictamen resulte favorable, éste se deberá remitir a la Unidad de Responsabilidades y a la Auditoría Interna, para que una vez que otorguen su visto bueno se turne a la Dirección de Finanzas de la CFE para emitir su Dictamen Financiero, el cual, de igual forma, podrá emitirse en sentido positivo o negativo al particular para que dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a que le sea notificado manifieste lo que a su derecho convenga.

Una vez que es aprobado el convenio por la CFE o EPS y acordado con el particular, el Área Jurídica de la CFE remitirá el convenio que contenga las firmas autógrafas ante la instancia administrativa o judicial que se trate y con ello se dé por concluido el procedimiento o juicio.

Como se puede observar, en el rubro de electricidad adicional a la instancia arbitral a la que puede acudir el particular, en el caso de que se presente un conflicto que involucre a la CFE o EPS también cuenta con un procedimiento de validación para llevar a cabo los MASC de los juicios que se encuentren vigentes de acuerdo a las reglas que determina la propia CFE para dirimir un conflicto previo a obtener su resolución definitiva.

IX. Conclusiones.

En este trabajo pudimos presentar un panorama general de cómo se regulan, actualizan y, en todo caso, se desarrollan los medios alternos de solución de controversias tanto en el sector hidrocarburos como en la industria eléctrica.

Partimos de los conceptos generales que estimamos necesarios conocer para el desarrollo del estudio, es decir, resaltamos en qué consiste un medio alternativo de solución de controversias, para qué sirve y los distinguimos del procedimiento arbitral.

En el análisis de los MASC en el rubro de hidrocarburos pudimos dar cuenta de que si bien su regulación no se encuentra ampliamente en la Ley de Hidrocarburos y su Reglamento, puesto que se establece de manera muy somera y remite a las disposiciones del Código de Comercio y Código Civil, adicional al mandato constitucional que permite a los particulares que celebran un CEE con el Estado Mexicano para optar por el desarrollo de un mecanismo alterno para dar fin a su conflicto. Dimos a conocer los tipos de contratos que pueden ser suscritos en materia de hidrocarburos por la CNH con los particulares para el desarrollo de un proyecto y, derivado de ello, analizamos que en éstos sí se plasma de manera amplia una cláusula arbitral que fija los requisitos, procedimiento a seguir, sede y generalidades para somerte a un arbitraje, con excepción de la rescisión administrativa.

Finalmente, por lo que hace a la Industria Eléctrica, pudimos analizar las disposiciones que fueron emitidas a consecuencia de la llamada reforma energética, las reglas de operación para éste mercado, los participantes y actividades que pueden desarrollarse y los mecanismos que a éstos se les otorga desde la legislación. Además, para el caso de las controversias que puedan suscitarse entre la Empresa Productiva del Estado CFE con los particulares desarrollamos los procedimientos que se deben seguir para poder instar los MASC de conformidad con los lineamientos que se han establecido.

Así, para ambos casos (hidrocarburos y Electricidad) pudimos analizar que si bien existió una apertura por parte del Estado mexicano para que los particulares pudieran participar en las áreas que previas a la reforma energética se consideraban

reservadas para la Nación, sí se otorgó la garantía de contar con mecanismos adicionales a la justicia federal nacional para dirimir sus controversias, lo cual cobra sentido si se toma en cuenta el tipo de proyectos y montos de inversión que los particulares prevén para la realización de sus actividades.

Bibliografía.

- Aguilera Gómez, M., Alejo, F. J., Jorge , N. E., & Ramón , T. C. (2014). Consideraciones sobre la Reforma de la Industria Petrolera en México. Economía UNAM.
<http://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0512001.pdf>
- J. Marzorati, Oswaldo, Franchising, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

Legislación consultada.

- Código de Comercio
- Ley de Hidrocarburos
- Ley de la Comisión Federal de Electricidad
- Ley de la Industria Eléctrica
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo
- Reglamento de la Ley de Hidrocarburos
- Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica
- Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares.
- Lineamientos Internos para llevar a Cabo Medios Alternativos de Solución de Controversias en la Comisión Federal de Electricidad y sus Empresas Productivas Subsidiarias.
- Contrato número CNH-R02-L01-A2,TM/2017, disponible en <https://rondasmexico.gob.mx>