

RESOLUCIÓN SOBRE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN CONTRATOS PETROLEROS: ¿JUICIO DE NULIDAD? O ¿AMPARO INDIRECTO?

Por: Dr. Miguel Ángel Marmolejo Cervantes¹

HIPÓTESIS. El presente artículo tiene por objeto el análisis sobre la procedencia e idoneidad constitucional del juicio de nulidad en prevalencia sobre el juicio de amparo indirecto, respecto a la resolución que declara la rescisión administrativa de un Contrato de Exploración y Explotación; lo anterior en términos del artículo **73 fracción XXIX-H** de la Constitución Federal, en correlación con el artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos y contrario a lo establecido por el artículo 27 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en materia Energética; de hecho, en el tema de la suspensión del acto reclamado y/o de autoridad, el juicio de nulidad es menos restrictivo que el del propio del amparo indirecto, en cuanto a su concesión. Consecuentemente se propone que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejerza su *facultad de atracción* de manera oficiosa, derivado del interés y trascendencia o bien incluso a propuesta por la Procuraduría General de la República en cuanto se presente el primer amparo indirecto; en su caso, el inicio del proceso de Declaratoria General de Inconstitucionalidad por parte del máximo Tribunal Constitucional del Estado. Si por el contrario, el asunto es propuesto por el afectado, a través del juicio de nulidad; igualmente sea atraído de manera inmediata por la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en virtud de sus características especiales y así sucesivamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de fijar un criterio base al respecto.

PALABRAS CLAVE: Órganos Reguladores, materia energética, juicio de nulidad, amparo indirecto.

HYPOTHESIS. This article is based on a dichotomy between two remedies available in two different laws to challenge an identical administrative rescission ruling (*unilateral government termination*) in oil contracts, in terms of the Mexican Hydrocarbons Law. On the one hand, the annulment trial is available at the Federal Court of Fiscal and Administrative Justice, on the other hand, is also available the Indirect Amparo at the Federal Court, two ways to challenge the same ruling. The turning point here is that the annulment trial is based on a constitution provision while the Indirect Amparo is not, indeed it is just backed in dubious secondary regulations, no constitutional reference is involved; consequently the hierarchy constitutional principle shall prevail. Interesting discussion takes place concerning the legal nature of the oil contracts, whether or not are administrative or commercial relationships and the way it effects to get an automatic stay ruling against the administrative rescission pronouncement.

KEY WORDS: Regulatory Entities, energy issues, judgment of nullity, indirect jurisdiction.

¹ Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT, adscrito al cuerpo de investigadores del ITESM, Presidente del Centro de Investigación Privado Innovajure: <http://innovajure.com/sitio/>

INTRODUCCIÓN

Dentro de las varias versiones que se atribuyen al poco éxito de la Ronda 1, Licitación 1, obedece, claro, entre otras causas, al tema de la rescisión administrativa, un tema muy controvertido ya que dicha facultad discrecional contenida en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, en sus distintas modalidades, representa una facultad excesiva a cargo del Estado Mexicano, puesto que por un lado se envía el mensaje de la gran apertura del sector energético a los inversionistas extranjeros y por el otro, se incorporan restricciones de control estatal excesivo, de origen temeroso, por parte de la autoridad energética.

Derivado de una investigación más profunda y detallada en la obra intitulada <IN> **“ARBITRABILIDAD DE LA ‘RESCISIÓN ADMINISTRATIVA’ EN LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS A LA LUZ DE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL-INTERNACIONAL DE INVERSIÓN”** a través de la cual, se elaboró un análisis rígido sobre la constitucionalidad y la convencionalidad de la <in> arbitrabilidad de la rescisión administrativa en materia de hidrocarburos, contemplada en los artículos 20 y 21 de la Ley sobre Hidrocarburos a la luz de las visiones interpretativas del Poder Judicial de la Federación en México, de los árbitros internacionales y del derecho global administrativo, se desprende, que la resolución que la decreta no indica el medio de impugnación que le corresponde, contrario a otros casos que la propia ley en comento indica expresamente la procedencia del amparo indirecto; de ahí que al realizar la investigación correspondiente y consultar fuentes de referencia en materia energética, se confirma que dicha procedencia encuentra su fundamento en el artículo 27 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en materia Energética, dicha remisión me pareció *prima facie* forzada, en virtud de que la Ley de Hidrocarburos no señala expresamente dicha remisión y tampoco la ley de los Órganos Reguladores Coordinados en materia energética a su vez, de ahí que se considera la existencia de un vacío legal, es decir, una laguna legal que al ser analizada de acuerdo a la jerarquía constitucional, se hace latente la prevalencia del juicio de nulidad.

De hecho, como se analizará más adelante en otras reformas constitucionales, como la de competencia económica y de telecomunicaciones, el propio artículo 28 constitucional hace referencia expresa al amparo indirecto, como se aprecia en sus artículos transitorios; la gran pregunta es por qué no existe ningún tipo de referencia en la reforma constitucional en materia energética. En concreto, al no existir indicación expresa en el contenido del artículo 27 constitucional, ni en sus artículos transitorios; ello sorprende que la disposición del artículo 27 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en materia Energética, ha indicación sobre la procedencia del Amparo Indirecto, desconociendo el artículo **73 fracción XXIX-H** de la Constitución Federal, que otorga competencia al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en aquellas controversias que se suscitan entre un ente de la administración pública federal, es decir, la Comisión Nacional de Hidrocarburos y los particulares (para el caso que nos ocupa) “los inversionistas”.

La suspensión del acto, será clave para determinar igualmente la procedencia de uno u otro, aclarando desde estos momentos, que la suspensión en el juicio de nulidad es mucho más flexible que la del amparo, debido a las causales expresas que consideran, *a priori*, una afectación al interés social, aunque pudiese ser motivo de excepción.

Esto encuadra perfectamente con la teoría de que la rescisión administrativa no cuenta con fundamento constitucional, que la misma fue sorpresivamente incorporada en la Ley de Hidrocarburos y que por lo tanto, al no existir razón de ser, hace incompatible la mezcla de derecho público y privado, debido a que los contratos petroleros no constituyen contratos administrativos, sino mercantiles, en donde las partes rigen su actuación bajo un esquema de coordinación, pero además de que la razón primordial de la apertura del sector energético mexicano, lo fue y es, la atracción de la inversión extranjera; tal y como se analiza a detalle en obra de investigación a que se refiere en líneas anteriores.

La investigación nos podría llevar, amable lector, a una dicotomía: puesto que independientemente de que proceda el juicio de nulidad y/o amparo indirecto, se estaría aceptando, al menos implícitamente, que los contratos petroleros son verdaderos contratos administrativos, en consecuencia, la facultad de la rescisión administrativa es legítima; en realidad y a lo más, sería una excepción que se traslapa en las causas: “mismas causas, dos consecuencias jurídicas distintas, la administrativa (*juicio de nulidad y/o amparo indirecto*) y la mercantil (arbitraje)”, pero nunca la reclasificación de que el contrato petrolero pierda su naturaleza eminentemente mercantil; el fondo de todo esto, es que de origen, desde su génesis, es incompatible-irreconciliable la facultad de la rescisión administrativa al nuevo paradigma de acceso a la inversión extranjera, esta mini-potestad-expropiatoria está superada, nos guste o no; le pese a quien le pese, no queda de otra más que jugar el juego de las fuerzas del mercado, la constitución abrió el camino, no es tema de ideología, es tema de cumplimiento y respeto a la ley suprema; por ello, una institución jurídica que busque rectamente el valor de la certeza jurídica, no puede permitir que una institución cuente con una doble naturaleza, que nos lleve a caminos inseguros de dobles vías, para unos casos tome esta vía, para otros no lo haga, aunque sea el mismo camino; el ser y no ser (*el principio general del derecho de no contradicción en donde una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido*), la doble moral, en un mismo tiempo y espacio, por definición genera inseguridad jurídica por tanto, inexistencia; a menos que se esté ante la presencia de un nuevo camino que desafíe frontalmente a la lógica y a la filosofía jurídica.

No dejo de atender que el Estado Mexicano debe contar con mecanismos de control para los efectos de cumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos petroleros, opciones que existen y están a disposición, pero siempre dentro de un marco contractual, de una esfera jurídica de igualdad que permita predictibilidad; facultades excesivas inhiben a la inversión, como fue el caso de la primera licitación de la Ronda 1 y esto es un tema de seguridad energética.

A nivel internacional, el 24 de junio del año en curso, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo “UNCTAD” (*por sus siglas en inglés*) emitió su reporte de inversión mundial 2015, titulado “Reformando el gobierno de inversión internacional”;² en donde se recalca claramente la recomendación urgente de incorporar nuevas disposiciones en los tratados internacionales, en lo particular, la incorporación de cláusulas que preserven el derecho a la regulación o la promoción de un comportamiento responsable del inversionista, esto viene a colación, porque aún tenemos una grave inconsistencia-disparidad en nuestros tratados internacionales de libre comercio y de inversión, respecto del tema del orden público sobre los recursos naturales; por lo que de aplicar la cláusula de rescisión administrativa, el Estado Mexicano se estaría exponiendo gravemente a un arbitraje de inversión por violación a disposiciones internacionales vigentes. No obstante a ello, es posible incorporar medidas de regulación de control efectivo sobre los recursos naturales (hidrocarburos) que constituyen nuestra soberanía energética, pero esto debe ser en los términos del derecho internacional público, acorde a los estándares de trato mínimo (justo y equitativo) que representan costumbre internacional codificada atento a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969.

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES

Primeramente es menester transcribir, el artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos mediante el cual se regula la institución jurídica de la rescisión administrativa:

“**ARTÍCULO 20.-** El Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá rescindir administrativamente los Contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual únicamente cuando se presente alguna de las siguientes causas graves:

- I. Que, por más de ciento ochenta días naturales de forma continua, el Contratista no inicie o suspenda las actividades previstas en el plan de Exploración o de desarrollo para la Extracción en el Área Contractual, sin causa justificada ni autorización de la Comisión Nacional de Hidrocarburos;
- II. Que el Contratista no cumpla el compromiso mínimo de trabajo, sin causa justificada, conforme a los términos y condiciones del Contrato para la Exploración y Extracción;
- III. Que el Contratista ceda parcial o totalmente la operación o los derechos conferidos en el Contrato de Exploración y Extracción, sin contar con la autorización previa en términos de lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley;

² Disponible el 28 de junio de 2015 en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf página 171. En la parte conducente, se cita: “for addressing the five main reform challenges for harnessing IIAs for sustainable development: **safeguarding the right to regulate for pursuing sustainable development objectives**, reforming investment dispute settlement, promoting and facilitating investment, ensuring responsible investment, and enhancing systemic consistency of the IIA regime.”

- IV.** Que se presente un accidente grave causado por dolo o culpa del Contratista, que ocasione daño a instalaciones, fatalidad y pérdida de producción;
- V.** Que el Contratista por más de una ocasión remita de forma dolosa o injustificada, información o reportes falsos o incompletos, o los oculte, a las Secretarías de Energía, de Hacienda y Crédito Público o de Economía, a la Comisión Nacional de Hidrocarburos o a la Agencia, respecto de la producción, costos o cualquier otro aspecto relevante del Contrato;
- VI.** Que el Contratista incumpla una resolución definitiva de órganos jurisdiccionales federales, que constituya cosa juzgada, o
- VII.** Que el Contratista omita, sin causa justificada, algún pago al Estado o entrega de Hidrocarburos a éste, conforme a los plazos y términos estipulados en el Contrato para la Exploración y Extracción.

El contrato de exploración y extracción establecerá las causales de terminación y rescisión del mismo, sin menoscabo de las causales de rescisión administrativa contempladas en el presente artículo.

La declaración de rescisión administrativa requerirá notificación previa al Contratista de la causal o causales que se invoquen y se regirá por la presente Ley y su Reglamento. Una vez notificada la causal, el Contratista tendrá un máximo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha de la notificación, para exponer lo que a su derecho convenga y aportar, en su caso, las pruebas que estime pertinentes.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión Nacional de Hidrocarburos contará con un plazo de noventa días naturales para resolver considerando los argumentos y pruebas que, en su caso, hubiere hecho valer el Contratista. La determinación de dar o no por rescindido administrativamente el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al Contratista.

Si el contratista solventa la causal de rescisión en que haya incurrido antes de que la Comisión Nacional de Hidrocarburos emita la resolución respectiva, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, previa aceptación y verificación de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y aplicando, en su caso, las penas correspondientes conforme a lo dispuesto en la presente ley.

Como consecuencia de la rescisión administrativa, el Contratista transferirá al Estado sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna, el área contractual. Asimismo, se procederá a realizar el finiquito correspondiente en términos de las disposiciones jurídicas aplicables y de las previsiones contractuales.

El contrato para la exploración y extracción determinará las condiciones de tal transferencia y las obligaciones a cargo del contratista.

En cualquier caso, el contratista mantendrá la propiedad de los bienes e instalaciones que no sean conexos o accesorios exclusivos del área recuperada.

La rescisión administrativa a que se refiere este artículo no exime al contratista de la obligación de resarcir aquellos daños o perjuicios que correspondan, en términos de las disposiciones jurídicas aplicables."

Del artículo de referencia, exclusivamente se describe el proceso de rescisión administrativa, cuidando el debido proceso, así como la consecuencia de la resolución, sin embargo no se aprecia en ninguna parte, el medio de impugnación correspondiente contra dicha resolución; por lo tanto, se identifica este vacío legal, a pesar de que para otros actos, sí se establece expresamente, como por ejemplo en las resoluciones mediante las cuales se asigne al ganador o se declare desierto el proceso de licitación de contratos para la exploración y extracción, únicamente procederá el juicio de amparo indirecto, atento a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Hidrocarburos, por mencionar a algún ejemplo.

Por su parte, el artículo **73 fracción XXIX-H** de la Constitución Federal, establece la procedencia del juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en aquellas controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, a saber:

"ARTÍCULO 73.- El Congreso tiene facultad:
(...)

XXIX-H. Para expedir la ley que instituya el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, y que establezca su organización, su funcionamiento y los recursos para impugnar sus resoluciones.

El Tribunal tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares."

La Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, establece en su artículo 14, la competencia del Tribunal para conocer sobre las resoluciones administrativas, entre otras, **(a)** aquellas que se dicten en materia administrativa sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal así como **(b)** las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Se transcriben dichas disposiciones legales:

"ARTÍCULO 14.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:

VII. Las que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; XI. Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo;”

Cabe hacer mención, que la **Comisión Nacional de Hidrocarburos** forma parte de la Administración Pública Federal-Centralizada, en términos de lo dispuesto por el artículo primero de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.³

En este sentido, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, establece de igual forma en su artículo primero, que las disposiciones de dicha ley son de orden público e interés públicos, y se aplicarán a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal Centralizada⁴ sin encontrarse alguna excepción en razón de la materia energética que limitará su competencia por materia. Por otro lado, el artículo doce establece que las disposiciones serán aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa.⁵

En contraste, el artículo 27 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en materia energética establece:

³ **ARTÍCULO 1o.-** La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal.

La Oficina de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal **y los Órganos Reguladores Coordinados integran la Administración Pública Centralizada.**

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

⁴ **ARTÍCULO 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden e interés públicos, y se aplicarán a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal centralizada,** sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.

El presente ordenamiento también se aplicará a los organismos descentralizados de la administración pública federal paraestatal respecto a sus actos de autoridad, a los servicios que el estado preste de manera exclusiva, y a los contratos que los particulares sólo puedan celebrar con el mismo.

Este ordenamiento no será aplicable a las materias de carácter fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al ministerio público en ejercicio de sus funciones constitucionales. En relación con las materias de competencia económica, prácticas desleales de comercio internacional y financiera, únicamente les será aplicable el título tercero A.

Para los efectos de esta Ley sólo queda excluida la materia fiscal tratándose de las contribuciones y los accesorios que deriven directamente de aquéllas

⁵ **ARTÍCULO 12.-** Las disposiciones de este Título son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa.

“**ARTÍCULO 27.-** Las normas generales, actos u omisiones de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética **podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto** y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que impongan multas, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

Cuando se trate de resoluciones de dichos Órganos Reguladores Coordinados emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio, sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida.

En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intra-procesales.

En las decisiones fundadas y motivadas que sean aprobadas por los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, no podrá alegarse un daño o perjuicio en la esfera económica por aquéllos que realicen las actividades reguladas.”

El artículo en comento, determina que las normas generales, actos u omisiones así como las resoluciones, emanadas de un procedimiento en forma de juicio, únicamente podrán impugnarse mediante la interposición del juicio constitucional vía indirecta, ante un Juez de Distrito, especializado en materia administrativa, en su caso.

Así las cosas, en reformas constitucionales recientes pero anteriores a la energética, especialmente en las materias de competencia económica y telecomunicaciones, el medio de impugnación se incorporó de forma expresa, es decir, es en el propio texto constitucional del artículo veintiocho constitucional y en sus artículos transitorios donde se aprecia la procedencia del amparo indirecto de forma clara y precisa. Veamos:

“**ARTÍCULO 28.-** La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y se registrarán conforme a lo siguiente:

VII. Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones **podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto** y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva. Cuando se trate de resoluciones de dichos organismos emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales

especializados en los términos del artículo 94 de esta Constitución. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales (...)"

Transitorio de la reforma constitucional al artículo 28:⁶

"SÉPTIMO. En tanto se integran los órganos constitucionales conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, continuarán en sus funciones, conforme al marco jurídico vigente a la entrada en vigor del presente Decreto, los órganos desconcentrados Comisión Federal de Competencia y Comisión Federal de Telecomunicaciones. Los recursos humanos, financieros y materiales de los órganos desconcentrados referidos pasarán a los órganos constitucionales que se crean por virtud de este Decreto.

Los procedimientos iniciados con anterioridad a la integración de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones, continuarán su trámite ante estos órganos en términos de la legislación aplicable al momento de su inicio. **Las resoluciones que recaigan en estos procedimientos, sólo podrán ser impugnadas en términos de lo dispuesto por el presente Decreto mediante juicio de amparo indirecto.**

Asimismo, los juicios y recursos en trámite, continuarán hasta su conclusión conforme a la legislación vigente a la entrada en vigor del presente Decreto.

Si no se hubieren realizado las adecuaciones al marco jurídico previstas en el artículo Tercero Transitorio a la fecha de la integración de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones, éstos ejercerán sus atribuciones conforme a lo dispuesto por el presente Decreto y, en lo que no se oponga a éste, en las leyes vigentes en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones."

Por último en relación a las disposiciones legales referentes a la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado encontramos, en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en su artículo veintiocho, lo siguiente:

"ARTÍCULO 28.- La solicitud de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, presentado por el actor o su representante legal, se tramitará y resolverá, de conformidad con las reglas siguientes:

I. Se concederá siempre que:

- a)** No se afecte el interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público, y
- b)** Sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al solicitante con la ejecución del acto impugnado."

⁶ DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

La Ley de Amparo, por su parte establece:

“**ARTÍCULO 129.-** Se considerará, entre otros casos, que se siguen perjuicios al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, cuando, de concederse la suspensión:

(...)

XIII. Se impida u obstaculice al Estado la utilización, aprovechamiento o explotación de los bienes de dominio directo referidos en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

El órgano jurisdiccional de amparo excepcionalmente podrá conceder la suspensión, aun cuando se trate de los casos previstos en este artículo, si a su juicio con la negativa de la medida suspensiva pueda causarse mayor afectación al interés social.

En términos generales, ambos medios de impugnación contemplan la figura de la suspensión, pero la Ley de Amparo regula el caso de los hidrocarburos, en su fracción XIII del artículo 129 de la ley de referencia, como uno que genera perjuicio al interés social o bien contravienen disposiciones de orden público, lo cual es más restrictiva que la disposición legal sobre el tema de la suspensión contemplada en el juicio de nulidad, por ser su concepto más abstracto, lo que permite una interpretación y ponderación libre a cargo de los Magistrados, no obstante a ello, la Ley de Amparo establece que excepcionalmente podrá concederse la suspensión, si a juicio del Juzgador, con la negativa de su concesión se cause una mayor afectación al interés social.

DESARROLLO ARGUMENTATIVO

En principio encontramos dos medios de impugnación para controvertir una misma resolución, por un lado el juicio de nulidad y por el otro, el amparo indirecto.

1er argumento: De la Jerarquía Constitucional: Se desprende que la competencia del juicio de nulidad deriva directamente de la Carta Magna, ello atento a lo establecido por el artículo **73 fracción XXIX-H** de la Constitución Federal, al ser una controversia entre la Administración Pública Federal y un particular, entre la Comisión Nacional de Hidrocarburos y el inversionista titular del contrato petrolero; por otro lado, la competencia del Juez de Distrito no se desprende directamente de la Constitución, sino de una ley reglamentaria, que en el caso de la rescisión administrativa, existe una laguna legal, puesto que el artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos, solo contempla sus causas, su proceso y sus consecuencias jurídicas, sin embargo omite el medio de impugnación correspondiente; incluso la institución jurídica de la rescisión administrativa no es considerada en el texto constitucional ni en sus artículos transitorios derivados de la reforma energética y no se puede argumentar válidamente que es una facultad implícita del Estado mexicano, puesto que no se trata de un contrato administrativo, sino mercantil, que sujeta a las partes a una relación de coordinación; por lo que atento a los artículos 16 y 133 constitucionales, la disposición contenida expresamente en la Constitución

Federal prevalece, por efectos de la supremacía constitucional y del principio de legalidad, ergo el juicio de nulidad impera.

2do argumento: De la analogía de las reformas constitucionales en telecomunicaciones y competencia económica: *“Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis disposition”* donde hay la misma razón, rige la misma disposición⁷, de manera tal que si en las reformas constitucionales en las materias citadas, el medio de impugnación que obra expresamente en el propio texto del artículo 28 constitucional así como en sus respectivos artículos transitorios, constituye el amparo indirecto como el medio idóneo para impugnar las resoluciones de dichos órganos autónomos, entonces, implica, que para el tema de la rescisión administrativa, debió haberse incorporado expresamente la procedencia del amparo indirecto en el propio texto y/o artículos transitorios de la reforma constitucional en materia energética, a fin de que rigiera la misma razón y disposición utilizada en las reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y competencia económica (**=misma razón= el amparo indirecto procede si se contempla expresamente en el artículo constitucional y/o transitorios en materias de telecomunicaciones y competencia económica=misma disposición en materia energética=**); al no haberse hecho así y al existir una disposición constitucional en contrario que establece la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a través del juicio de nulidad, dicha contradicción simplemente deberá resolverse atendiendo a la jerarquía constitucional en términos del **1er argumento**.

3er argumento: De la analogía del criterio sobre recursos federales utilizados en los Contratos de Obra Pública: Si bien es cierto que el artículo 23 párrafo séptimo de la Ley de Hidrocarburos establece que los procedimientos de adjudicación de Contratos para la Exploración y Extracción se regirán por dicha ley y no serán aplicables la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, ni las disposiciones que deriven de dichas leyes, lo cierto es que resulta aplicable, de manera analógica, el criterio establecido en la jurisprudencia por contradicción que al rubro establece **“CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. COMPETE AL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA RESOLVER SOBRE SU INTERPRETACIÓN Y CUMPLIMIENTO, CUANDO LOS CELEBREN ENTIDADES FEDERATIVAS O MUNICIPIOS, CON CARGO A RECURSOS FEDERALES”**⁸ debido al involucramiento de recursos federa-

⁷ QUIJADA SOTO, Rodrigo Eleodoro, *Latín práctico para abogados*, Trillas, 2009 (reimp. 2014) México, p. 166

⁸ Época: Décima Época, Registro: 2009252, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo II, Materia(s): Administrativa, Constitucional, Tesis: 2a./J. 62/2015 (10a.), Página: 1454. **CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. COMPETE AL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA RESOLVER SOBRE SU INTERPRETACIÓN Y CUMPLIMIENTO, CUANDO LOS CELEBREN ENTIDADES FEDERATIVAS O MUNICIPIOS, CON CARGO A RECURSOS FEDERALES.**- De la interpretación sistemática de los artículos 14, fracciones VII, XV y XVI, y 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se advierte que este órgano jurisdiccional conocerá del juicio contencioso administrativo regulado en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, promovido contra resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la administración pública federal, así como de las resoluciones emitidas conforme a la Ley de Fiscalización y Rendición

les derivados del régimen fiscal (*government take*) pactado en los contratos petroleros, de manera tal que dichos recursos federales futuros, sujetos a las actividades de exploración y extracción, implican la generación de recursos federales a favor del Estado mexicano, consecuentemente y por analogía al contrato de obra pública respecto de los petroleros, para el caso de decretarse la rescisión administrativa, la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Esto de ninguna manera implica un cambio de criterio sobre la naturaleza mercantil de los contratos petroleros, simplemente, representa un estudio analógico sobre la procedencia del juicio de nulidad, por efectos del involucramiento de los recursos federales prospectivos.

4to argumento: De la remisión y/o supletoriedad indebida entre leyes: Tanto la Ley de Hidrocarburos como la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, no establecen una disposición expresa que remita y/o sea supletoria, en caso de omisiones, a una u otra ley; todo lo contrario, el artículo 97 de la Ley de Hidrocarburos,⁹ establece que en lo no previsto por esta ley, se considerarán mercantiles los actos de la industria de Hidrocarburos, rigiéndose estos por el Código de Comercio y de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal; consecuentemente no existe supletoriedad entre dichas leyes.

Si bien es cierto que la ley de los Órganos Reguladores Coordinados en materia energética tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de los Órganos Reguladores Coordinados en materia energética y establecer sus competencias, en términos de su artículo primero,¹⁰ dentro del cuerpo de la referida ley, no se regula la facultad de la rescisión administrativa, ni siquiera se contempla en el capítulo de las atribuciones o funciones, salvo lo genérico del artículo 27 citado, que en todo caso, procedería para aquellos casos contemplados en la propia ley de referencia, pero no con efectos expansivos para los casos en los cuales se omiten la procedencia del juicio de amparo indirecto establecidos en la Ley de Hidrocarburos que permita subsanar la laguna legal, como es el caso de la resolución que declara la rescisión administrativa del contrato petrolero; el entronque máximo, por excelencia, lo dispuesto por la Constitución Federal, tal y como se explica en el **1er argumento**.

de Cuentas de la Federación y para dirimir lo concerniente a las sanciones administrativas, en términos de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; **de donde se sigue que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es competente para conocer de la interpretación y el cumplimiento de contratos de obra pública con cargo a recursos federales**, con independencia de que los hayan celebrado entidades federativas o Municipios, en tanto que lo que da la competencia es el carácter federal de los recursos empleados y el marco normativo que rige la competencia material de ese Tribunal, la cual se ha delineado para conferirle la atribución de resolver integralmente sobre esas materias.

⁹ **ARTÍCULO 97.-** En lo no previsto por esta Ley, se consideran mercantiles los actos de la industria de Hidrocarburos, por lo que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal.

¹⁰ **ARTÍCULO 1.-** La presente Ley es reglamentaria del párrafo octavo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética y establecer sus competencias.

Independientemente de lo anterior, a pesar de que el artículo 27 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética establezca la procedencia del amparo indirecto, no podemos dejar a un lado las disposiciones aplicables de la Ley de Amparo en vigor, por constituir la ley especial al respecto; es decir, no puede ser modificada por diversa ley en cuanto a indicar la procedencia del amparo indirecto, pasando por alto el principio de definitividad y demás estructura técnica de la Ley de Amparo; salvo que dicha injerencia se funde en disposiciones constitucionales (en términos del **2do argumento**) por ser la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, mismos que regulan a nuestra máxima institución constitucional para la defensa de los derechos humanos; por tanto, debe existir equivalencia constitucional.

5to argumento: De la confusión de medios de impugnación & pro homine: Como ha quedado resaltado, sin duda estamos ante una dicotomía entre los medios de impugnación. Si se atiende al criterio que sostiene la tesis cuyo rubro cita: **RECURSOS. CONFUSIÓN SOBRE SU NATURALEZA**¹¹ y además se fortalece a la luz del principio *pro homine* derivado del artículo primero constitucional, se arribaría a la conclusión de que ambos recursos serían procedentes, en virtud de que los medios de impugnación deben ser considerados como medios procesales para que se logre una correcta composición judicial de los conflictos, y no como trampas procesales que estorben el estudio de la solución de fondo sobre las pretensiones de las partes. Esto cobra relevancia, ya que los inversionistas han repudiado la facultad de la rescisión administrativa *per se*, no me quisiera imaginar, si sus departamentos jurídicos ya habrán apreciado la concurrencia en ambos medios de impugnación.

6to argumento: De la sutileza en la suspensión del acto administrativo impugnado: Como se mencionaba en líneas anteriores, ambos medios de impugnación contemplan la figura de la suspensión del acto de autoridad, sin embargo la sutileza radica en cuanto a las restricciones al otorgamiento de la misma, en donde en el juicio de nulidad no califica, de antemano, el que sea contraria al interés social o del orden público, como si, por el contrario, lo establece la Ley de Amparo, a pesar de que posteriormente regula que podrán existir excepciones. El punto clave aquí es determinar si la causa que activa la rescisión administrativa, de suspenderse, sería contraria al interés social o al orden público, cosa que nos obliga de nueva cuenta a determinar la naturaleza del contrato petrolero, de ser considerado un contrato administrativo, pues no procedería porque es una facultad implícita del Estado en ejercicio de la soberanía sobre sus recursos naturales; sin embargo, como se profesa, de ser considerado

¹¹ Época: Séptima Época, Registro: 254151, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 83, Sexta Parte, Materia(s): Común, Tesis: Página: 57. **RECURSOS. CONFUSIÓN SOBRE SU NATURALEZA.** Cuando se interpone un recurso en forma no del todo clara, o con error en la cita del precepto que lo funda, y ese recurso es manifiestamente improcedente si se le da una naturaleza, y en cambio es procedente si se le da otra, es claro que debe dársele la naturaleza más adecuada para que surta efectos, ***pues los recursos deben considerarse establecidos como medios procesales para que se logre una correcta composición judicial de los conflictos, y no como trampas procesales que estorben el estudio de la solución de fondo sobre las pretensiones de las partes.***

uno eminentemente mercantil, procedería la suspensión, ya que en el ejercicio de la ponderación por efectos de la apariencia del buen derecho, el derecho de propiedad del afectado-inversionista, en primer instancia, debe preservarse-conservarse la materia del litigio, hasta en tanto, la revisión definitiva sobre la constitucionalidad-convencionalidad-legalidad del acto que se reclame, sea considerado cosa juzgada.

Hay que tener presente que el tema de orden público e interés social es controversial debido a la complejidad y amplitud del concepto, en términos generales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en diversos criterios que existe orden público e interés social cuando se priva a la colectividad de un beneficio que le otorguen las leyes o se le infiera un daño que de otra manera no resentiría, debe evaluarse si su contenido, fines y consecución son contrarios a los valores y principios que inspiran el orden público, capaz de restringir derechos fundamentales de los gobernados, o si son realmente significativos para afectar el interés social.

De tal forma que para aplicar el criterio de interés social y de orden público, se deben sopesar o contrabalancear el perjuicio que podría sufrir un interés individual frente al perjuicio que podrían sufrir las metas de interés colectivo perseguidas con el acto concreto de autoridad.¹²

Si se acepta el paradigma de que la reforma constitucional en materia energética obedece principalmente a la falta de tecnología, capital, know-how, infraestructura, mercado bursátil de commodities, prácticamente la reconstrucción (constitucional) de la industria energética del país, en donde uno de sus pilares representa la inyección de fuertes sumas de capital bursátil, como parte integrante de esta nueva maquinaria; bajo estas razones, el interés colectivo quedará sujeto al interés individual-colectivo de los inversionistas (*los capitales bursátiles comúnmente son catalogados intereses colectivos, basta con analizar los fondos globales de pensiones y cesantías*), sin estos, no hay hidrocarburos al ritmo que demandan los consumidores locales e internacionales, ni tampoco el *government take*; consecuentemente la suspensión procede.

CONCLUSIÓN & PROPUESTA

Un proceso legislativo exprés que imperó en la reforma constitucional en materia energética, así como en sus leyes secundarias y demás regulación, sin una debida reflexión jurídica, ocasiona este tipo de dicotomías graves; nada más y nada menos nos encontramos ante la presencia de dudas en cuanto al medio de impugnación idóneo para controvertir una facultad sumamente controversial, como lo es la rescisión administrativa en los contratos petroleros en términos de la Ley de Hidrocarburos.

¹² Época: Séptima Época, Registro: 254979, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 72, Sexta Parte, Materia(s): Común, Tesis: Página: 185, **SUSPENSIÓN. INTERÉS SOCIAL O INTERÉS PÚBLICO. SU DEMOSTRACIÓN.**

Posiblemente se esté pensando en no llegar a tales extremos, sin embargo hay casos a nivel internacional, como se detalla en la investigación citada en la introducción, en donde los laudos arbitrales, en materia de inversión, derivado de medidas expropiatorias, ascienden a millones de dólares; la tentación del poder discrecional contenida en la rescisión administrativa, es delicada igualmente que desequilibrada. Es importante tomar en consideración, que los argumentos expuestos en el capítulo de desarrollo argumentativo, fueron divididos principalmente para fines de claridad y de orden académico, sin embargo se encuentran íntimamente ligados y correlacionados unos para con otros, se fortalecen, se complementan y son parte integrante del desarrollo de un solo concepto universal, a fin de darle coherencia al pensamiento holístico expuesto.

Consecuentemente se propone que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejerza su *facultad de atracción* de manera oficiosa,¹³ derivado del interés y trascendencia o bien incluso a propuesta por la Procuraduría General de la República en cuanto se presente el primer amparo indirecto; en su caso, el inicio del proceso de Declaratoria General de Inconstitucionalidad por parte del máximo Tribunal Constitucional del Estado. Si por el contrario, el asunto es propuesto por el afectado, a través del juicio de nulidad; igualmente sea atraído de manera inmediata por la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa,¹⁴ en virtud de sus características especiales y así sucesivamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de fijar un criterio base al respecto.

¹³ **Ley de Amparo, ARTÍCULO 40.-** El pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán ejercer, de manera oficiosa o a solicitud del Procurador General de la República la facultad de atracción para conocer de un amparo directo que corresponda resolver a los tribunales colegiados de circuito, **cuando por su interés y trascendencia lo ameriten**, de conformidad con el siguiente procedimiento:

¹⁴ **Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo. ARTÍCULO 48.-** El Pleno o las Secciones del Tribunal podrán resolver los juicios con características especiales. **I. Revisten características especiales los juicios en los que:**

a) Por su materia, conceptos de impugnación o cuantía se consideren de interés y trascendencia. Tratándose de la cuantía, el valor del negocio deberá exceder de cinco mil veces el salario mínimo general del área geográfica correspondiente al Distrito Federal, elevado al año, vigente en el momento de la emisión de la resolución combatida.

b) Para su resolución sea necesario establecer, por primera vez, la interpretación directa de una ley, reglamento o disposición administrativa de carácter general; fijar el alcance de los elementos constitutivos de una contribución, hasta fijar jurisprudencia. En este caso el Presidente del Tribunal también podrá solicitar la atracción.