

CONCLUSIONES

Alejandro ROMERO GUDIÑO

1. Las bases constitucionales del sector energético en México, se han orientado a la regulación y garantía de dos grandes ámbitos, que son:

- El establecimiento de un régimen patrimonial de los recursos energéticos mismos, y
- El establecimiento de un régimen jurídico, para la delimitación de las industrias dedicadas a la explotación de recursos y a la prestación de servicios públicos.

2. Los principios constitucionales que podemos identificar para los regímenes de reserva patrimonial de aguas y subsuelo, y para la industria energética, establecidos en la Constitución de 1917, son los siguientes:

- Competencia Federal para legislar sobre hidrocarburos, minería, energía y nuclear, así como sobre uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.
- El subsuelo y las aguas son propiedad originaria de la Nación. Se trata de una propiedad adquirida por derecho propio del Estado nacional.
- Son bienes del dominio directo de la Nación. La Constitución no establece lo que debe entenderse por dominio directo, pero la SCJN ha establecido que “el dominio directo no es más que una consecuencia inmediata y directa del dominio eminente, o sea la efectividad, en ejercicio de la soberanía que corresponde a la Nación”.
- El derecho de propiedad de la Nación sobre los recursos, el subsuelo y las aguas es inalienable e imprescriptible. En consecuencia, hay una afectación a un régimen necesariamente de derecho público para el aprovechamiento de los recursos.
- El derecho de beneficiarse de los recursos del subsuelo y de las aguas, sólo será aquel que derive de una concesión. Es este principio general el que se bifurca en un régimen de determinados recursos energéticos, estableciendo dos especies:

- Recursos concesionables en su explotación por particulares: Los recursos hidráulicos para la generación de energía eléctrica y los combustibles minerales sólidos.
- Recursos reservados para su explotación exclusiva por organismos federales: El petróleo y demás carburos de hidrógeno, y los minerales radioactivos.
- Facultad de establecer reservas nacionales. La Ley Minera vigente prevé esta figura jurídica. La Ley de Aguas Nacionales previene la figura jurídica de la veda.
- Las leyes que regulan los recursos energéticos son leyes reglamentarias de la Constitución.
- Explotación de los recursos por mexicanos, personas físicas o sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas.

3. En amplios trazos históricos, jurídicos y políticos, podemos observar las tres grandes etapas de la regulación de la energía en su conjunto, a partir de la Constitución del 17:

- Etapa de recuperación de los recursos energéticos.
El instrumento lo fue la Constitución de 1917. Su contenido el restablecimiento del sistema jurídico colonial de propiedad, pero atingente a la Nación mexicana. Determinación de los principios constitucionales ya apuntados.
- Etapa de establecimiento de restricciones y regímenes diferenciados y limitativos de la actividad particular. En ésta se identifican los elementos siguientes:
 - Reserva total respecto a determinados recursos en su estado natural.
 - Establecimiento de monopolios de Estado en actividades de explotación de los recursos naturales, servicios públicos e industria vinculada a los productos.
 - Incorporación de recursos naturales antes no considerados al impedimento de explotación por particulares.
- Etapa de atenuación diferenciada y específica de actividades industriales. Concretamente el contenido de esta etapa es el siguiente:

- Incorporación de los combustibles minerales sólidos al régimen minero general de concesiones.
- Cobertura de vacíos de regulación en materia de generación de energía eléctrica cuando no se está en supuestos de servicio público. Concesiones de aguas nacionales para la generación de electricidad.
- Transporte, almacenamiento y distribución de gas.
- Delimitación de la industria petroquímica básica y la secundaria.
- Incorporación de procedimientos de concursos para acceder a recursos naturales y a actividades relacionadas con los energéticos.
- Atenuación de limitaciones al capital extranjero, pero dentro del principio de empresas de nacionalidad mexicana.
- Inserción de las actividades reservadas al Estado, a un contexto de rectoría del Estado en el desarrollo, la planeación y la colaboración de los sectores público, social y privado.

4. Las reformas constitucionales de 1983 introdujeron, en el artículo 28, a la industria petroquímica básica como una de las áreas estratégicas a cargo del Estado, a través de los organismos y empresas destinadas a su ejercicio. La Ley Reglamentaria en el Ramo del Petróleo no ha precisado cuáles son los petroquímicos básicos cuya elaboración es exclusiva del Estado, por lo cual resulta pertinente, con pleno apego a los preceptos constitucionales vigentes, promover una iniciativa para reformar la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, identificando en términos específicos en dicha Ley los petroquímicos básicos, a fin de dar certidumbre jurídica al propio Petróleos Mexicanos y a los inversionistas particulares interesados en la petroquímica no básica. En esencia, la propuesta de reforma consistirá en:

- Precisar, en el artículo tercero de la Ley donde se define la industria petrolera (ésta abarca la producción de ocho petroquímicos básicos más el metano cuando éste derive de hidrocarburos de petróleo), que provenga de yacimientos en el territorio nacional y sirva de materia prima para procesos industriales.
- Determinar el tratamiento que se dará a la producción de esos petroquímicos básicos, cuando éstos resulten de procesos de elaboración de otros petroquímicos.

5. El marco jurídico vigente que regula la prestación del servicio público de energía eléctrica resulta en términos generales, adecuado y completo para encauzar y satisfacer las demandas de los usuarios y las formas de obtener recursos para prestar dicho servicio y las necesidades futuras de inversión, sin perjuicio de su perfeccionamiento e inevitable evolución, atentos a las tendencias internacionales y la propia realidad de nuestro país.

Dicho marco ha permitido prestar el servicio de manera eficiente, extensiva y económica en todo el país. Asimismo ha alentado la participación de los inversionistas y la iniciativa de los particulares, nacionales y extranjeros, otorgando seguridades apropiadas en el área de generación eléctrica. En otras áreas de la industria, continúa la posibilidad de participación a través de los esquemas tradicionales de proveeduría y contratación de obra pública.

6. A la fecha, nuestro país cuenta con un marco jurídico completo en cuanto a la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos.

El carácter público de CFE no ha disminuido o relajado la seguridad en la central nuclear de Laguna Verde, antes bien, se ha puesto un énfasis muy especial en este rubro, demostrando que es una central con un alto índice de seguridad a nivel mundial, lo cual aunado a los récords obtenidos en cuanto a su comportamiento, la convierten en una de las centrales más eficientes y productivas del sistema de generación.

La reciente firma por parte de México de la Convención sobre Seguridad Nuclear deja en claro la convicción del Estado mexicano, y en particular de sector nuclear, de mantener un manejo seguro de sus instalaciones.

México, como una muestra de que nuestra legislación se encuentra dentro de los parámetros mundiales más estrictos de seguridad, prácticamente no tendrá que hacer cambios significativos en sus disposiciones legales con motivo de esta Convención.

7. En materia de seguridad industrial en instalaciones y plantas eléctricas y petroleras, se observó que la legislación vigente no responde a la problemática y dimensiones actuales, por lo que se sugiere analizarla para:

- Definir un ámbito de la seguridad industrial propio del sector.
- Ejercer actos de autoridad sobre las entidades del sector.
- Clarificar atribuciones de la Secretaría de Energía.
- Otorgar congruencia y unidad a la acción gubernamental en esta materia.
- Proponer la creación de un órgano con alta especialización de técnica y profesional para atender la regulación y supervisión.

8. El Reglamento de gas L.P., requiere de modificaciones que lo coloquen como un instrumento de observancia positiva en las siguientes materias:

- Actualización en materia de modernización, productividad y seguridad de gas L.P.
- Adecuación normativa para actos de autoridad de la Secretaría de Energía y de la PROFECO, así como el establecimiento de bases de coordinación administrativa con otras autoridades federales competentes.
- Promoción de bases de colaboración con autoridades estatales y municipales, en materia de protección civil.

9. Antes del 12 de mayo de 1995 sólo la Nación podía llevar el transporte, el almacenamiento y la distribución de gas natural.

A partir de la reforma de 1995 a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo, tanto la distribución del gas natural como el transporte y el almacenamiento que no sean indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración pueden ser llevados a cabo por los sectores social y privado.

Esta importante reforma a la Ley Reglamentaria, permite distinguir entre la regulación del gas natural dentro de la industria petrolera y regulación del gas fuera de la industria petrolera.

La regulación del gas natural dentro de la industria petrolera, comprende a la regulación de la exploración, explotación, elaboración y venta de primera mano del gas natural y del transporte y almacenamiento indispensables para interconectar su explotación y elaboración. Fuera de la industria petrolera, abarca a la regulación de la distribución de gas natural y del transporte y almacenamiento que no son indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración.

10. Los principios e instituciones del derecho administrativo aplicables al sector de la energía, pueden identificarse en los siguientes:

- El régimen de servicios públicos o administrativos, determina el régimen de concesiones, permisos o autorizaciones.
- La naturaleza del acto determina el régimen jurídico, no la personalidad del ente.

11. Con la expedición de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, resulta necesario revisar los capítulos de justicia administrativa de la legislación energética, a fin de evitar duplicidades en la existencia de recursos a favor del particular, así como para generar contenidos propios y específicos que sólo refieran supletoriamente a la norma federal en vigor, toda vez que los organismos descentralizados del sector están fuera del imperio normativo de dicha ley.

12. La estrategia de redefinición de límites y prioridades en cuanto a la intervención del Estado en la economía, fue omisa tratándose de un diseño normativo idóneo para regular el funcionamiento de las empresas públicas, cuyo objetivo final sea el de coadyuvar al logro de mayores niveles de eficiencia, productividad y rentabilidad financiera.

Esto provoca que, en materia de control y evaluación de su desempeño, no exista tampoco un punto de referencia normativa que sea base de cualquier evaluación tendiente a valorar resultados y no procesos, es decir, en materia de empresas públicas, lo que sería realmente el cumplimiento de metas y programas, y no sólo observaciones mecánicas de la normatividad vigente.

Lo anteriormente expuesto, nos lleva a sostener la necesidad de que el marco normativo que regula a las empresas públicas se reforme, o que de ser el caso, se proponga uno nuevo, idóneo y consecuente con su naturaleza y características. En este marco normativo, se abarcaría desde la organización, hasta el control y la evaluación del desempeño de estas entidades paraestatales.

13. A mayor abundamiento, las empresas públicas dedicadas a la industria energética, están sujetas a un régimen fiscal y presupuestal, particularmente PEMEX, que es necesario revisar, para que normativamente contenga las siguientes innovaciones:

- Órgano de gobierno rediseñado.
- Un “ente” regulador de dichas empresas para supervisar, la gestión y recursos, de manera convenida y con la colaboración del Poder Legislativo.
- Contratación de bienes y servicios, con base en procedimientos de aprobación de los órganos de gobierno y algunas garantías contractuales y, para el caso de algunas actividades o bienes no prioritarios, vía licitaciones.
- Régimen de responsabilidades de funcionarios o ejecutivos de la industria.

- Régimen presupuestal que permita presupuestos multianuales, aprobados por los órganos de gobierno respectivos.
- Finalmente, y en disposiciones independientes, el régimen fiscal actual podría sustituirse por un sistema de regalía-impuestos, en donde PEMEX vía su subsidiaria de exploración y producción, pagaría una regalía específica más impuestos directos normales.

14. El régimen laboral y de seguridad social en las entidades del sector de la energía contempla en sus contratos colectivos de trabajo, prestaciones sociales y económicas superiores a las contenidas en las normas de derecho social, por lo que empresas como PEMEX, ha considerado que no debe quedar incorporada al IMSS.

La consideración no encuentra claro fundamento en la ley, que no establece un régimen de excepción y menos aún en la nueva Ley del Seguro Social, cuya vigencia se iniciará a partir del 1º. de enero de 1997. Si bien es cierto que se ha incorporado al seguro de retiro, la nueva conformación de las AFORES presenta aspectos que merecen especial atención. Por lo que hace a las prestaciones de vivienda, se ha estimado por el INFONAVIT que el contrato colectivo de trabajo es superior y atiende el problema habitacional de los trabajadores. En consecuencia, el pasivo laboral derivado del incumplimiento a la Ley del Seguro Social, impacta directamente al presupuesto de estas entidades, por lo que debe tomarse una adecuada determinación al respecto, ante la entrada en vigor de las nuevas disposiciones relativas al Seguro Social.

15. Resulta necesaria la revisión y propuesta de mecanismos de instrumentación eficaces y oportunos para que la imposición del régimen de responsabilidades de los servidores públicos no traiga aparejada la generación adicional de pasivos laborales.

16. En materia de regulación comparada de la energía, podemos destacar los siguientes aspectos:

- Régimen jurídico en materia energética en países latinoamericanos.

Es importante señalar el principio de propiedad sobre los recursos naturales y energéticos que impera en estos países de tradición jurídica romanista. El Estado (Nación) es el propietario de los recursos minerales, como los hidrocarburos que yacen en el subsuelo, y en ciertos países, se permite que los particulares participen en su desarrollo y por ende tengan derechos reales, a través de instrumentos jurídicos como la concesión, li-

cencia o permisos. A pesar de este principio, la tendencia actual en Latinoamérica, sobre todo en países productores de hidrocarburos, es permitir o compartir con la iniciativa privada el desarrollo de estos recursos, manteniendo en algunos casos, como Venezuela y Brasil, empresas públicas y en otros como Argentina, privatizando de manera total sus antiguas empresas estatales (Yacimientos Petroleros Fiscales) y regulando a través de entes o agencias públicas autónomas, la participación privada en actividades o mercados energéticos particulares como la electricidad y el gas natural.

Estados Unidos. Es tal vez el único país que se rige por el principio de que “el propietario del terreno o inmueble superficial, es también el legítimo propietario de los recursos (hidrocarburos, minerales) que yacen en el subsuelo”, el cual puede transmitir su desarrollo o derechos reales a través de un contrato de arrendamiento o licencia conocido como “Oil & Gas Lease” y el pago de regalías. Cuando el petróleo y gas se encuentran en territorio del Estado, bien sea federal o estatal, éste podrá celebrar un “Oil & Gas Lease”, para permitir que un particular participe en su desarrollo mediante el pago de regalías, como es el caso de la exploración marina (*off shore Exploration*).

El sector energético estadounidense, se caracteriza por una participación esencialmente privada en todas sus actividades fundamentales, en donde el Estado, en sus niveles federal y estatal, regulan a las empresas participantes a través de la Comisión Federal Reguladora de Energía (“Federal Energy Regulatory Commission”) y las Comisiones Estatales de Producción de Energía (“States Public Utilities Commissions”), con el único objeto de evitar prácticas discriminatorias o monopólicas que distorsionan el libre juego del mercado en dichos sectores, y ciertas facultades regulatorias sobre actividades de transmisión y distribución de gas y electricidad y supervisión de tarifas.

Canadá. Contempla un régimen de propiedad mixto o dual, es decir, el Estado, en sus niveles federal y estatal (provincias), es el propietario de los minerales e hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo y a través de un contrato de licencia (“Oil & Gas Lease”) concede a los particulares derecho a desarrollarlos, mediante el pago de regalías.

Sin embargo, el particular o dueño del terreno o superficie en donde se encuentren los minerales, conserva la propiedad sobre el mismo, por lo cual tiene que ser compensado por el particular que tenga interés en explotar los yacimientos o en su caso construir o tender ductos.

La regulación de los sectores energéticos es muy similar a la estadounidense, con un ente regulador federal y provincial, destacando la provincia de Alberta como la más importante. La construcción de gasoductos requieren de licencias, y la distribución y transmisión de gas y electricidad por compañías privadas son reguladas con instrumentos como el libre acceso y aprobación tarifaria.

Países europeos. En el marco del tratado de la Comunidad Económica Europea, los países europeos constituyen un verdadero mercado energético integrado con reglas y principios uniformes que buscan eliminar barreras al comercio e inversión en los sectores energéticos. En inversión, el principio de trato nacional y no discriminatorio es el instrumento jurídico más importante, que se traduce en una libre participación de empresas del sector energético en los países europeos, sujetos sólo a ciertos requisitos que cada país en lo individual mantiene. Cada país europeo regula los sectores de electricidad y gas natural, mediante comisiones autónomas que otorgan licencias para que los inversionistas participen, desde la construcción, hasta la transmisión y comercialización de gas o bien, de energía eléctrica.

17. Por último, se revisaron las negociaciones y contratos internacionales pudiendo destacar lo siguiente:

Negociaciones internacionales: Básicamente se discutió el papel de inversionistas privados en proyectos de infraestructura y desarrollo petrolero en países extranjeros, concretamente en Latinoamérica. Se analizó el caso concreto de la empresa petrolera Mexicana MEXPETROL, que en sí es una sociedad de inversionistas privados mexicanos con apoyo de instituciones públicas como PEMEX, y que actualmente desarrolla proyectos petroleros muy interesantes como la explotación y producción de petróleo en Argentina y la construcción de gasoductos en otros países latinoamericanos, bajo diversos esquemas jurídicos y financieros que pueden servir de antecedente para la industria petrolera mexicana.

Contratos internacionales: El tema se enfocó a analizar algunos de los esquemas e instrumentos jurídicos utilizados por PEMEX y sus organismos subsidiarios, en sus operaciones de carácter internacional, en áreas prioritarias como comercialización, inversiones y participación en mercados financieros. La idea fue también analizar algunas cuestiones jurídicas relevantes que tienen que ver con la contratación internacional que realiza PEMEX, abordando aspectos importantes de dicha contratación, tales

como solución de controversias vía arbitraje internacional, sometimiento a tribunales y derecho extranjero, litigio en tribunales extranjeros, así como una referencia a los principales contratos petroleros utilizados por las compañías petroleras internacionales, como los llamados contratos de riesgo y su tratamiento en la legislación mexicana.