

LA NUEVA LEGISLACIÓN SECUNDARIA EN MATERIA ENERGÉTICA DE 2014*

MEXICO'S NEW ENERGY LEGISLATION 2014

Jaime CÁRDENAS GRACIA**

RESUMEN: El artículo describe y critica la nueva legislación energética secundaria aprobada recientemente por el Congreso de la Unión. El autor estima que se trata de la reforma estructural más importante de este gobierno y de las últimas décadas por lo que significa para el futuro del país en términos de soberanía nacional, fortaleza del Estado mexicano, ingresos fiscales, subordinación a las políticas geoestratégicas de los Estados Unidos y respecto al mantenimiento del débil Estado social nacional con el que hoy contamos.

***ABSTRACT:** This article describes and questions Mexico's new energy legislation; which was recently approved by Congress. The author posits that this piece of legislation constitutes the country's most important structural reforms in relation to the repercussions it will have on Mexico's independence and the sovereignty, its impact on the strength of the state, tax revenue, its subordination to US geostrategic policies and its threat to Mexico's already feeble welfare state.*

Palabras clave: energía, reforma, soberanía.
Keywords: Energy, Reform, Sovereignty.

* Artículo recibido el 18 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 27 de octubre de 2014.

** Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Ley de Hidrocarburos.* III. *Ley de la Industria Eléctrica.* IV. *Ley de Energía Geotérmica y reformas a la Ley de Aguas Nacionales.* V. *Ley de Petróleos Mexicanos y Ley de la Comisión Federal de Electricidad.* VI. *Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética y Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos.* VII. *La legislación fiscal y presupuestal energética.* VIII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma secundaria en materia energética comprendió las siguientes disposiciones: la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Energía Geotérmica; la Ley de Petróleos Mexicanos, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, y la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética. Igualmente, se reformaron y adicionaron los siguientes ordenamientos: la Ley de Inversión Extranjera, la Ley Minera, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Asociaciones Público Privadas, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Además, se expedieron la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo. También se reformaron y adicionaron la Ley Federal de Derechos, la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, así como la Ley General de Deuda Pública.¹

Las principales dudas que plantea la reforma energética no fueron ni han sido esclarecidas a la sociedad.² La sociedad mexicana no tiene res-

¹ La legislación secundaria se promulgó y publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, en una edición vespertina del 11 de agosto de 2014.

² En particular se tienen dudas sobre las consecuencias privatizadoras de la reforma. El *Diccionario de la lengua española* define privatizar como: “Transferir una empresa o una actividad pública al sector privado”. Castaño Guillén define privatización de la siguiente manera: “Entendemos por privatización el proceso económico, político y social de restructuración que, a través de la transformación jurídica del carácter de pública al de privada de la propiedad de una empresa, *de un sector o de una actividad económica, abre nuevos espacios*”

puestas sobre las consecuencias medioambientales y en la salud humana. Desconfía en torno a si los nuevos órganos reguladores del sector tendrán la capacidad para enfrentar el poder de las grandes empresas petroleras y eléctricas mundiales que son capaces de desestabilizar gobiernos en el mundo entero. Gran parte de la sociedad piensa que se incrementará la corrupción en el sector energético, debido no sólo al papel de los sindicatos, sino también a los contratos millonarios que celebrará el gobierno con las empresas energéticas mundiales. Se tiene temor a que la reforma constitucional energética signifique más impuestos y endeudamiento externo en contra de los intereses de los mexicanos. La sociedad tampoco tiene claridad sobre si los supuestos beneficios de la reforma se destinarán al desarrollo nacional y no al gasto corriente de los tres niveles de gobierno. Y, en general, seguimos sin saber por qué teníamos que compartir la renta petrolera,³ de un recurso que es nuestro, con otros que no forman parte de la nación mexicana.⁴

La reforma energética en el ámbito jurídico es parte de un nuevo modelo jurídico, hoy en día dominante, que podemos denominar neoliberal.⁵ Desde nuestro punto de vista, la hegemonía del modelo neoliberal en materia jurídica ha significado, entre otras cosas, lo siguiente: 1) el desmantelamiento del insuficiente Estado de bienestar con el que contábamos antes del inicio de la implantación del modelo, es decir, la reforma constitucional y legal que se promueve, tiene por propósito reducir el nivel de protección de los derechos económicos, sociales

de acumulación y ganancia privada”. Castaño Guillén, Julián, *La dirección de los resultados en las empresas privatizadas*, Universidad de Extremadura, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad, septiembre de 2006 (tesis doctoral).

³ La historia mexicana del siglo XX estuvo unida a la lucha por la nacionalización de los energéticos. Hoy la historia va en sentido contrario. Para entender el proceso histórico del siglo XX en materia de nacionalización petrolera véase Bassols Batalla, Narciso, *Las etapas de la nacionalización petrolera*, México, Porrúa, 2006.

⁴ Cuarón, Alfonso, “10 preguntas del ciudadano Alfonso Cuarón al presidente Enrique Peña Nieto”, *La Jornada*, 28 de abril de 2014, p. 9.

⁵ Jalife-Rahme, Alfredo, *Muerte de Pemex y suicidio de México*, México, Grupo Editor Orfila Valentini, 2014. Este autor señala que la finalidad fundamental de la reforma constitucional energética de 2013 es la de salvaguardar los intereses geoestratégicos de los Estados Unidos y beneficiar a las grandes empresas petroleras de carácter privado del mundo.

y culturales de los mexicanos;⁶ 2) la protección de la propiedad privada sobre la social y la pública como ocurre con la reforma constitucional energética y se contiene en el artículo octavo transitorio de la misma; 3) la existencia de una democracia electoral formal que no es de calidad ni sustancial, que no alienta a la democracia participativa y deliberativa, que define a los ganadores con el poder de los medios de comunicación y del dinero, y que impide que las cuestiones trascendentales como las reformas constitucionales o los tratados comerciales se aprueben por los mexicanos mediante referéndum; 4) copia de modelos de justicia anglosajones como la implementación del sistema penal acusatorio y con él la incorporación de los juicios orales en nuestro país; 5) populismo penal que consiste en el incremento en el número de los delitos y el aumento de las penas para pretender garantizar la seguridad que no brinda el modelo económico, político y social; 6) muchas reformas a la legislación en materia de inversión extranjera, propiedad industrial e intelectual para proteger a la inversión extranjera; por ejemplo, la Ley Minera de 1992 o la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones de 2013 que permiten el 100% de inversión extranjera en esos sectores; 7) centralización en los poderes federales, principalmente en el Ejecutivo, de muchas competencias constitucionales y legales, para que el sector externo pueda negociar con más facilidad con el Estado mexicano; 8) pérdida de soberanía legislativa y jurisdiccional en favor del Ejecutivo y de instancias supranacionales; por ejemplo, acuerdos internacionales que no son ratificados por el Senado o instancias de arbitraje internacional que resuelven las principales cuestiones económicas del país; 9) acuerdos internacionales que no pasan la prueba de la representación —como la Iniciativa Mérida o el ASPAN—

⁶ Dice Lorenzo Meyer que el resultado del proyecto neoliberal en México ha sido un desmantelamiento del Estado y el retorno a las viejas, históricas, tendencias a la desigualdad social. Sin embargo, los extremistas del simple “dejar hacer, dejar pasar” no han cumplido, ni de lejos, con la contrapartida de su credo privatizador, esa sí que se dio en Estados Unidos: el crecimiento económico. Los cálculos del crecimiento real del PIB mexicano entre 1994 —el año que entró en vigor la joya de la corona neoliberal, el TLCAN— y 2009 hechos por Gerardo Esquivel arrojan como promedio anual un incremento inferior a un punto porcentual (0.89%). Así, pues, aquí se copió a los neoconservadores estadounidenses en la concentración del ingreso en unas cuantas manos —las mencionadas en Forbes— y en el debilitamiento de la red de protección social, pero sin cumplir, al menos, con la promesa de crecimiento del empleo. Meyer, Lorenzo, *Nuestra tragedia persistente. La democracia autoritaria en México*, México, Random House Mondadori, 2013, pp. 415 y 416.

que vacían de contenido a los poderes públicos del país (al Senado en este caso); y, 10) privatización del derecho público y pérdida de las visiones de Estado y de nación en beneficio de una globalización impuesta de arriba abajo que constituye una auténtica revolución de los ricos del mundo para los ricos del mundo.⁷

En este ensayo analizaremos las nuevas disposiciones legales energéticas, con énfasis en las cuestiones que son importantes a nuestro juicio.

II. LA LEY DE HIDROCARBUROS

La nueva Ley de Hidrocarburos es, desde mi punto de vista, la más importante del paquete de la reforma energética secundaria, porque regula el régimen de contratos, licencias y permisos que facultarán a las empresas petroleras y gaseras trasnacionales, a explorar y extraer hidrocarburos en nuestro país.⁸

La Ley contiene normas secundarias que son abiertamente inconstitucionales, aun tomando en cuenta las reformas que en materia energética Peña Nieto impulsó en diciembre de 2013.⁹

Expongo en términos generales algunas de sus inconstitucionalidades:

La Ley no respeta principios vigentes de la Constitución, entre ellos, los siguientes: el que señala que el Estado mantiene la rectoría económica; él que dice que la nación conserva la propiedad originaria, directa, inalienable e imprescriptible sobre los recursos naturales (los hidrocarburos); el que establece que los hidrocarburos en el subsuelo son, en cualquier caso, propiedad de la nación; el que expresa que los particulares pueden intervenir en el área estratégica de los hidrocarburos, pero sin tener la rectoría de la industria de hidrocarburos, el control y administración de las empresas productivas del Estado; el que expresa que las modalidades a la propiedad y a la intervención de los particulares en las áreas estratégicas

⁷ Tello, Carlos e Ibarra, Jorge, *La revolución de los ricos*, México, UNAM, 2012.

⁸ Para comprender los tipos de contratos petroleros véase Johnston, Daniel, *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*, Oklahoma, Penn Well Publishing Company, 1994; *id.*, *International Exploration Economics, Risk and Contract Analysis*, Oklahoma, Penn Well, 2003.

⁹ Peña Nieto, Enrique, “Peña Nieto pledges transformational reform of Pemex”, *Financial Times*, Londres, 17 de junio de 2013. “Los cambios constitucionales (serían) necesarios para darle certeza a los inversionistas privados”.

las dicta el Estado y deben responder a los fines del desarrollo nacional; el que determina que las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos son de interés social y orden público, es decir, no están o no deben estar, sujetas al mercado; el que alude a que los hidrocarburos al salir del subsuelo son de la nación porque la participación de los particulares en la industria es para que el Estado obtenga ingresos y con ello se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación y no para que los particulares obtengan en primer lugar beneficios; y el que expone que los hidrocarburos son recursos para el desarrollo nacional y, por tanto, no pueden ser estimados como simples “commodities”.¹⁰

Los contratos de exploración y producción son contrarios a los fines que prevé el párrafo séptimo del nuevo artículo 27 constitucional: que el Estado obtenga ingresos para que se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación, en tanto que se compartirá la renta petrolera con las empresas petroleras y los ingresos para ese desarrollo se tendrán que compartir con intereses económicos extranjeros.¹¹

El artículo 14 de la Ley permite que las alianzas o asociaciones entre las empresas productivas del Estado se regulen por el derecho privado. Una empresa productiva del Estado debe guiararse por los principios de derecho público porque pertenece al Estado.

El artículo 17 de la Ley permite que las empresas extranjeras privadas participen en los yacimientos transfronterizos, con ello se vulnera el principio de dominio eminentí. Sólo a Pemex debiera corresponderle esa explotación por la parte que le corresponda al Estado mexicano.¹²

Los permisos a que se refieren los artículos 48 y siguientes de la Ley vulneran el artículo 134 constitucional, pues se emplea ese mecanismo de derecho administrativo para no licitarlos. Los permisos promoverán la corrupción por la discrecionalidad con que se otorgarán.¹³

¹⁰ Una crítica a la reforma constitucional energética, véase Cárdenas Gracia, Jaime Fernando, *Critica a la reforma constitucional en materia energética de 2013*, México, UNAM, 2014.

¹¹ Jiménez Espriú, Javier, *Análisis a la reforma energética 2013*, México, Innova, 2013.

¹² Becerra Ramírez, Manuel, “Aspectos legales de los yacimientos transfronterizos de petróleo y gas”, en Almazán González, José Antonio (coord.), *Exclusividad de la nación en materia de petróleo*, México, Grupo Parlamentario del PRD-Cámara de Diputados, LX Legislatura, 2008, pp. 39-52.

¹³ De acuerdo a la doctrina administrativa mexicana, se dice que un permiso es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. Hernández

Las servidumbres que prevén los artículos 100 y siguientes de la Ley de Hidrocarburos constituyen la vía legal para afectar la propiedad privada, social y de las comunidades indígenas con una finalidad no pública sino esencialmente de beneficio privado —el de las empresas transnacionales—.

Los términos fiscales, en los contratos de exploración y extracción, a que aluden diversas disposiciones de la iniciativa, constituyen una violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución, porque en materia fiscal existe un principio de reserva de ley: cualquier contribución debe estar prevista en la Ley. Además, las contribuciones deben ser generales, proporcionales y equitativas. Una negociación entre las partes rompe con los principios de la imposición contemplados en la Constitución.

Los artículos 119 a 122 de la Ley no establecen el carácter vinculante del resultado de las consultas a los pueblos originarios y el procedimiento de consulta se aparta del Convenio 169 de la OIT y de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —por ejemplo, no realizará la consulta o el procedimiento de consentimiento previo, libre e informado una autoridad independiente—. El dictamen no prevé que los pueblos originarios perciban porcentajes de los beneficios económicos que obtenga Pemex o las empresas privadas cuando los recursos del subsuelo comprendidos en sus territorios sean explotados.¹⁴

La Ley en materia de transparencia es *sui generis*. En el artículo 32 se alude a la información geológica, la que debe ser considerada de seguridad nacional y por tanto reservada en los términos del artículo 60., apartado A, base I, de la Constitución. Sin embargo, esa información se pone a disposición de los asignatarios y contratistas para que hagan aprovechamiento comercial de ella.

Espíndola, Olga, “Permiso administrativo”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-UNAM, 2008, t. V, pp. 532-535.

¹⁴ En la resolución de 27 de junio de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, la Corte señaló el alcance del derecho de consulta: debe tener carácter previo, debe ser de buena fe, su finalidad debe ser la de llegar a un acuerdo, debe ser adecuada y accesible, debe tomar en cuenta el impacto ambiental y la cultura indígena en cuestión y debe ser una consulta informada que respete el resto de los derechos fundamentales. El caso Saramaka *vs.* Suriname, resuelto el 28 de noviembre de 2007, reconoce también el derecho a la consulta y los principios del consentimiento libre, previo e informado.

Las normas que se refieren al contenido nacional, supuestamente para favorecer la proveeduría nacional, son opuestas al artículo 1106 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que restringe las posibilidades de establecer ese tipo de obligaciones a los inversionistas extranjeros. Son por tanto puramente retóricas.¹⁵

En síntesis, la Ley de Hidrocarburos es un ordenamiento que vulnera la reforma constitucional energética recientemente aprobada. Constituye un acto de traición a la patria y de pérdida de soberanía nacional.¹⁶ No acarreará beneficios de ningún tipo a nuestro país y sólo producirá ventajas para las empresas transnacionales. Con esta reforma estamos contribuyendo a garantizar la seguridad energética de los Estados Unidos y no la de México.¹⁷

Abundo sobre las siguientes críticas específicas a la Ley de Hidrocarburos:

¹⁵ Witker, Jorge y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, 3a. ed., México, UNAM, 2008; *id.* (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, 2005; López Velarde Estrada, Rogelio, “Energía y petroquímica básica”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. I, pp. 203-259; Jiménez Vázquez, Raúl, “Consideraciones en torno al capítulo de compras gubernamentales del TLCAN y su eventual impacto en el derecho mexicano”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. I, pp. 261-281.

¹⁶ Vargas Suárez, Rocío, “El contexto geopolítico y la iniciativa de reforma energética del PRIAN”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias*, México, UNAM, 2014, inédito; Saxe Fernández, John, “Flexibilización constitucional y el reingreso a México de las petroleras nacionalizadas por Lázaro Cárdenas”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias*, México, UNAM, 2014, inédito.

¹⁷ Pascual, Carlos, *Written Testimony of Special Envoy and Coordinator for International Energy Affairs Carlos Pascual U.S. Department of State, Before the House Committee on Foreign Affairs, Subcommittee on the Western Hemisphere United States House of Representatives*, Energy and the Western Hemisphere, 11 de abril de 2013; Kerry, John, “Oil, Mexico, and The Transboundary Agreement”, *A Minority Staff Report. Prepared for the use of The Committee on Foreign Relations*, Washington, D.C., United States Senate-One Hundred Twelfth Congress, Second Session-Printed for the use of The Committee on Foreign Relations, 21 de diciembre de 2012.

1. *Implicaciones del concepto de propiedad originaria de la nación previsto en el artículo 27 de la Constitución en las disposiciones generales de la Ley de Hidrocarburos (artículos 1o.-5o. de la Ley)*

El primer párrafo del artículo 25, señala que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional.

El párrafo primero del artículo 27 de la Constitución dice que: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación”.

El párrafo tercero del mismo precepto señala: “La nación tendrá el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público... regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública...”.

El párrafo cuarto del artículo 27 dice que “le corresponde a la nación el dominio directo de los recursos naturales... incluyendo los hidrocarburos”.

El párrafo séptimo del artículo 27 establece que el dominio de la nación sobre sus recursos es inalienable e imprescriptible.

El párrafo séptimo del artículo 27 —reforma de 20 de diciembre de 2013— indica que en cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación, aunque permite diversas formas de contratación y de participación del sector social y privado.

El párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución sigue conservando el concepto de área estratégica en materia de hidrocarburos. Sin embargo, la actual redacción emplea un lenguaje simulador porque antes de la reforma constitucional de 20 de diciembre de 2013 el concepto de área estratégica implicaba que los recursos materia de ese ámbito sólo podían ser explotados por el Estado, y como se deprende del artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional energética, ahora se permitirán distintos tipos de contratos y licencias, es decir, la actividad energética no es más exclusiva del Estado.

El octavo transitorio de la reforma de 20 de diciembre de 2013 dice que: 1) las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie

y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas; y, 2) la ley preverá las contraprestaciones y las indemnizaciones por las ocupaciones.

La propiedad originaria, directa, inalienable e imprescriptible de la nación sobre las riquezas del subsuelo es parte de lo que en la doctrina jurídica se denomina dominio eminentí, que en palabras de Miguel Marenhoff, significa el poder supremo —la soberanía— sobre el territorio y sus recursos, sean éstos de carácter público o privado.

De lo anterior se sigue que pese a la reforma constitucional de 20 diciembre de 2013:

- a) el Estado mantiene la rectoría económica;
- b) la nación conserva la propiedad originaria, directa, inalienable e imprescriptible sobre los recursos naturales (los hidrocarburos);
- c) los hidrocarburos en el subsuelo son, en cualquier caso, propiedad de la nación;
- d) los particulares pueden intervenir en el área estratégica de los hidrocarburos pero sin tener la rectoría de la industria de hidrocarburos, el control y la administración de las empresas productivas del Estado —artículo 25, párrafo cuarto—;
- e) las modalidades a la propiedad y a la intervención de los particulares en las áreas estratégicas las dicta el Estado y deben responder a los fines del desarrollo nacional —artículo 26 constitucional—;
- f) las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos son de interés social y orden público, es decir, no están o no deben estar sujetas al mercado;
- g) los hidrocarburos al salir del subsuelo son de la nación porque la participación de los particulares en la industria es para que el Estado obtenga ingresos y con ello se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación. No para que los particulares obtengan en primer lugar beneficios —párrafo séptimo del artículo 27—;
- h) es decir, los hidrocarburos no son “commodities” sino recursos para el desarrollo nacional.

Distintos preceptos de la Ley de Hidrocarburos violentan los anteriores principios de la Constitución y de la reforma del 20 de diciembre de 2013. Entre ellos los siguientes:

2. *Las asignaciones (artículos 6o. a 10 de la Ley de Hidrocarburos)*

Los artículos 6o. a 10 de la Ley las regulan. El Estado no tiene por qué asignarse algo que le correspondería explotar en exclusiva por tratarse de recursos de la nación.

La asignación se previó desde la reforma energética de 2008, en la anterior Ley Reglamentaria del Artículo 27 en el Ramo del Petróleo. Sus propósitos eran, como ahora, privatizar el sector y establecer una figura jurídica importada de la legislación minera para diferenciar jurídicamente el papel de Pemex y de las empresas productivas del Estado del rol de los particulares que concurren al sector, supuestamente para darle un tratamiento más favorable a Pemex y a las empresas productivas del Estado respecto a los privados. En el fondo es una operación de simulación jurídica privatizadora que se acredita con la existencia de la migración de asignaciones a contratos.

Las asignaciones debieran ser, en todo caso, la regla general y, a su vez, los contratos para exploración y extracción, la excepción —otorgarse de manera excepcional—. Sin embargo, el modelo de la Ley no está construido así, pues aun en áreas asignadas habrá contratos de servicios —artículo 9o. del dictamen— y las asignaciones pueden migrar a contratos —artículo 12— del dictamen. En las migraciones se permitirán alianzas con trasnacionales —artículo 13— de la Ley.

Es decir, el esquema de asignaciones está diseñado para que todo pueda ser materia de contratos. La excepción se transforma en la regla general con todas las consecuencias que ello implica en términos de pérdida de soberanía, de renta petrolera, de ingresos fiscales, etcétera.

3. *Contratos de exploración y extracción (artículos 11-31 de la Ley de Hidrocarburos)*

Los contratos de exploración y producción son contrarios a los fines que prevé el párrafo séptimo del nuevo artículo 27 constitucional: que el Estado obtenga ingresos para que se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación, en tanto que se compartirá la renta petrolera con las empresas petroleras y los ingresos para ese desarrollo se tendrán que compartir con intereses económicos extranjeros.

El artículo 14 de la Ley permite que las alianzas o asociaciones entre las empresas productivas del Estado se regulen por el derecho privado. Una empresa productiva del Estado debe guiarse por los principios constitucionales —interés social, desarrollo nacional, rectoría económica, orden público, desarrollo sustentable, etcétera— y no por objetivos que busquen maximizar la rentabilidad, es decir, los objetivos preponderantes tienen que ser de derecho público.

El artículo 15 de la Ley permite a las empresas privadas colocar en la bolsa de valores sus acciones, lo que significa la pérdida de control de la Comisión Nacional de Hidrocarburos sobre la gestión y operación de las mismas.

Los vehículos financieros especializados del Estado mexicano, que prevé el artículo 16 de la Ley, limitan y diluyen el control y la administración que deben tener las empresas productivas del Estado en los contratos para la exploración y la extracción de hidrocarburos en contra de lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 25 de la Constitución.

El artículo 17 de la Ley permite que las empresas extranjeras privadas participen en los yacimientos transfronterizos, con ello se vulnera el principio de dominio eminentí. Sólo a las empresas productivas del Estado debiera corresponderles esa explotación. El segundo párrafo del artículo 17 indica que la empresa productiva del Estado tendrá una participación obligatoria del 20% de inversión en el proyecto.

Las causas de rescisión administrativa de los contratos de exploración y extracción contemplados en el artículo 20 violan por omisión muchos fines del proyecto nacional. Ejemplo, no son causa de rescisión: a) que no se haya consultado u obtenido el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos originarios —artículo 2o. de la Constitución y Convenio 169 de la OIT—; o, b) no es causa de rescisión de los contratos la afectación al medio ambiente o a la salud.

El artículo 21 de la Ley establece que los diferendos jurídicos se pueden resolver a través del arbitraje internacional. Pérdida de competencia para los tribunales nacionales. Violación a los artículos 94, 103, 104, 105, 106 y 107 de la Constitución. Se trata de una renuncia a la cláusula Calvo prevista en el artículo 27, fracción I, de la Constitución.

El artículo 22 de la Ley establece que el derecho privado es aplicable supletoriamente, lo que restringe los fines de derecho público que están previstos en la Constitución.

El artículo 27 de la Ley permite la adjudicación directa de gas natural a los concesionarios mineros, violándose el carácter público y social que debe tener la industria de los hidrocarburos y el artículo 134 constitucional. Además se infringe el artículo 1o. de la Constitución porque se vulnera el principio de igualdad y no discriminación respecto a otros operadores. El gas grisú o metano extraído en los Estados Unidos en las minas de carbón equivale al que se extrae en México. Igualmente existe violación a la integridad territorial consagrada en el artículo 89, fracción VI, de la Constitución. Existe una contradicción entre este precepto de la Ley y el párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución.

El diseño de la Ley en materia de contratos pone en duda la realización del dominio eminentí y sus principios: la propiedad originaria, directa, inalienable e imprescriptible sobre los hidrocarburos con plena rectoría económica del Estado.

4. *Fiscalidad de los contratos*

Los términos fiscales, en los contratos de exploración y extracción, a que aluden diversas disposiciones de la Ley, entre ellas, el párrafo segundo del artículo 12, así como el artículo 30 de la Ley, constituyen una violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución.

La referencia a los términos fiscales en el sentido de esta nueva ley es una noción ajena al derecho público nacional porque los ingresos fiscales se determinarán, en buena parte, a partir de una negociación entre las partes, sin la participación del Congreso de la Unión, como si se tratara de un acuerdo de derecho privado y no de un acto de derecho público.¹⁸ El Estado queda, aunque sea en parte, despojado de sus atributos de imperio y de sus competencias en materia tributaria. Además, es de señalarse que los ingresos fiscales más importantes serán los negociados entre el Estado y los particulares en los respectivos contratos.

Las razones son las siguientes:

a) Existe en materia fiscal un principio de reserva de ley. Cualquier contribución debe estar prevista en la ley (“No taxation without represen-

¹⁸ El artículo 2o. de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos establece que los ingresos que perciba el Estado en la materia se obtendrán por contrato, por asignación y los impuestos sobre la renta que causen los contratistas y asignatarios.

tation”). No pueden convenirse contribuciones ni términos fiscales entre las partes a través de un contrato o de cualquier otro acto jurídico.

b) Las contribuciones deben ser generales, proporcionales y equitativas. Una negociación entre las partes rompe de entrada los principios de la imposición. En un acuerdo, esos principios no pueden ser observados porque depende su cumplimiento de la voluntad de las partes y de lo que éstas hayan determinado, no de principios y reglas generales contemplados en la Ley.

c) Además, en la Ley de Pemex y CFE se regulan los dividendos estatales que serán determinados por la Secretaría de Hacienda, lo que igualmente viola el principio de reserva de ley. Cualquier contribución debe estar prevista en la ley (“No taxation without representation”). Por otra parte, los dividendos estatales de las leyes de Pemex y CFE no derivan de ningún transitorio de la reforma constitucional del 20 de diciembre de 2013.

5. Información obtenida de actividades de exploración y extracción (artículos 32-35 de la Ley de Hidrocarburos)

La Ley en esta materia es bastante *sui generis*. En el artículo 32 de la Ley se alude a la información geológica, la que debe ser considerada de seguridad nacional y por tanto reservada en los términos del artículo 60., apartado A, base I. Sin embargo, se pone a disposición, en el artículo 33 de la Ley, a los asignatarios y contratistas para que hagan aprovechamiento comercial de ella.

Por otra parte, el artículo 33 de la Ley sostiene que la Comisión Nacional de Hidrocarburos garantizará la confidencialidad de la información conforme a la regulación que emita. Esta disposición vulnera el principio de reserva de ley, previsto en el artículo 60. de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues sólo por ley, una información de entidades públicas puede ser considerada reservada y/o confidencial.

6. Autorizaciones (artículos 36-40 de la Ley de Hidrocarburos)

Se encuentran reguladas en los artículos 36 a 40 de la Ley y constituyen una excepción a la excepción. Es decir, hay actividades como la perfora-

ración de pozos exploratorios, la perforación de pozos en aguas profundas y ultraprofundas, así como en pozos tipo que se utilicen como modelos de diseño, en donde no será necesario obtener un contrato ni una licencia ni un permiso. En esos supuestos, la Comisión Nacional de Hidrocarburos otorga una autorización. Esta figura no tiene fundamento en el artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional en materia energética de diciembre de 2013 y constituye una violación al artículo 134 de la Constitución que obliga a las licitaciones públicas.

En los términos del transitorio décimo segundo de la reforma constitucional en materia energética de 2013, las autorizaciones que emita la Comisión Nacional de Hidrocarburos suponen un cobro, que establece que tanto la CNH como la CRE

podrán disponer de los ingresos derivados de las *contribuciones y aprovechamientos* que la ley establezca por sus servicios en la emisión y administración de los permisos, autorizaciones, asignaciones y contratos, así como por los servicios relacionados con el Centro Nacional de Información de Hidrocarburos, que correspondan conforme a sus atribuciones, para financiar un presupuesto total que les permita cumplir con sus atribuciones.

Por lo tanto, el paquete de reformas debería incluir en la Ley Federal de Derechos la lista de los montos y modalidades a cobrar por la Comisión Nacional de Hidrocarburos como derechos y aprovechamientos, y que no se quede como una facultad administrativa de la SHCP, pues *es una facultad legislativa*, en los términos de los artículos 31, fracción IV, y 73, fracción VII, de la Constitución.

7. Regulación y obligaciones dentro de las actividades estratégicas Especial referencia al contenido nacional (artículos 41-47)

Para los reguladores no existen obligaciones fuertes en defensa de la soberanía y el patrimonio nacional (salvaguarda de los derechos de los pueblos originarios, del derecho al medio ambiente o a la salud, por ejemplo la rescisión del contrato). Por el contrario, se favorece a los contratistas. El penúltimo párrafo del artículo 44 de la Ley establece la afirmativa ficta en favor de los contratistas ante la omisión de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

En materia de contenido nacional, el artículo 46 del dictamen es retórico. Las normas que se refieren al contenido nacional como el artículo 46 de la Ley —35% de contenido nacional— y 126 y 127, son opuestas al artículo 1106 del Tratado de Libre Comercio.

Un precepto legal no puede estar por encima de una norma convencional y en caso de estarlo prevalece la norma de mayor jerarquía, tal como la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha reconocido, entre otras, en la tesis de jurisprudencia LXXVII/1999 de 29 de octubre de ese año.

En este sentido, las referencias al contenido nacional en la Ley son meramente retóricas, cuando no simuladoras.¹⁹

El porcentaje de contenido nacional es incongruente con los tratados internacionales así como con principios con los que México se ha comprometido en materia de comercio e inversiones. Según estas reglas, los Estados (en este caso el mexicano), no tienen derecho de imponer ningún criterio de desempeño a los inversionistas de las otras partes del tratado, como exigir una determinada proporción de contenido nacional, el asegurar una balanza positiva de divisas, transferir tecnología, destinar la producción a un mercado en particular, entre otras.

Es indispensable conocer que en el contexto de la suscripción de México al GATT, el artículo III obliga a dar trato nacional a los inversionistas tanto en tributación como en reglamentación interna. Por ello, de ahí que el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”), se convierta en uno de los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, por los que México asume una serie de prohibiciones y restricciones a su soberanía, entre las que se encuentra el hecho de que no puede limitar a los inversionistas extranjeros a una determinada obligación de contenido nacional en sus productos (obligación de trato nacional, párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994).

En el caso específico del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN), específicamente en el artículo 1106 se limita a los gobiernos a obligar a los inversionistas de las otras partes del Tratado, entre otras a:

¹⁹ Gómez-Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006, pp. 111 y 112.

- exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
- alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
- relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;
- transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado.

8. Booking (*artículo 45 de la Ley de Hidrocarburos*)

El artículo 5o. transitorio de la reforma constitucional en materia energética de diciembre de 2013 determina que las empresas petroleras pueden reportar para efectos contables y financieros el contrato correspondiente y sus beneficios esperados, siempre y cuando se afirme en los contratos que *los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo son propiedad de la nación*.

El artículo 45 de la Ley repite la norma transitoria constitucional pero indica que los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad del Estado mexicano, lo que constituye de suyo una imprecisión constitucional con evidentes consecuencias jurídicas. Lo anterior significa que el artículo transitorio de la reforma constitucional y el correspondiente de la Ley, reducen y restringen la propiedad de la nación a los hidrocarburos en el subsuelo, a diferencia de lo que establece el párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución, que indica que los hidrocarburos son inalienables e imprescriptibles —reforma de 20 de diciembre de 2013—, el que indica que en cualquier caso, pero no únicamente, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación.²⁰

²⁰ Marienhoff, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, p. 37.

Con apoyo en una interpretación sistemática de los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución, también son propiedad de la nación los hidrocarburos que estén fuera del subsuelo porque la renta petrolera es de la nación y no puede ser compartida con particulares, en tanto que ésta debe emplearse para los fines expresos del párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución: la participación de los particulares en la industria de los hidrocarburos es para que el Estado obtenga ingresos y para que con ellos se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación y no para que los particulares obtengan en primer lugar beneficios.

El reportar para efectos contables y financieros el contrato correspondiente y sus beneficios esperados, aunque se afirme en los contratos que *los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo son propiedad del Estado mexicano*, implica la obtención de un beneficio para los particulares —la obtención de créditos en la banca internacional— contrario a los principios que orientan la participación de éstos en la industria que, como ya se dijo, son fundamentalmente para que el Estado obtenga ingresos y para que con ellos se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación. En este sentido, es antinómico el párrafo séptimo del artículo 27 constitucional con el artículo quinto transitorio de la reforma a la carta magna, y esa colisión normativa debe ser ponderada a favor de los derechos de los gobernados (párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución).

Existe una contradicción entre los artículos 8o. y 11 de la Ley de Pemex con el artículo 45 de la Ley de Hidrocarburos. En esta última parece exigirse el contrato para que sea posible realizar los asientos contables y financieros y, en cambio, en la Ley de Pemex, exclusivamente se efectúa el reporte económico, sin que tenga que acompañarse necesariamente el contrato. En los hechos, el contratista obtendrá créditos de la banca internacional garantizándolos con los recursos que son de la nación.

9. Permisos (artículos 48-59)

La figura de permisos, prevista de los artículos 48 al 59 de la Ley de Hidrocarburos, violenta el párrafo tercero del artículo 134 de la Constitución que ordena que: las adquisiciones, los arrendamientos, las enajenaciones, la prestación de servicios y la contratación de obras, deben realizarse mediante licitaciones públicas. La Ley no prevé licitación pública alguna respecto a permisos otorgados a particulares. En esta parte, la Ley

de Hidrocarburos recoge disposiciones previas, que podemos considerar anticonstitucionales, como la que estuvo prevista en el artículo 4o., párrafo segundo, de la ya no vigente Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo.

Según la Ley de Hidrocarburos —artículos 4o., fracción XXIV, y 51 de la Ley de Hidrocarburos—, los permisos se pueden otorgar no sólo a los particulares sino a también a Pemex, empresas productivas del Estado o cualquier autoridad paraestatal, lo que demuestra que Pemex, las empresas productivas del Estado y las autoridades paraestatales concurren a los permisos como si fuesen particulares, es decir, dejarían de ser autoridades. Este ejemplo muestra, como en la legislación previa a la reforma, pero con mayores acentos, el carácter privatizador de la reforma energética secundaria, al darles tratamiento similar a las instituciones públicas y a las privadas. La reforma diluye el carácter público de las autoridades.

Se debe señalar que aunque las licitaciones públicas habitualmente se aplican a las adquisiciones, el texto del artículo 134, párrafo tercero, de la Constitución indica que: “Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas...”. Es decir, las licitaciones públicas no sólo están previstas por la Constitución para las adquisiciones de bienes o contratación de obra, sino también para la prestación de servicios, lo que entraña que cualquier actividad que prevalentemente corresponda realizar a las instituciones públicas debe ser licitada para transparentar y combatir la corrupción en las relaciones entre las instituciones públicas y los particulares. Entender de manera restrictiva la posibilidad de realizar las licitaciones implica promover la corrupción y negar la transparencia.

Los permisos, aunque existían en la legislación previa, entrañan la entrega de las otras actividades exclusivas del Estado a manos privadas, principalmente extranjeras. Los permisos que contendrá la legislación secundaria energética equivalen en los hechos a concesiones porque confieren derechos exclusivos de explotación a empresas privadas nacionales y extranjeras sobre una buena parte de la industria energética.²¹

Dichos permisos se otorgarán por el Ejecutivo —Secretaría de Energía y Comisión Reguladora de Energía— con fuertes dosis de discrecio-

²¹ Véase *supra* nota 13.

nalidad. Serán fuente de corrupción y de tratos en favor a determinadas empresas con violación al principio de igualdad y no discriminación previsto en el último párrafo del artículo 1o. de la Constitución.

La violación al derecho a la consulta de los pueblos originarios, las afectaciones al medio ambiente o a la salud no son causa de terminación o revocación de un permiso —artículo 54 de la Ley—.

El cobro de contribuciones fiscales por estos permisos no se encuentra en la legislación fiscal vigente. Además, no debe olvidarse que la Ley de Hidrocarburos alude a términos fiscales que serán pactados por las partes y no estarán previstos en leyes generales.

10. Sistemas integrados (artículos 60 a 65 de la Ley de Hidrocarburos)

La regulación de estos sistemas —artículos 60 a 65 de la Ley— entraña la constitución de un oligopolio en el sistema de transporte y almacenamiento de gas, petrolíferos y petroquímicos. La Ley de Hidrocarburos desintegra a Pemex con el propósito de poner fin al “monopolio de Estado” y este mecanismo permitirá la constitución de un oligopolio que favorecerá a las trasnacionales. Se desmantela al Estado para que éste pierda control y la administración sobre procesos de la industria de hidrocarburos y, al mismo tiempo, la Ley crea sistemas integrados de carácter particular que tendrán el control y administración de esos procesos. Lo anterior es violatorio, entre otros, del párrafo cuarto del artículo 25 constitucional. El gobierno federal perderá a merced de esos sistemas integrados buena parte del control y administración de la industria de los hidrocarburos.

11. Centro Nacional de Control del Gas Natural. Pérdida de competencias del Poder Legislativo (artículos 66-69)

Muchas normas de la Ley —por ejemplo, el artículo décimo segundo transitorio— confieren atribuciones al Ejecutivo federal, a la Secretaría de Energía, a la Comisión Nacional de Hidrocarburos para dictar lineamientos, normas y criterios sobre las materias de la Ley. El décimo segundo transitorio faculta al Ejecutivo para expedir un decreto para crear el Centro Nacional de Control del Gas Natural.

Ese tipo de atribuciones restringen las competencias del Congreso de la Unión. El artículo 73, fracción X, de la Constitución indica que lo re-

lacionado con electricidad e hidrocarburos es competencia exclusiva del Congreso de la Unión. El legislador federal no tiene facultades para delegar competencias que sólo a él le corresponden.

12. *Acceso abierto (artículos 70-75 de la Ley de Hidrocarburos)*

Este mecanismo favorecerá a los operadores más importantes en los sistemas de transporte y almacenamiento de gas, petróleo, petrolíferos y petroquímicos. Constituye el esquema de cierre de los sistemas integrados previstos en los artículos 60 a 65 de la Ley. La regulación de estos mecanismos permitirá la constitución de un oligopolio en el sistema de transporte y almacenamiento de gas, petrolíferos y petroquímicos, además de la pérdida de control del gobierno de estos procesos, en violación al artículo 25, párrafo cuarto, de la Constitución.

13. *Del expendio público (artículos 76 a 79 de la Ley de Hidrocarburos)*

A partir del 10. de enero de 2015 se podrá realizar el expendio al público de petrolíferos sin que sea necesario contar con la franquicia de Pemex. Es la pérdida de control por parte del gobierno de la última fase de la industria de los hidrocarburos, en violación al artículo 25, párrafo cuarto, de la Constitución.

14. *Regulación de las competencias de los reguladores en las demás actividades de la industria (en los permisos). Artículos 80 a 84 de la Ley de Hidrocarburos*

Existe un reparto de competencias entre los reguladores que serán insuficientes para contener la voracidad y el poder de los regulados. Lo anterior por el poder político y económico de las grandes empresas transnacionales de la energía.

15. *Sanciones (artículos 85 a 87 de la Ley de Hidrocarburos)*

Consisten en multas que en muchas ocasiones serán insuficientes para inhibir las conductas sancionadas. Las sanciones no son proporcionales a las conductas sancionadas. Lo anterior violenta el artículo 22 de la Constitución.

16. Transparencia y combate a la corrupción (artículos 88 al 94 de la Ley de Hidrocarburos)

La información más importante —artículos 88 a 94— de la Ley, que es el contenido de las cláusulas de los contratos y de los términos de los permisos y autorizaciones, no es pública. Lo anterior constituye una violación a los artículos 60. de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

17. Jurisdicción, utilidad pública y procedimientos. Pérdida de competencias de los Estados y municipios (artículos 95 a 99 de la Ley de Hidrocarburos)

Las instancias arbitrales internacionales resolverán las controversias sobre los contratos de exploración y extracción y, en algunos casos, en materia de permisos. Se priva de competencia constitucional al Poder Judicial de la Federación.

A nivel interno, los estados y municipios, según lo regulan los artículos 95-99 de la Ley, perderán toda competencia en favor de la Federación. Es una ley antifederalista.

18. Territorio. Uso y ocupación superficial (artículos 100 a 118 de la Ley de Hidrocarburos)

Las regulaciones que prevén los artículos 100-118 de la Ley constituyen la vía jurídica para afectar la propiedad privada, social y de las comunidades indígenas con una finalidad no pública sino esencialmente de beneficio privado. La retórica de la Ley deriva del octavo transitorio de la reforma constitucional de diciembre de 2013, que indica que las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas. De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 27 de la Constitución, las afectaciones a la propiedad sólo pueden hacerse por utilidad pública y mediante indemnización.

La Ley extiende indebidamente el interés social y orden público del octavo transitorio de la reforma constitucional a toda la industria de los hidrocarburos referida a actividades que van más allá de la exploración y

extracción —refinación, almacenamiento, transporte, comercialización, etcétera—. El artículo octavo transitorio de la reforma constitucional energética del 20 de diciembre de 2013 sólo considera de carácter preferente las actividades de exploración y extracción, pero no a todas las de la industria de los hidrocarburos.

Esta extensión es inconstitucional porque no se desprende del octavo transitorio de la reforma constitucional y porque las restricciones a los derechos deben interpretarse siempre de manera estricta para no vulnerar el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución (principios de interpretación conforme y *pro homine*).

En esta parte, la Ley contiene diversos problemas de inconstitucionalidad. Entre ellos los siguientes:

a) La participación de los testigos sociales en las negociaciones no es obligatoria. Artículo 101, fracción III, de la Ley.

b) La vía administrativa de constitución de servidumbre legal de hidrocarburos —artículo 108 de la Ley— es violatoria de los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque, en todo caso, debe ser un juez el que la decrete. Según el artículo 17 de la carta magna, toda persona tiene derecho a que se administre justicia por un tribunal.

c) El artículo 109 de la Ley alude a las materias que comprende la servidumbre legal de hidrocarburos. La norma es excesiva, contraria al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 22 de la Constitución. Las actividades que comprenda la servidumbre deben estar, una a una, justificadas para no violentar ese principio.

d) No son causa de nulidad de un acuerdo sobre uso y ocupación superficial la violación al derecho a la consulta de los pueblos originarios, la inminente afectación al medio ambiente o a la salud. Lo anterior contraviene los artículos 2o. y 4o. de la Constitución, así como el Convenio 169 de la OIT.

19. *Del impacto social. Derechos de los pueblos originarios (artículos 118-121 de la Ley de Hidrocarburos)*

Los artículos 119 a 122 de la Ley de Hidrocarburos omiten referencia alguna al Convenio 169 de la OIT. La Ley pasa por alto la diferencia entre derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Se-

gún el derecho internacional de los pueblos originarios ciertas decisiones legislativas y administrativas que afecten a los pueblos originarios deben previamente ser sometidas al procedimiento previo, libre e informado de los pueblos originarios. Sin ese requisito, las normas y decisiones son nulas de pleno derecho.²²

La consulta previa a los pueblos originarios debió haberse realizado antes de la aprobación de la reforma constitucional en materia energética. El principio básico para este tipo de consultas es que éstas siempre deben aplicarse cuando las decisiones constitucionales, convencionales, legislativas o administrativas de los poderes y órganos del Estado puedan afectar a los pueblos y comunidades indígenas de manera directa o indirecta.

Por eso conviene que el gobierno federal y los partidos que impulsaron la reforma constitucional energética de 2013 y ahora las leyes secundarias tengan presentes los dos siguientes instrumentos internacionales: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por la Conferencia General de la OIT. Igualmente deben asumir dos decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* resuelto el 27 de junio de 2012, y el caso *Saramaka vs. Suriname*, resuelto el 28 de noviembre de 2007.

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que establece, entre otros, los siguientes derechos de estos pueblos:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (artículo 19).

²² Pólit Montes de Oca, Berenice, *La consulta previa. En materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2010, pp. 101 y ss.; Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution: Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997; Rodríguez, Gloria Amparo, “La consulta previa a pueblos indígenas”, en Parra Dussán, Carlos y Rodríguez, Gloria Amparo, *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, pp. 121 y ss.

Los pueblos tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u de otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma (artículo 26).

A la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 29).

El 27 de junio de 1989, la 76a. Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el que fue ratificado por la Cámara de Senadores el 11 de julio de 1990, y que contempla, entre otros, los siguientes derechos a favor de los pueblos indígenas: “A ser consultados por los gobiernos, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (artículo 6o.).

De acuerdo con la resolución del 27 de junio de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del pueblo indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte señaló el alcance del derecho de consulta: debe tener carácter previo; ser de buena fe, su finalidad debe ser la de llegar a un acuerdo, adecuada y accesible; debe tomar en cuenta el impacto ambiental y la cultura indígena en cuestión, y debe ser una consulta informada que respete el resto de los derechos fundamentales. Es necesario recordar que esta resolución tuvo como objeto de *litis* un permiso que el Estado de Ecuador otorgó a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del pueblo Kichwa de Sarayaku.

En el otro asunto, el caso *Saramaka vs. Suriname* (sentencia de 28 de noviembre de 2007), la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró culpable al Estado de Surinam por no garantizar el derecho a la propiedad tradicional de esa comunidad y también se pronunció sobre el deber de consultar, pues en lo que antes eran sus territorios ancestrales se expedieron licencias para la explotación maderera. En este asunto, la Corte consideró que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión

a gran escala que tendrán un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.

La diferencia entre la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado reside en que este último es obligatorio para que los actos jurídicos del Estado sean válidos. Si no hay consentimiento previo, libre e informado no existe la validez jurídica. Por esa razón, por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana ha declarado “inexequibles” o inválidos tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, por no haber consultado a los pueblos y comunidades indígenas cuando estos instrumentos les afectaban.

¿En qué casos se requiere del consentimiento libre, previo e informado? Desde luego cuando se trata de normas jurídicas constitucionales, convencionales, legales o administrativas, o de proyectos que sean susceptibles de causar grandes impactos en los derechos de los pueblos originarios. Nosotros estimamos que la reforma constitucional en materia energética de 2013 debió haberse sometido al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas de México antes de ser aprobada, porque la reforma establece en su articulado, la explotación de vastos territorios, algunos de ellos con población indígena y esas explotaciones tendrán, sin lugar a dudas, impactos en los derechos de los pueblos: a sus derechos de propiedad, a los derechos al medio ambiente, a los derechos a la salud, a los derechos a su identidad y cultura, entre otros.

El Convenio 169 de la OIT, también indica que los pueblos tienen derecho: “a que el Estado proteja especialmente su derecho sobre los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15).

El Convenio 169 igualmente dice que los pueblos tienen derecho

A que el Estado los consulte antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras a fin de determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa

por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15).

Esos y otros derechos de las comunidades y los pueblos indígenas están en riesgo. La reforma constitucional energética de 2013 y la legislación secundaria no han sido sometidos antes de su aprobación ni a consulta ni a los procedimientos —previos, libres e informados— que permitan a los pueblos originarios otorgar su consentimiento, tal como reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Originarios y el Derecho Comparado —caso Colombia—.

Llama la atención que el artículo 120 de la Ley permita que en la consulta participen los particulares. En la consulta debe ser conducida por el Estado y de preferencia por una autoridad no involucrada en el sector. Nosotros proponemos que sea la autoridad electoral nacional —INE—.

Aunque el artículo 120 de la Ley de Hidrocarburos alude a la consulta previa, libre e informada, no establece la hipótesis normativa referente al supuesto de que el pueblo originario rechace o no acepte el proyecto. Ese supuesto no existe en la Ley. La resolución de la consulta, como se desprende de la Ley, será siempre favorable al proyecto, aunque se vulneren los derechos de las comunidades y éstas no quieran la realización del proyecto. El carácter preferente de la industria energética según el artículo 8o. transitorio de la reforma constitucional del 20 de diciembre de 2013 en materia energética, está por encima de cualquier otro derecho y consideración, aunque se trate de pueblos originarios.

Igualmente es destacable que no se considere dentro de las causas de revocación o rescisión de contratos, permisos, licencias o autorizaciones, la violación al derecho de consulta o la omisión del consentimiento, previo, libre e informado. Tampoco son causas de rescisión o revocación el daño al medio ambiente o a la salud.

20. Cobertura social (artículos 122 a 128 de la Ley de Hidrocarburos)

Se establecen obligaciones a las empresas productivas del Estado para generar beneficios sociales pero no a los contratistas ni a los permisionarios que sólo reciben ventajas. Aquí se pierde la simetría y la igualdad. Son disposiciones violatorias del principio de igualdad previsto en el artículo 1o. de la Constitución.

21. Favorecimiento y ventajas sin fin a los contratistas

Se elimina como causal de revocación de una asignación que se envíe de forma “dolosa” la información, dejándolo bajo el término “injustificada”, y se elimina que se realice “de manera sistemática” (artículo 10 para asignaciones, y artículo 20 para contratos).

Se suavizan las causales de rescisión de los contratos en la Ley. Ya no se incorpora el término “doloso” que estaba en la iniciativa. El dolo implica responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales (véase el artículo 214 del Código Penal en materia de información).

Se elimina el principio de que los términos fiscales de los contratos de exploración “permitan a la nación obtener, en el tiempo, ingresos que contribuyan a su desarrollo a largo plazo” (artículo 12, segundo párrafo).

Este cambio rompe con el principio constitucional previsto en la propia reforma de diciembre de 2013, que en su artículo 27, séptimo párrafo, señala que

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. *Con el propósito de obtener ingresos del Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la ley reglamentaria.* Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos, las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

También contradice lo establecido en el transitorio cuarto de la reforma constitucional en materia energética ya mencionada, pues éste señala que:

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 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 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.

Se elimina la restricción de que “los contratos para exploración y extracción se regularán (*exclusivamente*) por lo dispuesto en la presente Ley y su reglamento”.

Esta eliminación deja la puerta abierta a que los contratos puedan ser regulados por diversa legislación, incluso extranjera, en los términos de los tratados internacionales en materia comercial.²³ Esta práctica puede dar pie a que se le esté proveyendo de competencia indirecta a tribunales internacionales para la resolución de controversias.

Las experiencias internacionales nos pueden dar luz al respecto, como el caso argentino en la época de Menem, generó una nueva Ley de Inversiones Extranjeras y se adhirió al CIADI, reasignando la soberanía jurisdiccional nacional en su trato con las inversiones extranjeras, mediante

²³ La Multilateral Investment Guarantee Agency, se establece con base en la Convención que Establece la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión. Es una aseguradora de inversiones privadas a nivel mundial. Tiene su sede en Washington. Su membresía está abierta a todos los países miembros del Banco Mundial. Tiene la función de dar confianza y confort a la IED que invierte en países en vías de desarrollo, dirigiéndose de manera especial a proyectos de desarrollo que sean económica, ecológica y socialmente sustentables. MIGA provee seguro a la inversión para efectos de transferencias de fondos, expropiación y medidas similares, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles. Está facultada para que mediante resolución especial del Consejo, se cubran otros riesgos no comerciales, pero en ningún caso el de devaluación y depreciación de la moneda. Es relevante mencionar que MIGA al hacer el pago de la prima correspondiente o convenir en su forma de pago, se subroga en los derechos del asegurado, adquiriendo todos sus derechos y acciones en contra del país anfitrión y cualesquier otros obligados. Este es un derecho que le reconocen todos los países miembros. Gómez-Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006, pp. 111 y 112.

Tratados de Promoción de Inversiones (TBI). Los TBI se firmaron con una duración de 10 años, pero si no se expresa o “denuncian”, se prorrogan automáticamente por un año, dos, y así sucesivamente. Estos tratados ofrecen fundamentalmente derechos de protección con un estándar mínimo: trato justo y equitativo (trato nacional), compensación en caso de expropiación y libre transferencia de divisas al exterior.

22. Derecho a la libre determinación y al desarrollo

El artículo 1o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé los derechos a la libre determinación y al desarrollo de los pueblos. En su parte conducente, el precepto indica: “Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales... para promover su desarrollo económico, social y cultural”. Igual precepto se repite en el artículo 1o. del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Lo anterior significa que los intereses de la nación y de la colectividad prevalecen sobre los intereses individuales y cualquier acto de explotación de esos recursos debe orientarse hacia los fines sociales.

En el mismo sentido, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986, postula en el párrafo segundo de su primer artículo que:

El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.²⁴

En estas condiciones, tanto la reforma constitucional energética como la legislación secundaria, limitan los derechos a la libre determinación y al desarrollo del pueblo de México.

²⁴ Fernández Ruiz, Jorge *et al.*, *El marco constitucional de la industria petrolera*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo número 111, mayo de 2008, p. 7; Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, México, UNAM, 2004.

23. *Modificaciones a la Ley de Inversión Extranjera*

Son para permitir la inversión extranjera al 100% en toda la cadena de la industria de hidrocarburos.

24. *Modificaciones a la Ley Minera*

Implican que la minería ya no sea la actividad preferente. La industria de los hidrocarburos y la eléctrica tienen ahora ese carácter.

25. *Modificaciones a la Ley de Asociaciones Público-Privadas*

Es para que este esquema no pueda utilizarse en la exploración y extracción de hidrocarburos.

III. LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

En cuanto a su contenido, la Ley de la Industria Eléctrica propone la desarticulación de la industria eléctrica nacional.²⁵ El artículo décimo transitorio de la reforma constitucional en materia energética de 2013 previó la separación legal de la industria eléctrica. La Ley va más allá y de manera inconstitucional establece la separación operativa de la industria eléctrica que hasta ahora funciona como un todo integrado. Las finalidades de esta desarticulación de la industria eléctrica nacional son: 1) el reparto de las etapas de la industria —generación, transmisión, distribución y comercialización— entre muchos operadores privados, principalmente extranjeros; 2) el incremento de los precios finales por la participación de una pluralidad de operadores en cada uno de los tramos de la industria eléctrica;²⁶ 3) las posibilidades de conflicto entre los distintos operadores que participarán en cada fase de la industria; y, 4) los problemas de desa-

²⁵ Beder, Sharon, *Energía y poder. La lucha por el control de la electricidad en el mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

²⁶ Noceda, Miguel Ángel, “Las eléctricas disuaden al consumidor. El coste de las ofertas fijas anuales presentadas por las grandes compañías a la CNMC superan hasta en 100 euros anuales a la media de los últimos cuatro trimestres”, *El País*, Madrid, 26 de abril de 2014, p. 15.

basto que propicia la participación de múltiples operadores en la industria.

Constitucionalmente, la Ley de la Industria Eléctrica tiene en términos generales las siguientes deficiencias:

Se priva al Congreso de facultades. El Congreso tiene facultad para legislar en materia de contribuciones —artículo 73, fracciones VII y XXIX.5 a), de la Constitución—, para legislar en materia de comercio —artículo 73, fracción IX, de la Constitución— y para legislar en materia de electricidad —artículo 73, fracción X, de la Constitución—. Sin embargo, la Ley de la Industria Eléctrica contiene disposiciones que otorgan inconstitucionalmente a la Secretaría de Energía o a la Comisión Reguladora de Energía este tipo de atribuciones, pues estas entidades, según la Ley, pueden emitir normas generales y abstractas en materia de energía, comercio y contribuciones.

Se vulneran los derechos de las autoridades locales, se trata de una ley antifederalista. El artículo 7o. de la Ley no concede competencia alguna a las autoridades municipales ni a las estatales. Existe en la Ley una clara orientación antifederalista, pues en contravención al artículo 115 de la Constitución, el artículo 39 de la Ley de la Industria Eléctrica, faculta a transportistas y a distribuidores a realizar trabajos en espacios públicos —calles, calzadas, jardines, plazas— sin recabar previamente las autorizaciones municipales.

La retórica del contenido nacional. Diversas disposiciones de la Ley contienen normas para garantizar los porcentajes mínimos de contenido nacional para supuestamente beneficiar a la industria nacional —por ejemplo, artículo 11, fracción XXI, y 30 de la Ley—. Esas disposiciones son contrarias a los artículos 1106 y 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el primero prohíbe los porcentajes de contenido nacional entre los países que forman parte del TLC y el segundo establece salvaguardias a la inversión extranjera). Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a la ley.

Se privatiza la red de transmisión y de distribución de energía eléctrica. El artículo 35 de la Ley permite que particulares realicen aportaciones para obras, ampliaciones o distribución de la red de energía eléctrica. La red queda privatizada y el control del gobierno se limita, entre otras cosas, porque los empresarios recibirán ingresos por la venta de las obras en los términos de las reglas del mercado.

Violación al debido proceso. El artículo 41 de la Ley de la Industria Eléctrica permite, en algunas hipótesis, a los transportistas y a los distribuidores suspender a los usuarios finales el servicio de energía eléctrica, sin intervención previa de autoridad alguna. Lo anterior violenta, entre otros, los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución. No existe garantía del debido proceso.

Servidumbre legal para fines privados. El artículo 42 de la Ley de la Industria Eléctrica permite las servidumbres legales para beneficiar a los transportistas y distribuidores. La propiedad privada, pública, social o indígena queda subordinada a la actividad energética.

La consulta a los pueblos originarios no es vinculante. El artículo 117 de la Ley de la Industria Eléctrica establece el derecho a la consulta, en caso de ocupación de tierras o servidumbres que afecten a las tierras de los pueblos originarios, pero sin garantizar los principios del Convenio 169 de la OIT. La Ley no establece que la consulta sea vinculante, no la distingue del consentimiento previo, libre e informado; tampoco señala que los pueblos originarios recibirán un porcentaje amplio de los beneficios que reciban las empresas por sus negocios. De manera inconstitucional se permite que en la consulta participen los particulares que van a afectar las tierras de los pueblos.

La Ley implicará la entrega de la industria eléctrica al capital extranjero: estadounidense y español. El Estado mexicano perderá el control de la industria. Los precios de la electricidad no disminuirán y, por la multiplicidad de agentes en la industria con participación en tramos diferenciados, existe alta probabilidad de desabasto con afectación a los consumidores y al pueblo de México.

Si particularizamos las violaciones constitucionales, señalamos lo siguiente:

- Violaciones a las competencias del Congreso. El Congreso tiene facultad para legislar en materia de contribuciones —artículo 73, fracciones VII y XXIX.5—, para legislar en materia de comercio —artículo 73, fracción IX— y para legislar en materia de electricidad —artículo 73, fracción X—. Sin embargo, la Ley de la Industria Eléctrica contiene disposiciones que otorgan inconstitucionalmente a la Secretaría de Energía o a la Comisión Reguladora de Energía este tipo de atribuciones.

- El artículo 3o., fracción XVII, alude a las bases del mercado eléctrico.
- El artículo 3o., fracción XLIX, se refiere a las tarifas o contraprestaciones —contribuciones— que serán determinadas por la Comisión Reguladora de Energía para los servicios de transmisión, distribución, operación de los suministradores y operación del Centro Nacional para el Control de Energía. Se trata de competencias fiscales que son del Congreso de la Unión que no deben estar sujetas al mercado o a las determinaciones de una autoridad administrativa.
- El artículo 6o. de la Ley confiere facultades de regulación a la Secretaría de Energía y a la Comisión Reguladora de Energía.
- El artículo 10 de la Ley señala que la Comisión Reguladora de Energía emitirá disposiciones administrativas generales para regular la información. Lo anterior infringe el artículo 6o. de la Constitución en materia de reserva de ley sobre acceso a la información y transparencia.
- El artículo 11, fracción XL, de la Ley faculta a la Secretaría de Energía para expedir disposiciones administrativas de carácter general en relación con las atribuciones que le confiere la Ley. Lo anterior es contrario al artículo 73, fracción X, de la Constitución que otorga al Congreso la facultad de legislar en materia de electricidad.
- El artículo 12, fracción XVII, de la Ley de la Industria Eléctrica faculta a la Comisión Reguladora de Energía para emitir la regulación que valida la titularidad de los Certificados de Energías Limpias, lo que es contrario al artículo 73, fracción X, de la Constitución.
- Igualmente las fracciones XXVI, XXVII y XLV del artículo 12 de la Ley confieren atribuciones de regulación general a la Comisión Reguladora de Energía en oposición al artículo 73, fracción X, de la Constitución, pues el Congreso tiene facultades para legislar en materia de energía.
- El artículo 132 de la Ley faculta a la Comisión Reguladora de Energía, a establecer normas generales en materia de estandarización y normalización del servicio eléctrico nacional cuando se trata de competencias del Congreso, según lo determina la fracción X del artículo 73 de la carta magna.
- Se exceden las previsiones del artículo 8o. transitorio de la reforma constitucional en materia energética que señala que sólo la transmi-

sión y distribución de energía eléctrica son de interés social y de orden público. El artículo 8o. transitorio de la reforma constitucional en materia energética, publicada el 20 de diciembre de 2013, sólo indica que la transmisión y distribución de energía eléctrica, se consideran de interés social y orden público. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 4o. de la Ley dice que las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el control del sistema eléctrico nacional son de utilidad pública.

- Carácter complementario y supletorio del derecho mercantil y del derecho civil federal. Privatización jurídica de lo público. El párrafo segundo del artículo 5o. de la Ley dice: “En lo no previsto por esta Ley, se consideran mercantiles los actos de la industria eléctrica, por lo que se regirán por el Código de Comercio Y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal”.²⁷
- Ley antifederalista. El artículo 7o. del dictamen no concede competencia alguna a las autoridades municipales ni a las estatales. Existe en el dictamen una clara orientación antifederalista.
- Desvertebración de la industria eléctrica nacional. El artículo décimo transitorio de la reforma constitucional en materia energética —20 de diciembre de 2013— prevé la separación legal para fomentar el acceso abierto y la operación eficiente del sector eléctrico pero no la separación contable, operativa o funcional como lo hace el artículo 8o. de la Ley. Las finalidades de esta desarticulación de la industria eléctrica nacional son: 1) la desarticulación la industria; 2) el incremento de los precios finales por la participación de una pluralidad de operadores en cada uno de los tramos de la industria eléctrica; 3) las posibilidades de conflicto entre los distintos operadores que participarán en cada fase de la industria; y, 4) los problemas de desabasto que propicia la participación de múltiples operadores en la industria.

²⁷ Los contratos en materia energética no responden al esquema de los contratos administrativos clásicos. Sobre los contratos administrativos véase Ramírez G., Juan Carlos, *El contrato administrativo. Monografías jurídicas*, Bogotá, Temis, 1990; Ferrando, Ismael, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2006; Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2009.

Lo anterior es contrario al párrafo tercero del artículo 28 de la Constitución que garantiza el abasto de materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular.

Las causas de separación legal de un operador de la industria no incluye las violaciones al medio ambiente, a la salud, a los derechos de los trabajadores o a los derechos de los pueblos originarios. El artículo 9o. de la Ley no contempla las causales anteriores para separar a un integrante de la industria eléctrica nacional. Lo que puede ser violatorio de los artículos 2o., 4o. y 123 de la Constitución así como al Convenio 169 de la OIT.

Contenido nacional. Diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica contienen normas para garantizar los porcentajes mínimos de contenido nacional —por ejemplo, los artículos 11, fracción XXIII, y 30 de la Ley—. Esas disposiciones son contrarias a los artículos 1106 y 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que establecen salvaguardas a la inversión extranjera y que restringen los porcentajes de contenido nacional.

El gobierno pierde el control de la industria eléctrica. De acuerdo con los artículos 14 y 15 de la Ley, el Estado ejercerá el control operativo del sistema eléctrico nacional a través del Centro Nacional de Control de Energía, mismo que podrá formar asociaciones o celebrar contratos con particulares para que presten servicios “auxiliares” a la operación del mercado eléctrico mayorista. Es decir, el gobierno compartirá el control de la industria eléctrica nacional con particulares en franca violación del párrafo cuarto del artículo 25 de la Constitución que determina que serán las empresas productivas del Estado las que deben tener ese control.

Centrales eléctricas privadas que pueden operar sin permisos. El primer párrafo del artículo 17 y los artículos 21, 22 y 25 de la Ley de la Industria Eléctrica establece que hay centrales eléctricas de cualquier capacidad que pueden operar sin permiso en emergencias o interrupciones en el suministro eléctrico. Lo anterior significa también la pérdida de control del gobierno federal en tramos y actividades de la industria eléctrica nacional en oposición al párrafo cuarto del artículo 25 de la Constitución.

Las reglas del mercado se hacen equivaler al interés público. Distintos preceptos de la Ley —los artículos 17 o 23, por ejemplo— aluden a reglas de mercado que se considera son de cumplimiento necesario por los operadores de la industria eléctrica. Las reglas del mercado son de interés

público y representan el fundamento del funcionamiento de la industria eléctrica. Ni los derechos de los consumidores ni el abasto ni los principios económicos de la Constitución que aún subsisten en los artículos 25, 26, 27 y 28 de la carta magna son fundamento de la industria eléctrica.

Tarifas que son expedidas por la Comisión Reguladora de Energía y no por el Congreso de la Unión. La Comisión Reguladora de Energía establecerá las tarifas por la prestación del servicio público de transmisión y distribución de la energía eléctrica. Se trata de las contraprestaciones que pagan los prestadores de los servicios y los usuarios. De acuerdo con las fracciones VII y XXIX.5 a) del artículo 73 de la Constitución, las contribuciones sobre energía eléctrica son competencia del Congreso de la Unión. En la Ley de la Industria Eléctrica, las tarifas —contribuciones— son competencia de una instancia del Ejecutivo y están sujetas a los vaivenes del mercado. Son contribuciones que no satisfacen las condiciones de generalidad y equidad que deben establecer las leyes, lo que es opuesto al artículo 31, fracción IV, de la Constitución.

Por otra parte, se transgrede el párrafo tercero del artículo 28 de la Constitución que indica:

Las leyes fijarán las bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto...

Lo que significa que aún si las tarifas no se entienden como contribuciones, sólo por ley es posible establecer las bases que las norman. Es decir, sólo el Congreso puede regular las bases de la determinación de una tarifa. No es una competencia de las instancias del Ejecutivo y mucho menos de los particulares.²⁸

Entre otros, los artículos 137 a 147 de la Ley establecen la regulación de las tarifas a favor de la Comisión Reguladora de Energía.

Los transportistas y los distribuidores no tendrán responsabilidad por los costos que ocurran en el mercado eléctrico mayorista. El artículo 28 de

²⁸ Martínez Báez, Antonio, “El derecho constitucional económico mexicano”, *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa, 1985, pp. 171-177.

la Ley exime a los transportistas y a los distribuidores de responsabilidad por los costos que ocurran en el mercado eléctrico mayorista como resultado de caso fortuito o fuerza mayor. La Ley no señala qué autoridad es competente para determinar el caso fortuito o la fuerza mayor. Este tipo de disposiciones contribuyen a reducir las exigencias gubernamentales y, por tanto, el control a los particulares sobre el servicio público de energía eléctrica. La norma es indicativa de la privatización de lo público porque somete a las reglas del derecho privado el tratamiento del servicio público de energía eléctrica.

Se privatiza la red de transmisión y de distribución de energía eléctrica. El artículo 35 de la Ley de la Industria Eléctrica permite que particulares realicen aportaciones para obras, ampliaciones o distribución de la red de energía eléctrica. La red queda privatizada y el control del gobierno se limita, entre otras cosas, porque los empresarios recibirán ingresos por la venta de las obras en los términos de las reglas del mercado.

El Centro Nacional de Control de Energía asume competencias hacendarias. De acuerdo con el artículo 36 de la Ley, la Cenace administrará los derechos financieros de transmisión, en los términos que establezcan las reglas del mercado. Para la administración de las finanzas públicas nacionales existe una pérdida en el control y supervisión de las autoridades hacendarias del país en favor de un organismo que administra esos derechos financieros bajo reglas de mercado.

Se faculta a los transportistas y a los distribuidores a realizar obras y trabajos en espacios públicos sin las autorizaciones de los municipios. En contravención al artículo 115 de la Constitución, el artículo 39 de la Ley de la Industria Eléctrica faculta a transportistas y a distribuidores a realizar trabajos en espacios públicos —calles, calzadas, jardines, plazas— sin recabar previamente las autorizaciones municipales.

Violación al debido proceso. El artículo 41 de la Ley de la Industria Eléctrica permite, en algunas hipótesis, a los transportistas y a los distribuidores suspender a los usuarios finales el servicio de energía eléctrica, sin intervención previa de autoridad alguna. Lo anterior violenta, entre otros, los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución. No existe garantía del debido proceso.

El artículo 108, fracción XXVII, de la Ley faculta al Centro Nacional para el Control de la Energía a restringir o suspender la participación en

el mercado eléctrico a los participantes en él, sin que se garantice el debido proceso.

Servidumbres legales para fines privados. El artículo 42 de la Ley de la Industria Eléctrica permite las servidumbres legales para beneficiar a los transportistas y distribuidores. La propiedad privada, pública, social o indígena queda subordinada a la actividad energética, en cumplimiento del octavo transitorio de la reforma constitucional energética de 20 de diciembre de 2013, pero en oposición a los artículos 2o. y 27 de la Constitución.

Los artículos 71 a 89 de la Ley regulan las servidumbres y existen artículos como el 78 que autorizan las servidumbres legales por vía administrativa en violación al artículo 17 de la Constitución que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

La servidumbre legal que prevé la Ley —artículos 79 y 82— es excesiva y contraria al artículo 22 de la Constitución por desproporcionada. Cualquier actividad de la industria eléctrica puede dar motivo a la constitución de una servidumbre.

Los acuerdos sobre los predios entre los dueños o poseedores y las empresas privadas no se consideran nulos —artículos 87 y 88 de la Ley— cuando se violen derechos humanos en materia de medio ambiente, salud, derechos de los trabajadores o derechos de los pueblos originarios. Todo ello en violación a los artículos 2o., 4o. y 123 de la Constitución y en oposición al Convenio 169 de la OIT.

Los privilegios de los usuarios calificados. De acuerdo con el artículo 59 de la Ley de la Industria Eléctrica, existen usuarios calificados, los que tendrán un tratamiento diferenciado de los usuarios de suministro básico. La distinción, entre unos y otros, corresponde a la Secretaría de Energía y a la Comisión Reguladora de Energía y se basa en el consumo o la demanda de energía. La distinción puede constituir un privilegio, o bien, una discriminación por razones sociales, opuesta al principio de igualdad que garantiza el artículo 1o. de la Constitución.

Pequeños sistemas eléctricos sin control del gobierno. Los artículos 65 a 67 de la Ley de la Industria Eléctrica regulan los pequeños sistemas eléctricos que no se encuentran conectados a la red nacional de transmisión. Aunque los pequeños sistemas eléctricos suministran energía al público en general no forman parte de la red y por tanto tienen autonomía de ella. Lo anterior violenta el principio de control del gobierno sobre los proce-

sos de la industria eléctrica. La rectoría económica del Estado sobre el desarrollo nacional que garantiza el artículo 25 constitucional desaparece.

Las tarifas pueden ser cobradas por los transportistas y los distribuidores. El artículo 146 de la Ley de la Industria Eléctrica, además de facultar inconstitucionalmente a la Comisión Reguladora de Energía, a establecer tarifas —facultad que corresponde al Congreso según la fracción VII y XXIX, 5 a) del artículo 73 de la Constitución— faculta a los privados —transportistas y distribuidores— a cobrarlas. Es decir, los transforma en autoridades recaudadoras del fisco nacional.

El pretendido fomento a la industria nacional. Las disposiciones previstas en los artículos 90 a 93 de la Ley proponen proteger las inversiones de la industria nacional. Se trata de normas retóricas que no asumen plenamente el contenido del artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de otros tratados que protegen las inversiones extranjeras. La regulación de la Ley de la Industria Eléctrica a este respecto, pasa por alto que no se pueden imponer requisitos de desempeño a la inversión extranjera.

La operación del mercado eléctrico mayorista se sujeta a las reglas del mercado. Los artículos 94 a 106 de la Ley de la Industria Eléctrica establecen que el mercado eléctrico mayorista se sujeta a las reglas del mercado y no a los principios de rectoría económica del Estado para el desarrollo nacional, lo que constituye una violación al capítulo económico de la Constitución, principalmente al artículo 25.

La excepcionalidad en materia de adquisiciones es contraria al artículo 134 de la Constitución. El artículo 106 de la Ley de la Industria Eléctrica establece que las adquisiciones que el sector público realice dentro del mercado eléctrico mayorista no están sujetas a las reglas generales de la ley correspondiente. Esta disposición es violatoria del artículo 134 de la Constitución porque las compras del sector público deben realizarse mediante licitaciones públicas. El artículo 106 de la Ley será fuente de corrupción.

La obligación para garantizar el servicio universal de energía es del gobierno federal y no de los particulares. El artículo 113 de la Ley de la Industria Eléctrica determina que la electrificación de comunidades rurales y zonas urbanas marginadas es del gobierno federal. Es decir, las obligaciones son para el gobierno federal y los negocios para los inversionistas privados. En esta norma se sintetiza la privatización del sector eléctrico nacional: privatización de los beneficios y socialización de las pérdidas.

La consulta a los pueblos originarios no es vinculante y tampoco se establecen beneficios y reparto de ellos a los indígenas por la ocupación de sus tierras. El artículo 119 de la Ley establece el derecho a la consulta pero sin garantizar los principios del Convenio 169 de la OIT. La Ley no establece que sea vinculante, no la distingue del consentimiento previo, libre e informado y tampoco señala que los pueblos originarios recibirán el 50% de los beneficios que reciban las empresas. De manera incorrecta permite que en la consulta participen los particulares.

Las competencias de energías limpias son retóricas y transgreden las competencias del Congreso. Los artículos 121 a 129 de la Ley regulan obligaciones medioambientales para las empresas. Dichas normas son violatorias de los artículos 4o. y 73, fracción XXIX G, porque la competencia para dictar normas generales en materia de medio ambiente es del Congreso y no de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Permisos. Los artículos 130 y 131 de la Ley de la Industria Eléctrica regulan los permisos. Cabe decir que el artículo 27, párrafo sexto, de la Constitución, cuando alude a la participación de particulares en la industria eléctrica, establece la figura de contratos para esos efectos y no la de permisos. Los permisos devienen del décimo transitorio de la reforma constitucional en materia energética publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 2013.

Los permisos violentan el artículo 134 de la Constitución porque se otorgan sin licitación pública y son, por su discrecionalidad, fuente de corrupción.

Se restringen las inversiones de las empresas productivas del Estado. De acuerdo con el artículo 150 de la Ley, las empresas productivas del Estado pueden ser limitadas a efecto de no realizar inversiones, lo que restringe sus posibilidades de competencia. Esa disposición violenta las reglas del libre mercado que dice impulsar la Ley y trastoca el principio de igualdad con las trasnacionales dedicadas al ramo eléctrico, principio que garantiza el artículo 1o. de la Constitución.

Las figuras de la intervención y la requisita son inconstitucionales. Estas figuras se prevén en los artículos 151 a 156 de la Ley de la Industria Eléctrica y son inconstitucionales porque infringen el debido proceso. Son violatorias de los artículos 14, 16, 17 y 29 de la Constitución.

Transparencia. El artículo 159 de la Ley permite que la Comisión Reguladora de Energía y el Centro Nacional de Control de Energía regulen

las modalidades de información mínima. Esa norma dota de facultades quasi legislativas a la CRE y es violatoria del artículo 6o. de la Constitución y del 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establecen un principio de reserva de ley en materia de transparencia.

Sanciones. Los artículos 162 a 169 contienen, entre otras, las siguientes deficiencias:

a) Nunca establecen como causa de sanción la violación a los derechos fundamentales de los pueblos originarios, al medio ambiente, a la salud o al trabajo.

b) Establecen códigos de ética que son violatorios de los artículos 109 y 113 de la Constitución porque las responsabilidades deben ser materia de ley y no de normas administrativas.

c) Las sanciones consisten en multas que no son proporcionales a las conductas realizadas. No se garantiza el principio de proporcionalidad del artículo 22 de la Constitución.

Transitorios. El quinto transitorio que crea el Centro Nacional de Control de Energía violenta los artículos 90 y 73, fracción X, de la carta magna. Sólo por ley pueden regularse organismos público descentralizados en materia de energía. El quinto transitorio establece que será un decreto del Ejecutivo.

IV. LEY DE ENERGÍA GEOTÉRMICA Y REFORMAS A LA LEY DE AGUAS NACIONALES

No tiene fundamento constitucional el carácter preferente de explotación de la energía geotérmica. El artículo 4o. de la Ley de Energía Geotérmica que regula el carácter preferente para la explotación de la energía geotérmica es inconstitucional porque no tiene fundamento en la carta magna. El artículo 8o. transitorio de la reforma constitucional en materia energética —*Diario Oficial* del 20 de diciembre de 2014— sólo otorga el carácter de preferente a la exploración y extracción de los hidrocarburos y al servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica. No existe, por tanto, base constitucional para considerar preferente la generación de energía eléctrica a través de la geotermia.

Se permite explotar inconstitucionalmente subproductos sin concesión. De acuerdo con el artículo 5o. de la Ley se podrá aprovechar los subproductos que se descubran con motivo de las actividades que prevé

la Ley sin concesión. Según el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución, la explotación, uso o el aprovechamiento de los recursos naturales del subsuelo sólo podrá realizarse mediante concesiones. Es decir, el aprovechamiento de los subproductos de la geotermia únicamente puede ser aprovechado mediante concesiones.²⁹

Los permisos y registros que regula la Ley son antinómicos con el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución.³⁰ Los artículos 8o. a 25 de la Ley de Energía Geotérmica se oponen al párrafo 6o. del artículo 27 de la Constitución, pues la explotación, uso o el aprovechamiento de los recursos naturales del subsuelo sólo podrá realizarse mediante concesiones y no mediante registros o permisos. Es verdad que el artículo 10 transitorio de la reforma constitucional en materia energética de diciembre de 2013 faculta a la Comisión Reguladora de Energía a expedir permisos respecto a la generación de electricidad. Sin embargo, en el caso de la geotermia, la facultad, según la Ley, es de la Secretaría de Energía, lo que demuestra el carácter inconstitucional de sus competencias en esta materia.

Mercado inconstitucional de las concesiones. El artículo 29 de la Ley permite la cesión de derechos de las concesiones sin que se obtenga una nueva concesión —bastará una autorización de la Secretaría de Energía—. La norma propiciará la compraventa de las concesiones y es además inconstitucional porque el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución determina que la explotación, uso o el aprovechamiento de los recursos naturales del subsuelo sólo podrá realizarse mediante concesiones y no mediante autorizaciones.

Las causas de terminación de las concesiones no establecen como motivo de su fin la violación a los derechos de los pueblos originarios, la afectación al medio ambiente o a la salud. El artículo 38 de la Ley prevé las causas que dan lugar a la terminación de una concesión. Sin embargo, a pesar de su importancia, no son causa de terminación de las mismas la violación a los derechos de los pueblos originarios —se viola el Convenio

²⁹ En el derecho administrativo mexicano se define a la concesión como “el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público”. Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique, “Concesión administrativa”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, pp. 359-362.

³⁰ Véase *supra* nota 13.

169 de la OIT— ni las afectaciones al medio ambiente o a la salud, lo que transgrede el ordenamiento jurídico nacional y convencional a ese respecto.

El procedimiento para la revocación y caducidad de las concesiones viola el debido proceso. Según el artículo 40 de la Ley, la revocación y caducidad de las concesiones geotérmicas son declaradas administrativamente por la Secretaría de Energía. Es decir, se trata de un procedimiento que es resuelto por la autoridad administrativa y no por un juez, a través de las reglas del debido proceso. Lo anterior violenta los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución.

Se viola el principio *nulla poena sine lege*. El artículo 62 de la Ley establece que las infracciones a la Ley y a sus disposiciones reglamentarias podrán ser sancionadas administrativamente. Esa norma viola el párrafo tercero artículo 14 de la Constitución, pues las sanciones de carácter punitivo sólo pueden ser previstas en ley y no en reglamentos.

Privatización del derecho público. El artículo 66 de la Ley considera que es aplicable supletoriamente la legislación mercantil y la civil, lo que diluye el carácter de derecho público de la materia geotérmica. Se trata de la privatización del derecho público como en el resto de la reforma energética.

Violación del artículo 81 de la Ley de Aguas nacionales al párrafo sexto de la Constitución. El artículo 81 de la Ley de Aguas Nacionales regula permisos de obra para los pozos exploratorios. El párrafo 6º. del artículo 27 de la Constitución determina que cualquier uso o aprovechamiento de los recursos del subsuelo debe darse a través de la figura de concesión y no de permisos.

V. LEY DE PETRÓLEOS MEXICANOS Y LEY DE LA COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD

La reforma energética 2013-2014 significa la demolición de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, que establecen que la nación es la propietaria de los hidrocarburos, y que señalaba que éstos en exclusiva debían ser explotados por el Estado a través de sus organismos públicos.

La reforma propone eliminar cualquier independencia energética de nuestro país, lo que implicará subordinarnos a la política energética hegemónica de los Estados Unidos.³¹

El modelo privatizador y desnacionalizador de la reforma recomendada por la OCDE, se resume en tres elementos: 1) privatización de los objetivos de la industria energética nacional; 2) privatización de sus estructuras; y, 3) privatización de los instrumentos de operación.³²

Primero. Los objetivos de la industria energética nacional se privatizan porque asignan a Pemex y a CFE características corporativas de empresa privada.³³ Se diluye el carácter público de Pemex y CFE, se homologan sus objetivos y la de los organismos del sector a los de las empresas privadas. En éstas el objetivo es extraer y vender recursos energéticos con la mayor rapidez para “maximizar la ganancia”. Pemex y CFE ya no mantendrán su naturaleza pública con el fin de ser la palanca del desarrollo nacional sino empresas quasi privadas que no se guiarán por el principio orientador de salvaguarda del interés general sino por el derecho privado y por las disposiciones de los tratados comerciales y de inversión foránea.

Dicen los artículos 4o. de ambas leyes que las empresas productivas tienen como fin el desarrollo de actividades empresariales. En esas leyes se prescinde de los fines constitucionales, que son: el Estado mantiene la rectoría económica; la nación conserva la propiedad originaria, directa, inalienable e imprescriptible sobre los recursos naturales (los hidrocarburos); los hidrocarburos en el subsuelo son, en cualquier caso, propiedad de la nación; los particulares pueden intervenir en el área estratégica de los hidrocarburos pero sin tener la rectoría de la industria de hidrocarburos, el control y la administración de las empresas productivas del Estado — artículo 25, párrafo 4o.—; las modalidades a la propiedad y a la intervención de los particulares en las áreas estratégicas las dicta el Estado y deben

³¹ En sentido contrario a lo que aquí se expone véase Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C., *Nos cambiaron el mapa: México ante la revolución energética del siglo XXI*, México, Impresos Villaflorito, 2013, pp. 103 y ss.; Grunstein, Miriam, *De la caverna al mercado. Una vuelta al mundo de las negociaciones petroleras*, México, Coordinación Editorial-Edition Felou, 2010, pp. 232-236.

³² Bartlett Díaz, Manuel (coord.), *Estrategia urgente en defensa de la nación. Política energética para que México sea potencia económica en el siglo XXI*, México, Partido del Trabajo, 2013.

³³ Bartlett Díaz, Manuel, *Reforma energética. Un modelo privatizador*, México, edición del autor, 2009.

responder a los fines del desarrollo nacional —artículo 26 constitucional—; las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos son de interés social y orden público, es decir, no están o no deben estar, sujetas al mercado; los hidrocarburos al salir del subsuelo son de la nación porque la participación de los particulares en la industria es para que el Estado obtenga ingresos y con ello se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación, no para que los particulares obtengan en primer lugar beneficios —párrafo 7o. del artículo 27—; los hidrocarburos no son “commodities” sino recursos para el desarrollo nacional.

Segundo. Se privatizan las estructuras porque se privatiza la organización. Las nuevas leyes de Petróleos Mexicanos y de CFE constituyen un régimen jurídico de excepción. Pemex y CFE tendrán un régimen de adquisiciones, presupuestal y patrimonial específico, distinto al resto del sector público nacional. Se crea un Consejo de Administración en ambas empresas productivas, cuyos “consejeros independientes” están regulados de forma distinta al resto de los servidores públicos en materia de rendición de cuentas, transparencia, salarios, responsabilidades e inmunidades—. Esta estructura es para que el Estado y el gobierno pierdan el control sobre la industria energética nacional y para que ésta se guíe por objetivos empresariales, desvinculados del interés público del Estado, aunque el presidente de la República mantendrá su control personal: participa en el nombramiento de los consejeros, del director de Pemex y CFE.

La finalidad del régimen especial —artículo 1o. de la Ley de Pemex y de CFE— en la naturaleza jurídica, remuneraciones, adquisiciones, bienes, responsabilidades, dividendo estatal, autonomía presupuestaria y deuda, tiene por propósito limitar y reducir los controles que el resto de las instituciones de la administración pública reciben de otras instituciones del Estado (Cámara de Diputados o Auditoría Superior de la Federación). Tratar a Pemex y CFE como entidades casi ajenas a la administración pública bajo esquemas más de derecho privado que de derecho público es para resaltar su carácter de empresas cuasi privadas.

La reforma autoriza la creación de múltiples subsidiarias y filiales por los consejos de administración, lo que desarticulará la visión nacional de una industria energética integrada.

Los consejos de administración de Pemex y CFE asumen competencias legislativas anticonstitucionales. Se les faculta para emitir normas ge-

nerales en materia energética en oposición al artículo 73, fracción X, de la Constitución, el que señala que corresponden al Congreso.

Tercero. Se privatizan los instrumentos de operación porque a través de contratos, concesiones, permisos y autorizaciones se entregarán los recursos energéticos del país a empresas trasnacionales, las que obtendrán los principales beneficios económicos. La renta energética dejará de pertenecer a la nación en exclusiva y la compartiremos con intereses foráneos.

El esquema de las leyes de Pemex y CFE es para limitar la importancia de estos organismos en la economía nacional, para que en un futuro desaparezcan y para que empresas trasnacionales obtengan los principales beneficios por la explotación de los recursos energéticos.

En concreto, las leyes de Pemex y CFE contienen los siguientes elementos inconstitucionales:

Régimen especial. La finalidad del régimen especial —artículo 1o. de la Ley de Pemex y de CFE— en la naturaleza jurídica, remuneraciones, adquisiciones, bienes, responsabilidades, dividendo estatal, autonomía presupuestaria y deuda, tiene por propósito limitar y reducir los controles que el resto de las instituciones de la administración pública reciben de otras instituciones del Estado (Cámara de Diputados o Auditoría Superior de la Federación). Tratar a Pemex y CFE como entidades casi ajenas a la administración pública bajo esquemas más de derecho privado que de derecho público es para resaltar su carácter de empresas cuasi privadas.

Autonomía técnica, operativa y de gestión de Pemex y CFE (artículo 2o. de ambas leyes). No es tal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Energía tutelan su funcionamiento.

Fines de las empresas productivas. Dicen los artículos 4o. de ambas leyes que las empresas productivas tienen como fin el desarrollo de actividades empresariales. En esas leyes se prescinde de los fines constitucionales, que son: el Estado mantiene la rectoría económica; la nación conserva la propiedad originaria, directa, inalienable e imprescriptible sobre los recursos naturales (los hidrocarburos); los hidrocarburos en el subsuelo son, en cualquier caso, propiedad de la nación; los particulares pueden intervenir en el área estratégica de los hidrocarburos pero sin tener la rectoría de la industria de hidrocarburos, el control y administración de las empresas productivas del Estado —artículo 25, párrafo cuarto—; las modalidades a la propiedad y a la intervención de los particulares en las áreas estratégicas las dicta el Estado y deben responder a los fines del desarrollo nacional —

artículo 26 constitucional—; las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos son de interés social y orden público, es decir, no están o no deben estar, sujetas al mercado; los hidrocarburos al salir del subsuelo son de la nación porque la participación de los particulares en la industria es para que el Estado obtenga ingresos y con ello se contribuya al desarrollo de largo plazo de la nación. No para que los particulares obtengan en primer lugar beneficios —párrafo séptimo del artículo 27—, y los hidrocarburos no son “commodities” sino recursos para el desarrollo nacional.

Legislación mercantil y común (artículo 7o., párrafo 2, de las leyes de Pemex y CFE). Es para que Pemex y CFE pierdan su potestad de entidades públicas y que los términos de contratación se rijan por el principio de la autonomía de la voluntad y no por los principios del derecho público que salvaguardarían jurídicamente la posición jerárquica, de supra a subordinación de Pemex y CFE con las empresas privadas.

Booking. En el párrafo 2o. del artículo 8o. de la Ley de Pemex se da un giro que no está expresado de la misma forma en la Ley de Hidrocarburos. Las empresas pueden reportar el interés económico para efectos contables y financieros que represente el contrato sin tener que registrar el contrato ante las instituciones crediticias y financieras.

Gobierno corporativo (artículos 11 y 12 de la Ley de Pemex y 10 y 11 de la Ley de CFE). La estructura y organización de las empresas productivas del Estado se rigen por los principios de las empresas privadas y no por los fines de las empresas públicas. La exposición de motivos reconoce que las características del gobierno corporativo de Pemex y CFE están tomadas de la OCDE.³⁴

Violaciones al artículo 73, fracción X, de la Constitución. Diversas disposiciones de la Ley de Pemex, por ejemplo, el artículo 13, y 12 de la Ley CFE que se refieren a las competencias del Consejo de Administración de ambas empresas, facultan a éstas para emitir lineamientos y normas de carácter general en materia de precios, remuneraciones, cancelación de adeudos, pagos extraordinarios, enajenación de bienes, etcétera, que en los términos del artículo 73, fracción X, corresponden en exclusiva al Congreso de la Unión. El Congreso de la Unión no tiene competencia para delegar esas atribuciones de naturaleza legislativa.

³⁴ OCDE, *Gobierno Corporativo y medidas del Consejo en Petróleos Mexicanos: evaluación y recomendaciones*, 2010, pp. 4 y ss.

Los consejeros independientes. El artículo 15, fracción III, de la Ley de Pemex alude a cinco consejeros independientes designados por el titular del Ejecutivo y ratificados por el Senado de la República por las dos terceras partes de los presentes (en la Ley de CFE se encuentra prevenida la regulación en el artículo 14, fracción III —en esta Ley son cuatro consejeros independientes y un consejero designado por el sindicato), de tiempo parcial que no tendrán carácter de servidores públicos. Lo anterior viola el artículo 108 de la Constitución que señala que es servidor público cualquier persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en las instituciones del país. Los “consejeros independientes” no pueden ser independientes si los nombra el Ejecutivo y son consecuencia, por la participación del Senado, del reparto de cuotas partidistas entre los partidos mayoritarios y no realizarán sus funciones con rigor si son designados de tiempo parcial.

El Consejo de Administración de Pemex no sesiona en público. Ni el Consejo de Administración de Pemex ni el Consejo de Administración de CFE sesionarán en público. Lo anterior constituye una violación al principio de máxima publicidad a que alude el artículo 6o. de la Constitución.

Remuneraciones de los consejeros independientes y del gobierno federal que no sean servidores públicos. El artículo 24, párrafo segundo, de la Ley de Pemex —en la Ley de CFE es el artículo 23, párrafo segundo— prevé un comité especial que fijará las remuneraciones de los consejeros independientes y de los consejeros que no sean del gobierno federal en función de las remuneraciones del mercado. Lo anterior constituye una violación evidente al artículo 127 de la Constitución que fija las reglas y los principios de las remuneraciones de los servidores públicos.

Obligaciones de confidencialidad de los consejeros y funcionarios del Consejo de Administración (artículos 28 y 29 de la Ley de Pemex y artículos 27 y 28 de la Ley de CFE). Esas obligaciones son contrarias al artículo 6o. de la Constitución que prevé el principio de máxima publicidad. Las leyes de Pemex y de la CFE deben precisar con claridad los supuestos de información reservada y confidencial, porque las excepciones a la publicidad deben ser estrictas, contempladas en una ley, y estar justificadas. La secrecía de la información no puede ser general ni puede quedar confiada a la interpretación del Consejo de Administración.

Impunidad en materia de responsabilidades. Los artículos 36 de la Ley de Pemex y 35 de la Ley de la CFE, establecen la impunidad de los

miembros del Consejo de Administración. Se trata de un privilegio inaceptable en el marco del Estado de derecho. Todo servidor público es y debe ser responsable por sus actos u omisiones. Esta disposición infringe el título IV de la Constitución.

Facultades excesivas al director general. Los artículos 46, fracción V, de la Ley de Pemex, y 45, fracción V, de la Ley de CFE, prevén que el director general puede autorizar pagos extraordinarios, donativos y donaciones a nombre de Pemex, CFE y sus subsidiarias. Se trata de una facultad que implica patrimonializar para fines privados recursos públicos. Se le otorgan competencias para el saqueo.

Reglas de vigilancia y auditoría promoverán la opacidad. Los artículos 50 a 58 de la Ley de Pemex y 49 a 57 de la Ley de CFE, que se refieren a las auditorías y a la rendición de cuentas, pretenden sustituir las atribuciones de control del Congreso de la Unión. Cabe la pregunta, si sobre las empresas productivas del Estado puede proceder la creación de alguna comisión de investigación en los términos del artículo 93 de la Constitución. Igualmente, las competencias de la Auditoría Superior de la Federación quedan limitadas por el régimen de excepción de Pemex y CFE, tal como se desprende de los artículos 58 de la Ley de Pemex y 57 de la Ley de CFE. Desde luego, la Secretaría de la Función Pública carece de competencias en la materia y la rendición de cuentas a la sociedad consistirá, en todo caso, en la publicación de informes escuetos sobre los estados financieros de las empresas productivas, sus subsidiarias y filiales. La opacidad será la divisa de estas empresas productivas.

Las filiales pierden su naturaleza pública. De acuerdo con los artículos 61 de la Ley de Pemex y 60 de la Ley de CFE, las empresas filiales no serán entidades paraestatales y se organizarán conforme al derecho privado. Es decir, las extremidades de las empresas productivas del Estado pasan a ser totalmente privadas. Esta trasmutación jurídica prueba la privatización del sector energético del país. Como empresas privadas, los controles del Estado, incluidos los que tienen que ver con vigilancia y auditoría, quedan eliminados.

La creación de empresas subsidiarias y filiales no pasa por la aprobación del Congreso de la Unión en franca violación del artículo 73, fracción X, de la Constitución. Los consejos de administración resuelven a ese respecto, junto con las Secretarías de Energía y Hacienda y Crédito Público, según lo determinan los artículos 64, 65, 66 y siguientes de la Ley

de Pemex y 60, 61, 62, 63, 64 y 65 de la Ley de la CFE. Se trata de un cercenamiento de atribuciones del Congreso de la Unión.

El régimen especial de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras es violatorio del artículo 134 de la Constitución. Todo este régimen especial transgrede el principio de reserva de ley. Según los artículos 75 de la Ley de Pemex y 77 de la Ley de CFE, el Consejo de Administración establece las disposiciones generales en la materia. Nuevamente al Congreso de la Unión se le privan de facultades constitucionales. Las finalidades del régimen especial en materia de adquisiciones son para flexibilizar la contratación, lo que implicará que en muchos casos no se realicen licitaciones públicas. Es un régimen especial para evadir responsabilidades y promover la corrupción.

La transmutación jurídica en materia de contrataciones. El artículo 80 de la Ley de Pemex y 82 de la Ley de CFE señalan que, hasta el fallo que adjudica un contrato, la naturaleza de los actos es administrativa. Sin embargo, una vez adjudicado el contrato, rige la legislación mercantil o civil. Esta disposición es para favorecer a los proveedores en detrimento de Pemex y CFE, sus subsidiarias y filiales. Es decir, estamos frente a una legislación que protege el interés privado por encima del interés público.

Bienes. El régimen especial de bienes —artículos 87 a 89 de la Ley de Pemex y 89 a 91 de la Ley de CFE— vulnera el artículo 134 de la Constitución que establece que en materia de patrimonio del Estado, la regulación debe ser legal y que los fines del patrimonio público están vinculados con el interés de la nación. La legislación secundaria, sin embargo, establece que la regulación de los bienes de las empresas productivas del Estado se regirá por la legislación común, salvo el caso de los bienes inmuebles, en donde el Consejo de Administración podrá desincorporar bienes inmuebles del régimen de dominio público y autorizar la enajenación de los bienes inmuebles de Pemex y de CFE.

Impunidad en materia de responsabilidades a todo el personal. Los artículos 92 y 93 de la Ley de Pemex y 94 a 95 de la Ley de CFE extienden la impunidad en materia de responsabilidades al personal de Pemex y sus subsidiarias en contra de lo dispuesto por el título IV de la Constitución. Se trata de privilegios que no existen para el resto de los servidores públicos.

Dividendo estatal. Los artículos 97 a 99 de la Ley de Pemex y 99 a 101 de la Ley de CFE disminuyen las competencias del Congreso y de la

Cámara de Diputados en materia de ingresos y egresos, en contra de lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público determina ese dividendo.

Transparencia. Indebidamente, los artículos 101 de la Ley de Pemex y el 103 de la Ley de CFE señalan que los consejos de administración a propuesta de sus comités de auditoría y previa opinión de los directores generales de Pemex y de CFE determinarán discrecionalmente la información que se pondrá a disposición del público. Lo anterior violenta los principios de reserva de ley y de máxima publicidad previstos en el artículo 6o. de la Constitución, pues sólo por ley y no por decisiones discretionales se determina cuándo la información debe ser reservada o confidencial y en caso de que la ley taxativamente no indique que la información es restringida, ésta debe ser totalmente pública.

Derecho extranjero. Los artículos 115 de la Ley de Pemex y 118 de la Ley de CFE permiten la aplicación del derecho extranjero y la intervención de instancias arbitrales trasnacionales. La pérdida de competencias para el Poder Judicial federal es evidente y se realiza con violación a los artículos 94 y siguientes de la Constitución.

Utilidades para los trabajadores. El artículo 118 de la Ley de Pemex y 121 de la CFE niegan este derecho laboral en violación al artículo 123 de la Constitución, aunque sí establecen que se puede otorgar a los trabajadores cualquier incentivo, compensación, bono, gratificación o comisión por el desempeño de sus labores.

VI. LEY DE LOS ÓRGANOS REGULADORES COORDINADOS EN MATERIA ENERGÉTICA Y LEY DE LA AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD INDUSTRIAL Y PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE DEL SECTOR HIDROCARBUROS

Los órganos reguladores coordinados —Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía— son muy débiles y seguirán incapaces de controlar a las trasnacionales.

La Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética es producto de la corrupción política. Se propone que la Secretaría de Hacienda y la Cámara de Diputados pierdan competencias. El artículo 3o. de la Ley indica que los órganos reguladores coordinados en materia

energética podrán disponer de los ingresos derivados de los derechos y los aprovechamientos, lo que implica que estarán exceptuados de enterar esos recursos a la Tesorería de la Federación. Esta norma entraña pérdida de control de la SHCP y será seguramente fuente de corrupción.

El nombramiento de los comisionados en los órganos reguladores coordinados en materia energética y en la agencia nacional de seguridad industrial, también serán fuente de corrupción política. Los nombramientos son para repartir cuotas entre los partidos.

La regulación de los conflictos de interés y las medidas anticorrupción previstas no son suficientes.

Se les dota de atribuciones que son inconstitucionales porque invaden competencias de los poderes públicos. Por ejemplo:

1. La fracción II del artículo 22 de la Ley de Órganos Reguladores les faculta a expedir normas generales administrativas, lo que viola el artículo 89, fracción I, de la Constitución, pues la facultad reglamentaria corresponde al Ejecutivo.
2. La fracción VI del artículo 22 de la Ley de los Órganos Reguladores les faculta para disponer de los ingresos derivados de los derechos y aprovechamientos que se establezcan para financiar su presupuesto, lo que implica una violación a la fracción IV del artículo 74 de la Constitución, pues quien define constitucionalmente el gasto en México es la Cámara de Diputados.
3. La fracción XVIII del artículo 22 de la Ley de los Órganos Reguladores les faculta a expedir las normas sobre el servicio profesional, lo que viola las atribuciones del Congreso —artículo 73, fracción X, de la Constitución y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la carta magna—.

Los comisionados de los órganos reguladores son servidores públicos de excepción que gozan de prestaciones que no tienen el resto de los servidores públicos ni aún el presidente de la República. Esas prestaciones violentan el artículo 127, fracción II, de la Constitución.

Es contradictorio que los órganos reguladores sean parte de la administración pública centralizada y que al mismo tiempo se les considere órganos desconcentrados con autonomía técnica, operativa y de gestión.

La Ley de la Agencia es parte de la corrupción y de los acuerdos políticos no públicos entre el PRI y el PVEM. Es una Ley que no prevendrá la afectación al medio ambiente. La Agencia no tiene competencias para dar por terminado un contrato, licencia o permiso en materia de hidrocarburos por violación a las disposiciones legales en materia de medio ambiente.

Respecto a las críticas concretas a la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, encontramos las siguientes deficiencias constitucionales:

Se priva de atribuciones a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El artículo 3o. de la Ley indica que los órganos reguladores coordinados en materia energética tendrán autonomía técnica, operativa y de gestión —sin embargo, contradictoriamente son parte de la administración pública centralizada— y podrán disponer de los ingresos derivados de los derechos y los aprovechamientos, lo que implica que estarán exceptuados de enterar esos recursos a la Tesorería de la Federación. Esta norma entraña pérdida de control de la SHCP y será seguramente fuente de corrupción.

Nombramiento de los comisionados entraña reparto de cuotas entre los partidos. El artículo 6o. de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética regula la designación de los siete comisionados propuestos por el Ejecutivo en terna al Senado y designados por éste por el voto de las dos terceras partes de los presentes. Es un esquema para el reparto de cuotas entre los partidos mayoritarios.

El titular del Ejecutivo escoge entre los comisionados al presidente del órgano regulador —artículo 7o.— lo que significa una limitación de la pretendida autonomía de los órganos.

Conflictos de interés. El artículo 8o., fracción VI, de la Ley indica que los comisionados no deben haber ocupado, en el año previo a su designación, ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas que estén sujetas a la regulación de los órganos reguladores. Se trata de un lapso muy corto, el lapso debiera ser mayor —cinco años, por ejemplo— para evitar que los comisionados sean representantes de los intereses de los poderes fácticos.

Suspensión de derechos políticos. El artículo 9o., fracción I, de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados establece que los comisionados podrán ser removidos por haber perdido sus derechos como ciudadanos o haber sido suspendidos en el ejercicio de los mismos. La norma parece

estar fundamentada en el artículo 38, fracción II, de la Constitución que establece la suspensión de derechos políticos desde que se dicta el auto de formal prisión, pero olvida el principio de presunción de inocencia señalado en el artículo 20.B, fracción I, de la carta magna, pues toda persona imputada tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad. Por lo tanto, sólo mediante sentencia firme es posible que una persona quede suspendida o pierda sus derechos fundamentales.

El voto a favor de los comisionados de los órganos reguladores no se funda ni motiva. El artículo 10 de la Ley indica que sólo el voto en contra debe ser razonado cuando los artículos 14 y 16 de la Constitución obligan a todas las autoridades a fundar y motivar sus decisiones, sin importar el sentido que revistan. Es decir, el sentido del voto no debe condicionar la obligación constitucional de fundar y motivar todas las decisiones.

Se viola el principio de reserva de ley en materia de transparencia. El artículo 11 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados indica que podrá haber información reservada o confidencial pero no precisa que el carácter confidencial o de reserva debe estar necesariamente previsto en ley. Si una disposición administrativa general establece condiciones de información reservada o confidencial, se violan el artículo 60. de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establecen el principio de reserva de ley: sólo por ley en sentido material y formal se puede restringir la naturaleza pública de la información gubernamental.

Causales de impedimento muy escasas. El artículo 12 de la Ley establece cuatro causas de impedimento para que un comisionado se excuse de participar en algún asunto. Deben extenderse las causales de impedimento y recusación para garantizar la independencia e imparcialidad de los comisionados. En esta materia, la Ley debe referir a las mismas causas de impedimento de los jueces civiles federales —las que establezca el Código Federal de Procedimientos Civiles—.

Códigos de conducta. Los códigos de conducta que prevén los artículos 15 a 18 de la Ley de Órganos Reguladores Coordinados violentan el artículo 113 de la Constitución, pues sólo por ley pueden establecerse conductas, procedimientos y sanciones susceptibles de responsabilidad administrativa. En el caso de la responsabilidad penal, sólo por ley pueden establecerse las conductas que constituyan delitos y las penas o sanciones

correspondientes —artículo 14 de la Constitución—. Los códigos de conducta no son ley y violan la Constitución.

Las sesiones del Consejo de Coordinación del Sector Energético no son públicas. El artículo 21 de la Ley se refiere a dichas sesiones y no establece su carácter público al momento de la deliberación. Lo anterior implica una violación al artículo 6o. de la Constitución que establece el principio de máxima publicidad.

Atribuciones inconstitucionales de los órganos reguladores coordinados. La fracción II del artículo 22 de la Ley les faculta a expedir normas generales administrativas, lo que viola el artículo 89, fracción I, de la Constitución, pues la facultad reglamentaria corresponde al Ejecutivo.

La fracción VI del artículo 22 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados les faculta para disponer de los ingresos derivados de los derechos y aprovechamientos que se establezcan para financiar su presupuesto, lo que implica una violación a la fracción IV del artículo 74 de la Constitución, pues quien define constitucionalmente el gasto en México es la Cámara de Diputados.

La fracción XVIII del artículo 22 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados les faculta a expedir las normas sobre el servicio profesional, lo que viola las atribuciones del Congreso —artículo 73, fracción X, de la Constitución y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la carta magna—.

Acuerdos delegatorios de las facultades de los presidentes de los órganos reguladores (artículo 23, fracción XII, de la Ley). Se violan las atribuciones del Congreso —artículo 73, fracción X— dado que las atribuciones otorgadas por el Congreso en la materia no pueden delegarse a voluntad de los presidentes de los órganos reguladores. El Congreso habilita a los funcionarios para ejercer competencias. Un acuerdo delegatorio —norma inferior a la ley— no puede delegar lo que el Congreso expresamente no ha facultado. Existe violación al artículo 16 de la Constitución.

Con cargo al erario se pagan los seguros de responsabilidad civil y asistencia legal (artículo 26 de la Ley). Los comisionados de los órganos reguladores son servidores públicos de excepción que gozan de prestaciones que no tienen el resto de los servidores públicos ni aún el presidente de la República. Esas prestaciones violentan el artículo 127, fracción II, de la Constitución.

Se viola la sistemática jurídica. El artículo 27 de la Ley señala que las decisiones de los órganos reguladores sólo pueden ser impugnados mediante juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Lo anterior implica que una ley que no es reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución establezca regulaciones sobre el amparo que le son impropias.

Las disposiciones presupuestarias violentan el artículo 74 de la Constitución. Los artículos 29 a 32 de la Ley otorgan a los órganos reguladores competencias en materia de presupuesto que son de la Cámara de Diputados. Los preceptos de la Ley se apropián del poder de bolsa de la cámara baja. Se infringe con ello el artículo 74, fracción IV, de la Constitución.

El artículo 31 de la Ley propone la creación de fideicomisos que se conformarán con los ingresos excedentes, lo que augura la prevalencia de opacidad y corrupción en ellos.

Las declaraciones de utilidad pública. El artículo 33 de la Ley va en contra del artículo 8o. transitorio de la reforma constitucional en materia energética y considera actividades de utilidad pública ámbitos como el tendido de ductos y construcciones que no quedan comprendidas en el texto del transitorio de la Constitución.

Se otorgan facultades recaudatorias a los órganos reguladores. Los órganos reguladores recabarán contribuciones como si fuesen autoridades hacendarias. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público no tendrá control pleno sobre esa recaudación.

Es contradictorio que los órganos reguladores sean parte de la administración pública centralizada y que al mismo tiempo se les dote de autonomía técnica, operativa y de gestión. Constituyen un sinsentido las modificaciones a los artículos 1o. y 2o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que considera a los órganos reguladores parte de la administración pública centralizada y que, al mismo tiempo, el artículo 3o. de la Ley les dote de autonomía técnica, operativa y de gestión.

En cuanto a la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, podemos señalar las siguientes insuficiencias:

No se precisan las vías para solucionar los conflictos de competencia entre la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y la Agencia. La Ley no establece ningún procedimiento para determinar en caso de antinomia quién tendrá prevalencia.

La creación de la Agencia implica una estructura administrativa innecesaria. No existe razón económica para la creación de la agencia. Su creación es consecuencia de la alianza del PRI con el PVEM. La dirigencia del PVEM solicitó esta estructura administrativa a cambio del apoyo al PRI para aprobar la reforma energética. Las competencias que se confieren a la agencia podrían ser ejercidas por la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y con ello se ahorrarían importantes recursos presupuestales.

Es una estructura centralista que violenta el artículo 73, fracción XXIX G, de la Constitución. De acuerdo con la Constitución, la protección, preservación y restauración del medio ambiente es una competencia concurrente (de Federación, estados y municipios). La Ley confiere todas las competencias en la materia —regular y supervisar la seguridad industrial, operativa y protección al ambiente respecto a los hidrocarburos— a un órgano desconcentrado de carácter federal —la Agencia—. Es decir, Estados y municipios carecen de atribuciones en la materia, lo que viola el artículo 73, fracción XXIX G, de la Constitución.

Se vulneran las atribuciones del Congreso y con ello se infringe el artículo 73, fracciones X y XXIX G, de la Constitución. En materia de energía y de medio ambiente es el Congreso el que tiene facultades para legislar. Sin embargo, la Ley —artículo 5o., fracciones VI, XIX y XX— le confiere atribuciones legislativas a la Agencia para emitir lineamientos generales en materia de conservación, preservación y restauración del medio ambiente en el sector hidrocarburos. El Congreso está indebidamente delegando competencias legislativas que le corresponden.

La Agencia, sin embargo, no tiene competencia para dar por terminado, rescindido o revocado un contrato para exploración o extracción de hidrocarburos por violación a la ley. Según el artículo 5o., fracción XVIII, de la Ley, la Agencia puede suspender, revocar o negar licencias, autorizaciones y permisos, pero exclusivamente en materia ambiental y no respecto a los contratos, licencias y permisos en materia de hidrocarburos. Es decir, no tiene competencias suficientes para que la violación a las disposiciones ambientales implique la rescisión, revocación o terminación de un contrato sobre hidrocarburos.

No existe desarrollo ni precisión sobre las indemnizaciones que deben pagar al Estado y a terceros, los regulados, y que sean consecuencia de

accidentes, daños y perjuicios en materia medioambiental.³⁵ El principal objetivo de la Ley debiera ser el desarrollo pormenorizado del pago de las indemnizaciones por accidentes, daños y perjuicios al Estado y a terceros.³⁶ La Ley de manera escueta —artículo 23— alude al pago de esas indemnizaciones y reenvía a lo que las leyes determinen, lo que vulnera el principio de certeza que debe observar una ley de estas características. Si el objeto fundamental de la Ley no está regulado, carece de sentido la estructura administrativa creada.

El Código de Conducta previsto vulnera el artículo 113 de la Constitución. El artículo 28 de la Ley contempla la existencia del Código de Conducta que alude a las obligaciones que deben observar los servidores públicos de la Agencia. De acuerdo al artículo 113 de la Constitución, las obligaciones, conductas sancionables y sanciones deben estar necesariamente previstas en la ley y no en una norma administrativa.

El director ejecutivo de la Agencia tiene atribuciones reglamentarias que violentan el artículo 89, fracción I, de la Constitución. El artículo 31, fracción IV, de la Ley, determina que el director ejecutivo tiene competencia para expedir las reglas y disposiciones de carácter general en la materia. Esa competencia sólo puede ser competencia del titular del Poder Ejecutivo.

Se vulnera el principio de máxima publicidad y de reserva de ley. El último párrafo del artículo 32 de la Ley de la Agencia señala que el Consejo Técnico de la Agencia se regirá en cuanto a las condiciones y características de sus sesiones por lo que disponga el Reglamento Interior de la Agencia. Esa norma es contraria al artículo 6o. de la Constitución que obliga a la máxima publicidad de los actos públicos y, a que en materia de derecho a la información y transparencia, sea la ley y sólo la ley, la que establezca los casos de reserva y confidencialidad.

³⁵ Para comprender las implicaciones medioambientales y económicas del “fracking” véase el importante reportaje de Zuckerman, Gregory, *The Frackers. The Outrageous Inside Story of the New Billionaire Wildcatters*, Portafolio/Penguin, Nueva York, 2013.

³⁶ En especial en materia de “fracking”. Sobre esta técnica de extracción de hidrocarburos véase Ángles Hernández, Marisol, “Reforma energética y cambio climático. Algunos puntos de desencuentro”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias*, México, UNAM, 2014 (inédito); Sheinbaum Pardo, Claudia, “La reforma energética en el contexto internacional”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias*, cit.

Privilegios de los servidores públicos de la Agencia violatorios del artículo 1o. de la Constitución. El artículo 35 de la Ley señala que los servidores públicos de la Agencia contarán con un seguro de responsabilidad civil y asistencia legal para el caso de responsabilidades. La mayor parte de los servidores públicos del Estado no cuentan con ese beneficio. Ello violenta el principio de igualdad, que se deriva del artículo 1o. de la Constitución y, además infringe el artículo 127 de la carta magna, el que indica que ningún servidor público puede recibir prestaciones superiores a las del presidente de la República.

El fideicomiso que se deriva del artículo 19 transitorio de la reforma constitucional energética de diciembre de 2013 y que se regula en los artículos 36 a 38 de la Ley de la Agencia, vulnera competencias de la Cámara de Diputados. De acuerdo con el artículo 74, fracción IV, de la carta magna, el poder de bolsa para disponer del presupuesto es competencia de la cámara baja. Es indebido que una ley secundaria señale que el poder de bolsa en esta materia ya no es totalmente de la Cámara de Diputados. La existencia de este fideicomiso promoverá la corrupción y la opacidad porque la Agencia tendrá discrecionalidad en la administración de los recursos autogenerados.

VII. LA LEGISLACIÓN FISCAL Y PRESUPUESTAL ENERGÉTICA

Los aspectos financieros de la reforma energética quedaron plasmados en los dictámenes que se votaron en el Congreso respecto a: la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, las reformas a la Ley Federal de Derechos y a la Ley Coordinación Fiscal, la expedición de la nueva Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, así como en las modificaciones a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y a la Ley General de Deuda Pública.

La Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos contiene dos regímenes fiscales: uno para Pemex y otro para los contratistas privados. El régimen fiscal de Pemex es muy similar al que ha estado vigente hasta ahora, pues según el mismo, Pemex seguirá aportando al fisco mexicano aproximadamente el 30% de los recursos fiscales del Presupuesto de Egresos de la Federación. Además, ese régimen fiscal resulta desigual para Pemex en relación con las empresas privadas y es mucho más gravoso que el que la Ley de Ingresos

sobre Hidrocarburos prevé para los contratistas privados, los que aportarán al fisco mexicano magros recursos.

Los contratistas privados no pagarán contribuciones al fisco mexicano sino contraprestaciones, las que se determinarán según se acuerde en cada caso concreto. Adicionalmente pagarán a la hacienda pública el impuesto sobre la renta. Sin embargo, sus aportaciones están muy lejos y, desde luego, a la baja de las que le corresponderá pagar a Pemex.

Las contraprestaciones que las empresas privadas pagarán al Estado no se estiman tributos o contribuciones, sino que se regirán por las reglas del derecho privado. Ese principio jurídico, totalmente ajeno al derecho mexicano, vulnera lo previsto en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución, pues las contribuciones no pueden ser materia de convenios o contratos sino que deben preverse en la ley y poseer al menos las características de generalidad y certidumbre.

La supervisión de los aspectos financieros de los contratos en relación con las contraprestaciones no será vigilada por los ciudadanos, y los términos de la fiscalización no será conocida por éstos durante los procedimientos de auditoría. Es decir, la supervisión de la administración de los aspectos financieros de los contratos relacionados con las contraprestaciones se realizará en la opacidad y seguramente será fuente de corrupción y componendas.

En la Ley Federal de Derechos se derogan los artículos 254 a 261 de la Ley para pasar esas normas a los artículos 38 a 62 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos. La diferencia ahora es que esas contribuciones no se enterarán a la Tesorería de la Federación, sino que se enviarán al Fondo Mexicano del Petróleo.

La Ley de Coordinación Fiscal se modifica para mantener el porcentaje de ingresos por derechos que es participable bajo el nuevo esquema de ingresos petroleros. Se sigue considerando que será participable el 85.31% de la recaudación obtenida por la suma del derecho ordinario sobre hidrocarburos, del derecho especial sobre hidrocarburos y del derecho adicional sobre hidrocarburos. La diferencia consiste en que las transferencias se ingresarán al Fondo Mexicano del Petróleo y no a la Tesorería de la Federación. A este monto se le va a agregar el impuesto sobre la renta que se genere por los contratos, estableciendo un coeficiente participable en 79.73%, para con ello minimizar el impacto sobre el monto

que se transfieren a las entidades federativas por sus participaciones en los ingresos petroleros.

El Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo es un fideicomiso que será dirigido por un Comité dominado por funcionarios del gobierno federal pero las disposiciones que regulan a los fideicomisos públicos no le serán aplicables.³⁷ Dicho Fondo será presidido por el secretario de Hacienda. Cuando se estableció el Fondo en la Constitución en 2013, se quiso imitar al Fondo petrolero que existe en Noruega, el que mantiene como reservas para las generaciones futuras, a la totalidad los recursos de la renta petrolera de ese país.³⁸ A diferencia del caso noruego, en la ley mexicana los recursos que integren el Fondo Mexicano del Petróleo se destinarán de manera preponderante al gasto corriente. Esos recursos no se destinarán a garantizar el desarrollo de la planta industrial y productiva de la nación ni al apoyo de las pequeñas y medianas empresas; tampoco se destinarán a la compensación de las desigualdades sociales y regionales; e igualmente, no se destinarán a cubrir de manera preferente al desarrollo del capital humano.

La nueva Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo determina las asignaciones al Fondo con un orden de prelación, lo que elimina la flexibilidad. Las aportaciones al Fondo son:

- Pago de las asignaciones y contratos.
- Transferencias a los fondos de estabilización de ingresos petroleros y de los ingresos de las entidades federativas.
- Transferencias al fondo de extracción de hidrocarburos.
- Transferencia a la Tesorería de la Federación de recursos necesarios para que los ingresos petroleros se mantengan en 4.7% del Producto Interno Bruto.
- Destinar recursos al ahorro de largo plazo.

³⁷ Ramírez de la O, Rogelio, *Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo*, México, Friedrich Ebert Stiftung, 2013.

³⁸ Los “Sovereign Wealth Fund”, que se han constituido en diversos países del mundo siguiendo el ejemplo Noruego, son generalmente controlados por los bancos centrales de los Estados y sirven como instrumento de transferencia de renta intergeneracional. Salvo el caso noruego, suelen ser cuestionados por su opacidad y por los débiles mecanismos de rendición de cuentas que presentan.

La Ley indica que, únicamente cuando el saldo de las inversiones de ahorro público de largo plazo, sean iguales o mayores al 3% del PIB del año previo al que se trate, se podrán destinar los recursos del Fondo. Esos recursos se destinarán a:

- Pensiones universales, hasta 10% del incremento respecto del año anterior.
- Investigación e innovación, hasta 10% del incremento respecto del año anterior.
- Vehículos de inversión en proyectos petroleros (y en su caso en inversiones para el desarrollo nacional, es decir, esto es opcional), hasta 30% del incremento respecto del año anterior.
- Becas universitarias y de posgrado, hasta 10% del incremento respecto del año anterior.

La Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria propone dotar a Petróleos Mexicanos y a la Comisión Federal de Electricidad de un régimen especial que les otorgue autonomía presupuestaria, sustrayéndolas de los controles y reglas asociados al proceso presupuestario, manejo de la deuda y control del gasto, a las que habían estado sujetos.

La Ley General de Deuda Pública determina, en contra de los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos, que el llamado pasivo laboral de Pemex y de CFE se pague con cargo al Presupuesto. El argumento del pasivo laboral ha sido indebidamente empleado para cuestionar la viabilidad financiera de Pemex y de CFE y para aludir a los privilegios y la corrupción de los líderes sindicales. Sin embargo, el pasivo laboral de Pemex y de CFE, a pesar de que pueda ser estimado alto en relación con otras dependencias y entidades del sector público, es expresión de los derechos constitucionales de carácter laboral de los trabajadores y representa montos relativamente pequeños, en comparación por ejemplo, con la renta petrolera de Pemex. En cuanto a la corrupción y los privilegios en Pemex y CFE, la vía no consiste en combatirla afectando los derechos y las prestaciones de los trabajadores, sino en enfrentarla a través de la imputación de los hechos delictivos que hayan realizado los dirigentes de los sindicatos.

En materia de financiamiento se propone otorgar a las empresas productivas del Estado flexibilidades adicionales (se adiciona un artículo 22

bis de la Ley General de Deuda Pública). Los pasivos de las empresas productivas del Estado —Pemex y CFE— se estiman deuda pública, lo que implica que las grandes empresas transnacionales privadas que entren al negocio energético por la vía de los contratos, no compartirán el riesgo, sino sólo las utilidades, cargando al erario público los pasivos de Pemex y CFE como deuda pública y en última instancia al pueblo de México, que pagará con mayores impuestos el endeudamiento de Pemex.

Los aspectos financieros de la reforma energética evidencian de manera palpable la consecuencia más negativa de la reforma energética. Esta consecuencia consiste en la entrega de un porcentaje muy importante de la renta petrolera a las empresas extranjeras en demérito de la hacienda pública nacional, lo que provocará un enorme hoyo fiscal que será cubierto con endeudamiento, con reducción del gasto público o con el incremento de los impuestos a cargo de los mexicanos.

VIII. CONCLUSIONES

La reforma energética, tanto la constitucional como la legal secundaria y los actos de aplicación de la misma, son expresión del modelo neoliberal y geoestratégico de dominación mundial.³⁹

Los principales contenidos de la reforma energética obedecen a un modelo que ha sido diseñado desde los centros de dominación mundial y que podemos caracterizar, entre otros, por los siguientes elementos:

Desmantelamiento del Estado. El Estado mexicano es amputado por la reforma y reducido a mínimos para favorecer al mercado internacional. Para comprobarlo, podemos decir que los principales instrumentos de financiación y operación del Estado son suprimidos o limitados: a) Pemex y CFE modifican su naturaleza jurídica, de organismos públicos descentralizados a empresas productivas, dichas empresas responden a los criterios del gobierno corporativo determinadas por la OCDE y consisten principalmente en la administración de Pemex y de CFE como si se tratara de empresas privadas; b) el régimen de excepción de Pemex y CFE en materia de presupuesto, deuda, responsabilidades, transparencia, fiscalización o adquisiciones, es para que los instrumentos de control parlamentario o

³⁹ Vargas Suárez, Rocío, *El papel de México en la integración y seguridad energética de Norteamérica*, México, UNAM-CISAN, 2014.

gubernamental no operen como en el caso del resto de los poderes y de las dependencias y entidades gubernamentales, es decir, son la evidencia de la migración de Pemex y CFE a la condición de empresas quasi privadas—están saliendo de la esfera pública—; c) el hoyo fiscal que producirá la reforma, por el régimen fiscal especial del que gozarán los contratistas, privará a la hacienda pública de recursos para el gasto público y obligará al Estado al endeudamiento, la reducción del gasto público o el incremento de impuestos para colmar el déficit fiscal que generará la reforma—pone al Estado de rodillas—; d) la afectación al principio del dominio directo de la nación sobre los recursos naturales del subsuelo —al compartir la renta petrolera— implicará pérdida de soberanía; y e) la ocupación temporal de la propiedad privada, pública y social a favor de las empresas trasnacionales implica el fin del derecho de propiedad de los mexicanos.

Privatización del derecho público. Esta privatización se manifiesta en: a) el fin de la cláusula Calvo porque las controversias que se susciten con motivo de la reforma no serán resueltas por los tribunales nacionales sino por instancias de arbitraje internacional; b) la protección de las inversiones extranjeras sobre las nacionales —artículos 1103, 1106 y 1110 del TLC— implica que el derecho público mexicano y la propiedad de los nacionales queda subordinado al derecho internacional de carácter comercial; c) la aplicación del derecho privado de manera supletoria en la materia; d) el régimen fiscal de los contratos que no es tratado como contribución fiscal sino como contraprestación regida por el derecho privado; e) el Fondo Mexicano del Petróleo que no se rige por las reglas de los fideicomisos públicos sino como fideicomiso *sui generis* al margen de los controles estatales que operan en el resto de los fideicomisos; f) las expropiaciones simuladas bajo la figura de ocupaciones temporales o servidumbres que se realizarán, no para garantizar una causa de utilidad pública, sino para satisfacer el interés privado de los contratistas; g) el “booking” que permite que las reservas de hidrocarburos de la nación se otorguen como garantía para la obtención de créditos en la banca internacional; h) la bursatilización de las reservas nacionales en las bolsas de valores del extranjero; y, por último, i) la subordinación de la propiedad ejidal e indígena a los fines de la reforma energética.

Desmantelamiento del Estado de bienestar. Esta característica se manifiesta en lo siguiente: a) la consideración de los derechos de los trabajadores de Pemex y CFE como pasivo laboral y no como auténticos derechos huma-

nos; b) la negación del derecho al desarrollo de los pueblos previsto en los artículos 1o. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos y Sociales de la ONU, al subordinar este derecho humano a los intereses de los inversionistas extranjeros; c) la subordinación de los derechos de los pueblos originarios a las inversiones privadas porque los resultados de los procedimientos de consulta no son vinculantes en caso de una negativa de las comunidades a las inversiones; d) la violación de los derechos al abasto social de la electricidad y de los hidrocarburos porque los organismos públicos —Pemex y CFE— no serán responsables de ese abasto y el Estado no lo podrá garantizar por la multiplicidad de agentes económicos; y, e) la reducción de los contenidos de los derechos fundamentales a la propiedad social porque ésta se subordina al carácter preferente de las actividades energéticas.

Subordinación del Estado mexicano a los intereses geoestratégicos de los Estados Unidos. La reforma estructural energética entraña la sustitución definitiva del modelo de desarrollo que se había conformado en México después de la expropiación petrolera de 1938. Los hidrocarburos primero y la electricidad después constituyeron durante décadas no sólo las principales fuentes de ingresos fiscales para el país sino que también fueron los sectores alrededor de los que el resto de la industria y la economía nacionales giraban, se nutrían, se desarrollaban y robustecían. Tan importante era el sector energético como palanca de desarrollo nacional, que ese ámbito, quedó excluido en beneficio de México del Tratado de Libre Comercio con América del Norte con la finalidad de que siguiera siendo considerado por el orden constitucional mexicano como un área estratégica, es decir un sector de exclusiva explotación por parte del Estado, tal como se preveía en el párrafo cuarto del anterior artículo 28 constitucional.

La reforma constitucional y legal energética de 2013 y 2014 fue diseñada desde el exterior —desde los Estados Unidos y los organismos financieros internacionales— para entregar los recursos energéticos de la nación a intereses foráneos. Con esa reforma, la nación pierde parte de sus riquezas naturales y el Estado mexicano abdica de sus antiguas competencias para explotar en exclusiva los recursos energéticos de los mexicanos, tanto de esta generación como de las futuras. La reforma ha sido impuesta por el gobierno para beneficiar los intereses foráneos y se realizó a través del aparato propagandístico del duopolio televisivo que acalló o silenció a las voces opositoras.

En síntesis, el modelo que representa la reforma energética significa la pérdida de las visiones de Estado y de nación en beneficio de una globalización impuesta de arriba a abajo que constituye una auténtica revolución de los ricos del mundo para los ricos del mundo.⁴⁰

⁴⁰ Véase Cordera, Rolando *et al.*, *Sobre las propuestas de reforma energética*, México, UNAM, octubre de 2013.

D. R. © 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 143, pp. 547-613