

El Diálogo es un Derecho

Reglas y Estrategias de Interacción entre Gobierno y Empresas de Energía

Miriam Grunstein

mgrunstein@brilliantenergy.com.mx

Fecha:03-02-2021



Introducción

De algo podemos estar seguros: son tiempos de crisis y la incomunicación con el gobierno agrava la incertidumbre. En el curso de 2020, por la alerta sanitaria y sus consecuencias económicas, la población mundial ha estado particularmente atenta a los mensajes de sus gobernantes. En México, tanto en el sector energético, como en otras actividades, cunde una pandemia de *incomunicación* que a su vez provoca una de *inseguridad jurídica*. Pasados dos años desde que Andrés Manuel López Obrador tomó la silla, y el micrófono presidencial, el mensaje hacia los actores del sector energético se ha vuelto más adversarial pero no más sustantivo. Después de un vaivén en cuanto a mantener, o no, el marco jurídico vigente, finalmente el presidente ha anunciado que podría presentar una reforma Constitucional y legal para devolver la exclusividad de la industria a Pemex y a CFE.

Mientras eso sucede, el riesgo para el sector ha yacido y permea en la esfera administrativa. Es desde la administración pública que se han sentido las contracciones hacia el campo de participación de las empresas privadas, la cual inició en las reformas eléctrica de 1992 y la del gas natural de 1995.¹

Es por esto que en este documento le damos una importancia central al procedimiento y al acto administrativo. A falta de una reforma Constitucional y legal, donde puede reinar la voluntad presidencial, es en la esfera administrativa desde donde se siente el poder. Hasta ahora la llamada “contrarreforma energética” ha sido mediante actos y omisiones de los órganos del sector como la Secretaría de Energía (SENER), la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y la Comisión Reguladora de Energía (CRE), algunos legales otros presuntamente ilegales. De aquí que cuando hablamos de “gobierno”, nos referimos en particular a la administración pública, centralizada y paraestatal.

¹En 1992 se llevaron a cabo cambios a la Ley del Servicio de la Energía Eléctrica, mediante los cuales se hizo una excepción al Servicio Público, de prestación exclusiva del Estado, al autoabastecimiento, cogeneración, producción independiente, cogeneración, importación y exportación y pequeña producción, los cuales desde ese momento podían ser ejercidos por particulares. *Diario Oficial de la Federación*, 23 de diciembre de 1992. Mientras tanto, en 1995, se reformó la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, en el sentido de que, de acuerdo con el artículo 3 de la misma las Ventas de Primera Mano de gas natural quedaba como una actividad exclusiva de Pemex, pero sujeta a régimen de regulación; y, de conformidad con el artículo 4, el transporte, la distribución y el almacenamiento del mismo quedaban también abiertas a la participación de particulares, sujetas a la regulación de la CRE.

Más aún, la vulnerabilidad de las empresas energéticas es directamente proporcional a su incomunicación con el gobierno en turno. Aquí debemos una precisión: este estudio no está dedicado al análisis de los canales de comunicación informales, sino a su relacionamiento jurídico. Esto es, aunque interesen las palabras de diversos funcionarios del sector en foros, “Mañaneras” y otros convites, los mismos son relevantes en la medida en que sean preámbulos de actos administrativos sorpresivos, unilaterales que no pasaron por los cauces oficiales para ser conocidos. Por esta razón, la fuerza que atrae nuestro estudio es la actividad administrativa cuando ésta repele y sacude lo que, hasta ahora, era un mercado que transitaba a ser abierto. Para ser puntuales, este estudio se centra en la interacción entre las empresas y la esfera administrativa a través de SENER, CRE, CNH, y las llamadas Empresas Productivas del Estado, Pemex y CFE. La última parte contiene una serie nutrida de recomendaciones para los casos en que, solapado en el silencio, el gobierno atenta en contra de los derechos de las empresas.

Metodología

Este análisis se abordará a partir de una técnica elemental de interpretación jurídica. No se entienda por ello que abordaremos el sentido de la norma desde un prisma subjetivo, sin sustento interpretativo. Para llegar a una exégesis rica y razonada, recurriremos a textos de teoría de derecho administrativo de la mayor avanzada; también es factible recurrir a la lectura de resoluciones administrativas que permitan este esclarecimiento; finalmente, en la medida de lo posible, podremos echar mano a los testimonios de interlocutores que consideremos válidos y confiables. Por las dificultades de la coyuntura política, muchos han pedido no ser identificados.

1. “Proceda conforme a Derecho.” El Derecho de Petición.

La variedad de vías de comunicación y relacionamiento con las autoridades ha depositado el Derecho de Petición, aún en el artículo 8 Constitucional, en el baúl de los recuerdos. Quienes saben de él, será porque, tal vez hace unos 20 años, fue un tema obligado en los cursos introductorios de la carrera de Derecho. Con entusiasmo, los estudiantes se enteraban de que los gobernados (no solo los ciudadanos) teníamos el derecho de aproximarnos “por escrito y respetuosamente” a las autoridades para pedir (preguntar, requerir, expresar una queja) luego de lo cual éstas debían contestar también por escrito y en breve término, lo cual quedaba a discreción de quien tuviera que responder, si acaso fuere posible identificar al responsable. Sobre este derecho, aun hace algún tiempo, en los corredores

de las distintas dependencias de la administración pública federal, se repetía la *leyenda negra*² de la respuesta que daba a éste el no menos legendario Licenciado Arsenio Farell.. Por escrito, y en muy breve término, los escribas del Lic. Farell respondían “proceda conforme a derecho”, bajo lo cual estampaba su firma autógrafa. Como la Constitución no requiere contenido específico alguno en la respuesta³ y mucho menos en términos favorables a lo requerido, la interpretación de esta norma podría ser cualquiera.

Hoy una respuesta como aquella sería inaceptable. Los distintos procedimientos administrativos, las políticas y reglas de transparencia, mejora regulatoria, gobierno abierto, participación ciudadana e incluso la “guerrilla” en las redes sociales, han hecho que respuestas como “proceda conforme a derecho” sean una especie en peligro de extinción, al menos hasta el gobierno de Andrés Manuel López Obrador en el que el silencio nuestras preguntas y buscamos respuestas. Durante este gobierno, y sensiblemente en el caso del sector energético, existe un grado importante de incertidumbre sobre cómo proceder.

1.1 Visita Breve a los Archivos del 8 Constitucional

Uno de los vicios de los estudiosos del Derecho es iniciar cualquier recuento jurídico con un remonte hacia los orígenes de todo. Aquí la intención es tan solo observar la semilla de un hito histórico, para luego explorar el campo neblinoso en el que se sitúan los proyectos privados de energía con el cambio de régimen.

Desde la constitución de Apatzingán, de octubre de 1814, en el artículo 27 se establece que no se debe coartar la libertad o facultad de los ciudadanos de exigir sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública.⁴ Es interesante que en este cuerpo normativo no se establezca un derecho a “pedir” sino propiamente de *exigir* derechos frente a la autoridad, cosa que es mucho más poderosa que un simple derecho de solicitar una respuesta –la que fuere— por escrito y de manera “pacífica y respetuosa.” Este último derecho, que ahora se percibe endeble, no reaparece sino hasta 1840 cuando el diputado José Fernando Ramírez manifiesta un voto particular a favor del derecho de petición, pero

² Esta leyenda me fue narrada por el Lic. Raúl Nocedal Moncada, Comisionado Fundador de la CRE, feroz aplicador de la ley, mentor, amigo, erudito y melómano.

³ El texto de dicho artículo solo dicta que la respuesta deber ser por escrito y en breve término.

⁴ David Cienfuegos Salgado, “El derecho de petición en México.” México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. Biblioteca jurídica virtual. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1336/1.pdf>

lo acota a presentar iniciativas ciudadanas de leyes.⁵ Más adelante, en el acta constitutiva y de reformas de 1847, Mariano Otero, también por medio de un voto particular, retoma el derecho de petición, sin restringirlo a materia alguna pero sí lo limita a que los peticionarios deben ser ciudadanos, es decir, en pleno goce de derechos políticos.⁶

Hasta aquí, el germen del derecho a la interacción entre autoridades y gobernados se ve trepidante; va y viene como si se tratara de un derecho menor, sucedáneo. Empero, en un momento de ebullición liberal, y ya con un precedente desde 1814, de alguna manera tenía que abordarse un tema que, en el curso de dos siglos, y un poco más, se ha vuelto de la mayor importancia.⁷

Finalmente, en la constitución de 1857, así quedó la disposición en el artículo octavo:

“Es inviolable el derecho de petición ejercido por escrito de una manera pacífica y respetuosa; pero en materias políticas solo pueden ejercerlo los ciudadanos de la república. A toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, y ésta tiene obligación de hacer conocer el resultado al peticionario.”

Más tarde, durante el imperio de Maximiliano de Habsburgo, se dispuso en el estatuto provisional del imperio que todo mexicano tiene derecho a obtener una audiencia del emperador, presentándole sus peticiones y quejas.⁸

Y finalmente en la Constitución de 1917, en el mismo artículo octavo, la norma quedó de una forma muy semejante a la de 1857, misma que se ha mantenido intacto hasta hoy:

“Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.”

⁵ *Ibid.*

⁶ Luis Bazdresch, *Garantías Individuales*, México: Trillas 1990, p.57

⁷ No hay tendencia hacia un gobierno abierto que no ponga como prioridad el diálogo abierto, transparente, oportuno y eficaz entre servidores públicos y a quienes sirven. Hablar de una concesión graciosa a pedir, en lugar de una exigencia a responder y a rendir cuentas, es sin debate alguno un síntoma de un retroceso democrático.

⁸ Bazdresch, *Op. Cit.*, p.37

1.2 Disculpe Usted, Área Estratégica, ¿Me Permite una Pregunta?

Se podría abundar más en los elementos que constituyen la validez de la pregunta a la autoridad y en sus interpretaciones jurisdiccionales. Sin embargo, la jurisprudencia y las tesis aisladas que a ello se refieren, hoy escasamente son del interés del público. Los hallazgos de los criterios emitidos en los tribunales son antiguos pues este derecho que muy pocos invocan se considera obsoleto. Es ahora que podemos cuestionar esta obsolescencia pues es sano saber que podemos pedir, e incluso, exigir explicaciones sobre los aconteceres del sector que *consideramos estratégico* y que concierne, no solo a las empresas del ramo, sino a todos y cada uno de los mexicanos.

Ya cuando la buena fe se agota, ¿qué dispositivo dentro de la esfera jurídica hubiera sido útil para lograr un diálogo con el gobierno, de forma tal que se hubieran podido, si acaso no detener, al menos conocer actos violatorios de empresas y personas de a pie? Tal vez, si hubiéramos requerido un esclarecimiento a afirmaciones alarmantes y esporádicas, referidas a la malignidad de algunos proyectos privados, hubiera sido posible tomar algunas providencias. Aun si se antoja obsoleto este derecho de rango Constitucional, hay que retomarlo para poder analizar su capacidad de penetración en las entrañas del gobierno.

Esta parte dedicada al Derecho de Petición no ha pretendido hacer eco de su bibliografía enciclopédica y no muy graciosamente envejecida. En todo caso, le hemos puesto algo de atención por ser la manifestación más básica de cierto acceso a los círculos gubernamentales que hoy se cierran. Este derecho, que sigue vigente en la Constitución, ha sido poco socorrido como fundamento legal para entablar un acercamiento eficaz con el gobierno.⁹ Sin embargo, tal vez ahora, con algunas tendencias garantistas del poder judicial —en particular de la Suprema Corte de la Nación— se generen nuevos criterios para darle un sentido sustantivo a este derecho que lo haga instrumento real para derribar la barrera del silencio.

⁹ Eso es visible a través de la emisión de tesis aisladas y jurisprudencias, que datan

2. El Cajón del Sastre: El Procedimiento Administrativo

Pasaron ya 25 años desde la promulgación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.¹⁰ La extensión de su vida haría pensar que, en torno a ella, existiría un volumen de reflexión rico y crítico sobre sus efectos en el relacionamiento entre sus aplicadores y quienes vivimos sus efectos, activa o pasivamente. Sin embargo, hemos hallado pocos documentos, tanto académicos como descriptivos, que vayan más allá de las piezas que la componen. En cambio, hay bibliografía abundante sobre sus aspectos formales, de los requisitos y elementos para que se pueda completar dicho proceso,¹¹ de los plazos de ley para que la autoridad competente emita una respuesta y de los efectos jurídicos de la misma --haya conformidad o inconformidad con éstos.

Si la apuesta aquí fuera de replicar lo ya dicho, por tantos tomos y manuales de derecho administrativo, la tarea sería sencilla. Bastaría cortar y pegar, con sus debidas citas y atribuciones, y aplicarlo a la vida cotidiana de la energía. Sin embargo, objetamos este acercamiento por hallarlo pobre y poco interesante. Por otra parte, podríamos elaborar un catálogo comentado sobre los distintos actos administrativos aplicables al sector energético; mas ninguna de estas dos últimas opciones nos parecen dignas de la atención de los lectores por no aportar nada al material existente.

Una vez descartadas las repeticiones, planteamos nuestra propuesta: con valor agregado, realizar una lectura del Procedimiento Administrativo a nivel federal (por ser la energía de esa jurisdicción) y su papel como instrumento de facilitación de proyectos pero también como un dispositivo de control político.¹² Esta idea es novedosa en México pero no es así en los Estados Unidos donde estudiosos como Mathew Mccubbins y sus coautores han analizado el tema de la legalidad de la burocracia y de su relación con el poder político, desde los ochenta.¹³ Tratándose de un sector tan politizado como el energético, éste se antoja como un enfoque impostergable y necesario. Cuando hablamos del procedimiento administrativo, ¿se trata realmente de una maquinaria ciega en donde cada etapa se agota sin que prive, de alguna manera, diferenciación de trato? ¿Vale la pena preguntarse si, desde que se estampa su número de folio en la oficialía de partes, todos los interesados son iguales, aunque los resultados puedan ser diferentes, según se cumplan los requisitos normativos?

¹⁰ Miguel Pérez López, "El ámbito de aplicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo," México: Instituto de la Judicatura Federal," mayo, 2001. P.252 https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_10.pdf

¹¹ De entre las decenas de tomos sobre esta materia, por su concisión y claridad el de Miguel Alejandro López Olvera, "Los Principios del Procedimiento Administrativo", México: Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas," 205, pp.173-195 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/12.pdf>

¹² Para adoptar este enfoque hemos recurrido en particular al artículo "Administrative Procedures As Instruments of Political Control" de Mathew Mccubbins, Roger G. Noll y Barry N. Weingast, *Journal of Law Economics and Organization*. Oxford: Oxford University Press, 1987 3(2):243-77

¹³ *Ibid.*

Sobre ello, dice Miguel Pérez López que la LFPA precisamente pretende terminar con la arbitrariedad imperante en las relaciones entre requirentes y gobierno.¹⁴ El procedimiento en sí está compuesto de una serie de pasos y requisitos que permiten que sea monitoreado. En este sentido, el artículo primero establece que la ley es aplicable “a los actos, procedimientos y resoluciones de la administración pública centralizada.”¹⁵ Más aún, también es aplicable “a los organismos descentralizados de la administración pública federal paraestatal, respecto de sus actos de autoridad,¹⁶ a los servicios que el estado preste de manera exclusiva y a los contratos que los particulares puedan celebrar con el mismo.” En cuanto al sector energético, en el tercer párrafo del mismo artículo, queda claro que esta Ley le es aplicable a la SENER, a los Órganos Reguladores Coordinados (CRE y CNH) y a la Agencia Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente (ASEA), la cual es un órgano desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT).

La cuestión de los organismos descentralizados es algo más compleja. Cuando Pemex y CFE tenían esa naturaleza, la aplicabilidad de la LFPA a éstos era hasta *cierto punto clara* pues así lo dice el recién citado segundo párrafo del artículo 2. Hacemos la acotación de que este párrafo era claro hasta cierto punto pues existen criterios mixtos sobre cuándo los organismos descentralizados –como lo eran Pemex y CFE antes de la reforma– llevan “actos de autoridad” y cuando no. Por ejemplo, el *procedimiento* de licitación de un contrato es de naturaleza administrativa y, por lo tanto, le aplica esta ley y/o otras más específicas, también apegada a pasos y fases burocráticas.¹⁷ Por otra parte, la *celebración* del mismo también requería y requiere aún un procedimiento de esa misma especie. Sin embargo, cuando se trata de la *ejecución* del contrato se ingresaba – y se ingresa aún – en una zona gris en la que aún no hay claridad, si la relación contractual es horizontal, o si Pemex guarda algún tipo de *imperium* bajo la manga. Baste decir que algunas de las controversias más espinosas entre este organismo y sus contratistas se han referido a la naturaleza jurídica de esta relación.¹⁸ ¿Autoridad? ¿Contraparte? ¿Ambas? Esta parecería una discusión bizantina si no fuera por la confusión que han vivido, y que viven aún, las partes en un contrato con Pemex y/o CFE.¹⁹

¹⁴ Pérez López, *Op cit.*, p. 253

¹⁵ Artículo 1, párrafo segundo de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, reformado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 19 de abril de 2000.

¹⁶ Ver, Víctor Carreón Rodríguez y Miriam Grunstein, Pemex ¿la no empresa de todos los mexicanos? Por qué Pemex no es una verdadera "empresa pública" y por qué debe serlo. Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública, Vol. 4, Nº. 8, 2011, págs. 115-152

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ En el arbitraje comercial que entablaron Commisa vs. Pemex, derivado de incumplimiento de pagos en la construcción de una plataforma de extracción y procesamiento, ése fue el argumento de Pemex en su defensa: que la exploración y producción de crudo era una cuestión de orden público y que, por lo tanto, no era arbitrable. Ver, Herfried Wöss, Dante Figueroa y Jennifer Cabrera, “El contrato administrativo, inarbitrabilidad y el reconocimiento de laudos anulados en el país de origen – el caso Commisa,” en “Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.” Medios Alternativos de Solución de

Vale afirmar que la “transformación” de CFE y PEMEX a “Empresas Productivas del Estado,” al aprobarse la ya multicitada reforma de 2013, solo agudizó esta confusión. La nueva denominación sugería que los antes organismos descentralizados habían sufrido una metamorfosis a organizaciones de naturaleza mercantil, con una gobernanza corporativa ajena a la burocracia de Estado. Sin embargo, esta denominación rimbombante (que afirma a gritos que el estado puede y debe ser un empresario rentable) no arrojó luz sobre el marco de relacionamiento jurídico aplicable. Más adelante en este documento, se verá que ni Pemex ni CFE rompieron el capullo de los *bureau* para convertirse, ya no se diga en grandes empresas privadas, sino tampoco en corporaciones estatales modernas. El resultado de su “transformación” fue la creación de algo más amorfo e impreciso, con lo cual resulta aún más complejo relacionarse. ¿Derecho de Petición? (siempre se puede) ¿Procedimiento Administrativo? (en algunos casos) ¿Oficio o escrito libre? (en otras circunstancias) Disculpe, Usted, Empresa Productiva, ¿cómo le hablo?

2.1 Procedimiento administrativo, control político y estado de derecho

Las reflexiones en torno a los procedimientos administrativos tienden a centrarse en su necesidad y utilidad como dispositivo tendiente a garantizar la seguridad e imparcialidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados.²⁰ Es decir, entre más *institucional* y *formal* sea la relación, menos riesgo existe de que se cometan arbitrariedades o favoritismos. Sin embargo, McCubbins y otros²¹ aportan una perspectiva poco explorada en el estudio de este intercambio formal. A diferencia de la aproximación jurídica, que pone un lente mecánico para detectar las fallas y funcionalidades del aparato administrativo, el artículo de McCubbins sitúa este andar de ventanilla en ventanilla desde la óptica de lo político. Esto es, los autores aquí mencionados conciben la coexistencia entre el aparato político y el administrativo como el de dos vasos comunicantes.²²

Los órganos de representación popular, como el Congreso, generan legislación con ciertos incentivos y cargas que se vuelven palpables una vez que la política pública comienza a moverse dentro del espacio burocrático. Para ello, la implementación de la política pública, que dimana un órgano legislativo, además de crear competencias para que la burocracia actúe, debe abrir un campo lo suficiente amplio de interpretación y de decisión; mas no para modificar estas cargas e incentivos, sino, al contrario, para garantizar su continuidad. Sin embargo, para que sea plausible, se requieren

Controversias, No.75. México, Agosto 2015 p. 5.,
file:///C:/Users/Panasonic/Downloads/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf

²⁰ Pérez López, *Op. Cit.*,

²¹ McCubbins *et al*, *Op. Cit.*,

²² *Ibid.*

mecanismos de monitoreo, no únicamente dentro de la burocracia misma, sino también de naturaleza externa.²³ Más aún, no se trata de limitar este monitoreo a una mera auditoría legal, sino que debe profundizar hacia la corroboración del cumplimiento de la política pública aprobada por el órgano de representación popular.²⁴

Estos autores, sin embargo, señalan una serie de obstáculos para llevar a cabo un monitoreo eficaz. Primero, el monitoreo es costoso²⁵; además de que no existe una estrategia infalible para influir en la labor administrativa al grado de que las decisiones sean perfectas.²⁶ Habrá, en todo caso, que identificar “los grandes asuntos” que están en manos de la burocracia, para asegurar que estén debidamente atendidos. Monitorear, después de todo, implica “un costo de oportunidad.” La atención que reciban determinados asuntos será a expensas de otros. Además de los costos en metálico, existen los de índole política. La fiscalización de algún o algunos asuntos especialmente delicados puede causar tensiones entre polos políticos. En cada caso concreto, los actores involucrados ponderarán si son convenientes u oportunos los costos de exponer a sus oponentes.²⁷

También, existe la cuestión de la investigación y la sanción de las faltas ya sean éstas por acción u omisión. El marco jurídico mexicano tiene, más que un andamiaje, un entramado muy complejo de sanciones administrativas, civiles y penales.²⁸ Los funcionarios de los niveles más altos, por ser nombramientos políticos, en varios casos pueden ser destituidos directamente por el presidente, según convenga a varias normas e intereses.²⁹ La cuestión estriba en los costos políticos de la sanción y/o destitución.

Otra complicación en el monitoreo de la actividad burocrática es la asimetría de información entre quienes crearon la política pública y quienes la implementan. La creación de órganos especializados con facultades discrecionales tiene ventajas pero también riesgos. Por una parte, dar margen de juego a la burocracia e impide cuellos de botella, al crear un entorno en el que los tomadores de decisión de la rama administrativa pueden interpretar el marco legal con cierta libertad. Ello es especialmente importante cuando se trata de asuntos técnico-económicos cuya interpretación “de cajón” podría ser

²³ Mccubins *et al*, p. 244

²⁴ P. 249-252

²⁵ *Ibid.*

²⁶ p. 248

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Susana L. García García y Jimena Andrea Estrada Jiménez, “Lagunas legales en la Ley General de Responsabilidades Administrativas”, en *El Mundo del Abogado*, 04 Julio 2018, <https://elmundodelabogado.com/revista/posiciones/item/la-laguna-legal-del-regimen-sancionador-de-la-nueva-lgra>

²⁹ Mccubbins *et al*, p. 248

inoperante. Salvo ciertos casos, cada proyecto del sector energético, si bien no es un mundo, sí es un microcosmos con sus particularidades técnicas, operativas, económicas y financieras por lo que se presume que la burocracia especializada es quien debe atenderlos. Más aún, solo quienes interpretan una ley, un reglamento, y una regulación de manera constante conocen de fondo las razones de esa lectura. El riesgo yace en que la burocracia dotada de facultades discrecionales se “empodere” por el manejo cercano y casi exclusivo de información sensible.³⁰

En lo que se refiere al problema de la asimetría de información, y aun si se emprende un sistema costoso y riguroso de monitoreo, el sistema de castigo y recompensa muy rara vez lo resuelve. Si la burocracia tiene mejor – y más compleja – información que sus vigilantes, ésta puede pasar desapercibida por éstos. Así, es difícil que los funcionarios vigilantes puedan realizar un monitoreo con resultados significativos, que detecten si el órgano está cumpliendo con sus objetivos, en función de sus facultades.³¹

En el caso específico del sector energético, la fiscalización, en particular de los órganos de regulación, se ha dado de forma tal que resulta difícil la medición de sus objetivos de ley. Por ejemplo, ¿cómo determinar si, conforme a su ley, la CRE ha fomentado la consolidación de una industria energética eficiente y competitiva?³² Pues una cosa es revisar si los permisos y demás actos administrativos han seguido los pasos de ley y otra muy diferente es revisar y comprobar si el cúmulo de actos administrativos han contribuido a crear una industria de hidrocarburos y electricidad más robusta, competitiva y eficiente. La última cuestión es muy compleja y se debe analizar, no solo desde la actuación del solo órgano, sino también dentro de su contexto económico, político e industrial. La primera implica un monitoreo de legalidad que solo requiere el palomeo de los pasos de ley. Las conclusiones que dimanen de ambas reflexiones tendrán consecuencias profundas, pues se ha de señalar si los órganos administrativos han cumplido con *su función y su propósito*, o solo son meras ventanillas de trámites, al amparo de la ley.

A nuestro juicio, el monitoreo de los procesos administrativos realmente justifica sus costos, si mediante aquél se identifica cómo éstos generan decisiones. Si los procedimientos administrativos no hacen otra cosa que apilar documentos, sin construir una memoria institucional, no habrá una política pública que genere un entorno predecible y confiable para empresas y usuarios de todos tamaños y clases.

³⁰ Mccubbins *et al*, p. 255

³¹ P.25

³² El artículo 42 de la Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (LORCME) establece lo siguiente: “La Comisión Reguladora de Energía fomentará el desarrollo eficiente de la industria, promoverá la competencia en el sector, protegerá los intereses de los usuarios, propiciará una adecuada cobertura nacional y atenderá a la confiabilidad, estabilidad y seguridad en el suministro y la prestación de los servicios.”

2.2 Procedimiento administrativo y gobierno abierto

McCubbins *et al* describen una triada de medidas preventivas para evitar que un procedimiento administrativo, no iniciado por un tercero, sino por la burocracia misma, sea o sea percibido como caprichoso y unilateral: en primer lugar, los órganos no deben ni pueden cambiar una política pública sin aviso previo. Al contrario, deben hacerla pública, independientemente de quien vaya a apoyarla o de quien se oponga a ella. En segundo, se debe consultar a la comunidad interesada para permitir que exprese sus opiniones. Y en tercer lugar, debe buscar la participación activa y trascendente de la misma en el proceso de toma de decisiones. Esto puede ir más allá de los mecanismos habituales de consulta pública por vías remotas. Los órganos y dependencias pueden tener audiencias en las que tanto la industria como otros particulares pueden traer expertos que refuercen, refuten o complementen la política pública. Los expertos pueden ser cuestionados, ya sea por otros interesados o por el gobierno mismo.³³ Más aún, estas audiencias deben ser públicas para evitar que se susciten suspicacias de ventajas a intereses específicos. En estas audiencias el gobierno debe examinar los elementos de prueba, presentados por los expertos, que pretendan modificar la política pública.³⁴

Según los autores, estos factores juegan un papel muy importante en lo que ellos llaman “la gobernanza de la recolección y difusión de la información” de los órganos y dependencias. Asimismo, ellos exponen cinco consecuencias principales: primero, se evita que los órganos y dependencias se alejen de todo proceso de socialización y democratización de sus decisiones, *de las que deben estar enterados incluso los opositores políticos*. En segundo lugar, los mismos deben recabar información, no solo técnica, sino política, de manera tal que puedan mapear los intereses que pueden implicar costos y beneficios a grupos específicos.³⁵

Además, los autores aquí citados subrayan que la convocatoria de los grupos a estas audiencias suma fuerzas políticas, para prevenir “negociaciones secretas” entre el órgano y algunos grupos de interés. Así, el ciclo completo que implica la toma de decisiones; desde el anuncio del cambio la nueva política pública; la integración de pruebas y la construcción de una memoria de la decisión resultante, crean las condiciones para que el grupo político que promueve determinada política pública pueda responder en su defensa. Esta es la forma en la que la administración pública –aun los órganos considerados técnicos y neutrales— pueden llevar a cabo una auténtica movilización y promoción política de decisiones técnicas. Entre más robusta sea la evidencia técnica de las ventajas de determinada política pública,

³³ McCubbins *et al*, pp. 257-258

³⁴ *Ibid.*

³⁵ p. 259

más resistente será a las presiones partisanas. El órgano, así, podrá ser más resiliente a la oposición.

36

2.3 En manos de los jueces: cuando el procedimiento llega a tribunales

Durante los primeros años de la CRE, una de las grandes preocupaciones expresadas por sus Comisionados³⁷ era la fuga de los asuntos al poder judicial. La inquietud devenía de dos factores en lo principal: la pérdida de control de la interpretación y aplicación de la política pública; y no menos importante, la desconfianza en el poder judicial. Ésta última no era a los jueces *en lo personal* sino en las lagunas de conocimiento que pudieran tener. Si se trataba de asuntos complejos y delicados, se podría caer en el escollo de la asimetría de información mencionado en la sección primera de este estudio. Es una cuestión delicada que los funcionarios más altos de un órgano administrativo no confíen en el poder judicial; y es aún más grave que esta desconfianza tenga razones fundadas.

En un entorno en el que el gobierno entrante se torna adverso a una política pública, establecida por el anterior, y más allá del grado de conocimiento que tengan los jueces, la existencia de un poder judicial independiente es un medio de control necesario y saludable para evitar que un cambio en la burocracia (y un súbito golpe de timón) deje en estado de indefensión, no solo a quienes ya gozaban de derechos adquiridos, sino a empresas interesadas en desarrollar estas actividades con expectativas razonables de su inversión.

McCubbins *et al* señalan una forma de “descentralización” del poder sobre una política pública a través del activismo judicial. Contra la percepción de que la burocracia tiene un poder ilimitado sobre ésta, los autores mencionan un concepto muy interesante cuya voz inglesa es *encroachment* y que no es fácil de traducir al español sin perder su precisión. La traducción más cercana a la que hemos llegado es la “penetración” del lente judicial para examinar vicios de *forma* y de *fondo* de los procedimientos administrativos para poner un dique efectivo a la discrecionalidad burocrática.³⁸

³⁶ McCubbins p.256-258

³⁷ Agradezco a Raúl Necedal la generosidad de sus testimonios.

³⁸ Esto último será más visible al analizar el caso concreto de la “Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional (“Política”), con la finalidad de implementar medidas correctivas en el Sistema Eléctrico Nacional (SEN)” en el que un acto de autoridad de manera ostensible hizo caso omiso de varias etapas sustantivas del procedimiento administrativo.

2.3.1 Último Vistazo al Cajón del Sastre

Según McCubbins et al, contar con reglas claras de procedimiento administrativo, no es solo un medio de garantizar la equidad en el trato a los interesados que inician asuntos ante los distintos órganos y dependencias, sino también es una oportunidad para que los distintos grupos políticos hagan un seguimiento de cómo la burocracia lleva a cabo la implementación de una política pública. Esto es, las reglas de la misma están escritas pero su materialización puede tomar distintos cauces al caer en sus manos. Si estos cauces son muy divergentes al modelo económico e industrial establecido en la ley, esto daría la oportunidad a los grupos políticos quienes primero establecieron las reglas para revisar las razones del cambio de rumbo. Sin embargo, y fuera de conflictos triviales entre partidos, esto no sucede en México.

Lo anterior es más viable en países donde el congreso participa activamente en el monitoreo de las acciones del modelo en curso, lo cual es escasamente lo que sucede en México. Desde el cambio de administración en nuestro país, los mismos hacedores de la reforma energética han demostrado, en el mejor de los casos, pasividad ante los cambios y anomalías que se han generado en la manera de aplicar un marco jurídico energético aún vigente. Los cambios, frecuentemente bruscos, que surgen desde la administración pública, han carecido de respuesta contundente de quienes impulsaron la reforma energética aún vigente. En cambio, sí ha surgido con fuerza el *encroachment* (penetración) judicial ante la irregularidad de actos concretos, por las anomalías procedimentales que se discutirán en el apartado siguiente.

3. SENER y Sociedad: el sonido del silencio.

No hay empresa energética que hable fuerte, claro y en público de cómo la conducta sigilosa de las SENER afecta sus actividades y negocio. Por lo mismo, no tenemos entrevistas estructuradas que compartir como apoyo a esta investigación. En cambio, lo que sí ha sido viable es observar cómo determinados procedimientos administrativos han sido llevados de manera anómala y, por lo mismo, han desembocado en el poder judicial. Como argumentamos en la sección inmediata anterior, la aplicación de las normas correspondientes a una política pública, y en particular si hay intención de hacer cambios a la misma, debe ser socializada y monitoreada.

La incertidumbre jurídica no es una novedad en México y menos aún en el sector energético donde cada decisión es tomada con sigilo.³⁹ El “cómo dar a saber” cambios en el andamiaje institucional de la energía ha sido una cuestión compleja por el temor al costo político de dar pasos impopulares que suelen disparar reacciones a menudo impredecibles. Por ejemplo, al presentarse la reforma energética de 2008, la correspondiente al gobierno de Felipe Calderón, hubo un estallido en el Congreso, con la toma de la tribuna por parte del PRD-PT, quienes protestaron por el “albazo” que pretendían darle el PAN junto con el PRI para su aprobación a toda velocidad. Fue entonces que los partidos disidentes a esta reforma impidieron el proceso legislativo porque ésta no fue “socializada” antes de su presentación ante el senado; y, por el apoyo mayoritario que gozaba, podía ser aprobada sin su voto. Hubo protestas, algunas histriónicas, con “Adelitas” tomando las calles, y tras el revuelo hubo meses de debates que condujeron a una reforma con mucho consenso pero de escasa efectividad.⁴⁰

Es irónico que López Obrador, el actor que más demandó la socialización y discusión de cambios anteriores; ahora, a través de su gabinete, agudice la opacidad incluso en violación a la ley. No hay normas que dicten la obligación de los partidos de sacar a la luz un proyecto legislativo antes de ser presentado ante la Cámara de Origen. En cambio, cuando se trata de un procedimiento administrativo destinado a la emisión de normas generales, existe una etapa de Análisis de Impacto Regulatorio.⁴¹ Idealmente, una ley debe pasar por muchas manos y ser vista por muchos ojos. Caso muy diferente es el de una norma administrativa de aplicación general la cual tiene momentos para ser hecha pública. Uno de ellos, tal vez, el más importante, es el que ocurre durante la etapa de consulta en el proceso de Mejora Regulatoria, una vez que inicia el Análisis de Impacto Regulatorio respectivo.

En teoría, todos los gobiernos medianamente democráticos celebran el concepto de *gobierno abierto*.⁴² En la práctica, mientras tanto, todos los gobiernos —e incluso los particulares— suelen tener una

³⁹ Muchos son los ejemplos, tanto como en el proyecto de reforma de 2008 de Felipe Calderón, como en el caso de la iniciativa de reforma Constitucional del 2013, no se dio a conocer la versión definitiva hasta que fue presentada a la Cámara de Origen.

⁴⁰ Ver "El paso de las iniciativas de Calderón por el Congreso." Programa Interdisciplinario de Rendición de Cuentas. Centro de Investigación y Docencia Económicas, 6 de diciembre de 2012, <https://rendiciondecuentas.org.mx/el-paso-de-las-iniciativas-de-calderon-por-el-congreso/>

⁴¹ El artículo 66 de la Ley General de Mejora Regulatoria establece que: El Análisis de Impacto Regulatorio es una herramienta que tiene por objeto garantizar que los beneficios de las Regulaciones sean superiores a sus costos y que éstas representen la mejor alternativa para atender una problemática específica. La finalidad del Análisis de Impacto Regulatorio es garantizar que las Regulaciones salvaguarden el interés general, considerando los impactos o riesgos de la actividad a regular, así como las condiciones institucionales de los Sujetos Obligados.”

⁴² Para los fines de este estudio, hemos elegido esta definición de gobierno abierto: “Aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de escuchar lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y teniendo en cuenta sus preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta, y que comunica todo lo que decide y

posición ambivalente frente al mismo. La razón es humana, demasiado humana: aun una política pública con una aceptación relativa o sustantivamente amplia tendrá adversarios, de mayor y menor peso específico como tales. En un país donde han privado las empresas dominantes, y más cuando se trata de “monopolios” propiedad del Estado, la resistencia al cambio puede ser poderosa e incluso provenir de diferentes flancos. Así las cosas, incluso un gobierno con voluntad de apertura podría sentir la tentación de centralizar las decisiones dentro de un núcleo cerrado de tomadores de decisión.

Reacios más y reacios menos, el gobierno en turno ha sido especialmente resistente a socializar sus decisiones, a menos de forma amplia y conforme a un andamiaje institucional robusto. Esto es, el gabinete de López Obrador socializa con quien estima conveniente y bajo sus reglas. Ello va en contra de toda definición operativa de gobierno abierto.⁴³ Sin que la respuesta de los interesados vincule al gobierno a cambiar su curso, al menos tiene que dar oportunidades amplias y sustantivas para que éstos reaccionen antes de establecer o modificar una política pública determinada.

3.1 La “Política Energética.” ¿Ruta o Despeñadero?

Una de las aspiraciones más añoradas –y a la vez fallidas—es la “definición” de una “política energética”, como si ésta fuera una ruta crítica con un trazo fijo e inamovible. Más aún, México es un país con una fuerte fijación en la creación de instrumentos de planeación, a pesar de su magro expediente de cumplimiento.⁴⁴ Sin embargo, y no obstante la existencia de diversos planes sectoriales, e incluso la creación de una Estrategia Nacional de Energía,⁴⁵ el deseo de contar con un documento de planeación para ser aplicado eficazmente aplicado por el Estado, por sus distintos órganos competentes, ha sido una fuente más de frustración, que una de acciones concretas hacia fines diversos.

hace de forma abierta y transparente” (Calderón y Lorenz) Ver, Comisión Económica para América Latina (CEPAL) “De Gobierno Abierto a Estado Abierto”, en <https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/concepto>

⁴³ El artículo 33, fracción I, La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal dispone como facultad de la SENER “Establecer, conducir y coordinar la política energética del país, así como supervisar su cumplimiento con prioridad en la seguridad y diversificación energéticas, el ahorro de energía y la protección del medio ambiente, para lo cual podrá, entre otras acciones y en términos de las disposiciones aplicables, coordinar, realizar y promover programas, proyectos, estudios e investigaciones sobre las materias de su competencia ...”

⁴⁴ Ver Guillermo M. Cejudo, “Planeación y Rendición de Cuentas.” México: Red por la Rendición de Cuentas. Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014, pp.10-12 en http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2014/08/10_RRC_GuillermoCejudo.pdf

⁴⁵ Según la misma SENER, “La Estrategia Nacional de Energía (ENE) representa un esfuerzo que incorpora, año con año, las nuevas condiciones del sector energético en el país. A través del análisis de los resultados obtenidos anualmente, se analizan las líneas de acción y se establecen, en caso de ser necesario, nuevas acciones que permitirán alcanzar los objetivos planteados.” El fundamento legal de dicha estrategia es último párrafo de la fracción VI del Artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en <https://www.gob.mx/sener/documentos/estrategia-nacional-de-energia>

La reforma de 2013 dio un paso —que podría ser en falso—al “centralizar” la concreción de una política energética nacional en la Secretaría de Energía. Esto, que aparenta ser un avance hacia la eliminación de incongruencias en la aplicación de esta reforma, a nuestro juicio fue un error. Ciertamente, era necesario evitar la resistencia de los monopolios a cambios sustantivos y por ello se estimaba necesario trazarles una línea dura a seguir. También se temía que, dotados de autonomía reforzada, cada regulador tomara su senda. En suma, la atribución de la SENER de dictar la política energética del país puede ser considerada como un esfuerzo para evitar estas discordancias; mientras que también es un intento ingenuo y autoritario de centralización del poder. Decimos que es ingenuo porque una “política energética” no es un documento ni una serie de decisiones momentáneas. A nuestro juicio, es un proceso complejo en el que se entran reglas y prácticas. No son las tablas dictadas a Moisés desde el Monte Sinaí.

Como fuere, y con ese legado del gobierno de Peña, es ahora la SENER de AMLO la que dicta la política energética nacional, sea el que fuere el sentido de ese enunciado. Sin embargo, establecer o dictar dicha política no les permite extralimitarse de la Constitución, de las leyes secundarias, e incluso de lo establecido en los tratados internacionales. Tampoco permite lesionar derechos adquiridos.

3.2 La centralización de las decisiones energéticas y sus riesgos

En párrafos anteriores, argumentamos que un indicador de la democratización de políticas públicas es la descentralización de toma de decisiones y la inclusión de diversos sectores en los procesos deliberativos. También mencionamos que, aunque hubo una integración de algunos cuerpos colegiados, como los reguladores mismos, muchas las decisiones finales quedan al arbitrio de la SENER. Es importante subrayar que la centralización del diseño y aplicación de la política pública quedó en manos de la esta SENER como un legado de los promotores de la reforma energética;⁴⁶ Empero, ello no debe confundirse el poder de afectar derechos adquiridos conforme al marco normativo aún vigente, de forma unilateral y arbitraria. A continuación, se hará un recuento de qué puede decidir y hacer la SENER y hasta dónde

46 Ver el artículo 33, fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) que dice: “Establecer, conducir y coordinar la política energética del país, así como supervisar su cumplimiento con prioridad en la seguridad y diversificación energéticas, el ahorro de energía y la protección del medio ambiente, para lo cual podrá, entre otras acciones y en términos de las disposiciones aplicables, coordinar, realizar y promover programas, proyectos, estudios e investigaciones sobre las materias de su competencia.”

3.2.1 Exploración y Producción

A diferencia de otros modelos de industria, en donde el órgano regulador toma estas decisiones⁴⁷, la SENER tiene en sus manos la programación de licitaciones de exploración y producción,⁴⁸ lo cual se plasma en el llamado “Plan Quinquenal de Licitaciones de Exploración y Extracción de Hidrocarburos.”⁴⁹ Este plan no es vinculante para SENER e incluso durante el sexenio de Peña Nieto fue manejado con flexibilidad. También el diseño los modelos de contrato de exploración y producción quedó en manos de esta Secretaría, en conjunto con la Secretaría de Hacienda (SHCP) la cual debe establecer su modelo económico.⁵⁰ Por lo tanto, la SENER de hoy, como la SENER de ayer, puede no convocar licitaciones. ¿Qué no puede hacer? Por ley, carece de la facultad de rescindir administrativamente⁵¹ un contrato petrolero pues ello corresponde a la CNH. Tampoco les compete requerir información de los contratistas pues ello también es facultad de este órgano regulador en los términos del marco jurídico aplicable y los contratos en particular. En cuanto a las “revisiones contractuales,” que advirtió la SENER que haría aun antes de tomar posesión de su encargo, ésta puede llevarse a cabo por cualquiera ya que los contratos son públicos, sin que ellas tengan efectos jurídicos algunos. *Pacta Sunt Servanda*, lo acordado, acordado está.

3.2.2 Otorgamiento y revocación de asignaciones a petróleos mexicanos

Otra facultad de SENER, en este caso compartida con la CNH, es la asignación de asignaciones petroleras⁵² a Pemex. En este caso, la opinión técnica de este órgano regulador es ineludible y vinculante. Aquí sí es ostensible un sistema de pesos y contrapesos pues las acciones tendientes a expandir la actividad de Pemex son de las mayores consecuencias para la consolidación de un “ecosistema mixto” de exploración y producción. Y aunque se trata de un *procedimiento administrativo*,

⁴⁷ Como la ANP de Brasil y ANH de Colombia.

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 29, fracciones I y II, de la Ley de Hidrocarburos (LH) es facultad de la SENER I) Seleccionar las Áreas Contractuales conforme a los criterios que la misma establezca, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y II) Aprobar y emitir el plan quinquenal de licitaciones de Áreas Contractuales, el cual deberá ser público. El plan podrá ser adicionado o modificado con posterioridad a su publicación, en los términos del Reglamento respectivo (...)

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Artículo 30, fracción I, de la LH.

⁵¹ La rescisión administrativa es una de las cláusulas más preocupantes dentro de los contratos de exploración y producción ya que, por la determinación de un incumplimiento en las obligaciones del contratista, la autoridad pone fin al contrato y exige el pago de daños y perjuicios. Más aún, como se discutirá en la parte final de este trabajo, no es arbitrable. El procedimiento de rescisión de los contratos se encuentra establecida en el artículo 20 de la LH.

⁵² El Capítulo I de la LH contiene todas las disposiciones relativas al otorgamiento de las asignaciones petroleras por parte de SENER.

regulado por la Ley de Hidrocarburos⁵³ y su Reglamento, no es fácil de fácil monitorear el proceso decisorio de SENER; mientras que, en el caso de la CNH, sí hay una sesión pública en la que se delibera la conveniencia, o no, de otorgar nuevas áreas a Pemex. Aun así, el proceso de otorgamiento de asignaciones petroleras a Pemex mejoró respecto del marco normativo anterior, en el cual no había regulación alguna ni criterios establecidos para aprobar el otorgamiento de nuevas asignaciones.⁵⁴ Cuando de revocaciones de asignaciones se habla, el procedimiento es más excluyente. Aquí también participa la Comisión Nacional Hidrocarburos, para dar su opinión técnica, sin que ésta sea vinculante. Es decir, la CNH podría, en su caso, defender la retención de una asignación de Pemex, por considerarlo apto para continuar, si por cualquier motivo la SENER pretendiera “congelar” la asignación o ponerla en el mercado como área contractual.⁵⁵ Fantasioso como fuere, la defensa de la CNH no vincularía a SENER, la cual podría, dentro del ámbito de sus facultades, revocar el título de asignación de Pemex. Solo Pemex, tal vez a partir de interponer un amparo, y si la revocación fuere injustificada, podría defender su título si estimara que la acción carece de fundamentos técnicos.

3.2.3 Más allá del pozo

En la parte intermedia y final de la cadena de valor, la SENER ejerce facultades significativas para diversificar y ampliar los mercados de energéticos. Para no gastar tiempo y tinta en lo que ya dice la ley, mencionamos, por ejemplo, el otorgamiento de permisos de importación de petrolíferos, como gasolina y diésel entre otros más.⁵⁶ Ello se debe al papel de esta Secretaría como garante del abasto y seguridad energética nacionales. El sexenio pasado, se otorgó un número considerable de permisos de importación de petrolíferos que, hasta la fecha, en una gran parte, no han sido ejercidos. Ello se debe a que los interesados, más que tener planes muy concretos de comercialización y expendio, en

⁵³ Es notable que el otorgamiento de las asignaciones debe ser, conforme al artículo 6 de la LH una cuestión *excepcional*. Sin embargo, tan solo en agosto de 2019, la SENER otorgó 64 más. Ver “Sener otorga a Pemex 64 asignaciones para realizar actividades de exploración y extracción de hidrocarburos” en <https://www.gob.mx/sener/prensa/sener-otorga-a-pemex-64-asignaciones-para-realizar-actividades-de-exploracion-y-extraccion-de-hidrocarburos?idiom=es>

⁵⁴ Más aún, en tiempos en donde priva una percepción de opacidad y de unilateralidad por parte del gobierno en turno, es alentador haber visto, en tiempos recientes. Ahora, cuando las licitaciones están en alto total, la SENER, junto con CNH, no han cesado de otorgar asignaciones a Pemex aun cuando la producción en México se ha mantenido a la baja, cruzando incluso en piso de 1,600 mil barriles diarios, lo cual la situación en casi un 50% menos respecto de su pico en 2005, de 3.5 millones de barriles diarios. Esto fue lo que argumentaron los Comisionados Alma América Porres y Sergio Pimentel en su negativa al otorgamiento de más asignaciones. Ver “Con voto dividido la CNH otorga a Pemex 3 asignaciones” en *Oil & Gas Magazine*, 20 de agosto, 2020 en <https://www.oilandgasmagazine.com.mx/con-voto-dividido-la-cnh-otorga-a-pemex-3-asignaciones>

⁵⁵ Eso, que ahora suena en lo sumo inverosímil, podría suceder si en el futuro el poder lo ostentara un gobierno palmariamente adverso a la participación del estado como empresario. Si soltamos la imaginación fuera de sus confines habituales, es lícito pensar en un el paso de la ultraderecha en la que se abomine a la empresa de estado, o la propiedad estatal en general.

⁵⁶ El Capítulo primero, del título tercero, de la LH regula todo lo atinente a la obtención de permisos para las actividades de la industria de los hidrocarburos distintas a la exploración y producción.

realidad llevaban a cabo un ejercicio de explorar el negocio.⁵⁷ Cabe mencionar que una mayoría de los permisos tenían una vigencia corta, de alrededor de un año y que eran obtenidos expeditamente y sin grandes dificultades para dar el incentivo a los inversionistas de abrirse paso como importadores, sin la necesidad de depender de Pemex el cual, a pesar de haber cedido, a 2019, un 30% de sus estaciones de servicio, es aún el importador y suministrador casi total de las estaciones de servicio en México.⁵⁸

Que el otorgamiento de estos permisos haya sido prolífico devino en una interpretación contraria por parte del gobierno actual respecto del anterior. Mientras que el último pretendía facilitar la exploración del negocio (que no depende únicamente de contar con el insumo, sino también de la infraestructura para mover los productos); el primero señaló que se trataba de mecanismo inútil, a costa de la emaciación de Pemex.⁵⁹ Este último argumento contradictorio. Si los permisos se otorgaron a personas que en realidad no iban a cumplir con un compromiso cabal para suministrar petrolíferos, no se sigue de qué manera esto pretendía desplazar “sigilosamente” a Pemex.

Así, pues, la SENER ha detenido el otorgamiento de estos permisos, con un razonamiento ilógico. Y, conforme las secciones anteriores, recordemos que esta determinación es un acto administrativo sin razones técnicas y jurídicas que lo justifiquen; y así como la decisión o resolución de un acto administrativo debe gozar de una fundamentación y motivación sustantivas, también debe ser el caso de una omisión de esta naturaleza. Aquí cabe preguntar si estas omisiones ponen en riesgo la seguridad energética del país; si alguna entidad pública o privada ha monitoreado o se ha manifestado de forma oficial sobre la inacción del gobierno; o si se ha considerado la opción de interponer responsabilidades administrativas o la interposición de acciones por detener estos procesos amparados por la ley.

3.2.3 ¿Y en electricidad?

Por mandato del artículo 28 Constitucional, la planeación del Sistema Eléctrico Nacional es un “área estratégica” reservada a la Nación. De tal suerte, y aunque la entidad convocante de las subastas eléctricas a largo plazo sea el Centro Nacional de Energía (CENACE)⁶⁰, con la aprobación de la CRE, es la SENER la encargada de la planeación de la industria eléctrica nacional.⁶¹ Esta es la estructura

⁵⁷ Agradezco a Francisco de la Isla, consultor, su explicación.

⁵⁸ Ver Karol García “Número de gasolineras privadas se duplicó en los últimos dos años” en *El Economista*, 12 de junio de 2019 en

⁵⁹ <https://www.economista.com.mx/empresas/Numero-de-gasolineras-privadas-se-duplico-en-los-ultimos-dos-anos-20190612-0152.html>

⁶⁰ Ver artículo 12, fracción 22, de la Ley de la Industria Eléctrica (LIE).

⁶¹ El artículo 2, segundo párrafo de la LIE, establece que la Industria Eléctrica es un área estratégica a cargo del Ejecutivo Federal, que se entiende delegada a SENER.

que quedó de la reforma de 2013. En materia eléctrica, cabe mencionar que hay una zona en donde la SENER no ejerce facultades algunas de planeación, como sería la celebración de subastas eléctricas convocadas por privados, para el suministro entre éstos; o por otra parte, la creación del proyectos individuales, no regulados, como la instalación de paneles solares en proyectos individuales o de generación distribuida.

3.2.4 De nuevo, y por último, el cuerpo invertebrado y gaseoso de la “política energética.”

Si la reforma de 2013 tiene un despeñadero es el haberle atribuido a la SENER la facultad de “diseñar, planear, ejecutar y coordinar las políticas públicas en materia de Energía.” Este enunciado es tan amplio que se podría prestar a una interpretación tan imprecisa de hasta dónde llega este cuerpo invertebrado y gaseoso de facultades. Para los profesionales del derecho, los límites los fijan la Constitución y las leyes, lo cual no libera esta cuestión interpretativa de sus complejidades. La Constitución, de por sí, no es un documento al que se le pueda aplicar la máxima latina *“in claris no fit interpretatio”* (donde hay claridad la interpretación es innecesaria). Si así fuera, los tribunales que se encargan específicamente del control de la Constitucionalidad de estos actos serían innecesarios. En las leyes también hay polos opuestos de sentido en donde cada parte puede jalar un extremo hacia el lado que mejor le convenga. Y, de nuevo, los que han de liberar la cuerda serán los jueces, pero eso es costoso en tiempo y recursos. A río revuelto, ganancia de abogados.

3.2.4.1 El “Acuerdo Por El Que Se Emite La Política De Confiabilidad, Seguridad, Continuidad Y Calidad En El Sistema Eléctrico Nacional” (“La Política”)

Para algunos abogados hubo buena pesca cuando la SENER hizo suyo el poder de dictar una “política” que, de forma intrincada y opaca, pretende excluir la generación de energías renovables, so pretexto que, en virtud de su intermitencia, ponen en riesgo la “Confiabilidad, Seguridad, Continuidad Y Calidad En El Sistema Eléctrico Nacional”.

Es dudoso decir que este acto administrativo fue el resultado de un procedimiento tal cual, puesto que salió de los tinteros de SENER casi inadvertidamente; y aquí se dice “casi” puesto que hubo

comentarios, en la conferencia de prensa diaria del presidente (“La Mañanera”) y en otros contextos,⁶² en los que el ahora Director General de CFE, el Lic. Manuel Bartlett Díaz, demostraba su animadversión hacia la generación a partir de fuentes renovables de Energía, las cuales denunció por ser caras y no confiables.⁶³ También el presidente expresó desagrado hacia los “ventiladores” clavados en el paisaje. En un contexto político como éste, cada afirmación podría esconder un cambio inesperado e importante. Esa dudosa “política” fue generada bajo circunstancias irregulares. En primer lugar, omitió el Análisis de Impacto Regulatorio, ante la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER), cuyos propósitos y principios quedan establecidos en su artículo 7, entre los cuales mencionamos los más relevantes para este trabajo.⁶⁴

En términos generales, el acto administrativo debe brindar “mayores beneficios que costos y el máximo beneficio social; además de que debe revestir “la seguridad jurídica que propicie la certidumbre de derechos y obligaciones”. También, todo acto administrativo, como en efecto lo es esta Política, debe obedecer a la “focalización a objetivos claros, concretos y bien definidos;” mientras que a su vez debe partir de la “proporcionalidad, prevención razonable y gestión de riesgos.” En el caso del Acuerdo en comento, se cuestionó si el mismo tenía un efecto positivo; o si al contrario, resultaba lesivo para el “fomento a la competitividad y el empleo.” Y, final pero enfáticamente, se criticó el efecto de este Acuerdo en la “Promoción de la libre concurrencia y competencia económica, así como del funcionamiento eficiente de los mercados...”

En vista de estos criterios de revisión y aprobación los proyectos por CONAMER, son presumibles las razones por las que la SENER omitió presentar esta Política ante la autoridad vigilante de la burocracia. A nuestro juicio, una política de exclusión a la interconexión de energías renovables no hubiera resistido el análisis de mejora regulatoria pues, dentro de esta Política, no se divisan claramente mayores beneficios que costos sociales. Esto es, si bien dicha Política expone que las energías renovables a partir de fuentes intermitentes ponen en riesgo la confiabilidad, seguridad y continuidad del servicio público de la energía eléctrica, no cuenta con datos duros, ni con argumentos sólidos de por qué, cuándo y cómo y hasta qué grado sucede.⁶⁵ Más aún, esta Política atenta contra la seguridad jurídica de los proyectos de energías renovables al impedirles sus pruebas de arranque e interconexión *por el tiempo que en su caso dure la emergencia sanitaria derivada del SARS COV 2*; es decir,

⁶² Ver Israel López Linares, “Los Contratos leoninos para la CFE y otros 5 puntos más de la ‘mañanera’ de AMLO”, en *Forbes*, 11 de febrero de 2019, en <https://www.forbes.com.mx/contratos-leoninos-para-la-cfe-y-otros-5-puntos-mas>

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Se trata de las fracciones I, II, III, VII, IX y X del artículo 7 la Ley General de Mejora Regulatoria.

⁶⁵ Ver “ACUERDO por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional.” http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020

indefinidamente. De ser así, ¿cuál sería en objetivo focalizado y concreto de excluir a las fuentes renovables de la canasta energética? ¿Es su exclusión absoluta y discriminatoria una medida preventiva, proporcional que mitigue el riesgo de interrupciones en el servicio eléctrico? De ser así, el documento no explica ni establece medidas para justificar que así sea.⁶⁶ Además, la Política atenta contra la voluntad de fomentar la competitividad y el empleo mediante la obstrucción de inversiones en tecnologías nuevas que podrían generar más oportunidades de desarrollo tecnológico e industrial.⁶⁷ Por último, resulta incomprensible de qué manera esta Política logrará un servicio público más confiable y seguro, mediante la expansión de la dominancia de CFE y sus centrales de generación; y, en cuanto al funcionamiento eficiente de los mercados, esta Política es contraria a estos objetivos por la misma razón recién expresada.

“La Política” expedida por la SENER, mediante el cual pretende la exclusión unilateral y arbitraria de los generadores de electricidad mediante fuentes renovables, es el *epítome* de la desconexión del gobierno, ya no se diga con el sector empresarial, sino con la sociedad misma, nacional y global. Asidos de la facultad genérica de diseñar, ejecutar, coordinar la Política Energética, la SENER hizo extensiva la interpretación de su poder jurídico y político al punto de obviar los límites de la Constitución y las leyes. Si acaso es verdad que la pluma de la Política Energética la puede arrastrar la SENER, ésta no puede rebasar los márgenes de su marco jurídico. La técnica jurídica más elemental dicta que una norma administrativa no puede afectar, ni positiva ni negativamente, derechos y obligaciones adquiridos conforme a derecho.

Más allá de las consecuencias concretas de tal Política, contra la que se han interpuesto alrededor de 180 juicios de amparo,⁶⁸ de los cuales ha derivado un número sustantivo de suspensiones definitivas,⁶⁹ este caso pone a la práctica lo que planteaban McCubbins y sus coautores sobre el procedimiento administrativo, de la forma que explicamos a continuación.

La reforma energética implicó una serie importante y profunda de decisiones técnicas, comerciales, económicas, pero también políticas. Así, el cumplimiento de los objetivos de la reforma implica un *monitoreo* de la congruencia de los actos administrativos con esas decisiones. En el caso de este Acuerdo, como fue emitido inadvertidamente, y la SENER se ha vuelto una dependencia hermética, no pudo haber un monitoreo *ex ante* de la emisión de esta Política. Habría que revisar las posibilidades

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Ver Arturo Solís “Empresas renovables presentan 172 amparos contra política energética de AMLO”, *Expansión*, 26 de junio de 2020, <https://www.forbes.com.mx/negocios-empresas-renovables-amparos-gobierno>

⁶⁹ *Ibid.*

jurídicas de iniciar e imponer sanciones administrativas por estas irregularidades. Por otra parte ¿dónde está la oposición impulsora del modelo?

¿Y acaso conviene pelear frontalmente? Mejor acudir a los jueces quienes servirán de muro de contención entre el gobierno y los ahora “quejosos.” Y como dirían McCubbins *et al*, la esfera de la SENER ha sido ya penetrada (*encroached*) por los jueces. Hasta el momento, la justicia muestra una tendencia a proteger y a amparar a un número importante de quejosos, incluso algunas Organizaciones No Gubernamentales.⁷⁰ y de forma más notable, a la Comisión Nacional de Competencia Económica (COFECE)⁷¹ la cual obtuvo una suspensión definitiva de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (SCJN) en una Controversia Constitucional.

Hasta ahora, varias lecciones se aprenden de este acto sigiloso, a espaldas la sociedad civil, de la industria e incluso de otras autoridades interesadas. En primer lugar, fue ostensible que la opacidad de este gobierno, y no solo en este caso, es una intención fallida de imponer cambios en un modelo aún vigente; que, a falta de un monitoreo *ex ante* y durante la emisión de la Política, por el sigilo con el que fue emitida, hubo una reacción *ex post* que, si bien no ha devenido en la imposición de sanciones en contra de los responsables, ya está en manos de un poder judicial que por el momento ha dictado que la arrogancia de la SENER, al dictar una Política al margen de la ley y la sociedad, ha tocado con pared.

⁷⁰ *Greenpeace* y Defensa Colectiva interpusieron amparos por interés legítimo y ambos consiguieron suspensiones definitivas. Ver Daniela Wachauf “Defensa Colectiva avanza en favor de energía limpia.” 24 horas, en <https://www.24-horas.mx/2020/06/09/defensa-colectiva-avanza-en-favor-de-energia-limpia>

⁷¹ Ver Diana Nava ¿Cómo va la controversia de Cofece en contra de la política eléctrica de Sener? en *Expansión*, 21 de septiembre de 2020 en <https://expansion.mx/empresas/2020/09/21/que-va-controversia-cofece-contra-ultima-politica-sener>

4. ¿Diálogo de Sordos?: Empresas y Órganos de Regulación

El sentido y la función de los órganos reguladores ha sido lentamente comprendido en particular en los países donde la “modernización administrativa” es un fenómeno relativamente reciente, como en América Latina.⁷² Carlos Stark explica que ello acontece en particular desde los años 90 con la diferenciación conceptual entre el papel del Estado como “propietario” *vis a vis* como “empresario.” Esto es, la regulación en estos países ha sido necesaria, en gran parte, para evitar que los otrora monopolios públicos coloquen barreras de entrada para la diversificación de actores en los mercados.⁷³

La falta de entendimiento del sentido de los órganos reguladores, por parte del gobierno de López Obrador, explica en gran parte la crisis en el relacionamiento entre los reguladores *coordinados*⁷⁴ y sus regulados, en particular con la CRE. De las notas de prensa, de notas informativas de CNH, sus sesiones públicas y de conversaciones informales con contratistas, inferimos que con este regulador se ha mantenido una comunicación regular y que han fluido con normalidad los trámites relacionados con la ejecución y cumplimiento de sus actividades contractuales. También este regulador ha continuado con la transmisión de sus sesiones en vivo en las que informa el estado de la administración de áreas contractuales y asignaciones petroleras de Pemex y las votaciones en lo que concierne a ambas. En este sentido, la CNH ha mantenido un grado razonable de apertura; y, si en términos relativos (al sexenio pasado) es poco lo que informa, es porque sus actividades más visibles (como las licitaciones) han sido detenidas por la SENER.

Distinto es el caso de la CRE, como encargado de algunos asuntos eléctricos y de la regulación y trámites relacionados con un elenco importante de actividades de la parte intermedia y baja de la industria de los hidrocarburos.⁷⁵ Hay varios factores que hacen que la interacción con la CRE sea más compleja que con la CNH: en primer término, el espectro de facultades de la CRE es mucho más amplio, lo cual los expone a una variedad más extensa de interlocutores. A diferencia de la CNH, cuya dinámica

⁷² Carlos Stark Carlos Stark. “Regulación, Agencias Reguladoras e Innovación de la Gestión Pública en América Latina.” <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0040204.pdf>

⁷³ Stark, *Op. Cit.*, p0. 3-8

⁷⁴ Entendemos que los órganos reguladores coordinados son CRE y CNH. Hemos dejado a la ASEA fuera de este estudio porque su actuación, a pesar de ser el regulador de seguridad industrial y medio ambiente, no trastoca los temas de competitividad en los que nos enfocamos.

⁷⁵ Las facultades de la CRE en estas materias están dispersas en la LORCME, La LH y la LIE. Por economía verbal no estimamos necesaria su transcripción en este documento.

de relacionamiento es exclusivamente con empresas, la CRE interactúa con un registro amplio de interesados: empresas privadas, usuarios intermedios, y, como si fuera poco, también le toca tratar con Pemex y CFE. Por esta razón, el juego de la CRE es semejante al billar. Con el golpe de una bola, las demás pueden salir disparadas en distintas direcciones, para bien de unos y para mal de otros.

La gama tan amplia de asuntos que recaen en la competencia de la CRE, y su relación con temas de altas sensibilidad y prioridad presidencial (política de combustibles, en particular), desde un inicio del sexenio, causó una colisión entre los titulares de la CRE y el gobierno entonces entrante. Eso, aparentemente, disparó la renuncia de casi la totalidad de los Comisionados que fueron nombrados durante el gobierno anterior,⁷⁶ con la notable salvedad del entonces Comisionado Presidente, Guillermo García Alcocer, quien primero se negó a renunciar, pero luego expresamente se manifestó incompatible con la dirección que tomaba la CRE. Ello sucedió después de que el senado rechazó la ratificación de cuatro ternas de candidatos propuestos por el presidente, por lo cual, conforme a la ley, pudo nombrarlos directamente.⁷⁷

La CRE, como existe ahora, con sus nuevos integrantes, advirtió a la industria privada que colgaba de un hilo desde que anunció públicamente estar por fin comprometida con una función social.⁷⁸ ¿Qué es a juicio de la CRE una función de esta naturaleza? Fuera de entrar en una disertación inútil, la función “social” a la que se pudiere referir esta Comisión, es al retorno de la dominancia de las empresas de Estado.

4.1 Con la CRE como escudero, los monopolios contratacan

Una confusión popular es la indiferenciación entre “autonomía” e “independencia.” En sentido estricto y formal, ninguno de los dos órganos reguladores ha perdido autonomía porque sus leyes han permanecido intactas y con ellas sus facultades. Lo que, en todo caso, se ha visto claramente mermada es su independencia mediante varias manifestaciones del partido que ahora es gobierno. Primero fue la inserción de Comisionados visiblemente alineados con MORENA; pero la más palpable fue la instrucción del presidente a los comisionados de “alinearse” a la nueva política de fortalecimiento de

⁷⁶ Solo Luis Guillermo Pineda quedó de la administración anterior. ⁷⁶ Ver Karol García, “Se veía venir: García Alcocer renuncia a la CRE de la 4T” en *El Economista*, 3 de junio de 2019, en <https://www.economista.com.mx/empr>

⁷⁷ Así lo establece el artículo el tercer párrafo del artículo 3 de la LORCME

⁷⁸ Así lo dijo la Comisionada Leticia Campos en la primera sesión del pleno de Comisionados de la CRE, del 21 de mayo de 2019, en <https://www.gob.mx/cre/documentos/sesiones-del-organo-de-gobierno-de-mayo-2019?state=published>

Pemex y CFE.⁷⁹ Aquí lo llamativo, no es tanto la instrucción en sí misma, sino su ilegalidad. Una de las reglas tanto de su marco normativo, el cual incluye su Código de Conducta⁸⁰, establece la *imparcialidad*, ya sea frente a regulados como a usuarios.⁸¹ Por ende, cualquier acto tendiente a favorecer a regulado alguno (público o privado) podría exponer a él o los funcionarios en cuestión a responsabilidades administrativas,⁸² además de que podría ser justiciable mediante el juicio de amparo. Claro está, las consecuencias jurídicas de cada modo de impugnación tendrían que ser valorados caso por caso en cuanto a su eficacia.

4.2 El *Foul Play* de la CRE en contra de los particulares

Strike 1: la desregulación asimétrica

Uno de los puntos tensos en el curso de la negociación de las leyes secundarias de la reforma energética fue dotar a la CRE de facultades para imponer regulación asimétrica sobre las Ventas de Primera Mano⁸³ de petrolíferos y petroquímicos. Es entendible que la negociación haya sido tirante pues, al dictar un trato diferenciado a Pemex, la misma Ley de Hidrocarburos parecía entrar en contradicción con la Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética que establece una obligación de imparcialidad por parte de la Comisión. Con la ley en la mano, la CRE podría tratar de manera distinta a Pemex respecto de los demás suministradores de petrolíferos o petroquímicos. La justificación descansa en la dominancia de Pemex como suministrador y su capacidad de afectar negativamente el desarrollo del mercado.⁸⁴

Así, pues, “mediante el Acuerdo A/057/2018, se estableció una metodología para determinar el precio máximo en Ventas de Primera Mano y Terminales de Almacenamiento; permitir los descuentos por razones de volumen, plazo y condiciones de pago; la prohibición de condicionar las ventas a la contratación de servicios de valor agregado; la obligación de reportar a la CRE los precios de venta y los criterios para su otorgamiento; además de publicar los precios de venta, resultantes de aplicar la

⁷⁹ Ver Ulises Juárez “Aprueba Comisión de Energía del Senado ternas para la CRE” en *Energía a Debate*, 26 de febrero 2019, en

⁸⁰ El artículo 6 del Código de Conducta de la CRE replica los principios de la Ley de Responsabilidades Administrativas, entre los cuales figura la imparcialidad, en <https://cre.gob.mx//documento/1508.pdf>

⁸¹ *Ibid.*.ζμ

⁸² *Ibid.*

⁸³ Se entiende por Venta de Primera la primera enajenación que hace PEMEX de hidrocarburos a un tercero.

⁸⁴ Ver

<https://drive.cre.gob.mx/Drive/ObtenerAcuerdo/?id=YzBkNDQzZTktZTM5Ni00ZTE3LTU5MS1jZTQ4NGIxZDhiMWU=>

capacidad asignada.⁸⁵ Según del Órgano de Gobierno de la CRE, “el régimen temporal de regulación asimétrica contenido en el Acuerdo A/057/2018 se cumplió porque logró alcanzar una mayor participación de agentes económicos, lo cual se revela en las cifras siguientes.

- “Entre 2017 y 2019, PEMEX perdió un volumen de ventas de 59.4 mil y 50 mil barriles por día, para gasolinas y diésel, en las regiones Norte, Noroeste, Golfo y Centro del país;
- Existen 4,670 estaciones de servicio con imagen comercial distinta a Pemex;
- Más 228 y 175 permisos para importación de gasolina y diésel, respectivamente.”
- Y 585 permisos de comercialización, 44 de almacenamiento y 258 de distribución.”⁸⁶

Bien dijo el Comisionado Celestinos⁸⁷ en su primera sesión: “No me gusta la regulación asimétrica.” Y Pemex compartió su disgusto, tanto así que interpuso un amparo admitido ante el Primer Tribunal Colegiado en Telecomunicaciones y Competencia contra el Acuerdo en comento el 28 de marzo de ese mismo año. En palabras de McCubbins *et al*, este tribunal “penetró” este acto administrativo y tampoco lo vio con buenos ojos pues, el 5 de diciembre de ese mismo año, la Justicia Federal protegió y amparó a Transformación Industrial.⁸⁸

Toda vez que Pemex venció en juicio a la regulación asimétrica en al menos algunos aspectos⁸⁹, tocaba luego a la CRE desaparecerla por completo. “Mediante sesión ordinaria de fecha 16 de diciembre de 2019, el Órgano de Gobierno de la CRE aprobó dejar sin efectos el Acuerdo A/057/2018.” El argumento central de la CRE es que existen las condiciones suficientes de competencia en materia de petrolíferos para liberar a Pemex de la regulación asimétrica.⁹⁰ “La derogación del Acuerdo A/057/2018 no pasó desapercibido por organizaciones empresariales como el Consejo Coordinador Empresarial (“CCE”) y la Confederación Patronal de la República Mexicana (“COPARMEX”), quienes se pronunciaron contra

⁸⁵ Ernesto Hernández López Desregulando a Pemex: ¿La CRE revirtió la Regulación Asimétrica? En *EnergíaHoy*, 6 de marzo de 2019, en <https://energiahoy.com/2020/03/06/desregulando-a-pemex-la-cre-revirtio-la-regulacion-asimetrica/>

⁸⁶ Ernesto Hernández López Desregulando a Pemex: ¿La CRE revirtió la Regulación Asimétrica? En *EnergíaHoy*, 6 de marzo de 2019, en <https://energiahoy.com/2020/03/06/desregulando-a-pemex>

⁸⁷ Así lo dijo el Comisionado José Alberto Celestino Isaacs en la primera sesión del pleno de Comisionados de la CRE, del 21 de mayo de 2019, en <https://www.gob.mx/cre/documentos/sesiones-del-organo-de-gobierno-de-mayo-2019?state=published>

⁸⁸ Ver Karol García “Pemex se sacude de la regulación de dominancia, en *El Economista*, 19 de diciembre de 2019 en, <https://www.economista.com.mx/empresas/Pemex-se-sacude-regulacion-de-dominancia-20191219-0006.html>

⁸⁹ Aquí la fuente se refiere a que Pemex quedó exento de licitar su capacidad excedente para transportar petrolíferos. Hernández López, *Op. Cit.*,

⁹⁰ *Ibid.*

la decisión de la CRE, destacando que “el cambio de reglas en el sector energético inhibe la competencia en el mercado de petrolíferos y crea incertidumbre entre la inversión privada en el país.”⁹¹

Más allá de la corta vida de la regulación asimétrica sobre Pemex, este episodio es aleccionador en otros aspectos. En primer lugar, no es lo mismo ponerle un dique a un monopolio público que a un privado. Cuando se le impuso este trato a los dominantes en materia de telecomunicaciones, fue por mandato de una norma constitucional;⁹² en cuanto a Pemex, la facultad de la CRE estaba “escondida” en un Décimo Tercer Transitorio de la Ley de Hidrocarburos. En segundo, que lo hecho por la CRE puede ser deshecho por la misma de un plumazo por lo que no queda memoria institucional, ni seguridad jurídica. Si como en el caso de telecomunicaciones y radiodifusión la dominancia hubiera tenido un sustento constitucional y legal, un cambio de esta naturaleza no se hubiera sostenido, de ser llevado a tribunales. La intervención judicial hubiera coercido a los Comisionados a mantener la regulación asimétrica en tanto no cambien la Constitución y las leyes. Así las cosas, grupos como la COPARMEX podrán llenar los buzones del gobierno pero este tramo de la política energética se rompió por lo más delgado. Y es que así fue tejida.

Strike 2. Las tarifas de transmisión y los pájaros en los alambres

Uno de los aspectos más llamativos de esta administración —y no solo en lo energético— es la satanización irracional de cuestiones muy técnicas. Una acción administrativa, colindante con la Política de Confiabilidad de la SENER ya discutida, fue el incremento a las tarifas de transmisión para los proyectos legados, en particular al tratarse de proyectos de generación a partir de fuentes renovables.⁹³

En diversos comunicados de Manuel Bartlett, éste había denunciado la naturaleza “leonina” de la tarifa establecida en los contratos de transmisión⁹⁴. Y cuando Manuel Bartlett tilda a un contrato de leonino es que el pronóstico de ese instrumento es “reservado,” cosa que dicen los médicos cuando la fatalidad es inminente. Y justo así fue: con una advertencia in *crescendo* que pronto devino en amenaza, la CRE mediante la RES/893/2020 dejó sin efecto la “tarifa estampilla”, conforme a la Metodología de

⁹¹ Ver Comunicado COPARMEX “En riesgo la Inversión Privada por Eliminación de la Regulación Asimétrica a Pemex: COPARMEX, en https://coparmex.org.mx/downloads/ENVIOS/CP_293_En_riesgo_Inversion_Privada_por_Eliminacion_Regulacion_Asimetrice.pdf

⁹² Nos referimos al décimoquinto párrafo del artículo 28 Constitucional.

⁹³ Iliana Chávez “Bartlett delinea Programa Nacional de Electricidad,” *Energía Hoy*, December 8, 2018 in <https://energiahoy.com/2018/12/08/bartlett-delinea-programa-nacional-de-electricidad/>

⁹⁴ Cabe recordar que el Director General de la Comisión Federal de Electricidad, Manuel Bartlett, ya había solicitado a los entes reguladores del sector eléctrico mexicano un alza en los precios de transmisión, costos que las empresas privadas cubren para poder emplear la infraestructura de la CFE y así generar su propia energía.

Transmisión establecida en la resolución RES/066/2010, por considerar que las empresas generadoras eran una suerte de polizones de la red de transmisión.⁹⁵ Así, la “Comisión Reguladora de Energía (CRE) detalló la metodología utilizada para expedir los nuevos cargos por el servicio de transmisión de energía eléctrica a precios de 2018 que aplicará CFE Intermediación de Contratos Legados a los titulares de los Contratos de Interconexión Legados con centrales de generación de energía eléctrica con fuentes de energía renovable o cogeneración eficiente, mismos que sufrieron aumentos *de casi 800 por ciento*.”⁹⁶ Luego, “La Comisión Federal de Electricidad (CFE), a través de su filial Intermediación de Contratos Legados dio a conocer en el Diario Oficial de la Federación, las tarifas de porteo por el servicio de transmisión a los titulares de los Contratos de Interconexión Legados con centrales de generación de energía eléctrica con fuentes de energía renovable o cogeneración eficiente.”⁹⁷

Es importante señalar estamos ante un escenario con varios matices. Los señalamientos de Bartlett, aunque estridentes, no son insensatos del todo. En el sexenio de Felipe Calderón, cuando entraron en vigor las primeras leyes especializadas para promover el crecimiento de las energías renovables, en efecto se aprobó una “metodología”, hasta el ahora inaccesible al público,⁹⁸ que arrojaba unas tarifas presunta y sensiblemente más bajas de las reales, para incentivar la inversión con energías renovables. De tal suerte, en la RES/893/2020,⁹⁹ la CRE argumenta que “Con esta resolución se propicia un mercado competitivo con la implementación de tarifas adecuadas y equitativas a los costos erogados por la prestación de dichos servicios, efectuada la ponderación entre los intereses públicos y colectivos frente a los intereses particulares.”¹⁰⁰ Más aún, “según lo fundamentado, de que se aseguren pagos justos y proporcionales por parte de los titulares de los contratos por el uso de la red eléctrica.”¹⁰¹ “En ese sentido, en su decimosexto punto, el órgano regulador apunta que los cargos por el Servicio de Transmisión vigentes para fuentes de energía renovable o cogeneración eficiente son

⁹⁵ Ver Staff “Empresas privadas no pagan costos de transmisión, revira CFE a Concamin” en *La Razón*, 24 de mayo 2020, en <https://www.razon.com.mx/negocios/empresas-privadas-no-pagan-costos-de-transmision-revira-cfe-a-concamin/>

⁹⁶ Así quedaron las tarifas publicadas por CFE en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 2020: Alta, 0.27857 pesos por kilowatt/hora; Media, 0.25865 pesos por kilowatt/hora y Baja, 0.89284 pesos por kilowatt/hora. Ver http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5594800&fecha=10/06/2020

⁹⁷ Pedro Mentado, “CFE publica tarifas de porteo para energías renovables y cogeneración” en *EnergíaHoy*, 10 de junio 2020, en <https://energiyahoy.com/2020/06/10/cfe-publica-tarifas-de-porteo-para-energias-renovables-y-cogeneracion/>

⁹⁸ Agradezco a Verónica Irastorza, analista de economía de energía, ese dato.

⁹⁹ La citada resolución derivó de la sesión extraordinaria del Órgano de Gobierno de la CRE celebrada el 28 de mayo pasado

¹⁰⁰ Ver el Considerando Décimo tercero de la RES/892/2020 en <https://drive.cre.gob.mx/Drive/ObtenerResolucion/?id=M2MyMjE1NTEtM2JiMi00ZmlzLTlwNDIzLTcwOTgyMWQxNGRiZA==>

¹⁰¹ *Ibid.*

desproporcionados respecto a los costos actuales por la prestación del Servicio Público de Transmisión y Distribución.”¹⁰²

Desde la emisión de este ajuste, se interpusieron alrededor de 55 de amparos cuya resolución sigue pendiente.¹⁰³ Algunos quejosos han obtenido la suspensión definitiva, mientras que otros jueces la han negado.¹⁰⁴ Sea como fuere lo alegado en los escritos, el debate es complejo. Consideramos, en primer lugar, que la tarifa transmisión debió haber sido ajustada en la medida en que el desarrollo de las energías renovables tomaba su curso. Sin embargo, no es fácil saber cuándo ni cuánto porque la metodología que arrojó la “tarifa estampilla” no es pública, por razones inescrutables. Y si de transparencia hablamos, el anexo que detalla las tarifas nuevas derivadas de la RES/983/2020 también es omiso al detallar el porqué de un aumento de tal desmesura.¹⁰⁵ De forma muy simple, la CRE argumenta que el sistema tarifario recién aprobado obedece a i) el uso de la infraestructura; ii) las pérdidas; iii) los servicios conexos a la transmisión iv) el cargo fijo por la administración del convenio.¹⁰⁶

El punto número ii merece especial atención. ¿Pérdidas? ¿Por qué un cargo por lo que en derecho equivaldría a un daño a ser resarcido por las centrales legadas? Los daños en todo caso pueden ser exigibles por hechos ilícitos o por incumplimientos contractuales. Pero aquí no es el caso. Los titulares de los permisos de generación celebraron contratos en los que se estipularon cargos por porteo calculados mediante una metodología “institucionalmente establecida.” Es decir, ni siquiera podemos hablar de una metodología o cargo negociado; sino de un factor que formaba parte de las reglas del juego puestas por el gobierno. Se podrá cuestionar si la tarifa de transmisión dejó de ser proporcional y compensatoria para CFE en algún momento, ya que las inversiones estaban más avanzadas y maduras; sin embargo, en ese caso, era obligación de la autoridad reguladora, junto con CFE y CENACE, hacer los ajustes respectivos, graduales y proporcionales. Esto, más que un ajuste, parece una revancha sin que quede claro en contra de quién. ¿Las fuentes renovables de energía? ¿Qué podría tener este gobierno en contra de la generación con sol y con viento? Eso sería explicable si fueran un rival real de CFE pero éstos representan, si acaso, el 7% de la capacidad instalada de generación en el país.¹⁰⁷ Los cargos “revanchistas” están fuera de toda racionalidad jurídica pues serían

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Agradezco al Lic. Javier Mijangos y González esta información.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ “En promedio mensual entre enero de 2016 y diciembre de 2019 los costos del servicio conforme las tarifas reguladas son 388 por ciento mayores al cargo por Servicio de Transmisión para la trayectoria radial Alta-Alta tensión; 374 por ciento mayores para Alta-Media tensión y 634 por ciento mayores para Alta-Media-Baja tensión”, expuso la CRE.” Ver *Staff* “CFE dispara hasta 970% tarifas a privados; Concamin denuncia ‘electrolinazo’ en *Forbes*. junio 11, 2020, en <https://www.forbes.com.mx/negocios-cfe-dispara-hasta-970-tarifas-a-privados-concamin-denuncia-electrolinazo/>

¹⁰⁶ Así dice el texto de la RES/983/2020

¹⁰⁷ Secretaría de Energía, Dirección General de Planeación e Información Energéticas

inválidos como motivación de un acto administrativo. Si la tarifa era conforme a derecho, no hay nada que resarcir.¹⁰⁸

Fuera de toda especulación sobre los motivos de este acto, y de su justiciabilidad, de nuevo la pregunta estriba sobre si las empresas hubieran podido tomar alguna medida preventiva en contra de éste. Como otras veces, un acto sorpresivo asalta a los inversores y a la sociedad en general. De improviso, la CRE se ha vuelto la caja de pandora de donde salta cualquier cosa en cualquier momento. Pero esa postura de indefensión victimiza y es inútil. Hay que buscar la manera de prever este tipo de “asaltos” desde que se captan ciertas señales. Cuando Bartlett diga “leonino” hay que prever que soltará a las fieras. Cabe resaltar que, al igual que la “Política” de SENER, la RES/083/2020 tampoco hubo un Análisis de Mejora Regulatoria, en la inteligencia de que no era una norma de aplicación general, sino una “instrucción” a CFE de incrementar sus tarifas.¹⁰⁹

Era de esperarse que la opacidad, y la inconformidad que ocasionó, llevaran a las partes a tribunales. Sobre este punto, es importante mencionar que la judicialización es una solución fragmentaria, que solo beneficia a quien se ampare, salvo en ciertos casos.¹¹⁰ Por lo tanto, la intervención del poder judicial debe ser el último recurso, no el primero. Para evitar sobresaltos, se debe procurar el monitoreo de estos procesos y la comunicación con los tomadores de decisión por todos los medios institucionales, antes de tocar la puerta del poder judicial.

¿Strike 3? El rugido del silencio

Un acto administrativo considerado injusto, arbitrario y unilateral es alarmante pero al menos se tiene certeza de que hay, dentro del marco jurídico, una o más defensas disponibles contra algo concreto. Peor aún es el llamado “silencio administrativo” pues, a menos de que en la Ley se establezca la “afirmativa ficta”, tácitamente se da por denegada la solicitud no resuelta. Y habida cuenta de que en la Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética no queda establecida una “afirmativa ficta”, que exceptúe la aplicación de la negativa que dicta el artículo 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo; desafortunadamente para los que ingresaron solicitudes. pasados ya

Fichas de los indicadores, Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables, en

¹⁰⁸Según el analista Víctor Ramírez, vocero de Plataforma México, Clima y Energía (PMCE), estos incrementos “pueden tener efectos económicos severos para el país. Se calcula que el 10 por ciento del PIB se mueve por las empresas afectadas. Ellas invirtieron fuertemente en infraestructura, la regalaron al Estado y pagaban tarifas por el uso. Ahora, esto incrementa sus costos enormemente”. Ver *Redacción* “CFE eleva tarifas de porteo hasta 811 por ciento” en *Energía a Debate*, 10 de junio de 2020, en <https://www.energiaadebate.com/electricidad/cfe-eleva-tarifas-de-porteo-hasta-811-por-ciento/>

¹⁰⁹ Los actos de aplicación individual, aunque sean de las mayores consecuencias, y eleven los costos a particulares, están exentos del Análisis de Mejora Regulatoria.

¹¹⁰ Cuando se interpone un amparo por interés legítimo, como en el caso de *Greenpeace* y *Acción Colectiva*,

más de tres meses, les aplica la regla de “el que calla, niega.” Al llegar ese término, la negativa tácita del Órgano Regulador es una realidad que deben encarar. Si eligen recurrirla, tendrán que recabar la constancia respectiva y valorar las alternativas de defensa jurídica.

Esta es una realidad que escapa toda teorización, hoy día hay cientos de solicitudes pendientes de ser atendidas. Baste con consultar el “Listado Solicitudes y Modificaciones de Permiso en Trámite de Petróleo (P), Petrolíferos (PL), Petroquímicos (PQ) y Bioenergéticos (BE)”, de manera ejemplificativa, pues hay de muchas más modalidades, para percatarse del rezago.¹¹¹ Este listado, con fechas de ingreso de solicitudes que datan desde 2016,¹¹² ameritaría un monitoreo muy puntual sobre las razones por la que este regulador visiblemente no cumple con su trabajo. Las razones pueden ser de varias índoles: falta de capital humano, insuficiencias de carácter presupuestario, impreparación, indecisión, presiones políticas, por mencionar las más comunes e importantes. Como sea, nada justifica un rezago de esas dimensiones y un análisis debe ser complementado con acciones jurídicas eficaces.

Antes de la reforma de 2013, a las empresas les era posible inconformarse mediante un “recurso de reconsideración” ante la misma CRE cuando una resolución, o partes de ella, no eran acordes con sus derechos y/o intereses.¹¹³ Luego, se eliminó esta vía para evitar la saturación de recursos, con el único fin de trabar la actividad regulativa y acortar los litigios. Por ende, en el artículo 27 de la Ley de los Órganos Reguladores en Materia energética se plasmó una excepción al principio de definitividad consignado en la Constitución y en la Ley de Amparo. En palabras llanas, para inconformarse con un acto de la CRE o de la CNH, ya no ha sido necesario recurrir ante los mismos reguladores o iniciar un juicio contencioso administrativo. Baste con tocar la puerta de los jueces de amparo, por haberse hecho esta excepción al principio de definitividad. A nuestro juicio, la excepción tiene una ventaja tanto para el regulador como el regulado pues, dependiendo de los plazos de la justicia federal, tanto la autoridad como los interesados han podido ahorrarse el sinuoso sendero de los procedimientos administrativos contenciosos. Por otra parte, el “recurso de reconsideración” sí daba oportunidad de un acercamiento entre reguladores y regulados sin la intervención judicial que, por lagunas de conocimiento, podría fallar en un sentido o en otro por motivos más de forma que de fondo. Recordemos que el Comisionado Raúl Necedal insistía en que, las controversias en materia de regulación energética, por el bien de la misma, debían resolverse en casa, evitando así su fuga al poder judicial.

¹¹¹ El listado puede consultarse en <https://www.gob.mx/cre/documentos/solicitudes-y-modificaciones-de-permiso-en-tramite-de-petroleo-p-petroliferos-pl-petroquimicos-pq-y-bioenergeticos-be>

¹¹² *Ibid.*,

¹¹³ Uno de los regulados más inconformes con las resoluciones de la CRE era, precisamente, Pemex Gas y Petroquímica Básica. La historia la cuenta Miriam Grunstein en “La Comisión Reguladora de Energía Frente a Petróleos Mexicanos” en *Tres Reguladores, Tres Retos*. México: Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., 2011, en

Ahora bien, al escribir este estudio noticias llegan noticias, de que por medio de una suerte de Memorándum, el presidente instruye una nueva, y a la vez antigua “Política Energética,” en la que los órganos reguladores deben dar prioridad a Pemex y a CFE. En una reunión en Presidencia, que fue reportada en prensa, mas no por medio de un comunicado oficial, los Comisionados Presidentes de cada uno de los dos órganos reguladores coordinados se comprometieron adherirse “punto por punto” al Memorándum y en particular a devolver a Pemex y a CFE su papel dominante. Asimismo, “se acordó realizar cambios en reglamentos y terminar con el otorgamiento de permisos, actividades para petrolíferos y electricidad, sin modificar la Constitución (...)” “La intención es regresar (sic) a las empresas estatales sin modificar, por el momento, las regulaciones actuales. En general, no se entregará ni un solo permiso más para el sector privado, con lo que prácticamente estarán eliminando la competencia.”¹¹⁴

El pronóstico meteorológico sería una tormenta de juicios de amparo pero, justo el viernes 14 de agosto de 2020, la segunda sala de la Suprema Corte de la Nación dictó una jurisprudencia¹¹⁵ en la que declara la inconstitucionalidad de la excepción al principio de definitividad al tratarse de actos de los Órganos Reguladores Coordinados. Ello se debe a que este principio está establecido en el artículo 107, fracción IV, de la Constitución, los cuales privan sobre el 27 de la Ley de Reguladores Coordinados en Materia Energética.¹¹⁶ En suma, si bien ya no existe el recurso de reconsideración, además de que es dudoso que en este estado de cosas los interesados deseen tratar directamente con los reguladores, esta jurisprudencia podría desviar la controversia hacia los Tribunales de Justicia Fiscal y Administrativa, cuya pericia en materia energética es al menos cuestionable. También, si se intentara impugnar por la vía del amparo, el gobierno podría invocar dicha jurisprudencia en contra de la admisión del amparo o, en su caso, el mismo juez podría desechar la demanda por la misma razón. Si así fuere, la temida fuga a jueces administrativos inexpertos, será un obstáculo a sortear por la inversión.

Jueces y fugas aparte, la alineación de los reguladores a la voluntad presidencial, en lo que respecta a devolver la dominancia a Pemex y CFE, es antijurídica. Muchos son los argumentos: sin embargo, el más contundente es que un regulador que favorece a dos regulados, por ese solo hecho de ser

¹¹⁴ Karla Omaña y Diana Gante “Ablanda AMLO a reguladores de energía” en *Reforma*, 23 de septiembre de 2020, en <https://diario.mx/nacional/ablanda-amlo-a-reguladores-de-energia-20200923-1711624.html>

¹¹⁵ Ver “Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética. El artículo 27 de la ley que los regula, al establecer una excepción al principio de definitividad que rige el juicio de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional.” Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Décima Época. Jurisprudencia (Constitucional) *Semanario Judicial de la Federación*, Viernes 14 de agosto de 2020.

¹¹⁶ *Ibid.*,

propiedad estatal, incumple su encargo.¹¹⁷ Si efectivamente dejan de darle trámite a las solicitudes de particulares, lo que en todo caso procede es que la industria privada inicie procedimientos de responsabilidad administrativa a quienes, por razones políticas, se resistan a aplicar la ley.¹¹⁸ De la industria dependerá la defensa cabal, no solo de su interés, sino del Estado de Derecho.

5. ¿Diálogos con los Monopolios? ¿O el Monólogo con el Duopolio?

La comunicación entre empresas, particulares y Pemex y/o CFE es el tema más intrincado de todos los que aquí se han desarrollado. Mucha de la complejidad radica en que no es claro a quién nos dirigimos y de qué forma debemos hacerlo. Un acercamiento a una Secretaría de Estado o un Órgano, con el fin de tratar, o tramitar, un asunto “oficial” (trámites, permisos, autorizaciones) debe seguir un procedimiento formal, que hemos visto es de naturaleza administrativa. Una Secretaría de Estado, ni a un Órgano Regulador, es una organización con la que, en teoría, se vaya a hacer negocios.¹¹⁹

5.1 Pemex y CFE: ¿Qué son?

No hay reforma, ni reordenación institucional, que esclarezca este misterio. Hoy, las llamadas “Empresas Productivas del Estado” no son ni empresas, ni propiamente órganos del Estado. Más aún, la denominación puesta a raíz de la reforma energética, solo ha profundizado la confusión. Al aprobarse la misma, *parecía* que Pemex y CFE adoptarían un régimen de naturaleza mercantil; que la rigidez administrativa, principalmente en lo tocante a licitaciones y celebración de contratos, se había eliminado al abandonarse, incluso parcialmente, desde la reforma de 2008, la aplicación de las Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.¹²⁰ Fue entonces que se emitieron las *Disposiciones Administrativas de*

¹¹⁷ Ver artículo 6 del Código de Conducta de la CRE, *Op. Cit.*,

¹¹⁸ Código de Conducta de la CRE, *Op. Cit.*,

¹¹⁹ Eso trae a cuenta anécdota sobre cómo suelen confundirse los papeles de una “autoridad” con una contraparte en una negociación. A inicios del milenio, cuando se otorgaban los primeros permisos para plantas de regasificación de gas natural, la CRE debía revisar y aprobar, en su caso, sus Condiciones Generales de Servicio. Una empresa solicitante del trámite se rehusaba a cambiar algunas de las disposiciones ahí establecidas, por lo cual una funcionaria de la CRE clamó: “¡No quieren negociar!” La expresión es llamativa si se considera que, en ejercicio de sus facultades, la CRE puede negar las condiciones que considere contrarias a su fin y mandato. La CRE no negocia, pero puede, o no, ser receptivo a las observaciones de los solicitantes.

¹²⁰ El artículo 51 de la Ley de Petróleos Mexicanos de 2008 eximió la aplicación de estas leyes para las “actividades sustantivas de carácter productivo,” en

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lpm_2008/LPM_2008_abro.pdf

Contratación, que a nuestro juicio, fueron más perniciosas que útiles.¹²¹ Sin procedimientos claros a seguir, y amplias coladeras por las que se podían filtrar contrataciones opacas, de menor y mayor escala, y con y sin el consentimiento del Consejo de Administración, tanto de Pemex como de CFE, permeaba la inseguridad de avalar (firmar) ciertas transacciones.

Pemex y CFE parecen estar situadas en el abismo entre dos mundos. Aún son burocracias que simulan ser empresas. Y en ese abismo no hay posibilidad de tomar decisiones de negocios con seguridad de las reglas que los rigen. Por muy burocráticas que hayan sido Pemex y CFE, como organismos descentralizados, al menos, y en la medida de lo posible, era posible dar una mejor cuadratura al círculo. Ahora, Pemex y CFE son formal y materialmente híbridos entre empresas y organismos públicos, sin ser más eficientes, ni más flexibles y con menos posibilidades de ser abordadas de forma institucional.

5.2 Pemex y CFE: ¿cómo y con quién hablar?

La información sobre los mecanismos de relacionamiento con Pemex y CFE es más bien anecdótica. De las narrativas que se cuentan desde las oficinas de Pemex y de sus instalaciones a lo largo y ancho del país, se puede inferir (pero no comprobar) un nivel bajo de institucionalidad. Al hablar de la institucionalidad nos referimos a la misma en el sentido que le da Douglass North: hay una carencia de reglas para comunicarse con éstos o las que existen no son claras o son inestables. El relacionamiento con estas empresas (por llamarlas de algún modo) ha tenido marcaje personal. El “influyentismo” que hoy denuncia el presidente es una sospecha viable pero escasamente comprobada. Y, a falta de reglas claras, es incierto y casuístico, cómo el uso de una relación personal, incluso para fines de hacer negocios, podría ser ilícito.

Como fuere, cuando Pemex y CFE eran las únicas fuentes de negocios energéticos en el país, casi invariablemente había que abordarlos. Y a diferencia de muchas empresas sujetas a reglas de compliance y leyes anticorrupción,¹²² entrar en la orbe de PEMEX y CFE ha dependido más de “a quién conoces” (*know who*) que de “lo que sabes” (*know how*). Esto sufrió un cambio importante con la reforma de 2013, pues hubo un giro en la red de negocios de la industria. Salvo que se tratara de *Farm*

¹²¹ El hecho de que Pemex se autorregulara produjo gran inseguridad en el actuar de sus funcionarios los cuales se resistían a avalar algo que no estuviera sustentado en Ley.

¹²² Las grandes empresas internacionales están estrechamente autorreguladas en sus pasos y procedimientos de generación de negocios. Mohammad Madhil Mohammad “Procurement Strategies for the Oil and Gas Industry: Capturing Changing Values and Dealing with Multi Cultural Complexity.” Fifth International Conference on Construction in the 21st Century (CITC-V). “Collaboration and Integration in Engineering Management and Technology” Mayo 20-22, 2009, stanbul, Turquía, en https://e7b3ad67-c36a-4cc9-8f96-7f6f62f269de.filesusr.com/ugd/0d72f4_c2bdf424e4424e98b949235f6a652be4.pdf

Outs o de Migraciones,¹²³ o de la celebración de contratos que requiriesen la participación del Pemex y/o CFE (servicios de diversas índoles, suministro de electricidad o de petrolíferos, o prestación de apoyos técnicos y consultorías de diversas índoles, entre muchos otros), no había razón para entrar en contacto directo con éstos. De existir el interés de participar en la industria de hidrocarburos o de electricidad, era más bien necesario acudir a otras instancias como la SENER, la CNH o la CRE donde existe un grado mayor de institucionalidad, precisamente, mediante el ya muy discutido procedimiento administrativo, al cual al menos se le puede dar seguimiento.

Ahora que renace una fuerza centrífuga hacia el duopolio, todas las oportunidades de negocios vuelven a girar en torno a Pemex y CFE, con la rotación de sus directivos quien ahora deben jurar su vocación estatalista. Así, pues, hay una crisis aguda entre las empresas que solían tratar con Pemex y la nueva guardia. Con su muy singular ironía, bien menciona Thomas Wälde¹²⁴ que “personalizar” las relaciones con funcionarios de empresas estatales sirve hasta que deja de servir.¹²⁵ Así, aunque tal vez sea menos eficiente en términos de tiempo y resultados, el acercamiento conforme a las “reglas” es a largo plazo una opción mejor, en términos de *seguridad*. Sin embargo, en el caso de Pemex y CFE la ausencia de cauces institucionales no deja otras opciones que buscar con quien ejercer “el derecho de picaporte”, con todos los riesgos que ello implica. Cuando hay cambios políticos abruptos y los enclaves se mueven, ya no hay picaportes que sirvan. Además, tratar de abrir puertas con llaves viejas es una actividad de alto riesgo, aun si se mantienen los mismos funcionarios en sus puestos o incluso sus superiores. Estos, para mantenerse en sus encargos, pueden negarse categóricamente a recibir o a dejarse contactar con quienes antes decían ser sus amigos.

5.3 ¿Y los Representes de los Dueños? Los Consejos de Administración

En una empresa como cualquier otra, la regla es que la “asamblea de socios” sea el “órgano supremo” de la misma. Este órgano supremo puede tener una composición compleja y hasta conflictiva. Si en el caso de una gran empresa privada una asamblea puede cobrar dimensiones de alta complejidad, es inimaginable cómo podría funcionar una “asamblea” de 126 millones de mexicanos.

¹²³ Los llamados *farm Outs* en realidad son asociaciones en las que Pemex puede entrar en áreas de exploración y producción que ya no le son exclusivas. Mientras que las migraciones implican la conversión de una asignación (que le es exclusiva a Pemex) en un área contractual. Ver SENER “Ronda Cero y migración de contratos de PEMEX” <https://www.gob.mx/sener/articulos/ronda-cero-y-migracion-de-contratos-de-pemex>

¹²⁴ Thomas Wälde (1949-2008) fue el abogado petrolero de más renombre internacional y profesor en la Universidad de Dundee. Fue el fundador del sitio web intitulado “Oil and Gas Energy Law” que concentra un acerbo riquísimo de artículos de investigación.

¹²⁵ Thomas W. Wälde “Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law.” *Journal of World Energy Law & Business*, Oxford: Oxford University Press, 2008, Vol.1. No.1

Aquí hay que destacar que el hecho de que Pemex y CFE sean empresas “de todos” no significa que este título nos corresponde a cada mexicano a título personal. En todo caso, nos pertenece como colectividad por lo que nuestro título es difuso e indefinible. No somos socios ni de Pemex ni de CFE, como particulares, ni tenemos ¹²⁶ derecho de voto, ni se nos debe un dividendo, ni respondemos como socios por sus yerros. Decir que son nuestros es en parte demagogia. No tenemos mejor título sobre ellos que sobre un puente o carretera federal.¹²⁷

En lo que sí distan de una carretera y/o un puente federal es en la complejidad de su naturaleza. En particular en el caso de Pemex, por ser una empresa pública que explota un bien considerado “estratégico”, se pensaría que tendría canales de comunicación más abiertos con los mexicanos, ya sean personas físicas o morales. En este sentido, nos preguntamos si el Consejo de Administración es útil para este propósito. Por ejemplo, si pudieran crearse mecanismos institucionales para que los mexicanos incluyéramos temas en la orden del día de las sesiones del Consejo de Administración de Pemex.

Aquí consideramos inviable una bursatilización de Pemex, ni de sus empresas productivas subsidiarias, ni siquiera de sus filiales. Sería un atrevimiento sugerir una medida de tal trascendencia cuando la viabilidad de esta Empresa Productiva ha sido cuestionada, incluso, por sus auditores externos.¹²⁸ Con cierta reserva, suponemos que esto hubiera podido intentarse al momento de la reforma de 2013, cuando los precios del barril aún no se desplomaban y había un mayor clima de confianza para la inversión en México. Consideramos que, si el gobierno de Enrique Peña Nieto, hubiera realizado una reforma que permitiera su constitución al arreglo de las leyes mercantiles, tal vez hoy sería posible hablar de una participación accionaria semejante a la de Ecopetrol y Petrobras, en Brasil, y Ecopetrol, en Colombia, para el caso de las petroleras y Electricité de France como ejemplo de una empresa eléctrica de Estado, cuyo capital está controlado casi totalmente por el último.¹²⁹ Al contrario, en Pemex y CFE, la tendencia actual es de reforzar el papel del Estado como regulador, propietario y empresario,

¹²⁶ Ver Carreón y Grunstein, *Op. Cit.*,

¹²⁷ En términos del artículo 6 de la Ley General de Bienes Nacionales, todos son bienes de dominio público.

¹²⁸ Cámara de Diputados, LXIV Legislatura. Grupo Parlamentario del PRI. “Proposición Con Punto De Acuerdo Por El Que Solicita Al Titular De Petróleos Mexicanos Informe A La Comisión Permanente Del H. Congreso De La Unión, Las Acciones Estratégicas Inmediatas Que Va A Implementar La Empresa Productiva Del Estado En Materia De Exploración Y Extracción De Petróleo Y Gas Natural; Así Como En Refinación Y Petroquímica Ante La Caída De Los Precios Del Petróleo A Nivel Internacional, La Pérdida De Su Grado De Inversión Y La Caída De Ingresos Reportados En El Primer Trimestre De 2020,” pp.4-5 5 de mayo de 2020, en https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-05-20-1/assets/documentos/PA_PRI_Dip_Sauri_y_ocha_caida_ingresos_trimestre_2020.pdf

¹²⁹ Ver, EDF.fr “EDF Group's share capital at 30 September 2020”, en [://www.edf.fr/en/the-edf-group/dedicated-sections/investors-shareholders/the-edf-share/capital-structure](http://www.edf.fr/en/the-edf-group/dedicated-sections/investors-shareholders/the-edf-share/capital-structure)

lo cual deja muy poco espacio para la inserción de los particulares, sean personas físicas y/o morales en la toma de decisiones.

Dicho esto, pareciera que no hay nada que proponer para tender un cable entre la sociedad y estas “empresas”. Sin embargo, a través del Consejo de Administración podrían realizarse ciertas estrategias las cuales basamos en el esquema de Equinor¹³⁰ (otrora Statoil y Statoilhydro), de Noruega. Hacemos estas recomendaciones en la inteligencia de que México es un país muy distinto a Noruega, con su propia complejidad socio política y económica: sin embargo, ello no es óbice para que el Consejo de Administración de Pemex, como órgano de representación de estos dueños, tome estas iniciativas en la medida que sea posible.

El Consejo de Administración tanto de Pemex como de CFE, podrían convocar a foros en los que se inviten a asociaciones y grupos empresariales para intercambios de ideas sobre cómo mejorar sus prácticas de negocios y del futuro de la industria energética tanto nacional como global. A su vez, el Consejo podría convocar estos mismos foros con Organizaciones No Gubernamentales (para debatir sobre temas vigentes como protección medio ambiental, cambio climático, transición energética, desarrollo sostenible, derechos de las comunidades indígenas) con la intención de conocer e intercambiar perspectivas. Para temas de investigación científica, podría haber diálogos abiertos sobre estrategias de desarrollo tecnológico que, a su vez, se plasmaran en acuerdos con metas asequibles y concretas que, a su vez, sean públicas y puedan ser monitoreadas. Esto podría ser equivalente a que diferentes sectores de la sociedad mexicana, si bien no sean una participación con un voto puro y duro de naturaleza corporativa, al menos sí tengan un foro amplio para tener voz.

6. Recomendaciones y últimas palabras

No ha sido fácil la escritura de este estudio pues la coyuntura por la que pasa la industria es especialmente compleja y hermética.

No hay una estrategia uniforme de relacionamiento entre empresas y estado; nunca la habido; y, en este momento, cuando ha habido un cambio tan radical en los interlocutores, es aún más difícil predecir qué resultados podrían generarse de un acercamiento determinado. Desde el inicio del sexenio, se ha observado un fenómeno generalizado en la industria: el gobierno, que heredó tal cual la reforma energética, ha demostrado una conducta errática. En el mejor de los casos, el presidente, y su gabinete, han expresado cierta tolerancia hacia el cambio recibido; en el peor de ellos, como ha sucedido

¹³⁰ Mark Venables “Equinor CEO Explains Why Increased Engagement Is The Path To A Sustainable Future”, en *Forbes*, enero 28, 2019, en <https://www.forbes.com/sites/markvenables/2019/01/28/equinor-ceo-explains-why-increased-engagement-is-the-path-to-a-sustainable-future/#56ab40ea63c1>

recientemente, se ha anunciado un repudio categórico a este régimen. El Memorandum, que acaba de ser expedido por el presidente, instruyendo la lealtad hacia Pemex y CFE, es el epítome del repudio.

Ante ese palmo de narices a la inversión privada, es muy difícil decidir cómo proceder. Al inicio del sexenio, no solo empresas, sino organizaciones diversas, expresaron su intención de tender puentes, en particular con los interlocutores más accesibles dentro del gabinete.¹³¹ Sin embargo, se trata de un presidente con una voluntad propia y, cuando se trata de energía, o más bien de Pemex y CFE, esta es dogmática. Como sea, al costo que sea, incluyendo la seguridad, la salud y el medio ambiente de México, el presidente pretende “empoderar” a Pemex y, en segundo término, a CFE.

6.1 Todo es personal. Filias y fobias energéticas

Un agravante en la comunicación entre estados y empresas es la “personalización” de la problemática sectorial. Una empresa puede ser atacada por quien la dirige más que por lo que hace. Eso es una falta a un principio de derecho: nadie debe sufrir consecuencias jurídicas salvo por la ilicitud de su conducta pero nunca por solo haber sido o ser quien es. En el sector energético se libra una campaña fóbica en contra de personas por haber trabajado en un gobierno considerado enemigo y se hurga en su pasado, a veces muy lejano, para hallar conductas que no son necesariamente antijurídicas. Las imputaciones de “conflicto de interés” pueden, o no, encuadrar dentro de una responsabilidad de penal, administrativa o civil. Sin embargo, cada caso debe ser estudiado en su singularidad. Al hacerlo, nos percataremos de que muchas de las conductas imputadas sucedieron hace ya tanto tiempo que seguramente ya deben haber prescrito las acciones para perseguir los actos delictivos. Se escaparon ya del largo brazo de la justicia.

6.2 “La Mañanera.” ¿Es Fuente de Derecho?¹³²

A lo largo de nuestro repaso por los distintos órganos y dependencias con los que se deben comunicar las empresas observamos un *leitmotiv*: el procedimiento administrativo como un conjunto de reglas y pasos que acercan o alejan a los particulares de las actividades energéticas. También, hemos insistido en que el procedimiento administrativo obedece a un encuadre Constitucional y legal. Pero ni al

¹³¹ Al principio de este sexenio, muchos buscaron a Alfonso Romo como un posible aliado de los mercados. Por los resultados obtenidos, es dudoso que ello haya servido de mucho.

¹³² Agradezco a Xavier Ginebra su ocurrencia

presidente, ni a su gabinete, podría convenirles alterar este orden desde el legislativo,¹³³ y menos aún, desde el órgano reformador de la Constitución. Al menos por ahora, a éste le es más cómodo operar desde la administración pública porque –desde su perspectiva– es más controlable, más hermética.

Por esta razón, y para concluir este estudio, recomendamos lo siguiente:

6.3 Monitoreo:

1. La “Mañanera” no es fuente de derecho pero sí puede transmitir información importante sobre cambios posibles en el mismo. Una afirmación aparentemente intrascendente sí tiene el potencial de volverse en norma jurídica, en la esfera administrativa en particular. En el caso de la “Política de Confiabilidad” de la SENER, ésta no pasó por el análisis de CONAMER que permitiera que ésta fuera conocida de antemano pero sí hubo varios anuncios dispersos de la misma en varias conferencias de prensa. Hay que estar astutamente atentos al canal que anuncie la emergencia de un acto administrativo.
2. El monitoreo de los procedimientos y actos administrativos implica costos pero éstos son variables, dependiendo de la profundidad del mismo. Es claro que el monitoreo debe venir de los directamente interesados o de la sociedad civil. Aunque McCubbins *et al* proponen a los cuerpos políticos como los principales “vigilantes”, observamos que, si acaso, la oposición se manifiesta de forma esporádica y que los funcionarios del sector no habían acudido a las comparecencias,¹³⁴ hasta la más reciente del Director General de Pemex, llevada a cabo el 14 de octubre de 2020, ante la Cámara de Diputados.
3. Es entonces que la inversión y/o la sociedad civil que deben estar muy atentas a las sesiones de los órganos reguladores, con mirada amplia y crítica. Un gesto insignificante, como el hecho de que un Comisionado lleve el uniforme de Pemex¹³⁵, puede revelar los sesgos, no solo del funcionario, sino del órgano en sí. También hay que hacer un mapeo de los integrantes clave del gobierno y de otros actores políticos y prever qué negocios podrían singular o colegiadamente promover u obstruir. Es importante observar si tienen relación con el legislativo

¹³³ Al concluir este estudio apareció, algo misteriosamente, una iniciativa de reforma Constitucional por parte del Diputado Daniel Gutiérrez Gutiérrez, consistente con volver a la redacción original del Artículo 27 Constitucional. Hasta el momento, el presidente no se ha manifestado sobre la misma. Ver Ulises Juárez, “ Presentan iniciativa para revertir reforma energética”, *Energía a Debate*, 15 de septiembre de 2020, en <https://www.energiaadebate.com/regulacion/presentan-iniciativa-para-revertir-reforma-energetica/>

¹³⁴ Ver Arturo Solís, “Nahle, Oropeza y Urzúa faltan a su comparecencia ante el Congreso” en *Forbes*, enero 15, 2019, en <https://www.forbes.com.mx/nahle-oropeza-y-urzua-faltan-a-su-comparecencia-ante-el-congreso/>

¹³⁵ En su primera sesión pública, el Comisionado Celestinos pidió permiso para coadyuvar en los trabajos de la refinería de Dos Bocas.

y cómo es para predecir, no solo los actos administrativos, sino los cambios Constitucionales y legales.

4. Hay que mantener una observación aguda sobre el sitio de CONAMER y si hay un hilo conductor entre lo que se anuncia en la Mañanera, lo discutido en las sesiones de los Reguladores y los documentos que pasan por el Análisis de Impacto Regulatorio. Aunque sea arduo, conviene, no solo hacer, sino buscar las observaciones de los interesados para identificar aliados y/o opositores.
5. Se deben revisar las solicitudes en Trámite en la SENER y/o órganos reguladores y tener un estimado de cuántas tienen plazos vencidos y, por lo tanto, son sujetas a “negativa ficta.”

6.4 Procedimientos Sancionadores a Funcionarios

Corajuda, pero tal vez a estas alturas necesaria, sea la imputación de responsabilidades ya sea por acciones u omisiones de funcionarios contrarias a derecho ante la Secretaría de la Función Pública.¹³⁶ McCubbins *et al* mencionan estas peticiones como un medio común en sus jurisdicciones, por tratarse de sus propias cultura y prácticas legales, que son distintas a las nuestras. Como gobernados, no somos propensos a iniciar acciones puntuales y específicas a funcionarios, ya que esto podría interpretarse como un ataque personal y con ello la quema del último puente.

Sin embargo, una orden presidencial dirigida a las Órganos Reguladores de no otorgar un permiso más a particulares es ilícita ya que está dentro de su mandato decidir a favor de los proyectos que representen mayores eficiencias para la industria y los usuarios de la misma. Si la solicitud de un particular cumple con los extremos de su marco normativo, ellos *deben* actuar en consecuencia o, de lo contrario, *debe* imponerse una sanción, tras un procedimiento de ley, que mediante una petición de *cualquier interesado*, ya sea directa o indirectamente, puede ser iniciada ante la SEFUPU. Una acción de esta naturaleza puede sacudir el sistema, de forma tal que los funcionarios omisos comiencen a tomar el derecho en serio.

6.5 ¡A tribunales! Entre Jueces se vean

Esta ha sido la respuesta más común de la industria ante actos administrativos lesivos de derechos, con el amparo como el procedimiento más socorrido. La ventaja es que los interesados no tienen un enfrentamiento frontal con las autoridades y el juzgador absorbe los golpes entre las partes. Y existe la

¹³⁶ Esto es conforme al artículo 11 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

impresión de que, tratándose de jueces federales, se cuenta con cuadros con mejor formación, más independencia y menos propensos al cohecho. Sin embargo, el criterio de aplicación de la ley de los jueces es siempre incierto y puede pasar mucho tiempo hasta que se emita una resolución que puede ser en sentido favorable, o no. Una señal positiva para la inversión es que en un gran número amparos interpuestos en tiempos recientes se han obtenido suspensiones definitivas hasta que se dicte sentencia pero, dada la sobrecarga judicial, es posible que esto suceda más tarde que temprano. Es dable que haya un cambio de gobierno cuando un juicio aún está en curso, haya un cambio de condiciones políticas y que la *litis* quede sin materia.

6.6 Responsabilidad Patrimonial del Estado

José Roldán dice: “El sistema mexicano de responsabilidad patrimonial del Estado supone, como condición necesaria, una relación causal entre el daño y una actividad administrativa irregular atribuible a aquél. En tal contexto, es posible que la irregularidad causante del daño provenga de conductas atribuibles a servidores públicos que, a la vez, puedan configurar responsabilidades administrativas.”¹³⁷

La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene como objetivo la indemnización del afectado, quien debido a la actividad irregular de sus funcionarios, debe ser compensado. Por el contrario, una actividad regular no será indemnizable. Entre otras condiciones, para determinar tal irregularidad, se ponderan los deberes de cuidado y de diligencia de los servidores públicos.¹³⁸

Más aún, dice Roldán Xopa, “La responsabilidad puede también activarse en aquellos casos en los que el tratamiento a las personas sea desigual. Lo anterior abre la posibilidad de considerar la responsabilidad por inequidad en las cargas públicas o bien por tratamiento discriminatorio.”¹³⁹

La demanda por responsabilidad patrimonial del Estado se presenta ante el Tribunal Superior de Justicia Fiscal y Administrativa y, para el caso de los proyectos energéticos, podría interponerse por acciones y/u omisiones irregulares de todas y cada una de las autoridades energéticas. Por tratarse de tribunales administrativos, el tiempo de resolución de la controversia puede ser largo. Sin embargo, Roldán sí menciona varios casos de éxito a favor de afectado por lo cual, a pesar de ser una alternativa poco socorrida en las controversias del sector, es digna de ser considerada.¹⁴⁰

¹³⁷ El último párrafo del artículo 109 de la Constitución establece “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa” (texto ubicado anteriormente en el artículo 113, reformado por Decreto publicado en el D.O. F. de 27 de mayo de 2015)

¹³⁸ José Roldán Xopa. “Responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidades administrativas, en perspectiva de justicia correctiva.” Trabajo inédito.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

6.7 Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias

6.7.1 Arbitraje Comercial

Este medio, cada vez más común en los contratos Estado-empresas, es viable cuando hay un acuerdo previo entre las partes para así resolver las controversias y, por la misma razón, debe estar estipulado en algún documento de naturaleza convencional.¹⁴¹ Aunque parezca una verdad de Perogrullo, debe quedar claro que la materia de la controversia debe ser comercial por lo que no procedería contra un acto propiamente de autoridad. En este sentido, en México, y en particular en el ámbito de la energía, la arbitrabilidad de un asunto puede caer en una zona gris cuya salida no es siempre fácil. Los contratos de exploración y producción y de servicios que celebran las empresas (Pemex, entre ellas) son por ley de naturaleza mercantil pero derivan de un acto administrativo que es la licitación, la invitación restringida o la adjudicación directa. Hasta el momento en que el contrato es firmado, se sigue la cadena del procedimiento administrativo que deriva ¿en la celebración de un contrato de naturaleza mercantil? Lo mismo sucede con un número sustantivo de contratos con Pemex y CFE.¹⁴² El problema existe cuando en un mismo contrato se mezclan cláusulas de índole mercantil con otras llamadas de orden público, cuya definición es particularmente oscura y evasiva. Sin embargo, mientras que existen temas claramente arbitrables (costos, programas de trabajo, planes de desarrollo, etc.) hay otros que, aunque estén estipulados en un contrato “mercantil”, no son arbitrables. Por ejemplo, la llamada rescisión administrativa, y cuestiones fiscales, por ley, están fuera del alcance del arbitraje.¹⁴³ También los temas de salud, seguridad y medio ambiente podrían ser consideradas de orden público y la contraparte, que es el gobierno, podría argumentar la inadmisibilidad del arbitraje para resolverlas. Sin embargo, México, como fuere, tiene ya una vasta experiencia arbitraje comercial internacional e, incluso con Pemex y CFE por lo que existe un cuerpo tanto de abogados como de árbitros concedores de estas cuestiones.

Por ejemplo, desde 1969, en el curso de la celebración de la “Segunda Conferencia Interamericana sobre el tema, se propició la creación de un Departamento de Arbitraje en la Cámara de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) para ocuparse de controversias arbitrales.”¹⁴⁴ También, se creó la “Academia de Arbitraje Comercial Internacional, convertida posteriormente en Academia de Arbitraje y Comercio Internacional en 1981 (ADACI), con la finalidad de promover y divulgar al arbitraje, formar árbitros y técnicos especializados y compilar resoluciones y disposiciones jurídicas en la materia.” A

¹⁴¹ Organización Mundial de la Propiedad Industrial. “Qué es el arbitraje?,” <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

¹⁴² Von Wobeser & Sierra, “Los Métodos de Resolución de Controversias en la Reforma Energética,” en https://www.vonwobeser.com/images/PDF_news/2015/nota-2014-agosto4.pdf

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Ver Redacción “Cruz Barney: México tiene una larga trayectoria en arbitraje internacional” en *Ciar Global*, 24 de octubre de 2016., en <https://ciarglobal.com/mexico-larga-trayectoria-arbitraje-internacional>

estas labores se suma la creación del Centro de Arbitraje de México (CAM) en 1997 y la publicación de sus Reglas de Arbitraje. Debemos sumar a estos esfuerzos los que lleva a cabo el Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio de París (CAMECIC) al constituir una Comisión de Arbitraje. Más aún, el mismo Código de Comercio incorporó la Ley Modelo de UNCITRAL a su capitulo en 1989 y 1993.¹⁴⁵

Otro tema es el atractivo que pudiera tener México como sede arbitral. Hasta hoy, incluso con el nuevo gobierno, el país es un lugar propicio para el arbitraje comercial., por su ubicación geográfica, su infraestructura física y de servicios, además de que ha aumentado el número de profesionistas especializados en el campo arbitral.¹⁴⁶

En suma, el arbitraje comercial es más complejo cuando se trata de una relación convencional con el gobierno, o con una de sus empresas, pero es una alternativa viable y es considerada menos proclive a tener sesgos, ya sea porque la empresa es extranjera, por simpatías o presiones del gobierno o porque el petróleo es de los mexicanos. También se considera que los árbitros tienen conocimientos más robustos sobre las materias y son elegidos por las partes. Hay mayor flexibilidad para acordar cómo, dónde y cuándo se resolverá la controversia. Un punto a considerar es que es costoso y que no cualquier empresa puede soportar su financiamiento. Otro, aún más relevante, es que el laudo debe ser ejecutado por un juez nacional, de tal modo que la intervención de la justicia nacional es ineludible.

6.7.3 Arbitraje de Inversión

Éste es un mecanismo de resolución de controversias entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores. Como en el caso del arbitraje comercial, se busca que la inversión extranjera reciba un trato libre de discriminación en el proceso y, por lo tanto, en la emisión del laudo. La fuente de protección a la inversión en estos casos, no son los contratos en particular, sino los tratados internacionales en los que el Estado manifiesta su consentimiento para ser parte en estas controversias. Los instrumentos en los que se manifiesta este consentimiento son los Acuerdos internacionales de inversión (IIA), entre los cuales existen los tratados bilaterales de inversión (BIT) los tratados de libre comercio (TLC) y acuerdos multilaterales. Para este estudio, es relevante en particular el Tratado de la Carta de la Energía (TEC).

¹⁴⁵ Ciar Global, *Op. Cit.*,

¹⁴⁶ *Ibid.*

La UNCTAD tiene una lista de la gran mayoría de los instrumentos en los que los Estados consienten ser partes en un arbitraje de inversión.¹⁴⁷

6.7.4 ¿Qué protege el arbitraje de inversión?

Dependiendo de las reclamaciones específicas, de las cuales se han generado un gran volumen de precedentes,¹⁴⁸ este mecanismo brinda protección contra la expropiación (directa o indirecta);¹⁴⁹ para recibir un trato justo y equitativo; trato nacional; trato de nación más favorecida; libertad para transferir fondos; y protección y seguridad total. El sentido de cada término es relativamente flexible y hay que resaltar que, aun si existen precedentes, éstos no son vinculantes. Es decir, un tribunal puede tomar en cuenta la interpretación de otro, pero de ninguna forma lo obliga a adoptarla.¹⁵⁰

6.7.5 ¿Quién administra?

La institución con más trayectoria como administradora de Arbitraje de Inversión es el Centro Internacional de Solución de Controversias de Inversión (CIADI), con sede en Washington. Otras instituciones como la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) y la Cámara Internacional de Comercio (ICC) las cuales también actúan como instituciones administradoras de arbitraje de inversión.¹⁵¹

6.7.6 ¿Tiempo y dinero?

Como el arbitraje comercial, el de inversión es intensivo en tiempo y en dinero. Las estadísticas del CIADI indican que la duración promedio de un arbitraje de esta naturaleza es de 39 meses (un poco más de tres años) pero que el más largo se resolvió hasta casi una década después de ser iniciado,¹⁵²

¹⁴⁷ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. “Controversias entre Inversores y Estados. Prevención y Alternativas al Arbitraje”, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2010. P. 9-11, en https://unctad.org/es/Docs/diaeia200911_sp.pdf

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Op. Cit.*, 47

¹⁵² Victor Pey Casado and President Allende Foundation *versus* la República of Chile ha sido el arbitraje de inversión más largo en la historia. Iniciado en 1999, este arbitraje concluyó en 2008, 10 casi años después. Ver, United Nations, UNCTAD. Investment Policy Hub, en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/22/pey-casado-and-allende-foundation-v-chile>

como un caso verdaderamente excepcional. También puede ser muy oneroso con costos aproximados de entre 4, 500,000 USD tanto para el demandante como el demandado.¹⁵³

Por último, al igual que su pariente cercano, el arbitraje comercial, éste debe ser homologado y ejecutado por un juez nacional.¹⁵⁴ En conclusión, este mecanismo de resolución de controversias es para empresas fuertes, con inversiones muy sustantivas y con gran capacidad de financiar una controversia relativamente larga, cuyo desenlace puede ser, en el mejor de los casos, medianamente predecible.

6.6.7 Arbitraje de Inversión y T-MEC

El capítulo 14 del T-MEC regula las cuestiones de los derechos de los inversionistas y de las inversiones en territorios de las Partes del Tratado. Es interesante notar que la postura institucional del gobierno mexicano “es defender las inversiones más importantes en las controversias Inversionista-Estado”. En contraste con las barreras que este gobierno ha impuesto a los inversionistas en el sector energético, el mensaje en el Tratado “radica en la importancia de atraer inversiones extranjeras que contribuyan al fortalecimiento de regiones y de áreas económicas nacionales mediante proyectos de infraestructura y desarrollo.”¹⁵⁵ En el Anexo 14-D, relativo a procedimientos en controversias entre México y Estados Unidos, destaca el enunciado consistente en “mantener la certidumbre del comercio y las inversiones”.

Respecto del TLC, el capítulo sobre inversión del T-MEC, ha integrado algunos cambios que siguen las tendencias de tratados recientes sobre protección recíproca de inversiones. Entre ellos, se destacan los compromisos diferenciados entre los tres socios comerciales. Esto es, “Canadá ha quedado excluida del procedimiento arbitral; es decir, los inversionistas canadienses podrán iniciar procedimientos de impugnación ante tribunales nacionales mexicanos y estadounidenses, mas no arbitrajes ISDS, así como tampoco inversionistas mexicanos y estadounidenses podrán iniciar arbitrajes contra violaciones canadienses a derechos de inversión.”¹⁵⁶

“El artículo 1110, párrafo primero, del TLCAN dispone que Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión

¹⁵³ Jesús Castellano Gallegos, “Arbitraje de Inversión”, 11 de diciembre de 2019, en <https://www.ilpabogados.com/arbitraje-de-inversion/>

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Ver, Oscar Cruz Barney y Carlos Reyes Díaz, en “La Protección de Inversiones en el T MEC” *El T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, núm. 1*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 1, en

¹⁵⁶ *Ibid.*

(expropiación), salvo que sea:(a) por causa de utilidad pública;(b) sobre bases no discriminatorias;(c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y(d) mediante indemnización.” El artículo 14.8.1 del T-MEC incorpora estas reclamaciones, pero las limita a un análisis caso por caso, sobre una base de hechos concretos, y exclusivamente en controversias relacionadas con relaciones contractuales de las cinco áreas económicas descritas en el artículo 6o. del Anexo 14-E, y sólo para controversias entre Estados Unidos y México.

Los arbitrajes cada vez tienden más a la transparencia, no sólo de sus hay avances procesales, sino también de los avisos de intención, la notificación de arbitraje, los alegatos, los memoriales y resúmenes, las actas de transcripciones de audiencias, las órdenes, decisiones y los laudos.¹⁵⁷

6.8 ¿Y nosotros, los usuarios de energéticos?

Hasta ahora, y por los alcances de este estudio, nos hemos dedicado primariamente a hablar de los canales institucionales de comunicación entre el gobierno de México y las empresas de energía dentro de una coyuntura cada vez más crítica. Pero no son las empresas, y menos las que tienen una gran cartera de proyectos internacionales, las que sufrirán los peores daños. Por grandes que sean sus inversiones, las empresas energéticas globales han practicado ir a la guerra y asumir sus pérdidas. Somos los consumidores finales, pequeños y grandes, de energía los que de verdad sufriremos (en el sentido más puro de la palabra) una crisis en el suministro de estos insumos. Hemos visto que las empresas, si funcionan como organizaciones robustas, pueden hacerse escuchar a través del derecho. Lo mismo podría suceder con los usuarios de energía si aprendiéramos a organizarnos. Es importante que las Organizaciones de la Sociedad Civil apoyen y acojan una iniciativa de esta suerte, al proveer capacitación sobre constitución, financiamiento, operación y planes y estrategias de trabajo. La política energética tiene que democratizarse y los usuarios debemos ser, no solo receptores pasivos, sino proponentes y ejecutores de sus decisiones.

¹⁵⁷ Barney y Reyes Díaz, *Op. Cit.*, p. 2-14



INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD A.C.