

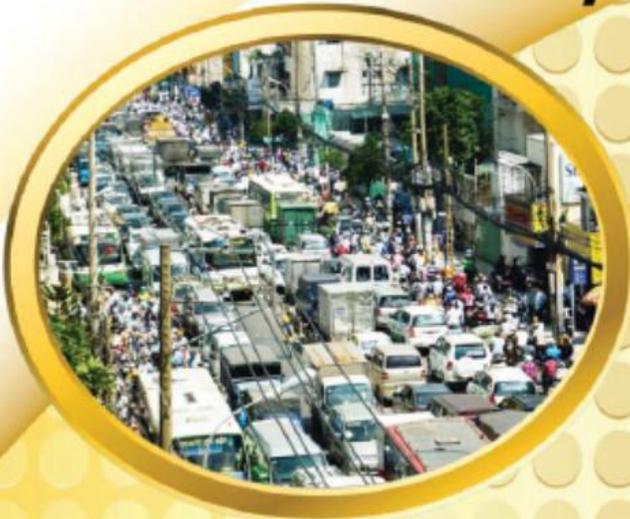
# energía a debate

Una revista escrita por expertos del sector energético



## Vivienda y transporte: el caos de nuestro tiempo

Gabriel Quadri de la Torre



## Hidrocarburos: Aspectos legales de las leyes secundarias

Alejandro López Velarde E.



Entrevista con

**Emilio Lozoya Austin**

**La Reforma, antídoto a  
la subinversión en petróleo**

**El testigo social en la Reforma Energética** Roberto Zavala Chavero

# Aspectos legales de las leyes secundarias en materia de hidrocarburos

*Se promulgaron cambios trascendentes, pero también hay disposiciones que representarán problemas para la participación de los particulares.*

ALEJANDRO LÓPEZ VELARDE ESTRADA\*

El 11 de agosto de 2014 se promulgaron en el Diario Oficial de la Federación ("DOF") las llamadas "leyes secundarias" aplicables a la industria petrolera (hoy conocida como la "industria de los hidrocarburos"), implementando las reformas realizadas a los artículos 25; 27; y 28 de nuestro Código Político Fundamental el día 20 de Diciembre de 2013 en el DOF; ordenamiento supremo que había sido modificado por más de 450 veces, ninguna de ellas en el sector económico más importante del país, a saber: la industria petrolera.

Lo anterior pone fin a una de las prácticas monopólicas más grandes del mundo, misma que se erigió a través de la promulgación de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo (Ley del Petróleo) durante la administración del Presidente Adolfo Ruiz Cortines el 29 de noviembre de 1958, y que fuera ampliada durante la siguiente administración del Presidente Adolfo López Mateos a través de la publicación en el DOF el 25 de agosto de 1959, del Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, dotando de más actividades en favor exclusiva al Estado. Es decir, después de más de 56 años, México decidió cambiar su práctica monopólica *de-jure* llevada a cabo por Petróleos Mexicanos (Pemex) con la finalidad de estar más acorde en cuanto a su regulación con otras jurisdicciones petroleras.



## Grandes cambios en el sector.

El primer cambio importante que encontramos es en la denominación del sector. En efecto, la Ley Reglamentaria de 1958 señalaba que era regulatoria del ramo del Petróleo; mientras que la actual ley que la abroga es la Ley de Hidrocarburos publicada el 11 de agosto del 2014.

Siguiendo con los cambios de denominación, las llamadas actividades "río arriba" en México ya no incluyen la exploración y la explotación como lo contemplaba el artículo 3 de la Ley del Petróleo; sino más bien, la exploración y *extracción* denotando una mejor terminología ya que efectivamente los hidrocarburos se extraen del subsuelo.

El segundo cambio lo representa la posibilidad de que Pemex y las demás empresas productivas del Estado que se constituyan en el sector, puedan celebrar alianzas o asociaciones con los particulares, mediante licitación ante la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) rigiéndose las alianzas o asociaciones por el derecho común, sin que en actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, Pemex y las demás

empresas productivas del Estado lo puedan hacer a través de contratos de asociación público privada en términos de la ley de la materia.

El tercer cambio importante es la tan esperada participación de los particulares ya sea por medio del otorgamiento de un (a) contrato para exploración y extracción otorgado por la CNH; o (b) permiso para las actividades "río abajo" como lo son los sectores relacionadas para el (i) tratamiento, refinación, enajenación, comercialización, transporte y almacenamiento del petróleo; (ii) el procesamiento, compresión, licuefacción, descompresión y regasificación, así como el transporte, almacenamiento, distribución, comercialización y expendio al público de gas natural; (iii) el transporte, almacenamiento, distribución, comercialización y expendio al público de petrolíferos; y (iv) el transporte por ducto y el almacenamiento que se encuentre vinculado a ductos, de petroquímicos; permiso que dependiendo la actividad será otorgado por la Secretaría de Energía (SENER), o la Comisión Reguladora de Energía (CRE).

\*Socio de la firma López Velarde, Wilson, Hernández & Barhem, S.C. (alopezv@lwhb.com)



Con la anterior apertura al sector privado, las llamadas actividades de la industria petrolera consagradas en forma exclusiva al Estado que se mencionaban en el artículo 3 de la Ley del Petróleo y que incluían **(A)** la exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación; **(B)** La explotación, la explotación, la elaboración y las ventas de primera mano del gas, así como el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración (exceptuando el gas asociado a los yacimientos de carbón mineral); y **(C)** la elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo y del gas que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas y que constituyen petroquímicos básicos, tales como **(1)** el etano; **(2)** el propano; **(3)** los butanos; **(4)** los pentanos; **(5)** el hexano; **(6)** el heptano; **(7)** la materia prima para negro de humo; **(8)** las naftas; y **(9)** el metano, cuando provenga de carburos de hidrógeno, y fuese utilizado como materia prima en procesos industriales petroquímicos, son eliminadas. En efecto, el monopolio horizontal y vertical (con excepción de la transportación, distribución y el almacenaje del gas natural y de la industria petroquímica secundaria) ejercido a través de Pemex,

es eliminado permitiendo la participación de los particulares en tan importante sector económico para el país.

El cuarto cambio importante lo representa la no aplicación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), ni la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) en la contratación que realice Pemex y sus empresas productivas subsidiarias, siéndole ahora aplicables las disposiciones que al efecto establece la Ley de Petróleos Mexicanos (Ley de Pemex), las demás que deriven de la misma, y supletoriamente el Código Mercantil y el Código Civil Federal.

El quinto cambio importante lo representa el uso y la ocupación superficial de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de exploración y extracción de Hidrocarburos, en los cuales en lugar de sufrir un proceso de expropiación (como lo era antes), serán negociados y acordados entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales; y los asignatarios o contratistas que lleven a cabo las actividades "río arriba", a través de actos jurídicos como el arrendamiento, la servidumbre voluntaria, la ocupación superficial, la ocupación temporal, la compraventa, la permuta o cualquier otra que no contravenga la Ley de Hidrocarburos.

El sexto cambio importante lo representa la participación de los particulares en materia de importación y exportación de hidrocarburos a través de permisos a ser otorgados por la SENER, actividad que por lo general estaba previamente consagrada a favor de Pemex y que en las actividades Río Arriba, será la CNH la que a partir del 1 de enero de 2018, podrá contratar a empresas públicas o privadas mediante licitación pública, para la comercialización de los hidrocarburos resultados de los contratos para la exploración y extracción.

### Disposiciones controversiales

A pesar de lo anterior, las leyes secundarias no escapan a diversas disposiciones que por lo menos al suscrito, representarán problemas en la participación de los particulares en el sector. A continuación nos permitimos desarrollar sólo algunas de ellas:

- i. **Falta de definición del sector.** Las leyes secundarias vuelven a cometer el mismo error que la Ley del Petróleo al no definir qué se entiende por la industria de los hidrocarburos. En efecto, la Ley del Petróleo sólo señalaba en su artículo 3, lo que abarcaba la industria petrolera; mientras que la actual Ley de Hidrocarburos señala en su artículo 2 el objeto que tiene la ley y define como Hidrocarburos en su artículo 4 fracción XX al petróleo, el gas natural, a los condensados, a los líquidos del gas natural e hidratos de metano, sin que ello abarque todas las actividades reguladas y relacionadas con la industria de los hidrocarburos, generando incertidumbre jurídica al momento de su aplicación.
- ii. **Fin recaudatorio vs desarrollo de la industria.** Desgraciadamente, el artículo 118 de la Ley de Pemex establece que las utilidades que obtengan Petróleos

Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias tienen como fin incrementar los ingresos de la Nación para destinarlos al financiamiento del gasto público. Lo anterior denota una falta de compromiso por el Gobierno Federal en llevar a cabo el desarrollo de la industria de los hidrocarburos, la cual presenta déficit y números rojos en casi todas y cada una de sus fases.

**iii. Leyes aplicables a Pemex y sus empresas productivas subsidiarias.**- Resulta un cambio importantísimo el que a Pemex y sus subsidiarias ahora se les sujeta al derecho mercantil y civil de manera supletoria a la propia Ley de Pemex, liberalizándolo de la LAASSP y de la LOP-SRM, con la finalidad de darle una connotación mercantil y no administrativa en la ejecución de sus contratos con el sector privado. Sin embargo, resulta inexplicable el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley de Pemex el cual en forma expresa señala que:

*"Petróleos Mexicanos se sujetará a lo dispuesto en la presente Ley, su Reglamento y las disposiciones que deriven de los mismos. El derecho mercantil y civil serán supletorios".*

En caso de duda, se deberá favorecer la interpretación que privilegie la mejor realización de los fines y objeto de Petróleos Mexicanos conforme a su naturaleza jurídica de empresa productiva del Estado con régimen especial, así como el régimen de gobierno corporativo del que goza conforme al presente ordenamiento, de forma que pueda competir con eficacia en la industria energética."

Ya tuvimos oportunidad de señalar en el inciso anterior que uno de los fines de Pemex es el incrementar los ingresos de la Nación para destinarlos al gasto



público. Sin lugar a dudas, la presente disposición traerá problemas al sector privado y controversias en sus relaciones de asociación y comerciales con Pemex, sus subsidiarias y filiales.

**iv. Reparto de utilidades.** La exposición de motivos y el mismo artículo 118 de la Ley de Pemex señalan la no repartición de las utilidades de Pemex a sus trabajadores, ya que tiene por objeto el incrementar los ingresos de la Nación para destinarlos al gasto público. Lo anterior no solo representa posibles violaciones a nuestro sistema legal laboral, sino una práctica desventajosa en relación a las empresas particulares que participaran en el sector, toda vez que ellas en términos de la Ley Federal del Trabajo deberán de cubrir dicha prestación laboral a sus trabajadores, mientras que Pemex no.

**v. Conflicto de intereses.** Por más de que la Ley de Pemex le otorga en el artículo 2 personalidad jurídica y patrimonio propios, gozando de autonomía técnica, operativa y de gestión, conforme a lo dispuesto en dicha Ley, la realidad de las cosas es que su autonomía técnica, operativa y de gestión es fuertemente cuestionada si consideramos que el Secretario de Energía es el (a) Presidente de su Consejo de Administración con voto de calidad; (b) que dirige la política pública en el país en materia de energía a través de la SENER; y (c) Presidente del

Consejo de Coordinación del Sector Energético el cual se encarga de coordinar a la CNH y a la CRE, órganos reguladores responsables de otorgar los contratos en las actividades "rio arriba" y los permisos en las actividades "rio abajo" respectivamente.

**vi. Multiplicidad de autoridades.** Si bien es cierto que era necesario desligar a Pemex y sus subsidiarias de toda actividad regulatoria en el sector, también lo es el hecho de que a la iniciativa privada se le han multiplicado las autoridades con las que tiene que obtener los contratos, permisos, autorizaciones y registros correspondientes. A guisa de ejemplo, una empresa privada que participa en actividades Río Arriba tendrá que llevar trámites y gestiones de negociación ante (i) la SENER ya que es la que establece el tipo de contrato a otorgar para la exploración y extracción, así como los modelos de contrato para el uso y Ocupación Superficial de tierras; (ii) la CNH por ser la que lleva el proceso licitatorio y administración de los contratos y las asociaciones con Pemex en actividades "rio arriba"; (iii) la Secretaría de Economía por ser la que establezca la metodología al contenido nacional aplicable a los contratos; (iv) el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo para el pago de las prestaciones de los contratos cuando su intervención



proceda; (v) el mismo Pemex cuando se lleve una alianza o asociación; (vi) la CRE cuando estén vinculadas actividades de transportación, distribución y almacenaje de hidrocarburos; (vii) la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos encargada de regular y supervisar las actividades de la industria de los hidrocarburos en cuanto a la seguridad industrial y operativa, entre otras. Lo anterior conllevará sin duda a (a) la dilatación en la obtención de los contratos, permisos, autorizaciones y registros; (b) interpretaciones diversas; y (c) gastos adicionales por parte de los particulares.

**vii. Controversias.-** Tal como señala John Rawls en su Teoría de la Justicia:

*“La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada sino es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. ...los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de los intereses sociales.”*<sup>(1)</sup>

Bajo la óptica instrumental del derecho, el contenido del artículo 17 de nuestra

Ley de Leyes, se recoge el derecho de la tutela judicial efectiva, la cual exige que en el caso de que exista una controversia entre dos personas, ya sean públicas y privadas o físicas y morales, exista un instrumento jurídico por medio del cual puedan solucionarse los conflictos de intereses, y que la determinación del juzgador o tercero encargado de resolver el conflicto, pueda ser cumplida efectivamente. Dicho en otras palabras, el derecho de acceso a una justicia pronta y completa comprende que el particular a favor de quién se ha dictado una sentencia, sea repuesto efectivamente en su derecho y no sólo en la redacción de un fallo.

En ese sentido, la idea del acceso a una justicia pronta y completa encuentra relevancia en el nuevo marco jurídico de la industria de hidrocarburos, pues se presentan dos inconvenientes que en su momento deberán ser definidos e interpretados por el Poder Judicial de la Federación. En primer lugar, la reforma en materia energética y específicamente las leyes secundarias, al establecer la base sobre la cual se desarrollará la mayor parte de las relaciones jurídicas entre el Estado Mexicano y los inversionistas o potenciales agentes de la industria de hidrocarburos, excluye cualquier medio ordinario de defensa, y en segundo lugar, pero no por ello menos importante, se limita la suspensión del acto reclamado

dentro del amparo; dichas cuestiones inciden en lo que hemos identificado como tutela judicial efectiva.

**a) El juicio de amparo como instrumento para la tutela judicial efectiva.** Por lo que respecta al primero de los inconvenientes mencionado, habrá que hacer notar que la falta de un medio ordinario de defensa como pueden ser los recursos administrativos o bien el juicio contencioso administrativo, no implica que los actos de autoridad o bien de particulares que revistan las características de una actuación de autoridad, no puedan someterse a la decisión de un juzgador. Es decir, que la determinación del legislador en la reglamentación secundaria haga nugatorio la denominada tutela judicial efectiva, pues con base en la Constitución, Tratados Internacionales así como los criterios jurisprudenciales de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha determinado la procedencia del juicio de amparo como un medio de solución de controversias con carácter extraordinario. Así las cosas, la intención del legislador de eliminar la posibilidad para promover un medio ordinario de defensa durante la conformación de relaciones jurídicas entre el Estado Mexicano, las Empresas Productivas del Estado y los particulares se supera con base en la procedencia del juicio de amparo como recurso extraordinario de defensa, en pro del derecho a una tutela judicial efectiva.

**b) La suspensión del acto reclamado como medida cautelar para la tutela judicial efectiva.** Por otro lado y con base en lo que se ha venido señalando, un segundo inconveniente se presenta cuando en materia de amparo se limita la posibilidad de obtener la suspensión



del acto reclamado. La suspensión del acto reclamado desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, se traduce en una medida cautelar conforme a la teoría general del proceso, la cual se encuentra íntimamente relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva en dos vertientes: (i) para asegurar la efectividad de la futura resolución definitiva de modo que sea posible su cumplimiento; y (ii) para evitar que durante la pendency del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil reparación o bien se quede sin materia el juicio.

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia en materia de la suspensión del acto reclamado, han identificado a la suspensión del acto reclamado como elemento esencial de la tutela judicial efectiva; es decir, la finalidad de la suspensión del acto reclamado como medida cautelar, encuentra sustento en la idea de cumplimiento efectivo de un fallo, que como se ha venido señalando, se traduce en el derecho para accionar la maquinaria jurisdiccional con el fin de que se dirima un conflicto mediante la emisión de un fallo, y no bastando eso, se evite producir daños o perjuicios de difícil reparación o bien se quede sin materia el juicio.

Bajo ese entendido, la tutela judicial carecería de toda eficacia si el fallo emitido por el órgano jurisdiccional, no pueda llegar a materializarse, por circunstancias de

hecho y de derecho que imposibiliten o entorpezcan la ejecución del fallo, razón por la cual, las medidas cautelares constituyen una protección, un medio para llegar a cumplir con la tutela judicial.

Ahora bien, ya que se han señalado las características principales e importancia de una medida cautelar, habrá que centrarse en el ámbito energético, el cual como se señaló en líneas anteriores, presenta un segundo inconveniente en la regulación secundaria, pues como se observa: dentro de la ley que regula la tramitación del juicio de amparo, se impide el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado dentro del juicio de amparo.<sup>421</sup>

Lo anterior, conlleva una problemática relevante pues impide a aquellos que buscan una tutela judicial efectiva, se suspenda la ejecución del acto de autoridad que repercute en la esfera jurídica del justiciable, lo que genera un peligro potencial de sufrir daños de imposible reparación o bien, que con la continuación de la ejecución del acto, se modifique la situación jurídica del quejoso a tal grado que deba sobreseerse el juicio. Es decir, que el juzgador de amparo se vea obligado a dar por concluido el juicio de amparo sin resolver lo planteado.

De ahí que la medida cautelar identificada como "suspensión del acto reclamado" sea tan importante en el nuevo marco jurídico para la industria de hidrocarburos, pues al ser ésta el pilar del medio

extraordinario de defensa como lo es el juicio de amparo, no debiera limitarse bajo la idea de que con dicha determinación se siga perjuicio al interés social, toda vez que siguiendo las ideas de John Rawls, los derechos asegurados por la justicia no pueden estar sujetos a regateos políticos ni al cálculo de los intereses sociales; es decir, que la tutela judicial efectiva no puede estar supeditada a los intereses económicos, ya que si bien es cierto que las consecuencias económicas que trae aparejada la industria de hidrocarburos es de interés social en aras del gasto público, también lo es, que dicho interés no puede estar por encima de la preservación de un Estado de Derecho, instrumentado a través de la tutela judicial efectiva. ●

Pie de nota:

<sup>421</sup>Rawls, John, Teoría de la Justicia, Novena reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 17

<sup>422</sup>El artículo 128 de la Ley de Amparo señala que "con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias salvo las señaladas en el último párrafo de este artículo, siempre que concurren los requisitos siguientes:

I. Que la solicite el quejoso; y

II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

(...)"

El artículo 129 de la Ley de Amparo señala que "se considerará, entre otros casos, que se siguen perjuicios al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, cuando, de concederse la suspensión:

(...)

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