



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DOCTORADO EN DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO

**“LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN PETROLERA
EN EL MARCO DE LA REFORMA ENERGÉTICA 2013-2014
Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS”**

TESIS

**que para optar por el grado de
DOCTOR EN DERECHO**

presenta

PARIS PIÑERA CAMACHO

Tutor Principal

DR. FAUSTO KUBLI GARCÍA

Facultad de Derecho

Ciudad Universitaria, Cd.Mx., noviembre 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi familia

Agradecimientos

A los siguientes profesionales del Derecho y líderes en sus áreas del conocimiento, quienes con su claridad de conceptos y vocación de docencia me han transmitido algo de su sabiduría y experiencia. Sus aportaciones han formado los pilares del razonamiento jurídico que hoy me permite alcanzar esta meta académica. Mucho agradezco la orientación, las oportunidades y la confianza que me han otorgado:

Dr. Alfonso Muñoz de Cote Otero

Dr. Fausto Kubli García

Dr. Pablo de Larrañaga Monjaraz

Dr. Raúl Jiménez Vázquez

Dr. Alejandro Zeind Chávez

Dr. César Benedicto Callejas

Dra. Josefina Cortés Campos

Dra. Wendy Godínez Méndez

Lic. Tatiana Madrid Marco

Mtra. Beatriz Alemán Cordero

Lic. Raúl Mejía Garza

Dr. Victor Blanco Fornieles

Dr. Roberto Lara Chagoyán

Dr. Gerardo Laveaga Rendón

Lic. Juan Velásquez Evers

Dr. Franz Oberarzbacher

Dr. Raúl Figueroa Esquer

Lic. Arsenio Farell Cubillas

Dra. Marisol Maya Pérez

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Antonio Collado Mocado

Lic. José Ángel Fernández Uría

Lic. Karina Mendoza Martínez

Dr. Víctor Hugo Ramos Carlos

Dr. Edgardo Buscaglia

Dr. Raúl González Salas Campos

Dr. Roberto del Cueto Legaspi

Dr. José Roldán Xopa

Mgdo. Ricardo De la Rosa

Mtro. Héctor De la Cruz

Dr. Herbert Bettinger Barrios

Mtro. Ismael Velasco González

Mtra. Eva María Velasco Molina

Dr. Humberto Romo Toledano

Lic. Lourdes Piñera Sánchez

Mtra. Ariadna Piñera Camacho

Mtra. Guadalupe Camacho Serrano

Dr. Héctor Fernando Piñera Sánchez

ÍNDICE

Introducción	13
Capítulo I. Contexto histórico-jurídico.....	19
I.1. México como productor histórico de hidrocarburos	19
I.1.A. Inversión extranjera en paralelo a la política mexicana	19
I.1.B. Desarrollo nacional y beneficio de empresas particulares	20
I.1.B.a. Pan American y Huasteca Petroleum Company	20
I.1.B.b. British Pearson y El Águila	21
I.2. Consecuencias jurídicas a empresas extranjeras del sector petrolero	23
I.2.A. Pérdida de licencia de Standard Oil y guerra de precios	23
I.2.B. La sentencia de la Suprema Corte	24
I.2.C. El escándalo de Teapot Dome	24
I.3 Cambios jurídicos paradigmáticos sobre el sector petrolero en México.....	25
I.3.A. Ley Minera de 1884.....	25
I.3.B. Exención de impuestos durante el Porfiriato.....	25
I.3.C. Ley Minera de 1901.....	26
I.3.D. Constitución de 1917.....	26
I.3.E. Acuerdo del Presidente Venustiano Carranza de 1920	27
I.3.F. Ley de Expropiación de 1936.....	28
I.3.G. Decreto expropiatorio del 18 de marzo de 1938	28
I.3.H. Reforma constitucional del 9 noviembre de 1940.....	30
I.3.I. Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1941.....	35
I.3.J. Ley Petrolera de 1958 y reforma al artículo 27 constitucional de 1960.....	36
I.3.K. Reforma al Art. 27 constitucional de 1975.....	37
I.3.L. Creación de PEMEX Internacional y Mexpetrol 1988 y 1989	37
I.3.M. Reformas y reestructura de los noventa	38
I.4. Los cambios en México: Del petróleo estatizado a la apertura comercial ...	40
I.5. El siglo XXI y sus retos	44
I.5.A. Las reformas de exploración en 2008 y los contratos “incentivados”.....	45
Capítulo II. Delimitación del problema, objeto de estudio y marco teórico.....	50
II.1. El problema de la corrupción	50
II.1.A. Formas de corrupción desde conductas individuales	51
II.1.A.a. Soborno	53
II.1.A.b. Desvío de recursos y malversación	54
II.1.B. Corrupción colectiva para asignación de contratos públicos	55
II.1.B.a. Filtración de información	55
II.1.B.b. Requisitos a modo	56
II.1.B.c. Triangulación con instituciones educativas	56
II.1.B.d. Falsa competencia o conducta tipo cartel.....	57
II.1.B.e. Corrupción política	58
II.1.B.f. Actividades delictivas complementarias a la corrupción	58
II.1.B.g. Delitos que comprometen la función del Estado	58
II.1.C. Transparencia, una labor pendiente.....	58
II.2. Objeto de estudio.....	60
II.2.A. La actividad: El proceso de generación de petróleo.....	60

II.2.A.a. Etapa de exploración.....	62
II.2.A.b. Etapa de extracción o producción	63
II.2.B. El instrumento jurídico: El contrato administrativo	64
II.2.B.a. Las partes en el contrato administrativo	65
II.2.B.b. El interés público implícito en el acuerdo de voluntades.....	66
II.2.B.c. Características extraordinarias del contrato administrativo	67
II.2.B.d.- Principios que rigen los contratos administrativos	69
II.2.B.e.- Contenido obligatorio de los contratos administrativos.....	70
II.2.C. El mecanismo: Los contratos públicos y sus diferencias con concesiones	73
II.2.C.a. La licitación pública y sus principios	74
II.2.C.b. Convocatoria pública abierta y sus modalidades	75
II.2.C.c. Invitación a tres personas	75
II.2.C.d. Adjudicación directa	76
II.3. Marco teórico para la solución normativa de problemas	76
II.3.A. Diagnóstico de Twining del marco normativo actual	76
II.3.B. Teoría de los Costos de Transacción como incentivo a la corrupción	77
II.3.C. Propuesta de Hugh Collins sobre “Cómo regular contratos”	78
II.3.D. La vigilancia entre iguales: el Juego del Bienestar Público	83
II.3.E. Identificando las distintas etapas para contrarrestar la corrupción	86
Capítulo III. Análisis Normativo de los Contratos de Exploración y Extracción	87
III.1. Reforma Energética 2013-2014.....	87
III.1.A. Reforma Constitucional 2013.....	87
III.1.A.a. Artículo 25 constitucional	87
III.1.A.b. Artículo 27 constitucional.....	90
III.1.A.c. Artículo 28 constitucional	92
III.1.A.d. Artículos transitorios del Decreto de Reforma Constitucional	95
III.2. Reforma Energética 2014 a nivel legislativo.....	104
III.2.A. Leyes Federales expedidas.....	104
III.2.A.a. Ley de Hidrocarburos	104
III.2.A.b. Ley de Petróleos Mexicanos	113
III.2.A.c. Ley de la Comisión Federal de Electricidad	113
III.2.A.d. Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética	114
III.2.A.d. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos	114
III.2.A.e. Ley de la Industria Eléctrica.....	115
III.2.A.f. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos	115
III.2.A.g. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo	116
III.2.A.h. Ley de Energía Geotérmica	117
III.2.B. Leyes Federales Reformadas	118
III.2.B.a. Ley General de Deuda Pública	118
III.2.B.b. Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria	118
III.2.B.c. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal	119
III.2.B.d. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público	

.....	119
III.2.B.e. Ley de Asociaciones Públicos Privadas	119
III.2.B.f. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados	119
III.2.B.g. Ley Federal de las Entidades Paraestatales	120
III.2.B.h. Ley Federal de Derechos	120
III.2.B.i. Ley de Aguas Nacionales.....	120
III.2.B.j. Ley de Coordinación Fiscal	120
III.2.B.k. Ley de Inversión Extranjera	121
III.2.C. Ley Federal con artículos transitorios agregados: Ley Minera	122
III.2.D. Tratados y Normas Internacionales	122
III.2.D.a. Acuerdo sobre los Yacimientos Transfronterizos de Hidrocarburos de 2012	122
III.2.D.b. Tratado entre México y Estados Unidos sobre la Delimitación de la Frontera Marítima en la Región Oriental del Golfo de México.....	124
III.2.D.c. Tratado de Libre Comercio con América del Norte, Acuerdos Comerciales y USMCA.....	125
III.2.D.d. La norma anticorrupción <i>U.S. Foreign Corrupt Practices Act</i> (USFCPA).....	128
III.2.E. Normas administrativas de carácter general.....	128
III.2.E.a. Lineamientos, disposiciones y acuerdos	128
III.2.F.b. Convenios de Colaboración y Plan Quinquenal.....	130
III.2.F. La norma individualizada: El contrato de exploración y producción	130
III.2.F.a. Las partes y su capacidad: La legal representación del Estado	131
III.2.G.b. Las contraprestaciones.....	132
III.2.G.c. La voluntad: El beneficio público y el criterio maximización	133
III.2.G.d. El clausulado	133
III.2.H. Análisis del contenido específico del primer contrato suscrito....	135
III.2.H.a. Partes y Proemio.....	135
III.2.H.b. Declaraciones.....	136
III.2.H.c. Cláusulas sobre definiciones, porcentajes y regalías.....	141
III.2.H.d. Cláusulas sobre no otorgamiento de derechos de propiedad y área contractual	142
III.2.H.e. Cláusulas sobre impacto ecológico y zonas de salvaguarda	144
III.2.H.f. Cláusulas sobre contenido nacional	146
III.2.H.g. Cláusulas sobre el plazo del contrato	148
III.2.I. Funcionamiento de las Rondas.....	151
III.2.I.a. Ronda Cero y los Títulos de Asignación	151
III.2.I.b. Migración de contratos.....	151
III.2.I.c. Ronda 1 y presentación de propuestas	151
III.2.I.d. Apertura de Propuestas	153
III.2.I.e. Los bonos a la firma.....	154
III.2.I.f. Adjudicación y Suscripción del Contrato.....	154
III.2.I.g. Entrega de planes de exploración e inicio de los trabajos..	154
III.2.I.h. Informe de evaluación.....	155
III.2.I.i. Compañías que no pueden participar en la licitación	156
III.2.I.j. Garantía financiera y resolución de controversias	156

III.2.I.k. Renuncia del contratista y vigencia de las obligaciones	157
III.2.I.l. Insolvencia del contratista	158
III.2.I.m. Intervención de países extranjeros	158
Capítulo IV Sistema Nacional Anticorrupción y Regulación de Competencia .	159
IV.1. Reformas Constitucionales para el Sistema Nacional Anticorrupción ...	159
IV.2. Leyes Federales	168
IV.2.A. Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.....	168
IV.2.A.a. Comité Coordinador.....	168
IV.2.A.b. Comité de Participación Ciudadana	169
IV.2.A.c. Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción	169
IV.2.A.d. Comisión Ejecutiva	169
IV.2.A.e. Sistemas Locales.....	169
IV.2.A.f. Sistema Nacional de Fiscalización.....	170
IV.2.A.g. Plataforma Digital Nacional.....	170
IV.2.B. Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa ...	171
IV.2.C. Ley General de Responsabilidades Administrativas	172
IV.2.C.a. Concepto de Responsabilidad Administrativa	172
IV.2.C.b. Investigación	173
IV.2.C.c. Substanciación, faltas administrativas graves y no graves	174
IV.2.C.d. Resolución respecto de faltas administrativas no graves .	175
IV.2.C.e. Resolución tratándose de faltas administrativas graves ...	176
IV.2.C.f. Remisión al Tribunal de Justicia Administrativa competente	176
IV.2.C.g. Sanciones para faltas administrativas graves, servidores públicos	177
IV.2.C.h. Elementos a considerar en la imposición de sanciones por faltas	178
administrativas graves de servidores públicos	178
IV.2.C.i. Sanciones por faltas administrativas graves para particulares	178
IV.2.C.j. Elementos a considerar en la imposición de sanciones por faltas	179
administrativas graves a particulares	179
IV.2.C.k. Ejecución de sanciones graves tanto a servidores públicos y	179
particulares	179
IV.2.C.l. Reducción de Sanciones	180
IV.2.C.m. Faltas Graves	180
IV.2.C.n. Actos particulares vinculados con faltas administrativas graves	184
IV.2.D. Delitos por hechos de corrupción	187
IV.2.D. Fiscalía Especializada en Materia de Combate a la Corrupción..	197
IV.2.E. Iniciativa de Ley de la Fiscalía General de la República	200
IV.2.F. Independencia del Fiscal General de la República.....	201
IV.3. La Regulación de Competencia Económica como elemento indispensable	203
IV.3.A. La competencia y regulación ante las fallas de mercado	203
IV.3. B. La Comisión Federal de Competencia, autoridad en la materia .	205
IV.3.C Cómo evitar la colusión entre grupos económicos dominantes....	209
Capítulo V. Diagnóstico de eficacia y eficiencia jurídica del objeto de estudio	211
V.1. Aspectos positivos de tipo cualitativo: Transparencia	211
V.1.A. Evaluación de Información con Estándares Internacionales.....	211

V.1.B. Opiniones y dictámenes independientes	212
V.1.C. Prospectiva institucional	213
V.2. Aspectos negativos de tipo cualitativo: Ineficacia de las normas punitivas	215
V.3. Mejores prácticas internacionales	216
V.3.A. Modelo de Noruega.....	216
V.3.B. Orígenes del modelo en Asia.....	218
V.3.C. Modelo de Brasil	218
V.3.D. Modelo de Estados Unidos de América y Gran Bretaña	219
V.3.E. Países latinos de economía abierta	221
V.3.F. Países comunistas y socialistas	222
V.4. Balance institucional, académico y organizaciones no gubernamentales	223
V.4.A. El futuro institucional del sector energético	223
V.4.B. Propuestas de la industria y sociedad civil	224
V.5. Balance cuantitativo de ingresos financieros y factores económicos	226
V.5.A. Ingresos obtenidos por el Estado y ausencia de riesgo financiero	226
V.5.A.a. Asignaciones	226
V.5.A.b. Ronda Uno	226
V.5.A.c. Ronda Dos	227
V.5.A.d. Ronda Tres	227
V.5.A.e. Farmouts y estudios de sísmica	227
V.5.A.f. Montos totales y destino	228
V.5.B. Diagnóstico de Competencia Económica.....	229
V.5.B.a. Estudio: El papel de la COFECE durante la transición a un mercado competido de gasolinas y diésel.....	229
V.5.B.b. Estudio: Transición hacia Mercados Competidos de Energía	230
V6. Columbia University y UCLA, EE. UU.	233
V.7. Perspectivas de productividad y dinamismo del sector petrolero y afines	234
V.8. Perspectiva de las actividades de explotación y producción petrolera y las posibles implicaciones jurídicas del inmediato cambio de régimen político ...	235
CONCLUSIONES	237
1. Sobre los antecedentes histórico-jurídicos.....	237
2. Sobre los contratos de extracción y producción de hidrocarburos y su potencial vulnerabilidad ante el fenómeno de corrupción	238
3. Sobre las normas que conforman la Reforma Energética	239
4. Sobre el Sistema Nacional Anticorrupción y la Regulación.....	240
5. Sobre el diagnóstico multidisciplinario a la Reforma Energética	241
BIBLIOGRAFÍA	243
Cursos, Conferencias y Eventos	243
Fuentes Bibliográficas	244
Fuentes Documentales publicadas en Internet.....	247
Fuentes Hemerográficas	252
Fuentes Normativas Históricas	254
Glosarios	255

Introducción

En los años 2013 y 2014, México experimentó la mayor serie de cambios a su marco normativo en materia energética desde 1938, conocidos a nivel nacional como “Reforma Energética”¹. Este trascendente cambio en el marco normativo no fue producto de la casualidad sino de la compleja evolución de una serie de factores jurídicos, políticos, económicos y sociales en nuestro país. El conjunto de normas de alcance nacional que hoy rige los hidrocarburos, sector que ha sido históricamente una de las principales fuentes de riqueza de nuestro país, tiene sus orígenes en los tiempos de una absoluta dependencia de los recursos financieros y del conocimiento técnico de países como Estados Unidos e Inglaterra. Asimismo, el derecho de los hidrocarburos presenció y fue factor en el nacimiento de nuestro orden jurídico nacional establecido mediante la Constitución de 1917 y transitó por los vaivenes políticos y jurídicos del siglo XX entre el proteccionismo y la ideología de liberalización de mercado y apertura comercial. No ha sido sencillo contar con la estructura normativa, institucional y operativa necesaria para tener proyectados desde el presente año 2019, ingresos por cerca de ciento cuarenta mil millones de dólares por los próximos veinte años (cifra sin precedente que por primera vez fondea y permite solventar la histórica deuda externa nacional que este país ha llevado a cuentas desde el siglo diecinueve) respaldados por los contratos de exploración y extracción petrolera ya signados por el Estado mexicano. De ahí la trascendencia de analizar este objeto de estudio jurídico al más alto nivel académico.

Dado que México, como aquí se mostrará, está inmerso en un problema real de vulnerabilidad ante el tan extendido y conocido fenómeno de la corrupción, la tesis doctoral que aquí se presenta, tiene como pregunta inicial si la Reforma Energética en sinergia con la llamada Reforma Anticorrupción y el marco normativo nacional vigente, dota al Estado mexicano, desde el punto de vista jurídico, con las facultades de control, administración, planeación, previsión, fiscalización y coerción necesarias

¹ La reforma constitucional fue aprobada por la Cámara de Senadores el 10 de diciembre de 2013, en Cámara de Diputados el 11 de diciembre de 2013 y promulgada por el Ejecutivo en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de diciembre de 2013.

para asegurar la consecución de los objetivos planteados por el Gobierno de la República y el Poder Legislativo durante su elaboración, procurando la prevención, detección y eventual sanción de conductas constitutivas de corrupción, como los conflictos de interés, desvío de recursos, asignación de contratos contrarios al interés general, entre otras.

A fin de encontrar respuesta a dicha pregunta de investigación, el presente documento académico presenta en su primer capítulo un estudio histórico-jurídico, donde se analizan las normas y los acontecimientos que cuentan con sustento documental para encontrar cuáles han sido las prácticas ilegales, desleales o poco éticas que han generado el rechazo histórico de ciertos sectores a la participación del sector privado en algunas industrias como la energética y particularmente la petrolera, dada la resistencia muchas veces justificada a la entrada de inversión al país por parte de las compañías petroleras norteamericanas y en general extranjeras, probablemente en razón de las experiencias negativas vividas en México principalmente durante la época del Porfiriato y la etapa histórica identificada como Revolución Mexicana. Por ello se presenta un análisis de los factores detectados por la historia, desde la escasa carga tributaria a la exploración y producción petrolera de la *Ley Minera* de 1892, pasando por el impulso de dicho sector a la industrialización del país, hasta la pugna por el poder que este insumo otorgaba a quien tuviera el control de su producción y comercialización.

En dicho capítulo se describe la producción normativa que la actividad de extracción de hidrocarburos generó, más allá de intenciones o “espíritus”, desmitificando lugares comunes y desentrañando el verdadero sentido de los actos jurídicos paradigmáticos como la expropiación petrolera, para así dejar en claro lo que el Estado permitía y prohibía en cada una de las etapas del México del siglo XX como el “cardenismo”, el “desarrollo estabilizador”, el nacionalismo de Estado de los años setenta y su “modelo de sustitución de importaciones”, la “renovación moral” de la década de los ochenta, el “liberalismo social” de los noventa y la apertura comercial del siglo XXI que tiene como corolario el proceso de reformas del sexenio 2012-2018, que enfrentan el cuestionamiento de si deben consolidarse, adecuarse o modificarse.

En el capítulo segundo, se define, delimita y traza el problema, el objeto de estudio y los mecanismos jurídicos que podemos utilizar para abordarlos. Se delimita y estudia el problema primero mostrando cómo la corrupción puede ser desagregada en una amplia gama de conductas, para poder identificar las que más amenazan a la administración pública específicamente en sus actividades productivas, como es extraer hidrocarburos. También se aclara por qué la transparencia es un requisito necesario, más no suficiente, en un pleno estado de derecho y se analiza si ella se ha alcanzado.

Se delimita el objeto de estudio definiendo y explicando las actividades de exploración y producción de hidrocarburos. Luego, partiendo de lo general a lo particular en cuanto a conceptos de derecho (método deductivo,) se localiza dentro del género de los contratos a la especie del contrato administrativo y se hace, a su vez, una diferenciación detallada a través del método cartesiano de los contratos de exploración y producción compartida y otras figuras contractuales creadas por la reforma energética para asociarse con o recibir servicios del sector privado.

Respecto a los mecanismos jurídicos, es decir la operación de las herramientas que tenemos los estudiosos del derecho como son las normas y la teoría jurídica aplicada para aproximarnos a orientar la conducta humana, se clasifican los procedimientos entre los que se encuentran la licitación y la adjudicación para poder celebrar acuerdos con el Estado, como son el contrato y la concesión. Por cuanto al marco teórico utilizado, se abordan los autores, teorías y propuestas más aceptados, vanguardistas y reconocidos a nivel internacional sobre cómo regular contratos y cómo obtener resultados de bienestar común mediante contratos públicos, teniendo en cuenta que los incentivos que principalmente mueven a los agentes privados están directamente relacionados con maximizar beneficios económicos pero que ellos deben regularse bajo el principio de competencia.

En el tercer capítulo se aborda de lleno el conjunto de normas constitucionales, tratados, leyes, reglamentos y todas aquellas normas de carácter administrativo de alcance general que componen la Reforma Energética. Se explican las leyes y

normas de nueva creación, las que fueron reformadas, derogadas y, en qué consisten los cambios al régimen anterior y cuáles son las implicaciones de dichos cambios en materia de nuevas obligaciones, derechos, competencias y responsabilidades. Se estudia de manera individual el contrato de exploración y producción tanto en su contexto normativo como a la luz de la teoría de los contratos. Se hace un análisis de las cláusulas más relevantes por cuanto a cómo garantizar el cumplimiento de obligaciones, prevenir la corrupción y cómo maximizar las probabilidades de obtener resultados o metas de producción, tomando como modelo el primer contrato de exploración y producción celebrado por el Estado mexicano en este siglo y en décadas, el cual es de acceso público, pero no ha sido objeto de algún estudio serio de tipo doctoral, más allá del anuncio político de ser “revisados”. En dicha tesitura, se explica paso a paso el proceso de participación de los particulares a través de las etapas conocidas como “Rondas” por medio de las cuales, las instituciones correspondientes adjudicaron pública y transparentemente los contratos que hoy generan producción y recursos financieros para nuestro país.

Para el cuarto capítulo, a sabiendas que, si se pretende alcanzar los objetivos de la Reforma Energética, es necesario contar con un sistema normativo que prevenga, impida y sancione la corrupción y el desvío de recursos naturales, humanos y financieros, se hace ineludible abordar el marco normativo que compone el “Sistema Nacional Anticorrupción”, producto de la antes mencionada Reforma Anticorrupción. Sabemos que, si las consecuencias jurídicas a conductas ilícitas no tienen consecuencias en el mundo fáctico, estaremos ante la presencia de, en el mejor de los casos, un marco jurídico ineficaz, pero en un extremo ante una simulación que solamente existiría para justificar la asignación de contratos a grupos de interés del poder político en turno. Por dichas razones se analiza si el Sistema Nacional Anticorrupción opera verdaderamente como un sistema armónico, si es eficaz, eficiente, y en qué estado de avance se encuentra, esbozando algunas áreas de oportunidad sobre las cuáles avanzar.

Siendo indispensable observar el objeto de estudio bajo el lente de los mecanismos con que cuenta el Estado para prevenir prácticas negativas para el desarrollo nacional como son las llamadas “fallas de mercado”, se vuelve indispensable analizar la Reforma Energética a la luz del derecho de la competencia económica y la regulación. En esta tesis se analiza si el Estado a través de la Comisión Federal de Competencia cuenta con facultades para analizar y en su caso determinar si la firma de los contratos de exploración y extracción favorecen de manera alguna las tan temidas prácticas monopólicas o cualquier otra falla de mercado, y se elaboran conclusiones respecto al alcance y efectividad de dichas facultades.

En el capítulo quinto se presenta un análisis-diagnóstico sobre que tan eficaz y eficiente ha resultado el esquema de contratos de exploración y producción desde diversos puntos de vista. De manera cualitativa se toman estudios elaborados por organizaciones internacionales dedicadas al estudio de la transparencia gubernamental, de centros de estudios públicos y privados, así como el diagnóstico oficial y de serias universidades mexicanas y extranjeras. Asimismo, se contrasta el modelo mexicano con las mejores prácticas utilizadas en otros países del mundo, desde los más avanzados países y las potencias económicas hasta los países en vías de desarrollo y economías emergentes, de diversas variantes del espectro político e ideológico, procurando conocer cuáles han sido sus resultados en un balance imparcial.

En ánimo de dar una visión lo más completa posible, sin que este sea un trabajo de naturaleza económica o financiera, se presentan las cifras que el modelo de estudio ha dado como resultados en materia de ingresos para la Nación, sin intención de darles mayor interpretación y principalmente con fines informativos. La capacidad de análisis técnico de quien analice dichas variables determinará a nivel cuantitativo la forma de interpretar de los datos presentados. Como complemento, se presenta la opinión de la Comisión Federal de Competencia sobre los efectos de la apertura de ciertos sectores como el energético, y en qué medida estos cambios podrían coadyuvar al desarrollo nacional.

Para finalizar el contenido de la tesis, se presentan las conclusiones que de acuerdo con la historia, los datos, las normas nacionales, los estudios institucionales, académicos, el derecho comparado, así como la capacidad de análisis, síntesis y conocimientos adquiridos por el autor antes, durante y después de la elaboración de esta tesis, tiene a bien presentar.

Por último, cabe mencionar lo siguiente respecto a la vigencia y validez del objeto de estudio presentado en esta tesis, así como respecto a los límites de espacio y tiempo en que el autor de esta investigación se enfoca. El presente es un objeto de estudio bien delimitado aún dentro de un sector dinámico y cambiante, en medio de una vorágine de opiniones divididas sobre su conveniencia para nuestro país. Los contratos de exploración y producción a los que se dedica esta investigación son aquellos celebrados por los Estados Unidos Mexicanos, representados por sus instituciones de Estado correspondientes, dentro del sexenio comprendido entre los años 2012 y 2018. En este periodo de tiempo se acordó por la mayoría de las fuerzas políticas legalmente representadas en sus instituciones democráticas, se legisló, reformó e implementó el marco normativo para la celebración y operación de una cantidad determinada de contratos, con sus defectos y virtudes sobre las cuales se hace el análisis. El futuro de las normas vigentes al 30 de noviembre de 2018 y de los actos jurídicos celebrados al amparo de ellas, habrá de ser objeto de futuros estudios, proyecciones, recolección de datos y propuestas. Para saber qué es posible mejorar o incluso si se debe o no conservar o continuar con un conjunto de normas hechas por el ser humano, se debe conocer a detalle el fenómeno, en su contexto y con la información más confiable posible de las mejores fuentes, labor a la cual la presente tesis pretende aportar.

Capítulo I. Contexto histórico-jurídico

I.1. México como productor histórico de hidrocarburos

I.1.A. Inversión extranjera en paralelo a la política mexicana

La industria energética en México, particularmente la producción petrolera, pasó de niveles incipientes a finales del siglo XIX, a ser un factor determinante de las finanzas públicas nacionales un siglo después. El desarrollo y crecimiento de la industria que detonó la explotación de este producto se convirtió en un factor de poder político y económico del cual el mundo jurídico tuvo que participar a fin de regular dicho factor real de poder².

Para comprender la importancia del petróleo es necesario remitirse a la historia de México durante el siglo XIX. El Porfiriato, aquella etapa aceptada en el entorno académico entre los años 1877 a 1911³, es el periodo histórico que marca el surgimiento de esta mercancía como factor de desarrollo.

Aunque el petróleo comenzó a utilizarse en la segunda mitad del siglo XIX con fines principalmente medicinales y de iluminación, fue hasta inicios del siglo XX, con la invención de la máquina de combustión interna y su comercialización masiva en la industria automotriz, que el petróleo se convirtió en una importante mercancía cuyo potencial habría de cambiar al mundo.

Para satisfacer la demanda de combustible, el ferrocarril resultó un adecuado medio para su transporte. La red ferroviaria creció cerca de mil kilómetros en 1880 a veinte mil hacia 1910. El crecimiento de dicho medio de transporte y la industria petrolera fueron de la mano. Hacia el año de 1902, la compañía estadounidense Waters-Pierce era propietaria de 104 vagones-tanque y arrendataria de 148 para transportar su producto. También mantenía veinte estaciones distribuidoras de tanques⁴.

² Véase Ferdinand, Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, Grupo Editorial Tomo, México, 2009.

³ Meyer, Lorenzo. *Las raíces del conflicto petrolero en México*, 3ª Edición, México, Océano, 2009, pp. 15-19.

⁴ *Ibidem*, p. 30.

Entre 1880 y 1910, nuestro país se capitalizó por medio de la inversión extranjera por cantidades cercanas a 3.4 mil millones de pesos⁵. No sólo se trató del ferrocarril, sino de infraestructura acorde a una nueva etapa industrial, tal como las calderas de vapor, altos hornos de fundición, plantas de producción de energía, telégrafos, líneas de trolebús, etc. Una vez que existió la necesidad de iluminación de las ciudades, y de impulsar los motores de combustión interna, fue creciendo la necesidad de producir mayores cantidades de petróleo.

Buena parte del desarrollo de la industria petrolera se debió a que los Estados Unidos de América y la Gran Bretaña aportaron capital para hacer crecer la incipiente red ferroviaria del siglo XIX y proveyeron de servicios públicos como la electricidad. Alemania también invirtió en infraestructura. Francia y Holanda, por su parte, generaron entrada de liquidez por medio de financiamiento.

I.1.B. Desarrollo nacional y beneficio de empresas particulares

I.1.B.a. Pan American y Huasteca Petroleum Company

En 1901 apareció la empresa que llegaría a llamarse Pan American Petroleum and Transport Company, encabezada por el conocido empresario petrolero Edward L. Doheny. Junto con sus filiales habría de convertirse en un agente muy importante en México. En concordancia con su denominación social, producía petróleo en Estados Unidos pasando por México para llegar hasta países del hemisferio sur tan importantes como Colombia.

Para manejar las porciones pequeñas de tierra en zonas de la región tamaulipeca y veracruzana como Tamiahua y Tuxpan, Edward L. Doheny creó la Huasteca Petroleum Company. Para ello, contrató como abogado y gestor ante el gobierno de Porfirio Díaz al Licenciado Joaquín de Casasús, ex embajador de México en Estados Unidos. La empresa logró grandes beneficios como importar toda la maquinaria para montar una refinería en Mata Redonda, sobre el río de Tampico, sin pagar impuesto alguno a la importación de la maquinaria ni a la exportación de sus productos

⁵ Brown, Jonathan Charles, *Petróleo y revolución en México*, México, Siglo XXI, 1998.

refinados⁶. En 1906 esta empresa construyó un oleoducto de Casiano a Tampico, incluso con la intervención de Díaz para convencer de las ventas necesarias a hacendados de la región que se negaban a vender. Obtuvo contratos con Ferrocarriles Nacionales como aquél por ocho años a través del cual se vendieron 4000 barriles diarios a un precio de 42 centavos cada uno. México llegó a convertirse en un exportador neto de petróleo. Dicha situación prevaleció hasta que en 1910 se impuso un gravamen de 50 centavos por tonelada de petróleo extraída.

I.1.B.b. British Pearson y El Águila

Paralelamente, los empresarios norteamericanos encontraban a su principal competidor y rival en el inglés Sir Weetman Pearson, con su empresa *British Pearson*, mayormente apoyada por el régimen porfirista y el grupo de empresarios mexicanos allegados a él. Cuando este reconocido contratista británico ocupó una curul en la Cámara de los Comunes de su país, se le conocía como “el miembro de México”⁷. Dicho personaje inglés fundó la Compañía Mexicana de Petróleo El Águila y desarrolló prácticamente toda la zona del Golfo de México, como Puerto México, hoy la importante ciudad petrolera de Coatzacoalcos.

En ese contexto, la también conocida como *Eagle Oil Company* o *Mexican Petroleum* obtuvo con intermediación de su apoderado legal en México, el Licenciado Pablo Martínez del Río, el beneficio de importar durante cerca de diez años la maquinaria necesaria para sus operaciones en México, junto con otros estímulos fiscales⁸.

Cuando hubo una baja en los precios del petróleo en 1902, esta corporación se mantuvo activa en los negocios proveyendo servicios de pavimentado asfáltico debido a la alta cantidad de brea que contenía el petróleo extraído en sus terrenos de San Luis Potosí conocidos como El Ébano. Su primer contrato lo obtuvo del ayuntamiento de la Ciudad de México dando como resultado una superficie de alrededor de 44 mil metros cuadrados pavimentados hacia 1906⁹.

⁶ *Idem* pp. 52-55

⁷ *Idem*, p. 61.

⁸ *Idem*, p. 41.

⁹ *Idem*, p. 46.

Esta empresa posteriormente incursionaría en Guadalajara, Morelia, Tampico, Durango, Puebla y Chihuahua. Se narra que, en este último, la oferta no podía cubrir lo solicitado por el Gobernador Enrique Creel, deseoso de entregar calles pavimentadas para los festejos del centenario de la independencia.

En dicho tenor, en 1906 obtuvo un contrato por 50 años, convalidado por la *Ley Minera* vigente para explotar tierras en todo el estado de Veracruz sin sobrepasar contratos previamente existentes, a cambio de un 7% para la Federación y un 3% para el estado de Veracruz junto con una exención fiscal a la importación de maquinaria y a la exportación de producto extraído.

El favoritismo que recibió esta compañía generó interés al interior de la política mexicana, no sólo de funcionarios de máxima importancia como el Secretario de Hacienda, Ives Limantour, sino de los empresarios norteamericanos e ingleses competidores.

El mismo Pearson participó en el desarrollo del Puerto de Veracruz y en la modernización del tendido ferroviario que había legado con fallas la Panamian Railroad y el sistema de puertos y transporte de la zona del Istmo de Tehuantepec. También descubrió los ricos yacimientos de Poza Rica hacia 1933, cuando en ese momento la producción mexicana enfrentaba un cierto declive.

Como se aprecia, los agentes dominantes de dicho mercado eran empresas norteamericanas e inglesas, dejando en segundo plano a otros países como Holanda o Alemania. Hacia finales de la década de los treinta, la compañía británica *Mexican Eagle* (entonces administrada por la holandesa *Shell*) producía 65% del petróleo del país y la *Standard Oil Company* producía 35%, concentrando así un 95% del mercado¹⁰. Dicha repartición entre dos poderosas naciones se vio traducida en una competencia no sólo económica, sino que también alcanzó a la esfera política.

¹⁰ García Sánchez, Guillermo, "The Mexican Petroleum License of 2013: A Step to the Past to Bring Mexico into the Present and the Grounds for an Uncertain Future", Handbook of Energy Law, Texas A&M University School of Law, 2019, pág. 4, consultado en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3396727

I.2. Consecuencias jurídicas a empresas extranjeras del sector petrolero

I.2.A. Pérdida de licencia de Standard Oil y guerra de precios

La empresa *Standard Oil Company*, fundada por el reputado magnate John D. Rockefeller en Estados Unidos, en alianza con la *Waters-Pierce Oil Company*, dirigida por Henry Clay Pierce, se dedicó a la extracción de petróleo en México para su comercialización en Estados Unidos. Sus productos refinados mayormente en Estados Unidos regresaban a México por puertos como Acapulco, Manzanillo, La Paz, San Blas y Guaymas. Dicha dinámica le valió a *Waters-Pierce Oil Company*, ser una compañía dominante del mercado de la importación en México desde 1880 a 1905.

El consorcio norteamericano se ocupó en bloquear a la competencia a través de manipulación de precios, contratos de exclusividad y diversas prácticas monopólicas en Estados Unidos. Por ejemplo, se encontró que aún a pesar de desmantelar el *Standard Oil Trust* en 1892, las prácticas irregulares continuaron. Por ello, las cortes de justicia del estado de Texas determinaron que la *Standard Oil Company* “controlaba, manejaba y dirigía” a la *Waters Pierce*. La consecuencia fue que en 1898 perdió la licencia gubernamental para comercializar en el Estado de Texas¹¹.

Le llevó once años a la *Standard Oil* recuperar su licencia a través de una estrategia de simulación de compraventa de acciones, junto con un préstamo registrado a un influyente congresista del Estado de Texas. Ésta quedaría registrada como una de las primeras operaciones financieras asociadas a un conflicto de interés en el sector petrolero.

Como se puede apreciar, la *Mexican Petroleum Company*, que habría de convertirse en la *Pan American Company*, contaba con capital y tecnología para sentar un contrapeso a la *Waters Pierce*, afectando así a su tenedora, la *Standard Oil*. Como respuesta, ésta última profundizó una guerra de precios bajos hasta 1911.

¹¹ *Waters-Pierce Oil Company v. Texas, United States Supreme Court, 44 S.W. Rep 936, 1898.*

I.2.B. La sentencia de la Suprema Corte

Se tienen documentados algunos antecedentes históricos de corrupción por parte de empresas internacionales en el sector de exploración y extracción de hidrocarburos y fueron sancionadas por los más altos foros de justicia como la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos.

En el mismo tenor que como sucedió en Texas, la *Standard Oil* se vio demandada en el estado de Missouri, donde perdió su licencia para operar en el año de 1908. La corte de dicho estado llegó a la conclusión que la empresa se había dividido el mercado de manera artificial con la *Republic Oil Company*, dirigida por Walter J. Teagle.

De acuerdo con registros periodísticos¹², el valor de las acciones de las compañías petroleras radicadas en México, pero que cotizaban en Wall Street, subieron espectacularmente cuando en el país del norte se conoció la muerte del Presidente Venustiano Carranza en mayo de 1920, con el impulso que el habría de dar, a la esperada Ley Orgánica del artículo 27 de la Constitución; proceso que no pudo ser concluido debido a su prematura extinción.

I.2.C. El escándalo de Teapot Dome

Quizá el más penoso caso de corrupción vinculada con el sector petrolero en la historia de Estados Unidos es aquél conocido como el *Teapot Dome Scandal*. Se trató de la culminación de la estrategia de sobornos por parte de las compañías petroleras durante los años 1921 y 1922. En efecto, durante el mandato del presidente Warren Harding, el Secretario del Interior Albert Bacon Fall, otorgó en arrendamiento para explotación los territorios de reservas petroleras propiedad de la Marina de Estados Unidos conocidos como Teapot Dome, por su cercanía con Teapot Rock, una formación pétreo natural que asemejaba una tetera, en el estado de Wyoming, junto con dos territorios más en el estado de California. La primera irregularidad fue la asignación de dicho contrato sin someterlo a subasta o licitación pública competitiva.

¹² Diario "El Universal", México, 24 de mayo de 1920.

Para el año de 1923, como consecuencia de una investigación oficial encabezada por el Senador Thomas J. Walsh, el Secretario Fall fue hallado culpable de recibir sobornos de las compañías petroleras y se convirtió en el primer ministro de gabinete en la historia de Estados Unidos en ser encarcelado.

I.3 Cambios jurídicos paradigmáticos sobre el sector petrolero en México

I.3.A. Ley Minera de 1884

La primera norma sobre la materia en el México independiente fue la *Ley Minera* del 22 de noviembre de 1884, emitida durante el mandato del Presidente Manuel González. En ella se establecía en el artículo 10 fracción IV, que los derechos de explotación del carbón y el petróleo eran propiedad exclusiva del propietario de la superficie del terreno donde se encontraran estas riquezas. A dicha norma le sucedió la *Ley Minera* de 1892 en donde se aclaraba que el petróleo podía ser explotado sin necesidad de concesión alguna.

I.3.B. Exención de impuestos durante el Porfiriato

Siendo el petróleo un producto extraído del subsuelo, el segundo momento paradigmático que encontramos en la historia jurídica del país, es la inverosímil ley promulgada durante unos de los mandatos del presidente Porfirio Díaz, del 4 de junio de 1887. En su artículo 1, para no ir más lejos, se establece que “Desde la promulgación de esta ley estarán libres de toda contribución federal, local y municipal, excepto el Impuesto del Timbre, las minas de carbón de piedra, en todas sus variedades, las de petróleo, las de hierro y azogue, así como los minerales productos de ellas; el hierro nacional dulce y colado en varillas, barras o lingotes, madejas, soleras y rieles, y el azogue nacional líquido producto del beneficio de los minerales de donde se extrae”.

En el artículo 10, se establece la facultad del ejecutivo de “franquicias y concesiones especiales” con duración de hasta diez años renovables por un periodo igual. De acuerdo con el artículo 14, la única obligación fiscal que tenían las compañías petroleras norteamericanas era el Impuesto del Timbre, llamado así porque el medio

de comprobar su pago era mediante la compra de una estampilla, que se adhería al documento base de la operación, como práctica mercantil.

I.3.C. Ley Minera de 1901

Con el nacimiento del siglo XX, llega esta Ley especializada en la materia que crea los conceptos de permiso de exploración en su primer artículo, sin cambios en el régimen tributario (o falta de éste) ni en el régimen de concesiones.

I.3.D. Constitución de 1917

Se incluye la palabra petróleo por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917. Más que una mención, el párrafo cuarto del artículo 27 trata del establecimiento de la Nación como tenedora del *dominio directo* de este recurso natural, junto con todos los *carburos de hidrógeno* (hidrocarburos) ya sea en estado sólido, líquido o gaseoso; así como los minerales y sustancias que se encuentren en *vetas, mantos, masas o yacimientos* como metales, piedras preciosas, entre otros, que se encuentren dentro de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas.

Importante resulta también, que en el párrafo sexto del artículo 27 constitucional se establece que “Tratándose del petróleo y de los carburos del hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva”. Asimismo, se establece una zona económica exclusiva extensiva a doscientas millas náuticas hacia el mar, sin posibilidad que extranjeros puedan tener dominio dentro de los primeros cincuenta kilómetros de territorio de playas y cien de la frontera continental con otros países. No obstante, esta tajante determinación quedó reducida a letra muerta pues en ningún momento durante el gobierno del entonces Presidente Carranza, tuvo la Nación posibilidad de explotar este recurso por medios propios. Tampoco fueron retiradas las concesiones que se encontraban vigentes en términos generales, dejando intocados los intereses extranjeros por un periodo de tiempo que no habría de cambiar ni durante el

periodo de gobierno de Álvaro Obregón ni de su sucesor, Plutarco Elías Calles, ni de los tres titulares del ejecutivo que dieron nombre a una etapa de la historia conocida como el Maximato.

Muy importante es resaltar que el artículo 28 constitucional, no presentaba aún la larga lista de monopolios que el legislador fue aumentando históricamente en la lista de “no constituirán monopolios” y no se encontraba originalmente en dicha lista el sector petrolero ni el energético. Las excepciones del primer párrafo sí son reconocidas como monopolios, pero expresamente permitidos, de la siguiente manera:

Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco, que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora. (...)

Por su parte, sí existía la posibilidad para los extranjeros de obtener concesiones, el quinto párrafo del artículo 32 ratifica esta aceptación de manera tácita, aunque sujeta a una preferencia al capital de propiedad nacional, de la siguiente manera: “Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.”

I.3.E. Acuerdo del Presidente Venustiano Carranza de 1920

En un intento de proveer administrativamente el grado de detalle para regular la industria petrolera, el 20 de marzo de 1920, dos meses antes de su asesinato, el Jefe del Ejecutivo emite un Acuerdo en uso de sus facultades ejecutivas, dando las bases para la asignación de las concesiones mencionadas en la Constitución, con la consecuente reforma a la *Ley Minera* de 1901. A grandes rasgos, se establecía que

sólo se otorgarían concesiones a personas físicas o morales mexicanas, en terrenos de preferencia colindantes con territorios federales, que dichas concesiones durarían un máximo de diez años, que tenían la obligación dentro de los primeros cinco años de perforar por lo menos un pozo por cada dos km y que debían pagar una renta anual de cien pesos por km. Se derogó por falta de aplicación por vía de Acuerdo ejecutivo.

I.3.F. Ley de Expropiación de 1936

El 23 de noviembre de 1936 se emite la norma que daría las bases legales para sustentar las futuras actuaciones del gobierno, en la cual se establecen como causas de utilidad pública “la defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación” para los cuáles, mediante declaratoria el ejecutivo “procederá la expropiación, la ocupación total o parcial o la simple limitación de los derechos de dominio para los fines del Estado o en interés de la colectividad.” Se hace mancuerna con la emisión del Decreto de creación de la Administración General del Petróleo Nacional en enero de 1937, dejando lista la estructura sobre la cual habría de edificarse la industria petrolera nacional.

I.3.G. Decreto expropiatorio del 18 de marzo de 1938

Conocido a nivel histórico y nacional como la Expropiación Petrolera, se trata del cambio normativo con efectos reales más importantes del siglo XX. Se trató de la apropiación por parte del Estado mexicano de todos los activos físicos de las empresas dedicadas a la exploración, extracción, refinación, almacenamiento y distribución de petróleo en todo el territorio marítimo y terrestre de México, así como de todos los derechos que les otorgaban las concesiones y contratos previamente celebrados. Deviene de una larga pugna histórica buscando que el sector petrolero se convirtiera en un motor verdadero que aporte realmente a la economía nacional. Desde el intento por parte de Francisco I. Madero de hacer un censo de las instalaciones petroleras privadas, pasando por las restricciones territoriales en la Constitución de 1917 y el intento de acuerdo administrativo, incluyendo la fallida *Ley Petrolera* de Plutarco Elías Calles en 1925, hasta el intento del pago de

prestaciones al sector obrero durante los primeros meses de Cárdenas; proceso que finalmente detonó en una determinación coactiva de consecuencias trascendentales por el resto del siglo.

Principal consecuencia de este acto jurídico sin precedentes fue la creación de Petróleos Mexicanos (PEMEX), mediante Decreto del 7 de junio de 1938, como empresa emergente para atender las necesidades inmediatas e impostergables de exploración, producción y refinación, de hidrocarburos; titánica labor que habría de encarar el Estado mexicano a partir de ese momento. El transporte y abasto se haría a través de “Distribuidora de Petróleos Mexicanos” por medio de distinto decreto, pero de la misma fecha.

Estas funciones cobrarían especial importancia, sobre todo a partir de la enorme demanda de hidrocarburos que traería la Segunda Guerra Mundial de 1939 a 1945, oportunidad invaluable de crecimiento de la industria energética nacional.

Por dichas razones, el marco normativo no se cerraría en ese momento a la participación del sector privado. Lo que es más, se trataba de una oportunidad sin precedentes para poder negociar los términos de montos económicos y tiempo para el pago de las indemnizaciones por la estatización de las empresas petroleras, habiendo quedado atrás la posibilidad de una intervención armada del gobierno de Estados Unidos en territorio mexicano, debido a la prioridad de mantenerse en máxima alerta bélica ante la amenaza del eje Berlín-Roma-Tokio, misma que habría de materializarse con los conocidos ataques a la base militar de Pearl Harbor durante 1941, en el quincuagésimo estado americano de Hawái, iniciando así la participación del país norteamericano en el conflicto armado mundial.

I.3.H. Reforma constitucional del 9 noviembre de 1940

Llama especialmente la atención al autor de esta tesis, la interpretación a modo que se hace de este periodo de la historia, según la ideología del grupo o político que invoque sus bondades¹³. Particularmente, durante el proceso de reforma constitucional de 2013 y 2014, se hizo mención por parte del titular del Ejecutivo, que se reformaría la constitución para dejar intocado el artículo 27 de Lázaro Cárdenas, “palabra por palabra”. La comprobación de dicha aseveración resulta sencilla, pues simplemente habría que consultar el texto original de la publicación de dicha reforma en el sexenio de Lázaro Cárdenas, que sucedió el 9 de noviembre de 1940, días antes de la finalización de su mandato, y cotejarla con la publicación de la reforma constitucional de 2014.

Resulta curioso que se apela a la autoridad histórica del entonces Presidente por parte de políticos opositores a la reforma, quienes aluden que su descendiente Cuauhtémoc Cárdenas Solórzano “aclaró” que su padre “habría estado en contra” de la reforma si viviera en la presente época. Incluso se dijo que tal oposición se “demostraba” con una supuesta carta que escribió en calidad de expresidente, años después de su periodo de mandato, donde supuestamente habla del “espíritu nacionalista” del artículo 27.

Dejamos de lado suposiciones espiritistas e interpretaciones subjetivas de cuál sería la postura de alguien décadas después de su fallecimiento y presentamos el texto normativo íntegro, el cual sí fue presentado como iniciativa del Presidente Cárdenas ante el Congreso, firmado por él, ratificado, promulgado, publicado y legado a la Nación a través de sus instituciones y registros. Observemos el texto del sexto párrafo, que sí quedó manifestado como su voluntad comprobada histórica y jurídicamente, resguardada en los archivos históricos del Congreso de la Unión, que es el siguiente:

¹³ Véase Johansson Mondragón, Steven, “Los partidos políticos ante la reforma petrolera en México”, *Estudios Políticos, Revista del Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 31, enero-abril de 2014, pp. 37-60.

Por las consideraciones precedentes, someto a la consideración del H. Congreso la siguiente iniciativa de

LEY QUE ADICIONA EL PARRAFO SEXTO DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL:

"ARTICULO UNICO.- Se adiciona el párrafo sexto del Artículo 27 Constitucional, para quedar en los siguientes términos:

"En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y solo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumpla con los requisitos que prevegan las leyes."

"TRATANDOSE DEL PETROLEO Y DE LOS CARBUROS DE HIDROGENO SOLIDOS, LIQUIDOS O GASEOSOS, NO SE EXPEDIRAN CONCESIONES Y LA LEY REGLAMENTARIA RESPECTIVA DETERMINARA LA FORMA EN QUE LA NACION LLEVARA A CABO LAS EXPLORACIONES DE ESOS PRODUCTOS".

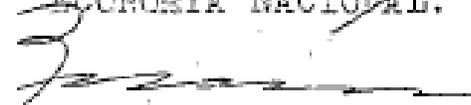
México, D.F., a 22 de diciembre de 1938.

SUPRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION.
EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE
LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.


Lázaro Cárdenas.

EL SECRETARIO DE LA
ECONOMIA NACIONAL.

EL SECRETARIO DE
GOBERNACION.


Efraín Buenrostro.


Ignacio García Landa.

Esta iniciativa pasó por el debido proceso legislativo de presentación ante Cámara, exposición de motivos, dictaminación, análisis, votación y aprobación por mayoría calificada del Congreso de la Unión; proceso que no fue breve, pero sí respetuoso de los tiempos para una reforma constitucional y la creación de su ley reglamentaria. Dos años después, en 1940 se culmina el proceso y se prohíbe otorgar concesiones, pero se deja abierta la posibilidad de contratar con la iniciativa privada. Todo esto quedó promulgado en el Diario Oficial de la Federación de la manera que a continuación se detalla:

DIARIO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

DIRECTOR: LIC. CARLOS FRANCO SODI

Registrado como artículo de 2a. clase, en el año de 1884.	MEXICO, SABADO 9 DE NOVIEMBRE DE 1940	Tomo CXXIII	Núm. 8
---	---------------------------------------	-------------	--------

S U M A R I O

PODER EJECUTIVO		DEPARTAMENTO AGRARIO	
SECRETARIA DE GOBERNACION			
Decreto que adiciona el párrafo sexto del artículo 27 constitucional.—(Petróleo)	1	Decreto que expropia una parte de los ejidos de Vista Hermosa, Tehuixtla, Xococotla y Tequexquitengo, Morelos.	6
Acuerdo que rehabilita en sus derechos civiles al señor Manuel Gómez Muñoz.	2	Decreto que expropia una fracción del ejido de Icaos, en Acapulco, Gro.	8
SECRETARIA DE LA ECONOMIA NACIONAL		Acuerdo de inafectabilidad del lote de Julia Melgar en el predio Santa Rita Viejo, Estado de Colima.	
Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo.	3	10	
Acuerdo que destina a la Comisión de Fomento Minero, el lote La Purísima Concepción, en Guanajuato, Gto.	4	DEPARTAMENTO DE LA MARINA NACIONAL	
Acuerdo que destina a la Comisión de Fomento Minero, el lote El Cedro y Anexas, en Guanajuato, Gto.	5	Acuerdo que declara caduco el contrato-concesión de pesca celebrado con los señores Federico Martínez Rojas, Francisco Santiago Ruiz y Harry J. Lawson.	
SECRETARIA DE AGRICULTURA Y FOMENTO		11	
Solicitud del señor José Guadalupe Covarrubias para construir obras de defensa en la laguna de Atoyac o Sayula, Jal.		5 Avisos Judiciales y Generales.	
		11 a 10	

Como se puede apreciar, el mismo día histórico el Poder ejecutivo decreta las adiciones al artículo 27 constitucional a través de la Secretaría de Gobernación y emite la *Ley Reglamentaria del Artículo 27 en Materia de Petróleo* a través de la “Secretaría de la Economía Nacional”. Ahora veamos el detalle del Decreto de Reforma:

DECRETO que adiciona el párrafo sexto del artículo 27 constitucional.—(Petróleo).

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.—Presidencia de la República.

LAZARO CARDENAS, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que el H. Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

D E C R E T O :

“El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución Federal y previa la aprobación de la mayo-

ría de las HH. Legislaturas de los Estados, declara adicionado el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los siguientes términos:

ARTICULO UNICO.—Se adiciona el párrafo sexto del artículo 27 Constitucional, para quedar en los siguientes términos:

“ARTICULO 27.—.
En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes.

Se establece que sólo podrán hacerse concesiones cumpliendo con los requisitos previstos en “las leyes”, no enunciadas simbólicamente ni dejadas como tarea pendiente. La legislación fue emitida por el propio Presidente Cárdenas, no un día ni un año después, sino en la página siguiente del mismo día en el Diario Oficial de la Federación del sábado 9 de noviembre de 1940. como la nueva *Ley Reglamentaria del Art. 27 Constitucional en Materia de Petróleo*, de la siguiente manera:

LEY Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.—Presidencia de la República.

LAZARO CARDENAS, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que el H. Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO:

"El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta:

LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 27 EN MATERIA DE PETROLEO

ARTICULO 1º—Corresponde a la Nación el dominio directo de toda mezcla natural de carburos de hidrógeno que se encuentren en su yacimiento, cualquiera que sea su estado físico. En esta Ley se comprende con la palabra "petróleo", a todas las mezclas naturales de hidrocarburos que lo componen, lo acompañan o se derivan de él.

ARTICULO 2º—El dominio directo de la Nación a que se refiere el artículo anterior, es inalienable e imprescriptible y sólo con autorización expresa del Ejecutivo Federal, concedida en los términos de la presente Ley y sus reglamentos, podrán llevarse a cabo los trabajos que requiere la industria petrolera.

ARTICULO 3º—La industria petrolera comprende: el descubrimiento, la captación, la conducción por oleoducto y la refinación del petróleo.

ARTICULO 4º—La industria petrolera es de utilidad pública; por lo tanto, gozará de preferencia a cualquier aprovechamiento de la superficie del terreno y procederá la expropiación y la ocupación de la superficie para todos los casos que reclamen las necesidades de esta industria.

El superficiario está indemnizado por la ocupación o expropiación en su caso que sean requeridas para los trabajos relacionados con la industria petrolera. El Reglamento determinará el procedimiento que deberá seguirse para señalar la zona ocupada o expropiada, el monto de la indemnización y la forma de pago.

Ningún otro derecho diverso del de recibir la indemnización que este artículo concede corresponderá al superficiario por la explotación petrolera del subsuelo.

ARTICULO 5º—Es de la exclusiva jurisdicción federal todo lo relativo a la industria petrolera.

ARTICULO 6º—El petróleo a que se refiere el artículo 1º será explorado y explotado por la Nación como sigue:

I.—Mediante trabajos realizados en forma directa y

II.—Por conducto de las instituciones que al efecto crea la Ley.

ARTICULO 7º—En el caso previsto por la fracción I del artículo anterior, podrán celebrarse contratos con los particulares, a fin de que éstos lleven a cabo, por cuenta del Gobierno Federal, los trabajos de exploración y explotación, ya sea mediante compensaciones en efectivo o equivalentes a un porcentaje de los productos que se obtengan.

ARTICULO 8º—El Reglamento de la presente Ley determinará:

I.—La extensión máxima de terreno que podrá ser objeto de contrato con una sola persona, ya sea en un solo acto o en actos separados.

II.—La duración máxima de los contratos.

III.—La forma de determinar la compensación y los límites dentro de los cuales deberá fijarse el porcentaje de que habla la parte final del artículo 7º, en la inteligencia de que deberá tomarse siempre como base para otorgar esa compensación la que los contratistas recuperen las inversiones que efectúen y obtengan una utilidad razonable.

IV.—La forma de comprobar la capacidad técnica y financiera del contratista.

V.—Las facultades que correspondan a las autoridades administrativas en cuanto al régimen del contrato.

ARTICULO 9º—Los contratos de que hablan los artículos anteriores, sólo podrán celebrarse con nacionales o con sociedades constituidas íntegramente por mexicanos. No podrán concertarse en ningún caso con sociedades anónimas que emitan acciones al portador.

ARTICULO 10.—El Ejecutivo Federal dictará las disposiciones relacionadas con la policía de los trabajos petroleros y las normas técnicas a que deberá estar sujeta la explotación.

ARTICULO 11.—El Ejecutivo Federal practicará las investigaciones y estudios encaminados a determinar la potencialidad productora de los yacimientos petrolíferos existentes en el país y fijará las zonas que deberán mantenerse como reservas petroleras. La incorporación de terrenos a las zonas de reservas y su desincorporación será afectuada mediante Decreto Presidencial y previos los dictámenes técnicos respectivos.

ARTICULO 12.—La Secretaría de la Economía Nacional, podrá otorgar concesiones para la construcción de refinarias y de oleoductos y para la distribución de gas, de conformidad con las siguientes bases y con las disposiciones adicionales que contenga el Reglamento:

Como puede apreciarse, el artículo 6 establece cómo será explotado el petróleo y deja claro que será directamente por la Nación mediante trabajos que, para realizarse de acuerdo con el artículo séptimo, podrán celebrarse contratos con los particulares, a fin de que éstos lleven a cabo por cuenta del gobierno federal, los

trabajos de exploración y explotación, ya sea mediante compensaciones en efectivo o equivalentes a un porcentaje de los productos que obtengan.

Así las cosas, no queda la menor duda que el muy reconocido Presidente Cárdenas, dejó abierta la posibilidad de contratar a particulares para la producción petrolera y poder pagarles en efectivo o con producción. Sin embargo, sí se limita esta participación únicamente a nacionales o empresas de capital mexicano, prohibiendo la entrada a aquellas Sociedades Anónimas con acciones al portador.

A su vez, en el artículo 8 de esta breve Ley, se delega a un reglamento de posterior emisión, aspectos como la extensión del terreno a explotar, la duración del contrato o si la contraprestación será en porcentaje o compensación, siempre que se trate de una utilidad “razonable”, así como la forma de comprobar la capacidad técnica y financiera de las empresas y el establecimiento de las facultades administrativas de la Nación.

I.3.I. Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1941

Durante el sexenio del Presidente Manuel Ávila Camacho se introduce al derecho mexicano la figura del “contrato riesgo”, hoy en día tan comúnmente utilizada. El origen de tal denominación viene del riesgo de no recuperar la inversión por parte de la empresa privada, misma que asume a cambio de una participación en la venta del hidrocarburo hallado como pago a sus labores de exploración. Para mostrar la producción que generó esta ley se presentan los siguientes datos. Durante los años de 1945 y 1947 cuando la perforación se hizo únicamente por Petróleos Mexicanos, se instalaron 99 pozos de los cuales 59 llegaron a ser productivos. Esto fue antes de los contratos de riesgo.

Con esos resultados, durante el sexenio de Miguel Alemán Valdés, en 1948 entraría en funciones la figura de los contratos de riesgo, mediante una alianza entre Petróleos Mexicanos y la “*Cities Service Oil Company*” y surge la “*Mexico-Cities Service Petroleum Corporation*”. Se estableció en el contrato que la empresa privada recuperaría 50% del valor del crudo producido más un 15% como pago por la infraestructura instalada, cifra que aumentaría un 15% adicional después de 25

años, dejando en este último periodo sólo un 20% de la participación de las ganancias al interés público (aquí cabe mencionar que al año de 2018 las proporciones son exactamente opuestas y el Estado Mexicano aprovecha más del 75% del monto de utilidades de cada contrato). Con un esquema entonces tan favorable para las empresas petroleras, en 1949 se formaría la “Compañía Independiente México-Americana” en asociación con tres empresas norteamericanas: “*Signal Oil and Gas Co.*”, “*Edwin Powley and Co.*” y “*American Independent Oil Co.*”.

Como resultado, en los dos años subsecuentes, se generaron 18 contratos más bajo la misma figura dando como resultado la perforación de 219 pozos en total, de los cuales 133 fueron productivos. Es decir que el número de pozos se duplicó de 1947 a 1952. En los sexenios subsecuentes de Adolfo Ruiz Cortines y de Adolfo López Mateos (1952-1958 y 1958-1964 respectivamente), no aumentaría ni disminuiría el número de contratos.

I.3.J. Ley Petrolera de 1958 y reforma al artículo 27 constitucional de 1960

Este cambio se dio en el contexto de la vigencia de veinticinco años que tenían al momento veinticinco concesiones, otorgadas a principios de la década de los cincuenta por el entonces Director General de PEMEX, Antonio J. Bermúdez. Así las cosas y al mismo estilo que el expresidente Cárdenas, el último día hábil de su sexenio (30 de noviembre de 1958), el todavía Presidente Adolfo Ruiz Cortines promulgó la nueva *Ley Petrolera* que aún permitía celebrar contratos de obra y de prestación de servicios.

Sin embargo, en la legislatura inmediata posterior, particularmente el 22 de octubre de 1959, se dio entrada a la reforma constitucional que habría de prohibir la entrada a los particulares por el próximo medio siglo. Un análisis imparcial aprecia que esta reforma tenía una especial dedicatoria política contra Bermúdez¹⁴, quien para 1960 era Senador de la República por el estado de Chihuahua, misma que

¹⁴ Véase Baker, George, “Concesión vs Licencia”, *Diario Milenio*, México, 29 de junio de 2015, <http://www.milenio.com/opinion/george-baker/la-energia-de-baker/concesion-vs-licencia>

quedó materializada el 20 de enero de 1960 con la siguiente redacción de la segunda oración del párrafo sexto:

En los casos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituida conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que señalen las leyes. **Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que se hayan otorgado y la nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva.**

Asimismo, se modificó el párrafo cuarto para incluir dentro del dominio nacional a los recursos naturales que se encuentren en la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, y al espacio aéreo de acuerdo con la legislación internacional.

I.3.K. Reforma al Art. 27 constitucional de 1975

El 6 de febrero de este año se agregó un párrafo sexto donde se atribuye exclusivamente a la Nación el suministro de energía eléctrica del servicio público, cerrándole al Estado también la posibilidad de otorgar concesiones en la misma tesitura que el sector petrolero. Tomando en cuenta que gran parte de la generación de electricidad se ha hecho con la combustión de hidrocarburos, se considera oportuno hacer esta mención.

I.3.L. Creación de PEMEX Internacional y Mexpetrol 1988 y 1989

Se constituye en 1988 esta empresa con naturaleza jurídica de S.A. de C.V., en adelante abreviada como PMI, que estaría a su vez formada con capital de otras siete empresas de países como Holanda, España, Inglaterra, Irlanda; así como en Estados Unidos y las Antillas Holandesas. Este proceso, aparentemente contra intuitivo, refleja una intención, no de desmantelamiento del sector público, sino de

reorientación hacia los negocios más productivos en el orbe, en la década que sería la antesala de la apertura comercial de México a través de la firma de tratados de libre comercio en los noventa. En el mismo tenor, se crea en 1989 la empresa Mexpetrol, con una participación con capital de PEMEX del 25%, Banco Mexicano de Comercio Exterior en 5% y el Instituto Mexicano del Petróleo con 5% y el resto del capital fue aportado por particulares¹⁵.

I.3.M. Reformas y reestructura de los noventa

La paraestatal se reorganizó para contar con una gerencia corporativa y se dividieron sus funciones en cuatro sub empresas especializadas en cada etapa de la cadena de valor. Así se creó Pemex Exploración y Producción, Pemex Refinación, Pemex Gas y Petroquímica Básica y Pemex Petroquímica, esta última con siete empresas filiales y además el Instituto Mexicano del Petróleo. Asimismo, se crea Pemex Comercio Internacional para colocar productos y subproductos petroleros en mercados que lo requirieran.

Durante el sexenio del Presidente Ernesto Zedillo, se reforma la *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo*, para así permitir la inversión privada en las actividades de transporte, almacenamiento, venta y distribución del gas natural, ampliando la oferta de los proveedores de este servicio. Por su parte, los Proyectos de Infraestructura Productiva de Largo Plazo (Pidiregas) surgen gracias a que el artículo 73, fracción VIII de la Constitución, establece como una facultad del Congreso de la Unión, la de sentar las bases sobre la cuales el Ejecutivo Federal puede celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación. Asimismo, se prevé que ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos.

Con el objeto de reglamentar esta disposición constitucional se emitió la *Ley General de Deuda Pública* en la que se plasma el papel que juega tanto el Congreso como el Ejecutivo Federal en materia de deuda pública.

¹⁵ Véase Chacón Valdés, Susana, *Energía y Finanzas*, México, Plaza y Valdés Editores, 2002, p. 116.

A partir de 1996 se llevaron a cabo reformas a ella en su artículo 18 para establecer que, tratándose de obligaciones derivadas de financiamientos de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, referidos a actividades prioritarias y mediante los cuales las entidades adquieran bienes o servicios bajo cualquier modalidad, cuya fuente de pago sea el suficiente flujo de recursos que el mismo proyecto genere, y en los que se cuente con la previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos del artículo 30 de la *Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal*, sólo se considerará, para efectos de dicha ley, como pasivo directo, a los montos de financiamiento a pagar durante el ejercicio anual corriente y el ejercicio siguiente y el resto del financiamiento se considerará como pasivo contingente hasta el pago total del mismo.

Así México hizo frente a la necesidad de fortalecer la infraestructura productiva en áreas estratégicas realizadas por las empresas paraestatales; es decir, se creó la posibilidad de impulsar el desarrollo económico nacional y a las finanzas públicas aprovechando la utilidad de la inversión privada.

Como resultado, los Pidiregas permitieron al sector público obtener recursos de inversionistas privados a modo de esquema de financiamiento sin riesgo, tanto de mercados financieros nacionales como extranjeros, que fueron utilizados para contratar empresas constructoras a través de licitación pública para la ejecución de proyectos de magnitud o alcance relevante. Cabe señalar que los Pidiregas han creado un mercado de inversionistas de largo plazo para México, lo que se traduce en un efecto positivo en la competitividad y la reducción de costos.

Es pertinente subrayar que en términos del artículo 32 de la *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria* los Pidiregas debían cumplir con requisitos como que el esquema de financiamiento sea el más recomendable, de acuerdo con las condiciones imperantes a la estructura del proyecto y al flujo de recursos que genere.

Dichos proyectos pueden ser considerados de inversión directa, con obligación de adquirir los activos productivos, o de inversión condicionada donde la adquisición de los bienes no es el objeto principal del contrato. Finalmente, se estableció que los ingresos que genere cada proyecto solo podrían destinarse al pago de las obligaciones fiscales, las de inversión física y costo financiero del mismo, así como todos sus gastos de operación y mantenimiento y demás gastos asociados.

I.4. Los cambios en México: Del petróleo estatizado a la apertura comercial

Los sistemas jurídicos occidentales de corte democrático tienen como requisito indispensable al estado de derecho, entendido como aquél sistema en que el Estado se encuentra sometido a la legalidad. En ese tenor, las naciones se decantan, por un lado, por sistemas donde se garantice la libertad del ciudadano en cuanto a desarrollo económico y laboral. En este tipo de países se procura que el ciudadano, como agente productivo, pueda adquirir bienes, contratar servicios y ser contratado en circunstancias de igualdad de información de mercado, mismas o similares oportunidades de desarrollo económico, y ser salvaguardado por las normas e instituciones que protejan sus derechos individuales y corporativos, principalmente la seguridad y la propiedad. En dicho caso estamos ante la presencia de un Estado Liberal.

Por su parte, el intervencionismo del Estado, permanente tentación de los gobiernos de nuestro país, (aunado a la presencia de un partido dominante hasta la década de los noventa, con mayoría en el Congreso) se caracteriza por procurar aunque sólo sea en el discurso, un fuerte impulso a la producción nacional, cerrando el acceso a los capitales extranjeros con estrategias como el modelo de “sustitución de importaciones”.

¿Cómo ha alternado México entre el nacionalismo intervencionista y el liberalismo comercial? Primero cabe mencionar que algunos autores identifican a la sociedad civil del México de la primera mitad del siglo XX como “pasiva, paternalista y acostumbrada al autoritarismo de un partido único de Estado tal como Rusia”¹⁶ y si

¹⁶ Buscaglia, Eduardo, *Lavado de dinero y corrupción política*, México, Editorial Debate, 2016.

bien suena como un diagnóstico contundente, en cierta medida ello se puede explicar por el bajo nivel educativo de entonces y la ocupación laboral rural de la población.

En cambio, con los ingresos obtenidos por los flujos de inversión extranjera de la mano con la productividad del sector petrolero, México pasó de emplear en 1940 a un 68% de su población como campesinos, a un 37% de su población en 1980¹⁷.

En dicho periodo se pasó de tener una inversión extranjera directa de 17 millones de dólares en 1941 a 323 millones en 1970. De los cuales 79% fue capital de Estados Unidos. Este proceso de crecimiento en la inversión proveniente principalmente de Norteamérica inició con el reconocimiento de una deuda que quedó fijada en 30 millones de dólares por parte de una comisión binacional mixta para la indemnización de las empresas afectadas por la expropiación petrolera, la cual se integró con otras deudas bancarias y se refinanció una parte con bonos, integrándose a una deuda externa cuyo total alcanzó los 50 millones de dólares americanos en 1946. Sin embargo y como veremos, el denominador común que se mantuvo fue la total falta de una política de deuda responsable y aclarar las cuentas no cambió dicha situación.

En 1946, último año del régimen de Manuel Ávila Camacho y con la entrada del Presidente Miguel Alemán Valdés se marcaba un paso más de lejanía con el modelo cardenista influido en su momento por la Unión Soviética y México habría de seguir afianzando su alianza con los Estados Unidos, que tan redituable resultó a razón de la alianza política, militar y económica que se dio con la Segunda Guerra Mundial.

Como confirmación de la aprobación norteamericana a la nueva política anticomunista de México, se dio la primera visita a territorio nacional por parte del Presidente de los Estados Unidos, Harry S. Truman, en 1947 en la cual nuestro país se solidarizó con la “democracia occidental” lo que se interpretó como una adhesión a la llamada doctrina Truman. También se acordó recibir dos créditos por un monto de 50 millones de dólares adicionales cada uno. La relación bilateral tendría como

¹⁷ Vásquez, Josefina Zoraida, *México frente a Estados Unidos 1776-2000*, México, FCE, 2001.

resultado la firma de los primeros contratos riesgo que se detallan en el apartado de cambios normativos paradigmáticos, bajo el Presidente Miguel Alemán. Hacia el sexenio del Presidente Ruiz Cortines, de 1952 a 1958, había nacido el modelo del “desarrollo estabilizador”. Dos importantes características de este esquema fueron no frenar la inversión privada, como característica positiva, pero de manera negativa no se dudó en recurrir a deuda pública en aras de mantener controlada la inflación y la paridad con la divisa internacional de referencia, el dólar.

Podemos afirmar que del cuarenta al setenta se tuvo un periodo de crecimiento de treinta años que inició con un nacionalismo de discurso que no se cerró a la alianza estratégica con Estados Unidos pero que luego cambió al “desarrollo estabilizador” y al nacionalismo intervencionista de la “sustitución de importaciones”. No fue sino hasta 1969 cuando México cancelaría los contratos riesgo. Así, la década de los setenta marca un regreso al nacionalismo, como una respuesta a algunos problemas económicos que ya se asomaban como el desempleo y el déficit comercial que el rezago educativo y la “petrolización” de la economía sin diversificar nuestras exportaciones, arrastraban como consecuencia.

La estrategia del nacionalismo dio como resultado en tan sólo un sexenio, que, si bien el déficit comercial era de 1000 millones de dólares en 1970, hacia 1975 se había hecho de 3,722 millones, lo que representa casi el cuádruple. En el mismo tenor, la deuda externa aumentó de 4,543 millones de dólares a 19,600 millones en 1976, más del cuádruple. Las causas se encontraban en un proteccionismo desmedido, causante de falta de competitividad y por tanto un alta demanda de bienes importados, tanto de consumo como duraderos, sin freno alguno a la contratación de deuda para tratar de contener una devaluación que de cualquier modo llegó a un 50 por ciento.

Así, cuando se analizan los vaivenes político-económicos que han pasado por nuestro país, descubrimos que el marco normativo se ha ido adecuando a dichas tendencias. En algunos casos como un elemento institucional que justifica una mayor intervención gubernamental en ciertos sectores “estratégicos”, como el

energético, como ocurrió durante la década de los setenta. En contraste, cuando el contexto mundial del neoliberalismo actualizó el panorama con los retos de los años ochenta, el modelo global dominante encabezado por el presidente Ronald Reagan en los Estados Unidos y la Primer Ministro Margaret Thatcher de la Gran Bretaña, marcan el punto de inicio para una etapa de apertura comercial, desregulación y liberalización de ciertos sectores en países de todo el mundo.

Como ejemplo de la liberalización en la historia del México contemporáneo, podemos observar que cuando en el sector petrolero mundial de la década de los ochenta se dio un alza generalizada en los precios del crudo, seguida de una abrupta caída de los mismos, se dio como consecuencia una crisis económica en México, que había “petrolizado” las finanzas esperando que los altos precios se mantuvieran. Esto generó que el Ejecutivo, propusiera una serie de cambios normativos hacia la desregulación, desincorporación y apertura comercial, como se hizo manifiesto con la incorporación de México al *General Agreement of Trade and Tariffs* (GATT), proceso que habría de culminar con la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte en 1993¹⁸.

En cuanto a desincorporación o privatización, en el sexenio de 1982 a 1988 con el Presidente Miguel de la Madrid y en el de 1988 a 1994 del Presidente Carlos Salinas se permitió el acceso de capital privado a sectores en que el Estado fungía como oferente e incluso como productor, teniendo como pasivo a más de un centenar de empresas paraestatales. Toda vez que dichas instituciones generaban una carga financiera, que podía ser saneada con inversión, aumentó la participación accionaria de inversionistas privados. Uno de tantos ejemplos representativos de este fenómeno en dicho sexenio se tiene no sólo en la apertura a la inversión privada a nivel federal sino también en los servicios municipales, que permitieron el acceso a empresas privadas proveedoras con una reforma al artículo 115, fracción III de la Constitución.

¹⁸ Véase Colmenares, Francisco, “Petróleo y crecimiento económico en México 1938-2006”, *Revista Economía*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 5 No. 15, pp. 53-60.

Dicha tendencia habría de continuar en México por la década de los noventa durante el sexenio del Presidente Ernesto Zedillo no sin antes pasar por un cambio costoso pero necesario en que se abandonó el control de cambios de la paridad del peso contra el dólar, aunado a fenómenos políticos y sociales que trajeron una crisis de gobernabilidad y la consecuente depreciación del tipo de cambio, suficientemente abrupta como para causar la tendencia a culpabilizar al “modelo neoliberal”, que sin embargo habría de terminar el siglo con el crecimiento económico más alto de lo que México haya tenido registro en el siglo XX y en el XXI, arriba del 7%.

I.5. El siglo XXI y sus retos

Con el inicio del presente siglo, entre los años 2000 y 2002 México se adhirió a los estándares internacionales de certificación de reservas y medición de la producción. En el mejor momento de la productividad nacional, en el año 2004, nuestro país producía 3.4 miles de millones de barriles diarios de petróleo.

Con la llegada de los mejores sistemas de medición, la tecnología arrojó como resultado una disminución de las reservas probadas contra lo que se tenía anteriormente calculado, tal vez de manera optimista. Por ejemplo, el yacimiento de Cantarell, en sus momentos de mayor producción llegó a generar 2.1 millones de barriles al día en el año 2001. Este número comenzó a bajar en 2004, cuando hasta el 62% de la producción nacional provenía de dichos campos, cayendo en 2012 a tan sólo 400 mil al día. Ante tal situación se procuró inyectar nitrógeno en los yacimientos subterráneos a fin de aumentar la presión para expulsar mayor volumen del hidrocarburo, lo que funcionó por un tiempo hasta que esto se tornó dañino para el medio ambiente. Hablando en términos de eficiencia, 55% de los gastos operativos de Pemex terminaban en gastos de nómina, más del doble que en otros países.

En resumidas cuentas, de acuerdo con informes “la declinación del yacimiento Cantarell marcó el fin de la era del petróleo de fácil acceso. A pesar de invertir más en exploración y extracción de petróleo y gas, la producción de petróleo pasó de 3.4 millones de barriles diarios en 2004, a 2.5 millones de barriles diarios en 2013.”

Aunado a dicha situación de poca producción en cuanto a volumen, la caída del precio internacional del petróleo fue estrepitosa, cayó de un precio de más de \$100 dólares por barril en junio 2014 a menos de \$30 dólares en enero de 2016¹⁹.

Por cuanto a la exploración, por poner un ejemplo, hasta antes de la reforma México sólo contaba con capacidad propia para excavar hasta 3,000 pies submarinos, mientras que Petrobras en alianza público-privada, ya exploraba en la zona norteamericana del Golfo de México hasta a 10,000 pies de profundidad.

I.5.A. Las reformas de exploración en 2008 y los contratos “incentivados”

Ante la ya analizada caída en los volúmenes de producción de nuestro país, el Estado mexicano encaraba en la primer década de este siglo, un reto cuya solución todavía habrá de definir el futuro económico de nuestro país. En dicho contexto, el Congreso de la Unión hizo importantes cambios en noviembre de 2008 mediante reformas, adiciones y derogación de artículos a las siguientes normas: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo de Petróleo, Ley de la Comisión Reguladora de Energía, Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía, Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y Financiamiento de la Transición Energética y la Ley Orgánica de Pemex y Empresas Subsidiarias, sumando así un total de siete normas modificadas²⁰.

Estos cambios se dan en un contexto en que previamente se habían modificado la Ley Federal de Responsabilidad Hacendaria y a la Ley Federal de Derechos por cuanto tocaba a hidrocarburos. En paralelo se hicieron ajustes al Reglamento de la Ley de Pemex, la Ley Federal de Entidades Paraestatales, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

¹⁹ Porres Luna, Alma América *et al.*, “¿Qué ha ganado México con el nuevo modelo energético?”, *Nexos*, México, 22 de mayo 2018, <https://www.nexos.com.mx/?p=37673#.WwYYrrd35IM.twitter>

²⁰ Conjunto de siete decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de noviembre de 2008.

Con dichas modificaciones, en uso de esta red de cambios normativos, entraron en vigor los entonces llamados Contratos Integrales de Exploración y Producción (CIEP) y un convenio con Estados Unidos para la exploración de yacimientos transfronterizos analizado en la sección correspondiente de esta tesis. También se crearon organismos coordinados por SENER, pero de manera importante se crea la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Asimismo, se fortalecen las facultades de la Comisión Reguladora de Energía para las actividades como almacenamiento, distribución y venta final.

Por su parte y de llamar la atención, se dota a SENER de facultades de orientación de la política económica que al momento presente (2019) son utilizadas en toda su extensión, como la planeación y definición de planes estratégicos para la determinación de las áreas a explorar y perforar en territorio nacional. Entre dichas facultades, está la de regular la planeación estratégica de las áreas a desarrollar, que el Ejecutivo propone los candidatos a consejeros de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la CRE, que estas “autoridades” tienen naturaleza jurídica de órganos desconcentrados, comprometiendo así su función por una falta de autonomía financiera, entre otras limitantes al libre desarrollo del sector.

Tal como sucede con la mayor parte del régimen de contratación en México, hasta ese momento histórico previo a la reforma energética 2013, las posibilidades que otorgaba la Ley Orgánica de PEMEX para dicha paraestatal fueron la licitación pública, la invitación restringida y la adjudicación directa. Los llamados contratos de riesgo, sin embargo, quedaban fuera de toda posibilidad debido a la falta de consenso político en el Senado, pese a la intención de reforma que en dicho sentido había anunciado el titular del Ejecutivo y la cual hubiera requerido reformas el artículo 27 constitucional además de las leyes federales y normas de nivel inferior. Así es como se comenzó con la implementación de los CIEP, mejor conocidos como contratos “incentivados”. Su incorporación, pese a ser sometida a juicio por la vía de la controversia constitucional por una fracción opositora en el Congreso, fue declarada constitucional y por tanto válida en el contexto de la soberanía nacional por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Aunque era claro el interés por parte del sector privado, antes de contar con su participación se recibieron solicitudes de aclaración en Pemex Exploración y Producción respecto a las bases de la licitación en por lo menos 2000 ocasiones, de acuerdo con el voto razonado de uno de sus consejeros ante el Consejo de Administración de PEMEX. Como resultado algunos de estos contratos tuvieron que sufrir una serie de cambios importantes al momento de su firma, siendo diferentes a los modelos aprobados por el consejo de administración e incluso de la ley reglamentaria correspondiente, generando incertidumbre jurídica.

Entre los puntos de debate que generó la implementación de esta clase de contratos se encontraban los montos mínimos de contraprestación por los servicios recibidos, el tiempo de duración de los mismos, las posibilidades de revocación, las escasas consideraciones sobre transferencia de tecnología, la obligación de compra por parte de PEMEX de la totalidad de la producción, entre otras cláusulas de trascendencia. Curiosamente, este esquema de pago sin garantizar el resultado se ha retomado como estrategia de recepción de servicios durante el sexenio 2018-2024 (revista Forbes).

Así pues, los resultados del análisis y el balance resultante de este episodio de la historia jurídica de la producción petrolera es el siguiente. Por la parte administrativa y burocrática se dio un aumento en el número de comités de PEMEX, consejos de administración, número de plazas creadas, consejos consultivos y remuneraciones en nómina de cargos directivos, que no se vieron traducidos en mejores indicadores de eficiencia, productividad, reservas probadas, etc²¹. Una de las principales críticas a esta reforma fue que prácticamente se dejaron de lado tanto el sector eléctrico como las energías renovables²².

²¹ Gutiérrez Rodríguez, Roberto, “Los costos ex post de la reforma energética: una evaluación anticipada del sexenio de Felipe Calderón”, *Análisis Económico*, vol. XXVI, núm. 63, 2011, Universidad Autónoma Metropolitana, Distrito Federal, México, pp. 215-245. Consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41322447011>

²² Ángeles Cornejo, Sarahí, “Crónica de una muerte anunciada: La reforma energética propuesta por el gobierno de Calderón. Memoria histórica”, *Dimensión Económica*, Revista Digital, Instituto de Investigaciones Económicas, Vol. 1, núm. cero, mayo-agosto 2009.

Por cuanto al diseño normativo y el análisis jurídico, se mantuvo la laxitud y en muchos casos opacidad en las posibilidades de contratar vía adjudicación directa para los casos de derrames, fugas y accidentes, servicios de fedatarios públicos y peritos, contratación de representación judicial y administrativa, servicios de mantenimientos de maquinaria, entre otras.

Por cuanto toca al sector de la exploración, el pago a las empresas privadas que se permitía (sin haber reformado la Constitución y dando pie a la incertidumbre jurídica e incluso invasión de facultades legislativas que ello implicó) preveía que el único medio de pago previsto era el pago en especie, lo que desincentivó a los potenciales inversionistas de poner su capital en riesgo sin recibir garantía de retribución por los servicios prestados. Es decir que, para esta etapa de la historia, seguía cerrada la posibilidad de llevar a cabo contratos riesgo y seguía estancada la productividad de nuestro país. Por lo anterior, mientras que para la industria esta reforma se quedaba corta en cuanto a los alcances de extraer el verdadero potencial productivo del territorio nacional y era poco atractiva, para efectos de certeza jurídica, transparencia y prevención de la corrupción, esta reforma mantenía opacidad e incertidumbre jurídica.

Como balance y planteamiento sobre qué frenaba la corrupción desde el ámbito jurídico, se parte del hecho que la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos vigente en dicho momento histórico, tenía como principal garante de su cumplimiento a la entonces Secretaría de la Función Pública. Como se analiza más adelante en el capítulo de Reforma Anticorrupción, sabemos a razón de las mejores prácticas y de diversos estudios jurídicos que no existe posibilidad real que un miembro del gabinete sea absolutamente imparcial si responde a la misma autoridad que nombra, supervisa, ordena y remueve al Secretario compañero de gabinete del Secretario de la Función Pública. Toda vez que los Órganos Internos de Control de cada dependencia, organismo y órgano que forman parte de la administración pública federal, evalúan de manera directa el cabal cumplimiento de otros servidores públicos que trabajan para el mismo mando superior, la independencia y autonomía de sus decisiones están comprometidas de origen.

Por su parte, y de manera similar, cuando las conductas constitutivas de corrupción son del tipo penal, meritorias de penas privativas de libertad y que generalmente implican una mayor gravedad y una pérdida o desfaldo para el erario público, el bien común o el patrimonio de la Nación, dichos supuestos pasan necesariamente por el monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público Federal dependiente de nueva cuenta del Poder Ejecutivo Federal, por la entonces Procuraduría General de la República. Dicho lo cual, todos los dictámenes y recomendaciones de la Auditoría Superior de la Federación, denuncias ciudadanas o investigaciones periodísticas, así como resoluciones del INAI de negación o destrucción de información, pasan por este filtro que se encuentra comprometido desde el punto en que un miembro de un equipo evalúa a otro nombrado por el superior de ambos.

Partiendo de este contexto y visto que el derecho meramente sancionatorio muestra las limitaciones antes mencionadas y más adelante analizadas a mayor detalle, la presente tesis presenta opciones de prevención y supervisión antes y durante la toma de decisiones para la asignación, implementación, cumplimiento, seguimiento y cumplimiento de contratos públicos relacionados con el sector de la exploración y la producción petrolera. Para ello, una vez planteado el contexto y los precedentes del cual parte nuestro país, se procede a definir, desglosar y dar los alcances del objeto de estudio y la metodología a utilizarse para plantear soluciones en los siguientes capítulos.

Capítulo II. Delimitación del problema, objeto de estudio y marco teórico

II.1. El problema de la corrupción

El sector de la explotación de recursos naturales, particularmente de hidrocarburos, es propenso a corrupción por parte de participantes privados y las estructuras gubernamentales, de acuerdo con los reportes anuales emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)²³.

De acuerdo con un estudio de la firma internacional Pricewaterhouse & Coopers, uno de cada tres participantes en la economía formal (sean individuos o empresas) encuestados en varios países especialmente en América del Norte, han sido víctimas de algún delito financiero, estando los sobornos y la corrupción dentro de los más citados²⁴.

Ahora bien, el inicio del problema está en que México es catalogado por medios internacionales como un país altamente corrupto, en algunos casos como la revista *Business Insider* del Reino Unido, se considera “**el más corrupto del mundo**”²⁵, y “**por mucho**”.

El autor Robert Leslie Holmes, define que la corrupción no sólo implica conductas como los sobornos, el intercambio de favores y la delincuencia de cuello blanco, sino también y en última instancia, el deterioro de las instituciones²⁶. Así, existe una relación inversa con la gobernabilidad, entendida como la aceptación libre y de las personas físicas y morales, incluidas (instituciones y organizaciones) de ser sujeto obligado de normas de comportamiento²⁷, el cual es mayor en tanto menores rutas

²³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “OECD Working Group on Bribery”, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-AB-AnnRep-2014-EN.pdf>

²⁴ PricewaterhouseCoopers, “PwC’s 2014 global economic crime survey”, <https://www.pwc.com/gx/en/economic-rimesurvey/pdf/GlobalEconomicCrimeSurvey2016.pdf>

²⁵ Will, Martin, “These are the 18 most corrupt countries in the developed world”, *Business Insider UK*, Reino Unido, 5 de junio de 2016, <http://uk.businessinsider.com/the-most-corrupt-countries-in-the-oecd-2016-6/#2-turkey--turkey-ranks-as-the-most-corrupt-country-in-europe-scoring-42-points-out-of-100-in-2013-the-country-was-rocked-by-a-massive-scandal-involving-the-director-of-a-state-owned-bank-and-many-senior-business-people-allegedly-taking-part-in-bribery-fraud-smuggling-and-money-laundering-17>

²⁶ Holmes, Leslie Robert, ¿Qué es la corrupción?, Editorial Grano de Sal, México, 2019.

²⁷ Banco Mundial, “World Bank’s worldwide governance indicators 2012”,

de flujo de dinero ilícito, sea éste generado por cualquiera de las más de veinte actividades delictivas identificadas²⁸.

En cuanto a percepción de los mexicanos sobre esta temática, de acuerdo con una encuesta publicada por el Senado de la República, nueve de cada diez personas consultadas (93%) consideran que existe algo o mucho de corrupción en México. Asimismo, el 34% mencionó que el gobierno ha tenido poco éxito en materia de combate a la corrupción, 27% estimó que nada, el 24% respondió que “algo” y solamente 9% afirmó que “mucho”²⁹.

Bajo este panorama, el Estado Mexicano ha procurado estructurar todo un sistema denominado Sistema Nacional Anticorrupción, modificando diversos ordenamientos desde la base constitucional y creando otros como la llamada *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción*, los cuales se analizan más adelante.

II.1.A. Formas de corrupción desde conductas individuales

La corrupción es más que la simple acción de ofrecer dinero a un servidor público para que haga o no su trabajo. Dado que la conducta humana es el fenómeno que da origen al Derecho, que busca orientarla, éste ha sido una de las principales herramientas con las que se busca evitar que se corrompa la autoridad; toda vez que para estudiosos del tema como Michael Reisman, existe un código práctico que permite a los operadores del derecho decidir, cuándo cómo y por quién realizar acciones incorrectas.³⁰

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, firmada por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) la esboza en su artículo VI en una variedad de seis tipos de conducta. La primera de ellas es requerir o aceptar cualquier objeto de valor pecuniario o dádivas, favores, promesas o ventajas

<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>

²⁸ Buscaglia, Eduardo, *Lavado de dinero y corrupción política, el arte de la delincuencia organizada internacional*, México, Editorial Debate, 2016.

²⁹ Aguirre Quezada, Juan Pablo et García Reyes, Christian Uziel, *Sistema Nacional Anticorrupción. Piratería. Entendiendo el mercado sombra en México*, México, 13 de agosto de 2015, <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/2107>

³⁰ Reisman, W. Michael, *¿Remedios contra la corrupción? Cohecho, cruzadas y reformas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de funciones públicas o en el ejercicio de recursos públicos.

Dicho artículo del documento firmado por México en 1996 y ratificado en 1997, también contempla realizar actos u omisiones con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo u otra persona, aun cuando estos no sean cuantificables pecuniariamente. También se prevé aprovechar u ocultar bienes de origen público y participar como cómplice, coautor o encubridor en las actividades antes descritas.

El presente trabajo de investigación surge de la necesidad de saber si la simple incorporación de conductas indeseadas en el catálogo de normas de tipo penal y administrativo, evita o previene la aparición de dichos supuestos del comportamiento humano en el ejercicio del poder público. La intuición inicial es que el mero proceso de creación e incorporación de normas se ve permanentemente rezagado respecto de la aparición de conductas o prácticas que buscan eludir o evadir la aplicación de las sanciones previstas.

¿Cuáles son las conductas que se busca prevenir? Existe una diversidad de acciones y omisiones que desvían la función pública del cumplimiento de sus cometidos. Para el connotado investigador especializado en temas de corrupción y delincuencia organizada, Edgardo Buscaglia, existen países que debido a sus niveles de corrupción y pese a su potencial económico, aún se encuentran en transición hacia convertirse en un régimen democrático integral. Se trata de sistemas donde la élite política manifiesta continua resistencia a la incorporación de controles de tipo patrimonial, judicial y social aplicado de manera uniforme a líderes políticos, del sector empresarial, sindical e incluso criminal. Algunos ejemplos son México, Indonesia, Nigeria y Pakistán.

Para dar sustento a tales afirmaciones, dicho estudioso cataloga 23 tipos de delitos económicos organizados, los cuales detallan conductas que muchas veces quedan englobados en el vago concepto de corrupción y por ello la acción jurisdiccional se muestra ineficaz. De dichas violaciones de derecho, muchas coexisten, fomentan, y existen paralelamente o derivadas del fenómeno de la corrupción.

En este contexto presentamos nuestra clasificación de conductas y omisiones constitutivas de corrupción con apoyo en algunos conceptos de Buscaglia.

El primer conjunto de supuestos que presentamos es la corrupción simple. Entre sus más notorias expresiones podemos encontrar en primer término el soborno. Desde su más sencilla expresión individual, cuando de manera aislada un sujeto otorga dinero, dádivas, mercancías o servicios simples para que un servidor público o funcionario de gobierno, lleve a cabo su labor o deje de hacerlo.

II.1.A.a. Soborno

Definida por la norma *United Kingdom Bribery Act* como la “acción de dar a alguien un financiamiento o cualquier clase de ventaja a fin de fomentar a una persona a realizar sus funciones o actividades inapropiadamente o premiarla por haber ya realizado dicha actividad”³¹.

El ejemplo más elemental y pedestre, y no por ello menos grave, puede ser entregar dinero a un oficial de tránsito para que omita aplicar la sanción conducente prevista en un reglamento administrativo, generalmente una multa económica. Aludir u ostentar la pertenencia del sujeto de multa a la estructura gubernamental, es decir, demostrar que la persona a quien se pretende multar es también un servidor público, es también práctica común.

Existe un sinnúmero de justificaciones para esta reprobable práctica, desde los supuestamente excesivos montos de las sanciones económicas hasta un tortuoso trámite burocrático para la liberación física del auto del infractor, sin dejar de lado las que aluden los supuestos agentes del orden, como la obligación de cubrir una “cuota” para sus superiores, a quienes señalan como los autores intelectuales de esta felonía.

Otros ejemplos paradigmáticos de esta conducta ilegal, pero ya no para omitir la labor administrativa, sino para destrabarla, se suscitan ante trámites como la

³¹ Conocida como la norma más severa contra la corrupción a nivel mundial por ser de alcance dentro y fuera de su territorio. Véase:
<http://www.bmaj.cl/pdf/Informe%20UK%20Bribery%20Act.pdf>

obtención de un permiso de tipo administrativo, desde la licencia para conducir (evadiendo la necesidad de aprobar un examen de aptitudes o conocimientos), hasta la obtención de un permiso para operar un establecimiento mercantil sin cumplimentar las obligaciones de seguridad, higiene, etc.

Pareciera que, por simple, esta conducta sólo podría ser atribuible a personas físicas y si acaso a empresas particulares de dimensiones menores. Sin embargo, investigaciones periodísticas de medios tan importantes como el New York Times, han dado cuenta que corporaciones tan importantes como Walmart, se han visto implicados en investigaciones por sobornos de montos cercanos a los 24 millones de dólares³² en territorio mexicano.

La entrega de dinero a cambio de “agilizar” la labor de un empleado de gobierno puede acontecer no solamente en el ámbito del Poder Ejecutivo, sino en cualquier otro de los Poderes como cuando se ejerce la función del Poder Judicial. A nivel básico, un abogado busca apresurar el tiempo de resolución o dictaminación de una sentencia o recurso, sobre todo cuando los términos de entrega son abiertos. Llevado al extremo de la perversión de la justicia, un oficial jurisdiccional o empleado de archivo podría desaparecer documentos constitutivos de prueba, o aquellos que acrediten la personalidad o interés jurídico de alguna de las partes en un expediente físico.

II.1.A.b. Desvío de recursos y malversación

Todavía más grave, pero aún con el denominador de tener como beneficiario a una persona con la única finalidad de enriquecerse, tenemos el robo, definido por la parte especial del derecho penal como disponer de un bien como si fuera propio. Cabe aclarar que disponer no significa únicamente retirarlo de una cuenta bancaria o de un lugar físico donde dinero impreso o acuñado podría encontrarse, sino también pagar con él, intercambiarlo por otros bienes, otorgarlo como dación en pago y liberar deudas; o incluso en un ejemplo hipotético pero válido, destruirlo.

³² Redacción de la Revista Expansión, “La corrupción toca a Walmart de México” *Revista Expansión*, México, <http://expansion.mx/negocios/2012/04/21/la-corrupcion-toca-a-walmart-de-mexico>

Todas ellas acciones posibles, originalmente permitidas en el ámbito de lo privado pero reservadas para su legal propietario y no así para su legal poseedor como en el caso de un servidor público o un depositario de bienes del dominio público.

En adición, la malversación o desvío de recursos públicos parte de la misma conducta de disponer de una suma de dinero o de ciertos activos con valor en el mercado financiero (acciones, futuros, certificados de depósito, etc.) como si fueran propios, pero estando el sujeto activo del delito en la posición de servidor público o depositario de bienes propiedad del Estado, la Nación, el gobierno, el municipio, o alguna institución pública (recursos públicos). Inicialmente, el marco normativo en México nos da como punto de partida el delito de peculado³³ y el enriquecimiento ilícito para identificar y sancionar penalmente estas conductas.

II.1.B. Corrupción colectiva para asignación de contratos públicos

Dentro de un segundo grupo de conductas, están aquellas elaboradas por dos o más personas, pues requieren la combinación de dos o más funciones que pueden operar en mancuerna, en red, o incluso en asociación colectiva del tipo cártel³⁴ donde los operadores son personas físicas en cargos de poder dentro de instituciones públicas, cuya finalidad es el simple desvío de recursos financieros a un haber particular.

II.1.B.a. Filtración de información

Las posibilidades de desviar recursos provenientes de la actividad de contratación por parte del Estado hacia haberes distintos del sector público pueden darse desde favorecer a una empresa o persona que concurra por un permiso, una licitación o la asignación de un contrato público. Se puede inclinar la balanza de varias maneras, como dando a conocer los términos, requisitos y condiciones de una convocatoria con anticipación a la publicación de esta. Esta puede representar una ventaja para

³³ Véase el art. 223 del Código Penal Federal vigente en los Estados Unidos Mexicanos. Se debe poner atención a si las conductas mencionadas se encuentran previstas en la normativa, dado que la falta de identificación de tipos penales puede derivar en vacíos legales e ineficacia de las sentencias en el foro jurisdiccional.

³⁴ Definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, no sólo como una organización ilícita vinculada al tráfico de drogas, sino como un “convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial”.

algunos de los licitantes que, en el mejor de los casos, aprovecharía para allegarse de los recursos, infraestructura, maquinaria y otros medios que sean necesarios para asegurar una ventaja al momento de la presentación de la propuesta técnica.

II.1.B.b. Requisitos a modo

Casos más graves implican la elaboración de requisitos técnicos a modo, donde se solicite experiencia en rubros tan específicos que sólo alguna de las empresas participantes tenga, o una capacidad financiera que rebase o deje fuera de competencia a empresas menores.

II.1.B.c. Triangulación con instituciones educativas

Otro sistema, desafortunadamente generalizado, es la asignación directa de contratos públicos a través de la intermediación de instituciones públicas de educación superior. Esta “ventana de oportunidad” surge de las limitaciones anti privatistas del marco normativo en materia energética, materia de estudio de la presente tesis, el cual durante años cerró toda posibilidad de participación al sector privado, es decir empresas particulares, en servicios relacionados con el sector de hidrocarburos. De esa manera, la única posibilidad que la empresa pública más grande de México tenía para contratar servicios era con instituciones de educación superior como universidades e institutos tecnológicos, dado su carácter público que le reviste de una respetada imagen o un halo de pureza de objetivos, como la enseñanza e investigación.

Se tienen investigaciones, como la realizada por la Auditoría Superior de la Federación (ASF) y dada a conocer por una investigación periodística de la revista Newsweek³⁵, que demuestran la carta blanca que ha sido este mecanismo para el desfaldo de cantidades inimaginables de recursos públicos. De acuerdo con este reporte, tan sólo en el año 2013, PEMEX realizó operaciones con la Universidad Autónoma de Tabasco por 982 millones de pesos, cantidad enormemente superior a su presupuesto anual, al amparo de supuestos “convenios” de asesoría y servicios

³⁵ Redacción de Newsweek en Español, “Universidades en el Triángulo de la Corrupción”, *Revista Newsweek en Español*, México, Vol. 21, No. 9, 3 de marzo de 2017, p. 16.

diversos. Sin embargo, esta “noble” institución educativa subcontrató diez empresas y seis personas físicas. De las diez empresas, cuatro de ellas subcontrataron 24 empresas adicionales, algunas de las cuales suspendidas y en procesos de aseguramiento precautorio por parte de las autoridades hacendarias, presumiblemente por delitos fiscales. Las facturas emitidas por estas empresas subcontratadas eran de rubros tan lejanos a las funciones de una universidad como renta de baños, servicios de alimentación, etc.

Los montos transferidos para minúsculas universidades locales son tan escandalosos como 1,523 millones de pesos a la Universidad Popular de la Chontalpa directamente de PEMEX, los cuales tuvieron como receptor final a empresas subcontratadas que no pudieron acreditar el perfil ni la experiencia exigidas, dada la negativa de la universidad a entregar la información y documentos exigidos por parte de la Auditoría Superior de la Federación. Mismo caso sucedió con el monto de 1,075 millones para la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, quien recibió quince de ellos por parte de PEMEX Exploración y Producción y el resto por parte de la Secretaría de Desarrollo Social.

II.1.B.d. Falsa competencia o conducta tipo cartel

De acuerdo con una investigación periodística, fundamentada con información pública, pero dada a conocer por la revista Newsweek, se tienen casos documentados donde un mismo grupo empresarial permanentemente gana distintas licitaciones con diversas empresas fachada, pero que comparten apoderados, socios e incluso domicilio. El reportaje deja al descubierto una relación entre funcionarios y contratistas “que durante años han simulado competencia para beneficiarse con cientos de millones de pesos, a partir de asignaciones no sólo con delegaciones sino con gobiernos estatales e instituciones federales como Petróleos Mexicanos e Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado”.

De acuerdo con la descripción de la dinámica del grupo empresarial expuesto “Las firmas que lo integran participan en licitaciones públicas e invitaciones restringidas en las que se finge competencia. Todas ellas tienen entre sus apoderados a un

mismo individuo y no sólo se les ha beneficiado con decenas de adjudicaciones directas de contratos gubernamentales sino con el sobreprecio de los artículos que venden”.

II.1.B.e. Corrupción política

En estos supuestos también se presentan conductas irregulares en colusión con una o más autoridades, muchas veces con beneficios económicos para los perpetradores. Sin embargo, la finalidad de la corrupción no sólo es el enriquecimiento, sino la perpetuación en el ejercicio del poder, con la característica de la operación colectiva de redes de servidores públicos. Aquí podemos encontrar los conflictos de interés, el tráfico de influencias, el financiamiento ilegal de campañas políticas, etcétera.

II.1.B.f. Actividades delictivas complementarias a la corrupción

De ahí deriva o se relaciona una de las actividades criminales conocida como lavado de dinero, entendida de manera simple como legitimar capitales que tengan por origen la comisión de un delito e integrarlos a la economía formal.

II.1.B.g. Delitos que comprometen la función del Estado

Un último nivel, más grave por la incapacidad que genera en el Estado de detectar y combatir las conductas antes mencionadas, es cuando elementos directamente relacionados con los grupos económicos dominantes como empresas participantes en la licitación pública o incluso algún grupo delictivo, se infiltran dentro de las instituciones públicas para favorecer a las organizaciones que los financian. De este último supuesto se tienen investigaciones sustentando que ha sucedido a nivel municipal y probablemente haya sucedido a nivel gubernatura estatal.

II.1.C. Transparencia, una labor pendiente.

De acuerdo con algunas investigaciones, organismos como PEMEX, aparentan transparencia pero reservan cada vez más información, se afirma que desde “hace cinco a doce años, un número importante de expedientes de la paraestatal se fueron

a la reserva” (76 mil expedientes en los últimos ocho años)³⁶. Por su parte, investigaciones periodísticas “Cada vez que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) resuelve que una dependencia de gobierno está obligada a entregar información pública, la orden se vuelve noticia, pero muy pocas veces hay una sanción por incumplir con ese mandato”. Esta afirmación quedó de manifiesto en el artículo “En 10 años de Transparencia, sólo 4 sanciones por negar la entrega de información pública” el cual tiene como sustento un análisis donde se demuestra que al momento en que el INAI había presentado 134 denuncias ante la hoy extinta Secretaría de la Función Pública contra dependencias de la administración pública federal, éstas hicieron caso omiso a su mandato de entregar información, y sólo cuatro casos tuvieron como consecuencia una sanción; sin que esto haya significado la entrega de los datos que originaron la acusación³⁷.

Asimismo, de acuerdo con el Informe Anual de Labores de este organismo constitucional autónomo, de quince denuncias de hechos presentadas ante la Secretaría de la Función Pública por persistir el incumplimiento a resoluciones emitidas por el Pleno, se tienen cero denuncias resueltas, cero denuncias en las que se haya determinado poner sanciones administrativas y cero servidores públicos sancionados. En el año 2016, la cantidad de denuncias de hechos presentadas ante la misma secretaría fue de 59, con el mismo número de sanciones, es decir, ninguna en absoluto.

³⁶ Sandoval Ramírez, Luis, “La reforma energética y la inversión extranjera directa en el petróleo mexicano, 1948-2008”, *Dimensión Económica, Revista Digital*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, Vol. 1, núm. cero, mayo-agosto de 2009, p.2.

³⁷ Animal Político, “En 10 años de Transparencia, sólo 4 sanciones por negar la entrega de información pública”, México, <http://www.animalpolitico.com/2016/07/sanciones-por-no-entregar-informacion-publica/>

II.2. Objeto de estudio

II.2.A. La actividad: El proceso de generación de petróleo

La palabra petróleo viene del latín *petroleum* y significa aceite de roca. Es un líquido de origen natural de color oscuro, oleaginoso e inflamable. Se le cataloga como un hidrocarburo debido a que el carbono y el hidrógeno son los principales elementos que lo componen. Los hidrocarburos son la fuente de energía más utilizada a nivel mundial y se pronostica lo siga siendo por los próximos veinte años³⁸.

El petróleo se encuentra dentro de yacimientos, definidos como una porción de trampa geológica que contiene hidrocarburos a temperaturas y presiones elevadas ocupando espacio poroso, y que está hidráulicamente interconectado. A un conjunto de yacimientos se le llama campo. A dos o más campos se les conoce como “play” y a un conjunto de éstos se le llama una cuenca. Las cuencas pueden hallarse en territorio tanto continental o marítimo. Algunos ejemplos de cuencas son la cuenca de Burgos, ubicada principalmente en el estado de Tamaulipas, y la cuenca de Veracruz.

Cuando este recurso se encuentra por debajo del agua marina, existe una clasificación muy importante en tres categorías de profundidad desde la superficie del agua hasta el fondo de ella, a partir de la cual se comienza a excavar en el material sólido de la base marina. Cuando la distancia entre la superficie y el fondo (lecho marino) es de menos de 300 metros, se habla de “aguas someras”. En este tipo de aguas, los pozos descansan sobre plataformas cuyas “piernas” pueden extenderse de manera fija hasta el fondo. Cuando la distancia en cuestión es entre 300 a 1,500 metros, se trata de “aguas profundas” y cuando la distancia es mayor estamos ante la presencia de “aguas ultra profundas”. En estos últimos dos casos se requiere de plataformas flotantes y tubos de extracción flexibles, pero de gran resistencia, debido a la fuerza de las corrientes submarinas y al contraste de temperaturas entre las que sale el hidrocarburo extraído y el agua marina.

³⁸ Información obtenida del: "Taller de Implementación Contractual de la Reforma Energética" impartido en el Instituto de Investigaciones Jurídicas por el Comisionado Mtro. Gaspar Franco Hernández de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

El antes llamado “oro negro” es un recurso natural no renovable, resultado de procesos de descomposición de organismos de origen vegetal y animal que en tiempos remotos quedaron incorporados en dichos depósitos. Sus colores varían desde el amarillo pardusco hasta el negro, siendo éste el más conocido por la población en general. Cuando se encuentra en estado líquido también se le conoce también como crudo. Cuando se encuentra en estado gaseoso lo que se tiene es gas natural como el metano, butano, etc. En ocasiones se encuentran en estado sólido. El petróleo es un generador de energía, ya que cuando sus moléculas entran en combustión dentro de un motor, caldera o turbina, produce calor, presión y movimiento.

No sólo se utiliza como combustible. Su permanencia en el mercado como un insumo valioso por las próximas décadas se asegura debido a que es utilizado como materia prima para la elaboración de plásticos, utilizado en todo tipo de mercancías que van desde los envases transparentes de PET (poli tereftalato de etileno) para bebidas y alimentos, juguetes, construcción, ropa y calzado (poliéster), muebles, electrodomésticos, limpiadores, aislantes, desinfectantes y diversos polímeros utilizados en la industria como el látex, por mencionar algunos de los más importantes.

Podemos conceptualizar el proceso de obtención y aprovechamiento de petróleo como una cadena de valor, donde cada eslabón añade un cierto valor agregado, por lo que la mera tenencia sobre algún territorio que pudiera contenerlo no basta para generar riqueza en automático, por su mera posesión jurídica. La estructura jurídica que sustente cada etapa de la producción dará certeza a todo un sector productivo del país. En algunos como el nuestro, es el sector productivo más valioso.

Obtenerlo y generar riqueza a partir de dicho recurso natural no renovable, requiere de un proceso complejo y costoso, en donde el esfuerzo humano, la ciencia, la tecnología, la administración de recursos y la aplicación del derecho público y privado son factores indispensables. Se trata de una industria que genera cientos de miles de empleos directos e indirectos y, por tanto, la producción y aprovechamiento

de este recurso finito recurre a normas de derecho público y privado para su generación, apropiación, enajenación, comercialización y aprovechamiento.

II.2.A.a. Etapa de exploración

El primer paso para producir petróleo y sus derivados es la exploración, que es la actividad o conjunto de actividades que se valen de métodos directos e indirectos, encaminadas a la identificación, descubrimiento y evaluación de hidrocarburos en el subsuelo, en un área definida³⁹. El primer objetivo es determinar si hubiera reservas, para luego caracterizar y delimitar los yacimientos que pudieran existir.

Para evaluar el potencial petrolero, se realizan algunos estudios conocidos como indirectos, entre los cuales están la geología de superficie, estudios de geoquímica y los estudios de geofísica⁴⁰ entre los cuales se encuentran los estudios de gravimetría, magnetometría y sísmica 2D y 3D. Estos últimos son un estándar en la industria de fundamental importancia. La forma en que funciona es equiparable a un estudio de ultrasonido en el cuerpo humano, pues parte del mismo tipo de tecnología⁴¹. Ésto se logra mediante embarcaciones que navegan emitiendo ondas ultrasónicas que llegan a la base marina y en algunos casos rebotan para delimitar la superficie y en otros atraviesan el material del fondo marino. Este proceso se realiza sobre varias capas terrestres, en varios recorridos, lo que puede tomar desde días hasta meses para obtener los datos necesarios de profundidad, frecuencia y amplitud de las ondas o ecos, los cuales se registran por la tecnología de exploración y así se genera una especie de mapa subterráneo que localiza o da mayores indicios de la existencia de trampas naturales donde se encuentre el valioso hidrocarburo.

Si los estudios resultan prometedores desde un punto de vista técnico y financiero, se hacen pozos de tipo exploratorio y se avanza en la comprobación de la existencia

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Ciencia que se ocupa de la investigación indirecta de la estructura del subsuelo utilizando las propiedades físicas y aun químicas de las rocas, por medio de equipos y métodos especiales. *Vid* “Términos usados en la Industria Petrolera” Glosario publicado por PEMEX, <http://www.ri.pemex.com/files/content/Glosario%2020101221.pdf>

⁴¹ Cfr AMEXHI, “La producción de gas y petróleo. Una guía del inicio al final de la producción de hidrocarburos”, *Pulso Energético*, https://pulsoenergetico.org/wp-content/uploads/2017/03/infografia_final_.pdf

de un yacimiento. Para delimitar los yacimientos, se hacen pozos que reducen la incertidumbre, pues clasifican y actualizan las reservas para evaluar la rentabilidad y programar la estrategia de desarrollo, identificando las zonas con mayor potencial. Como podemos observar, explorar es una actividad de comprobación cuya operación implica inversión y un riesgo financiero, consistente en no encontrar producto extraíble habiendo incurrido en los costos necesarios⁴².

Cuando la etapa de exploración resulta exitosa se considera que se tienen reservas y cuando se determina que éstas contienen hidrocarburos en cantidades comerciales y que son recuperables en una probabilidad del 90% o más, se considera que se tienen reservas probadas. Entonces se abre paso a la etapa de producción, que podemos ubicar como el segundo eslabón de la cadena de valor.

II.2.A.b. Etapa de extracción o producción

En la etapa de producción se llevan a cabo las actividades enfocadas a extraer, separar y medir los hidrocarburos en superficie. En términos generales, la primera actividad importante es acondicionar el área para actividades de producción. Para ello, se instala una plataforma de perforación conocida como macro pera. Su montaje, si es en tierra, toma comúnmente entre tres y cinco meses⁴³.

Entonces se abre paso a la fase de extracción, cuyo método más común es la perforación de pozos mediante perforación rotatoria, lo que significa que se utiliza una herramienta de corte giratorio, conocida como barrena. El equipo necesario para perforar en tierra y en agua llega a medir kilómetros una vez armado, pesar cientos de toneladas y cuesta desde decenas a miles de millones de dólares.

Una actividad trascendental para la supervisión de la productividad es la medición, tanto de la cantidad como de la calidad del hidrocarburo extraído. Este rubro es especialmente importante, ya que de estas variables depende no sólo el control

⁴² El balance positivo que genera para la Nación el hecho de explorar con tecnología de punta, para lo cual no se erogan recursos públicos, se analiza al final de esta tesis en el balance cuantitativo de la Reforma.

⁴³ Véase “Chicontepec necesitará 15,000 plataformas terrestres”, *Revista Obras* <http://www.obrasweb.mx/construccion/2013/01/14/chicontepec-necesitara-15000-plataformas-terrestres>

técnico, sino también la planeación, el cumplimiento de los acuerdos comerciales, la evaluación económica y el pago de impuestos. El primer punto de medición es conocido como “a boca de pozo” que es inmediatamente en el punto de salida del líquido a la superficie.

En algunos casos se estimula la producción mediante tecnologías como la inyección, el bombeo o métodos térmicos y de combustión, para generar mayor volumen de extracción. Se les conoce como recuperación mejorada y recuperación secundaria.

Otras obras de infraestructura son necesarias para producir, como las baterías de separación, donde también se pueden hacer mediciones de calidad y cantidad y los ductos para llevar el producto obtenido del yacimiento al punto de comercialización.

Cuando las etapas de producción primaria, mejorada y secundaria van concluyendo, se aumentan paulatinamente las actividades conocidas como de abandono y desmantelamiento de instalaciones. Necesariamente se debe realizar el taponamiento y abandono del pozo, desmontar y retirar todas las plantas, plataformas, instalaciones maquinaria, ductos y equipo de manera segura. Por último, a fin de no causar daños al ecosistema, se hace la restauración ambiental del área afectada, para lo cual existen mejores prácticas internacionales, sistemas de administración y normatividad aplicable.

II.2.B. El instrumento jurídico: El contrato administrativo

La norma general en materia de contratos es el Código Civil Federal, que dentro del Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero explica las fuentes de las obligaciones, en donde ubica a los Convenios. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones⁴⁴. En ese mismo tenor, el artículo inmediato posterior señala que “los contratos que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.” La doctrina jurídica coincide generalmente en dichas definiciones⁴⁵.

⁴⁴ Código Civil Federal, Art. 1792.

⁴⁵ Véase Sánchez Medal, Ramón, “De los contratos civiles”, 25a Edición, Porrúa, México, 2017.

Ahora bien, cuando el acuerdo de voluntades es entre un representante del sector público y un sujeto de derecho privado, éste se formaliza mediante instrumentos denominados contratos administrativos. De acuerdo con el reputado autor en materia de contratos, Ramón Sánchez Meda, el contrato administrativo es aquél sujeto a un régimen de derecho público que celebra la Administración Pública y un particular, con el objeto de crear, modificar transmitir o extinguir obligaciones para la satisfacción directa de un servicio público. En ellos, como en otros contratos, se establecen los derechos y obligaciones de las partes, así como las consecuencias jurídicas que habrán de derivar del incumplimiento de éstas.

En cuanto a la utilidad y necesidad de su existencia, el contrato administrativo es uno de los medios por los cuales la administración pública se allega de bienes y servicios para poder llevar a cabo sus actividades y cumplir sus objetivos. Los servicios que puede recibir la administración pública van desde los más indispensables como el soporte técnico de los equipos de cómputo de una oficina hasta la construcción física de obras de infraestructura estratégicas como aeropuertos y autopistas federales.

Una postura neutral como la que domina en Alemania, considera que la administración pública puede recurrir a las normas del derecho privado como complemento a la aplicación del derecho administrativo. Se le puede tomar como un “préstamo” de aquella rama del derecho presente desde Roma, mucho más desarrollada y completa dado su mayor tiempo de existencia que el derecho administrativo, por tanto, con más ejercicios de ensayo y error a lo largo de la historia⁴⁶.

II.2.B.a. Las partes en el contrato administrativo

Éstas son dos, primero la administración pública, que obtiene un servicio o la realización de una obra pública. La otra parte es la empresa, quien se considera sector privado. Ya no como parte sino como un beneficiario teórico de este esquema,

⁴⁶ Véase Maurer, Harmut trad. Bobes Sánchez, María José, *Derecho Administrativo Alemán*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pág. 60, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3143/5.pdf>

podemos incluir a la sociedad en general, dado que sus necesidades pueden ser satisfechas a través de los servicios o las obras contratadas. Por estas razones, algunos sectores de la doctrina postulan que no se trata de actos jurídicos bilaterales sino complejos, al convergir en la administración pública una colectividad de voluntades condensadas en el concepto de interés público.

Bajo un análisis de los elementos de existencia y validez del contrato, se cumple con tener dos partes en este tipo de convenio. Una de ellas corresponde a personas morales representadas por una persona física quien se encuentra autorizada por un administrador o consejo de administración y por ello llegan a un acuerdo de voluntades. Desde el punto de vista de la manifestación de la voluntad libre de vicios por cada una de las partes, debe haber legitimación y legalidad en la persona que represente a la Nación, a quien se hace sujeto de derechos y obligaciones.

II.2.B.b. El interés público implícito en el acuerdo de voluntades

Al tratarse también de un acuerdo de voluntades entre dos o más entes con personalidad jurídica propia, produce efectos oponibles a terceros, derivados del tipo de gravámenes patrimoniales sobre los bienes objeto de la transacción y los recursos financieros con que habrán de solventarse las obligaciones de pago o contraprestaciones que surjan. Esto significa que no sólo se graban recursos públicos, sino que tiene efectos con consecuencias hacia el exterior.

En dicho tenor, donde el interés público es factor, toda vez que uno de estos sujetos de derecho, es decir el Estado en términos amplios, se encuentra en ejercicio de la función administrativa con el cometido de satisfacer las necesidades generales y alcanzar el bien común, queda por resolver la cuestión sobre si estos fines no se comprometen, cayendo así en la falla de supeditar la voluntad general al cumplimiento de un acuerdo particular.

En opinión del administrativista español Luciano Parejo Alfonso⁴⁷, desde el punto de vista de la dogmática de la actividad administrativa, la cuestión que plantea esta alternativa es la de cuáles serán los intereses que se verán representados en el contrato administrativo, pues queda claro que en un contrato privado son solamente los intereses privados de las partes. Por su parte, los intereses que representa la administración pública, u otro poder distinto del Ejecutivo, pero en funciones administrativas, deberán estar acotados por el orden jurídico nacional, que acota la actuación del Estado y el margen de maniobra de éste, para salvaguardar el interés general.

Para superar tal cuestionamiento, dichas contrataciones aumentan los requisitos en la etapa previa a su celebración, mediante la realización de actos jurídicos específicos, previstos en procedimientos especiales, contenidos en normas generales. En términos generales a tal procedimiento se le conoce como licitación pública. En el caso de nuestro país, la norma genérica en la materia es la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* (Ley de Adquisiciones). Existen una variedad de tipos, modalidades y procedimientos alternativos que iremos enunciando, para distinguir el procedimiento de asignación de los contratos objeto de nuestro estudio. Todas ellas, sin embargo, coinciden en dejar siempre vigentes algunas características generales, muy relevantes por cuanto a las obligaciones y derechos que crea para las partes y las formas de exigirlos.

II.2.B.c. Características extraordinarias del contrato administrativo

Los contratos administrativos se sujetan a un régimen jurídico donde se establecen “cláusulas exorbitantes”, es decir, que van más allá de las que normalmente se acuerdan en derecho privado⁴⁸. Ello significa que en dichos contratos pueden ser consignados derechos y obligaciones que serían inadmisibles en los acuerdos entre particulares.

⁴⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “El Régimen Jurídico General de la Contratación Pública en España”, en Fernández Ruiz Jorge et Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contratos Administrativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, p 265.

⁴⁸ Véase Langrod, Georges, “Administrative Contracts: A comparative Study”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 4(3), verano de 1955, <https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/4/3/325/2586627/Administrative-Contracts-A-Comparative-Study>

Por mencionar algunas de las características excepcionales de estos instrumentos jurídicos en sus formas más estrictas, podemos mencionar que hasta cierto punto son similares a los contratos de adhesión, al tener cláusulas no negociables o con un limitado margen de negociación, por lo que la parte interesada sólo tiene como opciones aceptar los términos del contrato, o no hacerlo.

También podría el Estado, representado por la administración pública, aludir razones de interés público para terminar anticipadamente la duración del contrato por causas de interés general, seguridad nacional, entre otras. En cuanto a las garantías de tipo económico, la administración pública normalmente no da fianza que cubra la obligación de pago, como sucede normalmente en el régimen del derecho privado. Parejo Alfonso les llama a éstas “potestades unilaterales”, pero no considera que esta disparidad en la posición de contratista privado sea una dificultad insuperable, pues la aparente postura de superioridad de la administración se compensa con derechos paralelos de los que daremos ejemplos más adelante.

Distinto de nuestro objeto de estudio y de los ejemplos que hemos mencionado hasta ahora, es la asignación de un contrato de trabajo dentro de las instituciones del Estado mexicano, es decir el empleo formal de una persona para ser servidor público. El tema se complica incluso más desde el punto de vista teórico; ya que en nuestro país una gran parte de la doctrina alude la existencia el llamado “Derecho Social”. En este contexto se tiene que un trabajador de gobierno o de institución pública, ya no acude a tribunales administrativos ni civiles para la defensa de sus derechos ante un hipotético despido o controversia laboral, sino a las todavía llamadas “Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje”, donde no existe un Juez en materia administrativa sino un cuerpo colegiado de tres miembros, donde cada uno de sus miembros representan el interés de un sector productivo diferente y se toman las decisiones por mayoría.

Existen teóricamente otros ejemplos de contratos administrativos *sui generis* como los llave en mano, producto en mano, mercado en mano, de gestión, de retro

compra, acuerdos de concesión exclusiva, subcontratación exclusiva, entre otros⁴⁹. Un ejemplo de los primeros son los Proyectos de Infraestructura Diferidos en el Registro Público (pidiregas), el cual es un mecanismo que entrega a particulares el financiamiento para la realización de obras y servicios por cuenta de Petróleos Mexicanos o de CFE.

II.2.B.d.- Principios que rigen los contratos administrativos

De acuerdo con el reputado Doctor Jorge Fernández Ruiz⁵⁰, los principios generalmente reconocidos son:

Principio de legalidad.- Al emanar de la administración pública, los contratos administrativos deben celebrarse con base en las atribuciones expresas que prevén las leyes para el órgano de que se trate, no pudiendo actuar más allá de lo que se encuentre efectivamente enunciado dentro del texto normativo. Es precisamente la forma opuesta del principio jurídico de “lo que no está prohibido, está permitido”.

Principio de continuidad.- Con base en este principio, la administración pública tiene el derecho de exigir a su contraparte la no interrupción del servicio o la obra contratada, así como sancionar a éste en caso de interrupción de uno u otra.

Principio de mutabilidad.- Mediante este principio la administración pública puede variar algunos de los requerimientos originales de la contratación, a fin de satisfacer plenamente el interés general. Con sujeción a este principio, la administración pública puede acondicionar el contrato a nuevas circunstancias o inclusive terminarlo anticipadamente por causas justificadas y legalmente previstas.

Principio del equilibrio financiero.- En atención a este principio el contrato administrativo debe mantener una proporcionalidad económica, a fin de que los contratantes no resulten perjudicados como consecuencia de una relación que llegare a tornarse inequitativa, por causas imputables o no a la administración pública.

⁴⁹ Sandoval, *op cit*, p.2

⁵⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo*, SEGOB-UNAM-SC, 2016, p 172.

II.2.B.e.- Contenido obligatorio de los contratos administrativos

Sabemos que, desde el punto de vista más elemental del contenido mínimo de un contrato, comenzando por los de carácter privado, éstos deben contener:

Proemio.- Sección en la que se aprecia la denominación del instrumento; el nombre o la denominación de las partes (razón social) que intervienen en su celebración; el carácter de cada uno (por ejemplo, “arrendador” y “arrendatario”); así como el nombre o nombres de quienes las representen.

Declaraciones.- Es la sección en que se advierte la personalidad jurídica de los contratantes (persona física y/o moral y la del órgano de la administración pública o institución); el nombre y cargo de quienes se ostenten como representantes legales y la forma en que acrediten la representación legal; su domicilio; así como la intención que persiguen con la celebración del contrato.

Cláusulas.- Es la sección en que las partes expresan el objeto del contrato; los derechos y obligaciones a que se sujetan; las garantías para asegurar el cumplimiento del contrato; las causas de terminación anticipada y rescisión; la jurisdicción a la que se someten las partes en caso de controversia; así como la vigencia del instrumento.

Anexos.- Son instrumentos en los que se detallan las especificaciones generales y particulares de cada contratación y que para su mejor ejecución se realizan por separado, pero que forman parte del acuerdo de voluntades.

La naturaleza de este acuerdo de voluntades suele ser formal, por el requisito de constar por escrito. En muchos casos se tienen incluso requisitos de solemnidad, cuando es elemento de validez la protocolización del acuerdo ante fedatario público, como en el caso de la compraventa de un inmueble. En casos así, el notario público inscribe la celebración del contrato ante la autoridad, léase el Registro Público de la Propiedad y del Comercio en el caso mexicano, quedando así como hecho público el cambio de propietario de un inmueble, siendo el acto jurídico desde ese momento, oponible ante terceros con la certeza de poder consultar y saber quién es el legal

propietario, y si éste ha comprometido de alguna manera dicho estatus jurídico.

Ahora bien, la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* vigente en nuestro país, señala que los contratos que deben contener:

I. El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad **convocante**;

II. La indicación del **procedimiento** conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato;

III. Los datos relativos a la autorización del **presupuesto** para cubrir el compromiso derivado del contrato;

IV. Acreditación de la existencia y **personalidad** del licitante adjudicado;

V. La descripción pormenorizada de los **bienes, arrendamientos o servicios objeto** del contrato adjudicado a cada uno de los licitantes en el procedimiento, conforme a su proposición;

VI. El **precio** unitario y el **importe total** a pagar por los bienes, arrendamientos o servicios, o bien, la forma en que se determinará el importe total;

VII. Precisión de si el precio es fijo o sujeto a ajustes y, en este último caso, la fórmula o condición en que se hará y calculará el ajuste, determinando expresamente el o los indicadores o medios oficiales que se utilizarán en dicha fórmula;

VIII. En el caso de arrendamiento, la indicación de si éste es con o sin opción a compra;

IX. Los porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían, los cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato;

X. Porcentaje, número y fechas o plazo de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen;

XI. Forma, términos y porcentaje para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato;

XII. La fecha o plazo, lugar y condiciones de **entrega**;

XIII. **Moneda** en que se cotizó y se efectuará el pago respectivo, el cual podrá ser en

pesos mexicanos o moneda extranjera de acuerdo con la determinación de la convocante, de conformidad con la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos;

XIV. Plazo y condiciones de pago del precio de los bienes, arrendamientos o servicios, señalando el momento en que se haga exigible el mismo;

XV. Los casos en que podrán otorgarse **prórrogas** para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los requisitos que deberán observarse;

XVI. Las causales para la **rescisión** de los contratos, en los términos previstos en la Ley;

XVII. Las previsiones relativas a los términos y condiciones a las que se sujetará la devolución y reposición de bienes por motivos de fallas de calidad o cumplimiento de especificaciones originalmente convenidas, sin que las sustituciones impliquen su modificación;

XVIII. El señalamiento de las licencias, autorizaciones y permisos que conforme a otras disposiciones sea necesario contar para la adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de los servicios correspondientes, cuando sean del conocimiento de la dependencia o entidad;

XIX. Condiciones, términos y procedimiento para la aplicación de penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes, arrendamientos o servicios, por causas imputables a los proveedores;

XX. La indicación de que en caso de violaciones en materia de derechos inherentes a la propiedad intelectual, la responsabilidad estará a cargo del licitante o proveedor según sea el caso. Salvo que exista impedimento, la estipulación de que los derechos inherentes a la propiedad intelectual, que se deriven de los servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones contratados, invariablemente se constituirán a favor de la dependencia o de la entidad, según corresponda, en términos de las disposiciones legales aplicables;

XXI. Los **procedimientos para resolución de controversias**, distintos al procedimiento de conciliación previsto en la Ley, y

XXII. Los demás aspectos y requisitos previstos en la convocatoria a la licitación e invitaciones a cuando menos tres personas, así como los relativos al tipo de contrato de que se trate.

En síntesis, el administrativo es un tipo de contrato que, a su vez, es una especie del género de los convenios. El contrato administrativo es diferente de los contratos civiles típicos en cuanto a sus partes, pues no se trata de dos sujetos de derecho privado en absoluta libertad de contratar, pues existen principios que la administración pública debe respetar. Asimismo, las prerrogativas que adquiere la parte otorgante, como es la Administración Pública, son de carácter extraordinario, permitiendo cambios a elementos tan importantes de un contrato como la duración en el tiempo o la contraprestación del mismo. Finalmente, este tipo de contratos cuenta con sus propias modalidades en cuanto a la forma de asignación, estructura, contenido mínimo obligatorio, entre otras características que le son propias.

II.2.C. El mecanismo: Los contratos públicos y sus diferencias con concesiones

Si bien no está descrito en la Constitución qué es una concesión y por qué no se encuentra permitido otorgar este tipo de esquema a particulares (ni en la reforma a ésta en materia energética, ya sea en el texto añadido al original o en los artículos transitorios, como tampoco lo está en la *Ley de Hidrocarburos*), sí es posible realizar un perfil que caracteriza dicho esquema. De inicio, los beneficios aparentan ser mayores para el concesionario que para el contratado, dado que quien goza de una licitación en sentido tradicional, como lo eran las de telecomunicaciones, solía serlo por un periodo extenso de tiempo, sin reportar *de facto* mayor cumplimiento de obligaciones al Estado, si acaso el pago de alguna contraprestación. En dicho tenor, el control o explotación sobre el recurso o bien nacional concesionado, sea tangible o intangible, solía ser más bien amplio. Asimismo, una vez concesionada la explotación de algún bien público, se gozaba de la mayor libertad sobre sus frutos, por ejemplo, en un reconocido caso de arbitraje internacional del gobierno de Arabia Saudita contra la *Arabian American Oil Company* de 1985, se define que el concesionario goza de una libertad casi total y no está sujeta a límites en cuanto a tarifas máximas de comercialización o sanciones por establecer tarifas preferenciales. Este acto jurídico es respaldado documentalmente por un título de concesión, lo que denota la adquisición de derechos.

Pero tal afirmación si fuera descontextualizada, dándole sentido como mayormente favorable al interés del concesionario, resultaría engañosa, pues la licitación también conserva prerrogativas para el Estado que resultan más fáciles de ejercer comparándose con un contrato. Por ejemplo, gran parte de la doctrina jurídica considera a la concesión como un acto jurídico unilateral e individual de tipo administrativo⁵¹. En muchas ocasiones esta situación se justifica porque lo que se cede es la prestación de un servicio público, visto éste como una actividad que por su naturaleza es privativa del Estado, por lo que en algunas ocasiones los actos del particular por nacer financiados por el Estado y en su representación, se consideran para efectos como actos de autoridad, lo que implica una mayor responsabilidad con la que carga el concesionario.

II.2.C.a. La licitación pública y sus principios

Hasta antes de la Reforma Energética, el medio por excelencia para contratar a particulares ha sido la licitación pública, entendida como un procedimiento compuesto de una serie de actos concatenados, mediante el cual la administración pública selecciona libremente dentro de diversos proponentes o “licitantes” a aquél que ofrece mejores opciones de contratación en términos de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

El primero de sus principios es la concurrencia⁵², mediante la cual se busca la mayor participación de licitantes y, en consecuencia, una base de selección más amplia. Después se tiene el principio de igualdad, a través del cual se pretende evitar el favoritismo hacia alguno de los licitantes, en cualquier etapa del procedimiento. Luego el principio de publicidad, que significa que la convocatoria a la licitación y los actos que de ésta se derivan, deben difundirse en el medio oficial establecido en la ley (*CompraNet*) con la finalidad que los licitantes conozcan lo relativo al procedimiento. Por último, notamos la oposición, principio por el cual los

⁵¹ Gordillo Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2012, tomo V, p. 17.

⁵² Amparo en revisión 290/2006, 25 de octubre de 2006, Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Julio de 2007, Pág. 2652.

licitantes pueden participar en el procedimiento licitatorio haciendo las manifestaciones a su favor que estimen conducentes; o bien, impugnar el sentido de las resoluciones que se emitan.

II.2.C.b. Convocatoria pública abierta y sus modalidades

Las leyes mexicanas en la materia prevén principalmente a la licitación pública y tratan en menor medida a la invitación a cuando menos tres personas y a la adjudicación directa. Por ello, para la solución de conflictos sobre aspectos no previstos respecto a estos dos procedimientos menos comunes, la ley establece que serán aplicables las normas que regulen al procedimiento licitatorio, en lo que resulte aplicable.

En cuanto a las modalidades de la licitación pública para la adquisición de bienes muebles, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza, se tienen: La modalidad presencial en donde los licitantes exclusivamente pueden presentar sus proposiciones en forma documental y por escrito, en sobre cerrado; o bien, si así se prevé en la convocatoria a la licitación, mediante el uso del servicio postal o de mensajería. La modalidad electrónica permite la participación de los licitantes a través del sistema CompraNet, utilizando medios remotos de comunicación electrónica, es decir la comunicación digital por medio de internet. Como tercera opción, la modalidad mixta permite que los licitantes, a su elección, pueden participar en forma presencial o electrónica en los actos del procedimiento. Cabe aclarar que, en el caso de contratación de obras públicas, la licitación pública sólo puede ser llevada a cabo de manera presencial.

II.2.C.c. Invitación a tres personas

La invitación a cuando menos tres personas es un procedimiento en el que intervienen sólo las personas físicas o morales expresamente invitadas por la administración pública (al menos tres, sin las cuales el procedimiento no puede prosperar). Este procedimiento difiere del licitatorio, en cuanto en la licitación pública se convoca formalmente a un número indeterminado de personas (físicas o morales).

II.2.C.d. Adjudicación directa

La adjudicación directa es el procedimiento mediante el cual la administración pública elige directamente a su otra parte contratante, sin concurrencia, puja u oposición de licitantes.

II.3. Marco teórico para la solución normativa de problemas

II.3.A. Diagnóstico de Twining del marco normativo actual

Nos basamos inicialmente en la guía de cómo presentar un cambio normativo, con el método propuesto por William Twining⁵³ consistente en plantear primero ¿quiénes somos?, para saber desde el punto de vista del Estado, si el legislador, el juzgador y el ejecutor de la norma, quiénes se deben asumir como participantes con diferentes incentivos, y en algunos casos incentivos opuestos a los incentivos particulares de maximización de ganancias, están libres de los llamados conflictos de intereses y cómo prevenirlos en caso de ser así.

A continuación, la pregunta a realizarse es ¿en dónde estamos ubicados? la cual puede ser muy útil si la aterrizamos cuestionando cuál es el estado del arte o el grado de avance en las últimas investigaciones sobre la materia, para comprender mejor la distancia a cubrir o la labor normativa por realizar. Muy importante, y muchas veces pasada por alto es la cuestión ¿qué queremos conseguir?, para saber cuál es la finalidad práctica que se persigue en caso de proponer un cambio o inclusión normativa.

Así, en esta tesis se partió de la hipótesis de la necesidad de contar con facultades explícitas de fiscalización por parte de instituciones distintas al Poder Ejecutivo, a cargo de personal especializado, cuya designación sea ajena a las circunstancias políticas coyunturales, incluyendo las negociaciones partidistas con fines electorales para estar en mejor posición de prevenir y sancionar la corrupción en la asignación de contratos administrativos. Asimismo, se distinguió que el concepto de sanción no

⁵³ Twining, William, *How to do things with rules. A Primer of Interpretation*, Fifth Edition, Reino Unido, Cambridge University Press, 2010.

necesariamente es sinónimo de castigo, sino que es una consecuencia de derecho⁵⁴. Se distingue de ser siempre coerción y se pretende aclarar en qué casos las sanciones serán desde amonestaciones, ejecución de una garantía, sanciones administrativas, el descrédito profesional, hasta llegar a la persecución y coacción penal.

II.3.B. Teoría de los Costos de Transacción como incentivo a la corrupción

De acuerdo con esta teoría la principal variable a tomar en cuenta en la asignación de un contrato son los intereses económicos opuestos o en competencia⁵⁵. Partimos de la premisa que, en materia de contratos, por ejemplo en uno de exploración de petróleo, existen costos *ex ante* y *ex post* al momento en que quedan establecidos los términos del mismo. Dichos costos se derivan de las acciones para allegarse de información, negociar y ejecutar.

Tan sólo para la primera etapa de buscar la asignación de un contrato, en caso de ser un oferente privado, se buscan recursos tanto humanos como materiales y se debe hacer una estimación de recursos para dedicar a la realización del contrato. También se incurre en costos para su seguimiento y revisión del cumplimiento. Se tiene entonces que las transacciones en una economía no tradicional, es decir con fricciones, implican costos. Sabiendo que las partes han hecho las inversiones mencionadas, ellas buscan promover la consecución de sus objetivos a costa de los intereses de otros jugadores, empleando un comportamiento de mercado estratégico o en algunos casos, con estrategias oportunistas y/o deshonestas.

Ahora bien, para saber cuáles son los intereses económicos de un Estado debemos saber si da acceso a la competencia a los oferentes de bienes y servicios privados. Oliver Williamson hace referencia a tres formas de gobierno que son: el de mercado, el de forma jerárquica y una versión híbrida. En el primero los mecanismos idealmente funcionan bajo esquemas de negociación contractual por partes

⁵⁴ Véase Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, 16ª Ed., México, 2009.

⁵⁵ Salgado C., Elvira, "Teoría de los costos de transacción: una breve reseña", *Revista Cuadernos de Administración*, Colombia, Vol. 16, Núm. 26, jul-dic 2003, pp 61-78, Pontificia Universidad Javeriana, www.redalyc.org/pdf/205/20502604.pdf

autónomas, donde los incentivos son de tipo económico. En el segundo las asignaciones de dan bajo principios de cooperación con la autoridad y controles administrativos. En la versión híbrida, se estima que al sacrificar incentivos de disminución de costos y maximización económica se favorece una mayor cooperación y viceversa.

En dicho contexto teórico, se postula que toda vez que los costos varían en función de la estructura de gobierno y los arreglos institucionales se reducen o aumentan conforme las reglas legales, políticas y sociales se establecen para la producción, intercambio y distribución, una adecuada normatividad podría derivar en menores incentivos para generar pagos por corrupción (sobornos) con la finalidad de disminuir costos previos a la asignación del contrato público.

II.3.C. Propuesta de Hugh Collins sobre “Cómo regular contratos”

Para dilucidar el tema de investigación de esta tesis se revisan las aportaciones de autores reputados que representan la vanguardia de la investigación jurídica mundial en materia de cómo hacer coercibles los contratos. Hugh Collins, reconocido jurista de la Universidad de Oxford, aborda la cuestión cómo fiscalizar los contratos (en este caso podemos comenzar con los de utilidad compartida) y sentar las bases para que la negociación de los porcentajes de repartición de utilidades sea benéfica para ambas partes, haciendo concurrir el interés público y el privado. Primero analizaré sus libros con análisis no sólo teórico sino también práctico como como son *Regulating Contracts* y *Regulating Law*.

Según postula Collins, el cumplimiento de la sociedad de los acuerdos manifestados en un contrato ha llamado la atención de autores tan diversos como Marx, Durkheim y Weber. En la mayoría de los casos, el pensamiento humano coincide en que en última instancia la fuerza que respalda el cumplimiento de sus cláusulas es la confianza en que la fuerza pública habría de hacerlas valer. En estos estudios se examina la teoría contractual y en esta tesis se contrastan las libertades que dicha teoría conlleva con un mercado regulado como es el energético y propongo contratos estandarizados, junto con una política de monitoreo y coercitividad en tiempo real.

En este tipo de propuestas se estima que, si bien el Estado no se encuentra en posibilidad de prever todas las variables para determinar los porcentajes o criterios de ganancias o utilidades, ese grado de detalle se perfecciona cuando la libertad de acordar conviene en establecer criterios mutuamente aceptados por las partes. Así es como Collins estima que la “colisión” entre el ámbito del derecho privado y el derecho público resulta productiva.

Existe la tendencia intuitiva consistente en intentar prevenir todos o la mayor parte de los supuestos de incumplimiento de una obligación mediante la enunciación de ellos en el instrumento de creación de derechos y obligaciones por excelencia, el contrato. El tema viene al caso porque la tendencia es a creer que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y al incluir conductas hipotéticas dentro de un contrato, éstas habrán de ser coercibles con la misma o similar facilidad que la restitución en el goce de un bien. Esto se ha demostrado no ser necesariamente cierto, por lo que la inclusión extensiva de supuestos no siempre aporta mayor certeza jurídica.

En *Regulating Contracts*, con el objetivo de sentar las bases para tener contratos más eficientes en su elaboración y eficaces en su interpretación y cumplimiento, en específico en el capítulo “Power and Governance”, se aborda el tema del poder público y la gobernabilidad a través de los contratos. Ahí se estudia la cuestión que aquí nos estamos planteando, y el autor manifiesta su más clara opinión en el texto que primero se transcribe y a continuación analizo:

In many instances the parties to a transaction will not be in a position to agree to every detail regarding expected performance in advance. The precise product required from a supplier may not be established until the supplier has carried out the necessary research and development work. Similarly, the parties may be uncertain about the likely costs of performance, due to the presence of unknown factors such as geology, war, market demand, and weather, so they may wish to make adjustments to the plans during the course of performance in the light of further information about costs.

Como puede deducirse, primero se determina que las partes no están en posibilidad de acordar por adelantado cada detalle respecto a la actuación o desempeño de un servicio que será prestado en condiciones de incertidumbre. Esto es porque el

servicio rendido y el desempeño del mismo puede requerir de una etapa de obtención de información, como en el caso de los contratos de producción petrolera que antes requieren una etapa de exploración, donde se debe presentar si los hallazgos, en caso de haberlos, son comercializables en razón de su cantidad y calidad, entre otros factores, para lo cual se requieren pruebas técnicas que implican un costo antes de poder tomar decisiones, haciendo variable el resultado ante la suma de dichos costos también de naturaleza fluctuante.

Collins incluso da ejemplos de qué factores pueden variar el presupuesto entre las que menciona primeramente la geología, primer aspecto determinante a tomar en cuenta en materia de explorar y extraer hidrocarburos, donde como se dice en la industria, el mejor estudio es el pozo una vez que éste se perfora. Menciona la demanda en el mercado como factor de determinación de costos, que en los contratos de producción petrolera forman una variable indeterminada, dada la volatilidad de los precios del insumo. Asimismo, plantea que el clima hace variar los tiempos de los trabajos, sobre todo cuando éstos son en mar especialmente en aguas profundas, dado lo impredecible de las corrientes marinas y los fenómenos meteorológicos a los que están expuestas las instalaciones y los trabajadores. De manera complementaria, se enuncia la guerra y los cambios políticos trascendentales como elementos a tomar en cuenta, que si bien nuestro país no se plantea protagonizar algún conflicto como escenario probable, cuando estos acontecimientos suceden en países productores de petróleo, como ha pasado en Medio Oriente, históricamente ha habido repercusiones importantes en precio.

Al respecto, se plantea como estrategia para mantener sana la relación contractual, que el contratista cuente con cierto margen de facultades discrecionales para poder hacer frente a eventos imponderables como los antes mencionados, sabiendo hasta el momento de su acaecimiento cómo resolverlos y sobre todo los costos que ello implicaría. También aporta Collins el interesante concepto de “estructura de gobernabilidad” como la llama el autor inglés, se aplica exitosamente en el modelo de producción de Noruega, donde no sólo por las declaraciones en el contrato, sino también por las facultades de supervisión permanente, el contrato no pierde de vista

un nivel jerárquico superior del Estado⁵⁶, aún ante circunstancias de incertidumbre como las planteadas, tal como se estudia en el capítulo “Los contratos como documentos jerárquicos” del libro editado en Noruega por Stinchcombe y Heimer, cuyo significado literal es “Teoría de la organización y gestión de proyectos: Administración de la incertidumbre en el petróleo costa afuera de Noruega”.

Respecto al cuerpo del contrato y el clausulado, Collins advierte que hacerla extensa y detallada sólo ayudará hasta cierto punto, por ejemplo, cuando se procura inventariar todo el capital de trabajo como la maquinaria y el equipo ante posibles pérdidas por causas de la naturaleza, para lo cual se apoya de los trabajos de Joskow en la industria extractiva en su libro “Duración del contrato y relación de las inversiones específicas: Evidencia empírica de los mercados del carbón”⁵⁷.

Como podemos ver, la vanguardia de la investigación jurídica en países desarrollados como Noruega y Reino Unido, no se siente extrañada por la indeterminación temporal en el valor de algunos factores. Por el contrario, reconoce que tratar de preverlos puede ser un intento fútil y costoso, por lo que afirmamos que los contratos de exploración y producción son materia que no rebasa, más allá de lo aceptable, la certeza que debe brindar a las partes el acto jurídico de contratar servicios, aun dejando abierta la determinación de la contraprestación económica.

Aun cuando idealmente los contratos deberían partir de una igualdad de las partes, Collins postula que a partir de estos actos jurídicos surgen nuevas relaciones de poder que son propias de una relación de contratación con un gobierno nacional. Por ejemplo, a los que en doctrina mexicana conocemos como contratos de adhesión, Collins les llama *mass contracts* o contratos masivos, por ser una oferta pública de contratación a un número amplio e indeterminado de potenciales contrayentes de la obligación de cumplimiento. Menciona como una de sus ventajas la reducción de los costos de transacción.

⁵⁶ Stinchcombe, A.L. et C.A. Heimer, *Contracts as Hierarchical Documents, Organization Theory and Project Management: Administering Uncertainty in Norwegian Offshore Oil*, Noruega, Norwegian University Press, 1985, pág. 121.

⁵⁷ Joskow, P.L., *Contract Duration and Relationship Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets*, Estados Unidos, American Economic Review 77, 1987, pág. 168.

Como segunda clasificación, identifica y analiza las relaciones contractuales entre *principal and agent* que es la manera como él define a quien busca que se le preste un servicio y al prestador del mismo, típicamente porque el segundo cuenta con las habilidades o conocimientos para realizar lo que el primero no sabe o no puede llevar a cabo. El ejemplo con que ilustra esta posibilidad es el de un cliente y un abogado. El cambio importante respecto a la anterior relación contractual es que aquí, a diferencia del contrato masivo, las cláusulas no se encuentran terminadas, pues la “redacción” de las actividades que habrá de realizar el agente o contratista dependen de éste mismo. Deliberadamente se deja el detalle del clausulado al ejercicio discrecional por parte del abogado sobre las acciones que habrá de realizar, mismas que son cambiantes a cada momento en función de los resultados que se van obteniendo, por ejemplo, en un litigio, donde la presentación de algún recurso habrá de ser o no necesaria.

Collins plantea la cuestión de cómo podría el agente contratante, quien recibe el servicio, pero no tiene el conocimiento técnico para saber cuál es la mejor estrategia específica por seguir, asegurar que el agente o contratista preste el servicio cuidando el mejor interés de su cliente. Ante dicha indeterminación, la respuesta que otorga para “monitorear el desempeño” es un sistema de incentivos, donde la recompensa al contratista aumente en función del beneficio obtenido para el cliente, lo que en nuestro país normalmente se conoce como cobrar por resultados. Dicha estrategia crea más que una relación de trabajo, una de sociedad, dado que el porcentaje de “utilidades” o comisión, se crea en favor del abogado en proporción directa a la rapidez y efectividad con la que se genera el beneficio o ahorro principal, si se trata de una cobranza o una defensa, por ejemplo.

Tomemos en cuenta que un abogado o profesionista especializado cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, por lo que la preocupación que surge es si ha trabajado tan duro como le es posible, si ha dado el mejor consejo, si no ha errado en la toma de decisiones estratégicas, etc. En el caso de un arquitecto, por ejemplo, la principal duda que puede surgir es si ha mantenido los costos dentro del margen más bajo de precio contra la calidad deseada. La solución que aquí se plantea es la

supervisión jerárquica en tiempo real, un monitoreo donde una persona, puede ser el cliente o alguien delegado para ello, asume funciones de gerencia o vigilancia *in situ*, cuyo dictamen pudiera repercutir en consecuencias que pudieran tomarse unilateralmente como sanción.

La distancia en el lugar de prestación del servicio o la dificultad logística, como en los contratos en altamar, ha sido considerada por Collins como un obstáculo para este tipo de supervisión. Sin embargo, plantea como una alternativa los sistemas remotos de medición, opción por la que la reforma energética ha optado y la cual previene la tentativa de corromper al fiscalizador. Complementariamente, la publicación de dichos datos a las compañías prestadoras de servicios genera una vigilancia gratuita y una ligera auditoría de costos por parte de los competidores participantes del sector, quienes suelen comunicarle al contratante cuando está incurriendo en costos innecesarios que estos podrían mejorarse de cambiarse el prestador del servicio. La reputación que se busca conservar, como un buen prestador de servicios ha sido estudiada desde que los comerciantes competían en medio oriente en el siglo XIX, con la consecuencia de no ser concertados de nuevo en el futuro inmediato, si bien no por incumplimiento, sí por una mala reputación⁵⁸.

II.3.D. La vigilancia entre iguales: el Juego del Bienestar Público

Respecto a cómo prevenir el potencial conflicto de intereses económicos, vale la pena revisar que de acuerdo con investigaciones no gubernamentales que abordan el tema de la corrupción y los sobornos⁵⁹, la misma conducta que entre familiares es considerada ayuda, entre un servidor público y un familiar es considerada nepotismo; y entre amigos, corrupción.

Le llama la atención al autor de este enfoque que la corrupción sea más común en países con tradiciones de mucha mayor cooperación y vínculos familiares fuertes

⁵⁸ Véase Grief, A., “Contract enforceability and economic institutions in early trade: The Maghribi Traders Coalition”, *American Economic Review*, Estados Unidos de América, No. 83, 1993, p. 525.

⁵⁹ Muthukrishna, Michael, “Bribery, Cooperation, and the Evolution of Prosocial Institutions”, *Economics*, *The next evolution of economics*, July 29 2017, <http://economics.com/corruption-cultural-evolution-cooperation-bribery/>

como la India, China y México. Sin justificarlas, llega a equiparar estas redes de cooperación legalmente reprobables, como un subsistema de cooperación dentro de un sistema mayor de cooperación como es la democracia, donde los beneficiarios de la conducta ética no se conocen en su gran mayoría, es decir al resto de la sociedad y sus ciudadanos.

La primera explicación que se da a cómo vencer esta tendencia tribal y atomizadora es la existencia de instituciones fuertes por encima de estos sistemas y redes menores de cooperación ilegal junto con normas claras y baja impunidad, lo cual raya en la categoría de lugar común. Sin embargo, una aportación mucho más interesante consiste en la introducción del modelo conocido como “el juego de los bienes públicos” (*the public goods game*) o como se propone: el “Juego del Bienestar Público”. En dicho ejercicio o estudio de comportamiento social, sus autores dotan de dinero ficticio, diez unidades o monedas, a una comunidad simulada de diez habitantes en total y se les explica que pueden aportar cualquier cantidad desde cero hasta diez monedas, las cuales serán puestas en un fondo común y una vez creado este fondo, su valor se multiplicaría por tres, dándole un valor agregado por la transformación de los recursos individuales en un objetivo común, y el resultado de dicha multiplicación sería dividido entre cada uno de los contribuyentes. Es una forma básica y explicar la lógica de las contribuciones, pues la multiplicación por tres es demostrativa de la obtención de bienes públicos como una red de agua potable o una autopista que potencializa de manera más que aritmética el beneficio que puede obtener un sólo individuo si invierte su riqueza de manera particular.

Los resultados del Juego del Bienestar público son más que interesantes. Para la colectividad, la mejor inversión que podrían realizar consiste en aportar las diez monedas con que cuentan, pues el total aportado sería de cien monedas, que multiplicadas por tres daría como resultados trescientas y dividida entre diez, cada quién tendría un retorno sobre inversión de treinta monedas. Por una actitud que los participantes definen como “prudencia”, en la mayoría de los casos los individuos aportan cinco monedas, por lo general. Sin embargo, cuando se les explica a los participantes y se les conmina a aportar la totalidad, si un participante

individual tiene cierto grado de certeza en que los demás aportarán la totalidad de su dinero, es decir que el fondo común será de noventa, el individuo decide no aportar moneda alguna, pues cobra conciencia que, de todos los supuestos, ése es el que mejores rendimientos individuales le habrá de generar. Esto resulta de multiplicar 90 monedas recaudas por la colectividad, multiplicadas por 3 (valor obtenido debido al bien público generado) es igual a 270, divididos entre 10 participantes, da como resultado 27 monedas, más 10 monedas que el individuo no cooperativo conservó, da como resultado 37 monedas para el individuo no cooperativo.

Cuando en una siguiente ronda, la colectividad cobra conciencia de la actitud no cooperativa del individuo “ganador”, la tendencia de cada individuo es a aportar cero, teniendo un fondo común nulo y multiplicando una bolsa inexistente por tres, sin rendimientos para la colectividad. Sin embargo, existe un punto de quiebre en el ejercicio. En este tercer momento la aportación que suelen hacer los participantes, aun conociendo el riesgo de no recuperar tanto a nivel individual como si aportaran cero, pero procurando prevenir el riesgo consistente en que nadie aporte, el promedio aportado fue de entre un 50% y un 70% del “capital” inicial. En este último caso, la única variable que fue cambiada fue hacer público de nombre y monto de lo aportado de cada uno de los participantes. En otras palabras, se transparentó el sistema de contribuciones y factores como la presión social y la explicación *ex post* fueron determinantes para homologar la conducta cooperativa a una media aceptable a nivel social.

La conclusión es que al transparentar las aportaciones a un fondo de distribución de una inversión colectiva, se encuentra la única manera de maximizar el beneficio común, aún dentro de un escenario de contribuyentes prudentes adversos al riesgo. Transparentar las aportaciones y el desempeño en tiempo real es, por la vigilancia entre iguales y el reproche social del sector que se trate, la mejor manera de evitar la conducta ventajista individual de personas y empresas en un ambiente competitivo.

II.3.E. Identificando las distintas etapas para contrarrestar la corrupción

En opinión de representantes del más alto nivel académico⁶⁰, las fases que una política eficaz de combate a la corrupción debe contener son: prevención, denuncia, investigación, persecución y sanción del delito. Sin embargo, también existen algunas variables que escapan a lo controlable y comprobable como la voluntad política y una política de Estado transexenal, por lo que nos avocaremos a los medios institucionales que pudieran resistir más allá de factores subjetivos como la voluntad.

En la obra consultada se refiere que a nivel internacional los organismos anticorrupción deben contar con los siguientes elementos comunes: un marco normativo y códigos de ética, los cuales son elementos con los que ya cuenta nuestro país. Regulación de procesos para la aplicación de auditorías internas y externas, los cuales también ya existen en México por lo menos teóricamente. Mecanismos de monitoreo y control, donde hallamos la primer gran laguna de nuestro Sistema Nacional Anticorrupción debido a la falta de un sistema informático de monitoreo en tiempo real de la asignación de contratos cuando estos son asignados con base en la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, pero no así en el proceso de contratación de la Reforma Energética, como se analiza en el apartado correspondiente. Finalmente, la instauración de sistemas de denuncia y sanción queda débilmente sellada en cuanto a las penas corpóreas, en función de la debilidad de facto de las averiguaciones hechas hasta el momento por la Fiscalía (Procuraduría) General de la República y la alianza también fáctica que podría suceder en la designación del llamado Fiscal Anticorrupción en caso de no ser designado por un cuerpo colegiado de manera independiente, depositando este encargo en persona con total autonomía de grupo político alguno. Estos temas se analizan a detalles en su propio capítulo de esta tesis pero se parte de las obras antes referidas para aproximarse al objeto de estudio que es el marco normativo mexicano a continuación analizado.

⁶⁰ Ríos Viridiana, *The Missing Reform: Strengthening The Rule of Law In Mexico*, Consultado en: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/the_missing_reform_strengthening_the_rule_of_la_w_in_mexico_0.pdf

Capítulo III. Análisis Normativo de los Contratos de Exploración y Extracción

III.1. Reforma Energética 2013-2014

III.1.A. Reforma Constitucional 2013

El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Reforma Energética al más alto nivel requerido; se reformaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III.1.A.a. Artículo 25 constitucional

En el siguiente esquema se muestra de lado izquierdo el texto normativo previo a la reforma de 2013, luego a la derecha el texto reformado y después de la tabla comparativa se analizan los cambios de trascendencia para las actividades de exploración y producción petrolera:

Párr.	Texto previo a la Reforma Energética	Texto con la Reforma Energética 2013
4	El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.	El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los

		<p>párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.</p>
6	Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.	Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.
8	La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.	La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una

		<p>política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.</p>
--	--	---

En el reformado párrafo cuarto, queda establecido que el sector público tendrá a su cargo las áreas estratégicas así definidas por el artículo 27 constitucional, entre las cuales se incluye a la exploración y producción de petróleo e hidrocarburos. También se deja claramente determinada la propiedad y control del sector público sobre los organismos y las empresas productivas del Estado dedicadas a estas actividades, junto con otras actividades referentes al sector eléctrico.

Asimismo, el mismo párrafo cuarto delega a la ley, la cual es el nivel inmediato inferior en jerarquía normativa, que ella establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado. También se determina que en dicha legislación se establecerá el régimen de remuneraciones de su personal con la finalidad de garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas; siendo estos últimos dos conceptos de nuestro interés especial. Para ello, el artículo menciona que se tendrán como base las mejores prácticas. Por último, se manifiesta que las demás actividades que podrán realizar dichas empresas serán también materia de ley.

En el párrafo sexto de este mismo artículo, que fue reformado, se hace mención de los principios de equidad social, productividad y sustentabilidad para apoyar e impulsar al sector social y privado. En el octavo se incluye una previsión de proveer al sector privado, de las condiciones para que su desenvolvimiento contribuya al desarrollo nacional, promoviendo la competitividad.

III.1.A.b. Artículo 27 constitucional

Por cuanto hace al artículo 27, se mantiene la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado sobre todos los hidrocarburos, sean sólidos, líquidos o gaseosos; pero se omite la prohibición expresa a otorgar contratos, resaltada en la columna izquierda con el texto previo a la Reforma Energética.

Párr.	Texto previo a la Reforma Energética	Texto con la Reforma Energética 2013
6	En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias	En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El

	<p>correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva. Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.</p>	<p>Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose de minerales radiactivos no se otorgarán concesiones. Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.</p>
7	Se inserta nuevo y se recorre el original	Se analiza a continuación

A su vez, se añade un séptimo párrafo, quedando éste literalmente con la enunciación de conceptos que a continuación se vierten:

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. **Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a**

cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

Como se puede apreciar, si bien se salvaguarda la disposición cardenista de no otorgar concesiones, también se establece la previsión del mismo presidente Cárdenas, que estaba incluida en su entonces ley reglamentaria, de poder llevar a cabo las actividades de exploración y producción mediante contratos con particulares, con el simple propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo a largo plazo de nuestra Nación. Y no sólo en la diferencia teórica y verdaderamente práctica de los términos concesión y contrato radica toda la validez de poder llevarlo a cabo. Quedando ya constitucionalmente permitido en el texto resaltado en negritas, incluso se vuelve a enunciar determinando que “Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del estado podrán contratar con particulares”, aclarando que los hidrocarburos seguirán siendo propiedad de la Nación lo cual quedará por escrito en los propios contratos mencionados o en las asignaciones, según sea el caso.

III.1.A.c. Artículo 28 constitucional

Por su parte, el artículo 28 mantiene en su párrafo cuarto a las actividades de extracción y exploración de petróleo e hidrocarburos como áreas estratégicas las cuales no constituyen monopolios; aunque menciona que esto es así, dentro de los términos del artículo anterior, ya comentado.

Párr.	Texto previo a la Reforma Energética	Texto con la Reforma Energética 2013
4	No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes	No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas:

	<p>áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.</p>	<p>correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.</p>
6	<p>El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco</p>	<p>El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco</p>

	conceder financiamiento.	conceder financiamiento. El Estado contará con un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, cuya Institución Fiduciaria será el banco central y tendrá por objeto, en los términos que establezca la ley, recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, con excepción de los impuestos.
8	Se inserta nuevo y se recorre el original	Se analiza a continuación

Como se puede apreciar, en el párrafo sexto de este mismo artículo, se establece que el Estado contará con un fideicomiso público denominado “Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo” (FMPEd), depositando en el banco central, es decir Banco de México, la figura de fiduciario⁶¹ con el objeto de recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 constitucional, con excepción de los impuestos y en los términos que establezca la ley secundaria.

Y delineando la nueva estructura organizacional, mediante un añadido párrafo octavo, el Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y Comisión Reguladora de Energía (CRE), en los términos que determine la ley que se expediría al efecto a través de añadir un párrafo séptimo que se lee como sigue:

⁶¹ Definida como la persona moral encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso. El fiduciario se convierte en el titular del patrimonio constituido por los bienes o derechos destinados a la realización de tal finalidad, <http://www.fifonafe.gob.mx/fifonafe/acercade/concepto.htm>

El Poder Ejecutivo contará con los **órganos reguladores coordinados en materia energética**, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley.

Cabe mencionar que la protección jurídica a la existencia de estas instituciones, reconocidas en foros académicos internacionales como garantes de un mercado competitivo de hidrocarburos, viene desde el nivel constitucional, con la implicación de la necesidad de conjuntar dos terceras partes de los votos en Cámara de Diputados y Senadores para poder cambiar este hecho.

III.1.A.d. Artículos transitorios del Decreto de Reforma Constitucional

Junto con estos cambios definitivos, se incluyen veintiún artículos transitorios que podemos resumir de la siguiente manera. En los primeros tres se establece que estas reformas entrarán en vigor al día siguiente de su publicación, que los derechos de los trabajadores de PEMEX Y CFE quedarán intocados y que se cuenta con dos años para que dichos organismos descentralizados se conviertan en empresas productivas del Estado pero que durante este periodo podrán llevar a cabo los contratos necesarios para cumplir sus objetivos.

El artículo cuarto transitorio es trascendente porque en él se establece que se tienen ciento veinte días para emitir la legislación secundaria pertinente, y así delinear los tipos de contratos en materia de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, que al efecto deberán ser: de servicios, de utilidad o producción compartida o de licencia, siendo éstos la materia de estudio de esta tesis. También queda indicado que la ley establecería las contraprestaciones que habrán de pagarse tanto a las empresas del Estado como a aquellas particulares. Se delimita que éstas podrán ser: “I) en efectivo, para los contratos de servicios; II) con un porcentaje de la utilidad, para los contratos de utilidad compartida; III) con un porcentaje de la producción obtenida, para los contratos de producción compartida; IV) con la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez que hayan sido extraídos del subsuelo, para los contratos de licencia, o V) cualquier combinación de las anteriores”.

En el mismo transitorio cuarto queda determinado que el principio que aplicará la Nación para establecer por cuál de estas opciones se optará, es maximizar los ingresos para lograr el mayor beneficio a largo plazo. De la misma manera, se deja como materia de la legislación cuáles serán las contraprestaciones y contribuciones que habrán de pagar las empresas productivas de Estado a la Nación.

El quinto transitorio, con la finalidad de permitir la planeación financiera y sólo con ese tipo de fines permite que las empresas productivas y del Estado reflejen en sus balances contables los ingresos proyectados siempre que se mencione que son propiedad de la Nación.

En el artículo sexto transitorio se describe un procedimiento conocido como Ronda Cero, donde se indica que la Secretaría del ramo en materia de Energía, es decir SENER con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), habrá de hacer “asignaciones” de los campos petrolíferos que sean conveniente a PEMEX. Esta práctica tiene perfecto sentido pues siendo Petróleos Mexicanos una empresa productiva del Estado y siendo la Nación quien tiene el dominio exclusivo sobre la exploración y explotación de hidrocarburos en su territorio; en concordancia con las prácticas internacionales y antes de comenzar las rondas de licitaciones en donde podrán participar los particulares, se pone a consideración de PEMEX la conveniencia de explorar o explotar alguna zona, área o yacimiento en particular, para que de resultar conveniencia, lo haga a través de la figura de las Asignaciones. Para ello, la empresa deberá demostrar que cuenta con la capacidad técnica, financiera y de ejecución para operar de forma eficiente y competitiva y se le adjudicarán así las áreas de exploración y campos en producción que sean más convenientes.

En ese tenor, cuando por razones técnicas, administrativas y/o financieras, PEMEX encuentre conveniente asociarse con empresas privadas, la figura que surge es la de “migrar” sus Asignaciones a Contratos. Los tipos de contratos previstos son: de Servicios, de Utilidad o Producción Compartida y de Licencia. De total trascendencia resulta mencionar que en este proceso participa SENER, que establecerá los

lineamientos técnicos y contractuales y SHCP estableciendo las condiciones fiscales, mientras que la CNH realizará el procedimiento de licitación que PEMEX haya solicitado. Como puede verse, por lo menos cuatro autoridades, dos de ellas con autonomía técnica y dos Secretarías, intervienen cada una en su área de especialización aumentando el estándar técnico para cada etapa de la licitación.

En el séptimo se delinea lo que ahora se conoce como contenido nacional, el cual está ya contemplado en la legislación. Con esta práctica se busca transferir no sólo recursos financieros sino conocimiento, tecnología y desarrollo al sector público derivado del trabajo conjunto con los socios privados.

Toda vez que la exploración y extracción siguen teniendo carácter estratégico, se indica en el octavo transitorio que son actividades de interés social y orden público, marcando así su prevalencia sobre derechos o concesiones que impliquen aprovechamiento del suelo o subsuelo en el territorio nacional, como podrían ser los permisos de explotación minera.

Una importante determinación de transparencia dentro del término de ciento veinte días es el que exigió el transitorio noveno para la publicación de las bases y reglas de procedimiento para las actividades de exploración y producción. Particularmente se establece que los contratos de dichas actividades deberán contar con legislación que garantice contar con a) cláusula de transparencia, es decir que cualquier interesado pueda consultar los contratos, b) sistema de auditorías externas para supervisar la recuperación de los costos incurridos y la contabilidad de la operación, y c) divulgación de contraprestaciones, contribuciones y pagos correspondientes.

Por lo que toca al proceso que se requiere para dar vida a los contratos de exploración y producción. El transitorio décimo establece atribuciones para el proceso de creación de los mismos. De este modo, la Secretaría de Energía se torna en la encargada de establecer, conducir y coordinar la política energética, particularmente la adjudicación de asignaciones y la selección de áreas que podrán ser objeto de los contratos. Como podemos ver, es la responsable de la planeación estratégica de hacia dónde dirigir los esfuerzos de la producción de los

hidrocarburos, geográficamente hablando, así como desde el punto de vista de la conducción. También la Secretaría de Energía diseñará los contratos y generará los lineamientos técnicos que habrán de cumplir los contratos.

Por su parte, el mismo transitorio designa a la Comisión Nacional de Hidrocarburos como responsable de asesorar a SENER en materia de energía, así como de ser quien recopile la información geológica y operativa, lo que era una función concentrada por PEMEX. A esta misma Comisión, se le faculta para que sea ella, quien autorice los trabajos de reconocimiento y exploración superficial y quien realice las licitaciones como tal, asigne los ganadores y suscriba los contratos exploración y extracción de hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos. Como podemos ver, es el órgano de gobierno que representará a la Nación. En dicho tenor, tiene la facultad de administrar técnicamente las asignaciones y contratos, supervisar los planes de extracción y regular la materia.

En cuanto al establecimiento de las condiciones económicas de dichos contratos, que causarán los ingresos en función de los términos fiscales que correspondan, se concentra esta facultad en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Se ordena legislación que establecerá los actos u omisiones que den lugar a la imposición de sanciones, el procedimiento para ello, así como las atribuciones de cada dependencia u órgano para imponerlas y ejecutarlas. También se ordena la creación de la ley que garantice la coordinación entre los órganos reguladores en materia de energía. En el décimo primero transitorio se establece el término para generar la normativa requerida para la participación de los particulares en el sector eléctrico.

El artículo décimo segundo tiene especial trascendencia operativa porque define que la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía, se convertirán en los órganos reguladores de la materia, con personalidad jurídica propia, autonomía técnica, de gestión y presupuestal para administrar las contribuciones y aprovechamientos por emitir y administrar los permisos, autorizaciones, asignaciones y contratos. Para ello habrán de trabajar

coordinadamente y al efecto se crearía la ley respectiva. En ese tenor, habrán de crearse fideicomisos para la disposición de los remanentes de los ingresos propios, para cubrir sus gastos y en el caso de la CNH, dar prioridad a mantener y desarrollar el Centro Nacional de Información de Hidrocarburos que albergará la información técnica obtenida de las actividades de exploración y producción.

Las obligaciones de transparencia son las mismas aplicables a las instituciones de gobierno, es decir las de la ley de la materia, así como la de ser sujeto de fiscalización de la Cámara de Diputados y publicar la información financiera por lo menos trimestralmente. Se establece un límite para los fideicomisos, de trece veces el presupuesto de las Comisión a la que corresponda, previendo que el excedente se ingresará a la Tesorería de la Federación, sin dar mayor detalle de cómo destinar dichos recursos.

El décimo tercero transitorio establece los mecanismos para ocupar los cargos de Comisionados, recurriendo a la fórmula de ternas presentadas por el Presidente de la República, y a votarse por dos terceras partes del Senado hasta que, en una hipotética segunda terna rechazada, aquél designe directamente a uno de ésta última.

Se delinea al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo en el décimo cuarto transitorio, asignando como fiduciario al Banco de México y a la SHCP como encargada de constituirlo. Entre sus funciones se establecen la de realizar los pagos establecidos en las asignaciones y contratos, realizar las transferencias a los Fondos de Estabilización de los Ingresos Petroleros y de Estabilización de los Ingresos de las Entidades federativas, así como los ahorros de largo plazo del transitorio quinto. Misma obligación para los Fondos de Extracción de Hidrocarburos; los de investigación en materia de hidrocarburos y sustentabilidad energética, y en materia de fiscalización petrolera.

Junto con los recursos transferidos a los fondos anteriores, se añaden los siguientes derechos que habrán de enterarse al Presupuesto de Egresos de la Federación, para formar un 4.7 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB) en total: Derecho Ordinario sobre Hidrocarburos, Derecho sobre Hidrocarburos para el Fondo de Estabilización, Derecho Extraordinario sobre Exportación de Petróleo Crudo, Derecho para la Investigación Científica y Tecnológica en Materia de Energía, Derecho para la Fiscalización Petrolera, Derecho sobre Extracción de Hidrocarburos, Derecho para Regular y Supervisar la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, Derecho Especial sobre Hidrocarburos y Derecho Adicional sobre Hidrocarburos. También se establecen reglas para cuando el saldo de las inversiones en ahorro público sea igual o mayor al 3% del PIB.

De manera contraria, se incluye un párrafo con un cierto grado de discrecionalidad, donde se abre la posibilidad a que en caso de una “reducción significativa de los ingresos públicos, asociada a una caída en el Producto Interno Bruto” (sin dar cifras o porcentajes), o una “disminución pronunciada en el precio del petróleo o a una caída en la plataforma de producción de petróleo, y una vez que se hayan agotado los recursos en el Fondo de Estabilización de los Ingresos Petroleros o su equivalente” le otorga posibilidad a la Cámara de Diputados para “integrar” recursos de ahorro público de largo plazo al Presupuesto de Egresos de la Federación, aun cuando el saldo de ahorro de largo plazo se redujera por debajo de tres por ciento del Producto Interno Bruto del año anterior. El décimo quinto transitorio establece los mecanismos para la integración del Comité Técnico de dicho Fondo y sus principales funciones.

El artículo transitorio décimo sexto ordena emitir los decretos para la creación del Centro Nacional de Control de Gas Natural y el Centro Nacional de Control de Energía. La ordenanza de emitir la normativa necesaria sobre protección y cuidado del medio ambiente en materia referente a Reforma Energética queda manifiesta en el décimo séptimo transitorio. Para ambos artículos da el plazo de un año, primero mencionando doce meses y en el segundo caso otorgando trescientos sesenta y cinco días. Misma forma que se utiliza en el décimo octavo transitorio, donde ordena la

inclusión de una estrategia para la utilización de tecnologías y combustibles “más limpios” dentro del Programa Nacional para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía, así como la creación de una ley sobre recursos geotérmicos.

Casi para concluir la creación de nuevas instituciones reguladoras de la materia, el décimo noveno transitorio ordena la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, como órgano desconcentrado de la Secretaría del ramo en materia del Medio Ambiente, como le llama a la SEMARNAT. La relevancia es que con su autonomía técnica y de gestión, regula y supervisa las actividades de desmantelamiento y abandono de instalaciones, así como el control de residuos. Esta agencia no podrá superar tres veces su presupuesto autorizado y habrá de cumplir con las obligaciones de la ley en materia de transparencia.

El vigésimo transitorio tiene trascendencia histórica pues se establece regular varios aspectos de las empresas productivas del Estado, es decir PEMEX y CFE, tales como su objeto, el cual desde ese momento es la *creación de valor económico e incrementar los ingresos de la Nación*, agregando que esto debe ser con *sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental*, lo cual implica un cambio paradigmático, al equiparar su objeto al de una empresa privada, el cual es la obtención de ganancias económicas en beneficio de sus socios, en este caso los ingresos nacionales. Se le da autonomía presupuestal con las limitaciones del techo de servicios personales establecido por el Congreso de la Unión a propuesta de la SHCP, pero exceptuándolo del régimen de remuneraciones previsto en el 127 constitucional. Se buscan mejores prácticas y mejores resultados en cuanto a su organización administración y estructura. No obstante, nombrar a sus titulares sigue siendo facultad exclusiva del Presidente de la República y su remoción es sólo por defecto una facultad del Consejo de Administración. Por lo que hace a las actividades objeto de nuestro estudio, como son la exploración y extracción de hidrocarburos, el Consejo de Administración creado constará de cinco consejeros del gobierno federal donde el o la titular de SENER preside y tiene voto de calidad, junto con otros cinco consejeros independientes. Deberá coordinarse para que su financiamiento no aumente el costo

de financiamiento o reduzca sus fuentes en el sector público. Es decir, podrá endeudarse, pero no de modo que aumente las tasas de interés o limite la accesibilidad al crédito para el resto de la administración pública. Por último, se determina que estas empresas habrán de contar con un “régimen especial en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, presupuestaria, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto, de forma que les permita competir con eficacia”.

La reflexión inicial que se deriva aquí es que los factores de eficacia en el cumplimiento de su objeto y la eficacia para competir en su industria son la justificación para separar a PEMEX y CFE de las normas aplicables a la administración pública federal. Como podemos ver, queda fuera del ámbito de validez de la “Ley de Adquisiciones”, que si bien pudiera parecer un régimen de excepción injustificado, se advierte mucho más estricto el nuevo régimen que el genérico de la “Ley de Adquisiciones”. Por lo que respecta a presupuesto y deuda sí da la impresión de haber mayor libertad. Caso contrario sucederá con las responsabilidades administrativas en función de lo que establece el siguiente transitorio y por las especificidades que podrían legislarse para el régimen de sanciones específico en el caso de la conducta que en él se va a describir.

En dicho contexto, el artículo vigésimo primero transitorio resulta de especial relevancia toda vez que ordena realizar las adecuaciones al marco jurídico para prevenir, investigar, identificar y sancionar *severamente* a los asignatarios, contratistas, permisionarios, servidores públicos, así como a toda persona física o moral, pública o privada, nacional o extranjera, que participen en el sector energético, cuando realicen actos u omisiones contrarios a la ley, que tengan como objeto o consecuencia directa o indirecta *influir* en la toma de decisión de un servidor público, del personal o de los consejeros de las empresas productivas del Estado para obtener un *beneficio económico personal* directo o indirecto.

Sobre este artículo en particular, hay algunos apuntes directos que, a reserva de entrar a mayor detalle en el capítulo de fiscalización y sanciones, son los siguientes. Primero, prácticamente se crea un tipo penal particular, dada la indicación de sancionar severamente la conducta aquí descrita, no existente en ordenamiento normativo alguno de manera anterior a la reforma. Segundo, la enunciación de cuatro funciones específicas y cada una distinta de la otra, como son la identificación, prevención, investigación y sanción de la conducta. Tercero, los sujetos obligados o sujetos a la coerción del Estado a través de las cuatro funciones anteriores, quienes son personas físicas o morales, privadas o públicas, nacionales o extranjeras. Cuarto, la conducta como tal consistente en cualesquiera acciones u omisiones que contrarias a la ley, sin especificar cuáles, tendientes a influir a un servidor público o elemento de las empresas productivas del Estado para la obtención de un beneficio personal. Tanto la influencia como el beneficio se especifica que puede ser directo o indirecto. Las implicaciones de la descripción detallada de esta conducta se analizarán en la asignación de funciones que esta tesis propone a nivel institucional dentro del marco de las cuatro funciones enlistadas previamente.

En resumen, y en concordancia con la información divulgada por el Gobierno de la República, los principios rectores de la Reforma Energética son primero, que los hidrocarburos en el subsuelo marítimo y continental son propiedad de la Nación. Segundo, que existirá una libre competencia y competencia entre empresas productivas del Estado y particulares después de las primeras asignaciones, para procurar los beneficios de la libre competencia. Tercero, se fortalecen y crean órganos reguladores con autonomía en sus distintas competencias. Cuarto, se abre la posibilidad a mayor transparencia y rendición de cuentas. Quinto, se procura la sustentabilidad y protección al medio ambiente mediante impulso a energías limpias y alternativas y sexto, se sientan las bases para maximizar los ingresos del Estado provenientes del sector energético y conducirlo para el desarrollo del país a largo plazo.

III.2. Reforma Energética 2014 a nivel legislativo

III.2.A. Leyes Federales expedidas

El 11 de agosto de 2014 se expidieron y publicaron leyes de nueva creación que explican, aterrizan, complementan y dan detalle de la Reforma Constitucional en materia energética, algunas ya existentes se reformaron y otras fueron abrogadas. Se analizan primero las leyes reglamentarias de artículos constitucionales ya que, tal como la Constitución establece en su artículo 133, se tratan de Ley Suprema en toda la Unión.

Artículo 133. **Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados** que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, **serán la Ley Suprema de toda la Unión.** Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

III.2.A.a. Ley de Hidrocarburos

El artículo primero establece que se trata de una Ley Reglamentaria de los artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la CPEUM. Aquí se reitera que la propiedad de la Nación sobre los hidrocarburos es directa, inalienable e imprescriptible.

Como podemos ver, se trata de la norma que directamente aterriza los artículos constitucionales y es indispensable para entender los efectos de la Reforma Energética en las actividades de exploración y extracción en México, las cuales son objeto de la presente tesis:

Artículo 2.- Esta Ley tiene por **objeto regular las siguientes actividades** en territorio nacional:

I.- El Reconocimiento y Exploración Superficial, y la **Exploración y Extracción** de Hidrocarburos;

En esta ley se aborda la delimitación territorial para establecer cuáles yacimientos y mantos transfronterizos son su objeto, así se menciona que se arreglará a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, y por cuanto a la exploración y extracción de hidrocarburos en los yacimientos transfronterizos, estas actividades se realizarán en los términos de los tratados y acuerdos en los que México sea parte, celebrados por el Presidente de la República y ratificados por la Cámara de Senadores.

En el quinto artículo se hace una diferenciación interesante pues se aclara que las actividades estratégicas antes mencionadas se llevan a cabo por la Nación pero que puede ser por conducto de asignatarios o contratistas. Es decir, nombra a los instrumentos jurídicos de la **Asignación** (a la empresa productivas del Estado) y el **Contrato** (a particulares). Por su parte, para las actividades complementarias de reconocimiento y exploración superficial, menciona que tanto las empresas productivas del Estado, las paraestatales o cualquier persona, incluidas las particulares, podrán hacerlo, pero en este caso mediante **Permisos** o **Autorizaciones**.

Después, se explican las facultades de SENER, que para no repetir los artículos de la ley, se presentan a modo de resumen de la siguiente manera. La SENER tendrá en todo momento facultad para otorgar y modificar a PEMEX o a cualquier otra empresa productiva del Estado, de manera excepcional, asignaciones para realizar la exploración y extracción de hidrocarburos. Asimismo, podrá revocar una asignación y recuperar el Área de Asignación cuando se presente alguna de las siguientes causas graves:

- I. Que, por más de ciento ochenta días naturales de forma continua, **el Asignatario no inicie o suspenda las actividades previstas en el plan de Exploración o de desarrollo** para la Extracción en el Área de Asignación, sin causa justificada ni autorización de la Comisión Nacional de Hidrocarburos en los términos que establezca el título de Asignación;
- II. Que el Asignatario **no cumpla con el compromiso mínimo de trabajo**, sin causa justificada, conforme a los términos y condiciones de la Asignación

otorgada;

III. Que se presente un **accidente grave causado por dolo o culpa** del Asignatario, que ocasione daño a instalaciones, fatalidad y pérdida de producción;

IV. Que el Asignatario en más de una ocasión remita de forma dolosa o injustificada, **información o reportes falsos o incompletos**, o los oculte, a las Secretarías de Energía, de Hacienda y Crédito Público o de Economía, a la Comisión Nacional de Hidrocarburos o a la Agencia, respecto de la producción, costos o cualquier otro aspecto relevante de la Asignación, o

V. Las demás causales que se establezcan en el título de Asignación.

Dicha revocación no será unilateral, sino que para respetar la garantía de audiencia, la SENER contará con un plazo de noventa días naturales para resolver, considerando los argumentos y pruebas que, en caso de haber, hubiere hecho valer el asignatario. Así, la determinación de revocar o no la asignación estará debidamente fundada, motivada e informada al asignatario.

Por cuanto hace a los Contratos de Exploración y Producción, corresponde a la Secretaría de Energía:

I. **Seleccionar las Áreas Contractuales** conforme a los criterios que la misma establezca, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Petróleos Mexicanos, cualquier otra empresa productiva del Estado o Persona Moral podrán poner a consideración de la Secretaría de Energía, áreas sobre las cuales exista interés para llevar a cabo la Exploración y Extracción de Hidrocarburos. Dicha propuesta no será vinculante, **ni otorgará derechos preferenciales** en relación con los Contratos para la Exploración y Extracción;

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;

III. **Establecer el modelo de contratación** para cada Área Contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la Nación, con las opiniones de

la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional de Hidrocarburos;

IV. **Diseñar los términos y condiciones técnicos de los Contratos** para la Exploración y Extracción;

V. Establecer los **lineamientos técnicos** que deberán observarse en cada proceso de licitación de los Contratos para la Exploración y Extracción;

VI. Realizar la planeación y el desarrollo de los eventos de promoción y difusión, a nivel nacional e internacional, de las rondas de licitación, y

VII. Las demás que se prevean en los propios Contratos para la Exploración y Extracción y en las leyes aplicables.

Como se puede apreciar, las facultades de la Secretaría de Energía toman el lugar de planeación estratégica que antes de la Reforma Energética no existían, comenzando con la selección de las áreas a explorar, donde si bien tomará en cuenta las opiniones técnicas de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y de Petróleos Mexicanos así como la opinión financiera de la SHCP, se mantiene como una facultad del ejecutivo la orientación de los esfuerzos coordinados que el sector petrolero demanda, pero sin que sea su responsabilidad inmediata llevarlos a cabo. La cadena de decisiones, una vez delineada la planeación quinquenal hecha por SENER pasa entonces a la CNH y a PEMEX. Para llegar a esta etapa de entrega de responsabilidades o continuación de labores, antes monopolizada por PEMEX, el gobierno federal a través de la SENER no sólo debería tomar en cuenta factores técnicos de factibilidad o viabilidad de exploración y explotación, sino también criterios de planeación y rectoría económica e incluso criterios de factibilidad ambiental y sustentabilidad, por lo que una labor armónica de investigación y desarrollo se vuelve indispensable con miras a mejor explotar estos recursos no renovables como son los hidrocarburos.

Por cuanto toca a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, su labor es más bien técnica y científica por cuanto el artículo 31 de la ley establece como sus facultades:

I.- **Proveer asistencia técnica** a la Secretaría de Energía en la selección de las Áreas Contractuales;

II. **Proponer** a la Secretaría de Energía el **plan quinquenal** de licitaciones de Áreas Contractuales;

III. **Emitir las bases** que se observarán en el procedimiento de licitación y adjudicación de Contratos para la Exploración y Extracción. Lo anterior, **siguiendo los lineamientos técnicos y económicos** relativos a los términos fiscales que emitan las Secretarías de Energía, y de Hacienda y Crédito Público, respectivamente;

IV. **Realizar las licitaciones** para la adjudicación de los Contratos para la Exploración y Extracción. Para la ejecución del proceso de contratación, la Comisión Nacional de Hidrocarburos será responsable de desarrollar, administrar y publicar la información técnica sobre las Áreas Contractuales sujetas a licitación;

V. **Suscribir los Contratos para la Exploración y Extracción;**

VI. **Administrar y supervisar, en materia técnica**, los Contratos para la Exploración y Extracción. La administración y supervisión técnica de los contratos podrán realizarse con el apoyo de auditores o inspectores externos, mediante la contratación de los servicios correspondientes;

VII. Aprobar, en su caso, la **modificación, cancelación o terminación** de los Contratos para la Exploración y Extracción, conforme a las cláusulas que se prevean en el contrato respectivo y de acuerdo con los lineamientos técnicos y las condiciones económicas relativas a los términos fiscales que al efecto establezcan la Secretaría de Energía y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, respectivamente;

VIII. Aprobar los **planes de Exploración o de desarrollo para la Extracción**, que maximicen la productividad del Área Contractual en el tiempo, así como sus modificaciones y supervisar el cumplimiento de los mismos, de acuerdo con la regulación que al respecto emita;

IX. **Apoyar técnicamente** a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y al

Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo en el ejercicio de sus funciones, en términos de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos;

X. **Aprobar**, en su caso, los **programas anuales de inversión y operación** de los Contratos para la Exploración y Extracción;

XI. **Aprobar la cesión del control corporativo** o de las operaciones, en términos de lo establecido en el artículo 15 de esta Ley y en los lineamientos que al efecto emita, y

Puede apreciarse que la labor de la CNH es por un lado la proveeduría de asistencia, planeación e información de carácter técnico; y de otra parte, una labor de elaboración de la convocatoria, conducción de la licitación y administración y titularidad de la representación del Estado mexicano como contratante, así como apoyo a la tarea de administrar el destino de los recursos en coordinación con la SHCP y el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, autoridades financieras.

Por último, en cuanto a facultades, y hablando de la autoridad financiera nacional, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, corresponde a ella:

I.- Establecer las condiciones económicas relativas a los **términos fiscales** de las licitaciones y de los contratos que permitan a la Nación obtener, en el tiempo, ingresos que contribuyan a su desarrollo de largo plazo, en términos de lo dispuesto en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos;

II. Determinar las **variables de adjudicación** de los procesos de licitación, en términos de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos;

III. Participar en la **administración y auditoría contables** relativas a los términos fiscales de los Contratos para la Exploración y Extracción en términos de lo dispuesto en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos. Lo anterior podrá realizarse con el apoyo de auditores o inspectores externos, mediante la contratación de los servicios correspondientes, y

IV. Las demás que se prevean en los propios Contratos para la Exploración y Extracción y en las leyes aplicables

Sobre el tema de sanciones en la *Ley de Hidrocarburos* se establecen sanciones por incumplimiento a las obligaciones establecidas en las asignaciones, contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, autorizaciones (para actividades de reconocimiento y exploración superficial y para perforación de pozos exploratorios, pozos en aguas profundas y ultra profundas y pozos modelo) y permisos (por las actividades de reconocimiento y exploración superficial de las áreas para investigar la posible existencia de hidrocarburos) y demás actividades en materia energética; es decir se trata de sanciones por incumplimiento a obligaciones sustantivas derivadas de los actos mencionados, las que son impuestas por la Secretaría de Energía o por la CNH según su competencia, pues tratándose de sanciones administrativas o incluso penales por los actos contemplados en la *Ley General de Responsabilidades Administrativas* y *Código Penal Federal*. se procederá bajo los lineamientos previstos en dichas leyes, lo cual es motivo de análisis en el siguiente apartado, identificado con el numeral III.2.

En este sentido se ha determinado en la *Ley de Hidrocarburos*, en su artículo 87, penúltimo párrafo, se señala:

Artículo 87.- (...)

Las sanciones señaladas en esta ley se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa que resulte de la aplicación de sanciones por otros ordenamientos, y en su caso, de la revocación de la asignación, permiso o autorización o de la terminación del contrato, para la exploración y producción.⁶²

En la *Ley de Hidrocarburos*, existen normas jurídicas relativas a transparencia y combate a la corrupción, así como conductas específicas que deben ser consideradas por las leyes de la materia, lo cual es motivo de análisis en el

⁶² Cabe mencionar que no es verdad que la reforma energética pase por alto los conflictos de interés que pudieran surgir, dado que en este artículo se remite a las obligaciones que la Ley General de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece en el marco de la reforma anticorrupción que se analiza en el Capítulo IV.

apartado, correspondiente a Sistema Nacional Anticorrupción. Sobre todo, porque en el contrato a estudio, sólo se indican algunas penas convencionales por incumplimiento a algunas obligaciones estipuladas de manera específica, esto es por violaciones sustanciales a las normas sustantivas en materia de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

De especial interés para una visión positivista de control *ex post* resultan los artículos referentes a las sanciones ante incumplimientos. En el artículo 85 se establecen las sanciones por incumplir las obligaciones en materia de asignaciones, contratos y autorizaciones. Para las primeras, la competencia de sancionar recae en la Secretaría de Energía y coacciona económicamente en caso de hallar incumplimientos a los términos y condiciones establecidos en las Asignaciones, o ceder, enajenar, traspasar o gravar en cualquier modo alguna de ellas sin que esté permitido por la propia *Ley de Hidrocarburos*, como tampoco permite explorar o extraer sin asignación que lo autorice específicamente en dónde ésta sea la manera de hacerlo, así como cualquier otra violación a las disposiciones sobre su otorgamiento, contenidas en el título segundo de dicha ley.

Para los contratos de exploración y producción, objeto de esta tesis, la facultad de aplicar sanciones recae en la Comisión Nacional de Hidrocarburos. La primera conducta punible es la omisión de entrega, en tiempo y forma, de aquella información obtenida mediante las actividades de reconocimiento y exploración superficial, que son las primeras acciones que lleva a cabo un operador para descubrir hidrocarburos. De igual manera se castiga pecuniariamente el no respetar los términos y condiciones relacionados con las autorizaciones que se hacen para estas actividades. Algunos ejemplos son iniciar reconocimiento y exploración superficial o realizar perforaciones con dicho fin sin contar con la autorización requerida según sea el caso. Tampoco está permitido producir o desarrollar hidrocarburos sin el debido plan de medición, incumplir el plan de exploración o impedir dichas actividades a quien tenga para ello contrato aplicable, entre otras varias en las que encuadran las diversas faltas en que un operador podría incurrir.

En cuanto al mecanismo de convergencia entre el interés público y privado por ocupación territorial, se ha especulado sobre cuál y cómo será la afectación que en su caso podrían sufrir los propietarios de terrenos o inmuebles cuya ocupación temporal o definitiva fuera necesaria para físicamente desarrollar los proyectos de exploración y producción petrolera en beneficio del interés general. Respecto a los derechos de los particulares, la ley establece nuevos mecanismos desde los artículos 100 hasta el 107 para que los dueños de los terrenos, bienes o derechos, así como los asignatarios o contratistas que procuren realizar actividades de exploración y extracción, celebren acuerdos de voluntades bajo los esquemas o figuras jurídicas de arrendamiento, servidumbre voluntaria, ocupación superficial, ocupación temporal, compraventa, permuta o cualquier otra que no contravenga la ley.

Sólo en caso de que no se llegara a un acuerdo entre las partes, podría el asignatario o contratista promover ante tribunal correspondiente la constitución de una “servidumbre legal de hidrocarburos” o podría optar por la mediación ante la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano. Cuando dicha servidumbre o contrato quedara formalizado, y una vez que se hayan descontado los pagos obligatorios al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, se otorga como contraprestación un porcentaje de los ingresos que genere la actividad petrolera para que los propietarios de las tierras sean recompensados durante el tiempo que se dé la ocupación de sus terrenos. Dicho porcentaje, no puede ser menor al 0.5 ni mayor al 2 por ciento en cualquier proyecto de hidrocarburos, salvo los de gas obtenido por fraccionamiento de rocas también conocido como gas de esquisto o *shale*, en cuyo caso será del 0.5 a 3 por ciento

Por cuanto al interés general, vale la pena mencionar que esta ley prevé en su artículo 119 que la Secretaría de Energía, en coordinación con la Secretaría de Gobernación debe realizar un estudio de impacto social respecto del área objeto de la asignación o el contrato.

Además, deben elaborar una consulta “previa, libre e informada” con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en

los que se desarrollen este tipo de proyectos, de acuerdo con el artículo 120. Asimismo, en el artículo inmediato posterior se obliga a los interesados que quieran obtener un permiso o una autorización para desarrollar proyectos, así como los asignatarios o contratistas, a presentar a SENER una evaluación de impacto social. Así, esta última emitirá la resolución y las recomendaciones correspondientes a la evaluación en cuestión. Dicha resolución se deberá presentar por parte de los promoventes del proyecto para poder obtener la autorización de impacto ambiental. Finalmente, lo mencionado aquí para las actividades de reconocimiento y exploración superficial también es aplicable para el transporte por medio de ductos.

III.2.A.b. Ley de Petróleos Mexicanos

Se trata de la ley reglamentaria del artículo 25, párrafo cuarto de la Constitución y en ella define a Petróleos Mexicanos como una empresa productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios que gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión.

Se complementa con el transitorio vigésimo del *Decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de energía*, es decir de la Reforma Energética constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

III.2.A.c. Ley de la Comisión Federal de Electricidad

Se formaliza la transformación a empresa productiva del Estado, de interés público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que goza de autonomía técnica, operativa y de gestión. Dentro de los artículos transitorios de la reforma a dicha ley, se excluye a CFE de la observación de la *Ley Federal de Entidades Paraestatales*.

Por cuanto hace a los contratos que la empresa productiva y otras como PEMEX celebran, quedan excluidos de la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* por quedar fuera de dicho ordenamiento que también se reforma al efecto. Mismo caso con la *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas*.

III.2.A.d. Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética

Por medio de su publicación se establece que esta Ley es reglamentario del artículo 28 constitucional y que tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética y establecer sus competencias. Éstos son, como quedó determinado desde la reforma constitucional, la Comisión Nacional de Hidrocarburos, para las actividades *upstream* como la exploración y la extracción, y la Comisión Reguladora de Energía, para el resto de las actividades productivas en la cadena de valor del petróleo, también conocidas como *downstream*.

Importante es destacar que ambos podrán solicitar a la fiduciaria, receptora de los ingresos generados en el ejercicio de la actividad de estas dos instituciones, para aplicar los recursos necesarios a fin de cumplir con sus gastos de funcionamiento. La cantidad dedicada a este fin está topada a no más de tres veces el monto de los egresos del ejercicio fiscal del año anterior. Si lo generado excede este límite, dicho extra deberá de ser transferido a la Tesorería de Egresos de la Federación.

III.2.A.d. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos

Publicada en el mismo decreto del DOF que la *Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética*, crea este órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) y le dota de autonomía técnica y de gestión. Es el nuevo encargado de la seguridad industrial y de la protección al ambiente en el sector hidrocarburos, antes a cargo de SEMARNAT. Esto lo hace en principio mediante la emisión de distintas normas, lineamientos y regulación en general que le faculta la ley. Por ejemplo. se han emitido desde lineamientos para la contratación de seguros en actividades de exploración y extracción, hasta para la elaboración de análisis de causas de accidentes, en caso de haberlos.

III.2.A.e. Ley de la Industria Eléctrica

Se expide esta nueva ley el 11 de agosto de 2014 dado que la generación de energía eléctrica está directamente relacionada con los hidrocarburos en cuanto a que éstos fungen como insumo para su producción y ambos sectores no pueden ser concebidos de manera independiente dado que la energía de un país debe planearse de manera integral, atendiendo a una estrategia de migración hacia las fuentes más eficientes, limpias, disponibles, etc.

Resalta la facultad de la Secretaría de Energía de establecer los mínimos porcentajes y las condiciones de contenido nacional en los contratos que celebre la industria nacional basados en la regulación sobre tarifas, la naturaleza propia de cada contrato y los tratados internacionales, para lo cual crea una Unidad especial dentro de dicha secretaría para esos fines.

III.2.A.f. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos

De vital trascendencia resulta esta nueva ley, pues desde el primer párrafo define tres aspectos que son de principal interés. El primero es que esta ley establece los ingresos que recibirá el Estado Mexicano por sus actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, que son llevadas a cabo mediante asignaciones y contratos, objeto de estudio de esta tesis. Segundo, esta norma establece las disposiciones sobre administración y supervisión de los aspectos financieros de los contratos. Tercero, se crea casi por necesidad la función de establecer las obligaciones en materia de transparencia y rendición de cuentas de los recursos utilizados y recibidos en ejercicio directo y como contraprestación de los contratos de estas actividades.

Los aprovechamientos que se obtengan serán autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de la Subsecretaría de Ingresos. Estos ingresos se obtienen cuando el participante acude al banco y realiza el pago con los formatos autorizados para este fin (conocidos como “e5cinco”). Así ingresan a la Tesorería de la Federación, donde son analizados y validados. En paralelo, la Comisión Nacional de Hidrocarburos solicita de esta validación un informe a la Subsecretaría de

Ingresos., la cual una vez hecha dicha validación y rendido el informe, ingresa dichos recursos a la Subsecretaría de Egresos, quien autoriza la ampliación de Ingresos excedentes de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, recibiendo ésta su ampliación presupuestal para poder llevar a cabo la distribución de estos recursos.

III.2.A.g. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el

Desarrollo

En principio es importante mencionar que se trata de una institución autónoma de la administración pública federal, lo que implica que el titular del Ejecutivo no tiene jurídicamente manera de interferir directamente con los recursos aquí ingresados. La función de repartir los recursos se hace con base en los más claros principios del fideicomiso, donde un fiduciario, en este caso Banco de México, se encarga de cumplir las obligaciones encomendadas por un fideicomitente, la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

Dicho fondo recibe transferencias ordinarias. A los ingresos petroleros se les multiplica por un factor de 0.022 y dicha cantidad integrará el Fondo de Estabilización de los Ingresos Presupuestarios (FEIP). Otro tanto que resulte de los ingresos petroleros, pero ahora multiplicados por el factor 0.0064 formará el Fondo de Estabilización de los Ingresos de las Entidades federativas (FEIEF). Asimismo, cuando se multipliquen dichos ingresos por el factor 0.00051 será para los municipios colindantes con la frontera o litorales por los que se realice materialmente la salida de los hidrocarburos del territorio del país. Para cubrir el Presupuesto de Egresos de la Federación, se tomará 4.7 del Producto Interno Bruto (PIB) menos el Impuesto Sobre la Renta asociado a los contratos, menos las transferencias a los Fondos aquí mencionados.

En el mismo tenor se forman los Fondos Sectorial SENER-CONACYT (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología) obtenido de multiplicar los ingresos petroleros por un factor de 0.0065. Éstos últimos se distribuyen en un 65% para el fondo CONACYT-SENER de Hidrocarburos el cual realizará trabajos de exploración, muestreo de subsuelo, e investigación a través de la Comisión Nacional de

Hidrocarburos. Un 15% irá a fondos de investigación científica y desarrollo tecnológico de institutos de investigación en materia de hidrocarburos, de los cuales un 5% se utilizará para la especialización de personal de la materia. Restando un 20% para el Fondo CONACYT-SENER de sustentabilidad energética para trabajos de energías renovables, uso de tecnologías limpias, eficiencia energética y fuentes primarias de energías.

Por último, respecto a las transferencias ordinarias, el remanente de los recursos excedentes quedará en la reserva del FMPED hasta alcanzar el 3% de PIB. El monto que se forme del excedente de dicho 3% se asignará a su vez de la siguiente manera. Un 40% del excedente irá a patrimonio de reserva del FMPED. Un 10% financiará proyectos de inversión en ciencia, tecnología e innovación energías renovables. Con un 30% se fondeará un vehículo de inversión especializado en proyectos petroleros y el 10% restante irá a becas para la formación de capital humano dentro de universidades y posgrados. Una vez formado el gran FMPED dividido en todos los fondos ya detallados, se hace el pago de las contraprestaciones establecidas en los contratos.

III.2.A.h. Ley de Energía Geotérmica

De acuerdo con su exposición de motivos, esta ley tiene por objeto dotar a nuestro país de un marco jurídico específico que regule el aprovechamiento y explotación de los yacimientos geotérmicos para la generación de energía eléctrica o destinarla a usos diversos, así como la participación del sector privado en este tipo de actividades productivas; para así otorgar seguridad jurídica a los inversionistas y sus proyectos en las etapas de reconocimiento, exploración y explotación del recurso geotérmico. En ella se mantiene congruencia en la prioridad que se tendrá en el derecho de uso del subsuelo primero para las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos y luego para las aquí reguladas actividades de producción de energía geotérmica. También se avanza en certidumbre jurídica respecto de aspectos técnicos similares a los de la producción de hidrocarburos como cuando en esta ley se definen las etapas reconocimiento, exploración y explotación.

III.2.B. Leyes Federales Reformadas

III.2.B.a. Ley General de Deuda Pública

Se establece que el gobierno federal podrá asumir una parte de la deuda del pasivo laboral de PEMEX y CFE como son las pensiones y jubilaciones con la finalidad de sanear algo del millón y medio de millones de pesos en deuda⁶³, siempre y cuando estas empresas productivas del Estado modifiquen los contratos colectivos de trabajo con los sindicatos correspondientes, apliquen a su gasto programas de austeridad y que se permita a la Auditoría Superior de la Federación revisar dichos pasivos e incluso señalar ilegalidades en caso de encontrarlas.

III.2.B.b. Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria

En concordancia con el transitorio vigésimo de la reforma constitucional, se hacen a su vez reformas a la *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria* para armonizar dentro de ésta los ingresos que Petróleos Mexicanos genere en su faceta de empresa productiva del Estado, así como dotar a la antes paraestatal de la autonomía presupuestaria y así liberar su capacidad de ejecución. De esta manera, tanto el control presupuestario, manejo de deuda y control de gasto tendría su propia regulación, acorde a su situación particular de competencia comercial a nivel nacional e internacional.

Se dan definiciones importantes como la de Ingresos Petroleros en el artículo 2, fracción XXX Bis. También se agregan los órganos reguladores coordinados en materia de energía dentro de las dependencias de la administración pública y se enlista en las definiciones al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo. Asimismo, con la finalidad de sanear las finanzas de los Estados, comprometidas por un alto pasivo en materia de pensiones de sus jubilados, se mandata que una vez que las reservas del Fondo de Estabilización de los Ingresos de las Entidades federativas alcancen su límite máximo, entonces los ingresos excedentes serán destinados al fondeo de sistemas de pensiones de las entidades.

⁶³ Las siguientes reformas a leyes federales fueron publicadas en el D.O.F. el 11 de agosto de 2014.

III.2.B.c. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Se agregan los Órganos Reguladores Coordinados como integrantes de la Administración Pública Federal en su artículo primero y segundo, quedando la CRE y la CNH dentro de la tradicional división del Poder Ejecutivo de la administración pública centralizada, equiparándolas a dependencias. Se considera que esta práctica es contraria a como lo hacen la mayoría de los países occidentales que aplican mejores prácticas internacionales, pues la autoridad reguladora pierde autonomía técnica y de gestión, independencia presupuestal, libertad en la toma de decisiones y eventualmente se hace vulnerable a cambios en sus consejos directivos por cuestiones políticas.

III.2.B.d. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

Para armonizar la normatividad de la materia, se reformó el artículo 1, a modo de aclarar que las empresas productivas del Estado, como Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, así como sus empresas productivas subsidiarias quedan fuera de la aplicación de esta ley.

III.2.B.e. Ley de Asociaciones Públicos Privadas

Aquí se aclara por eliminación de conceptos que las actividades objeto de esta tesis no permiten libremente la asociación público-privada, sino que tienen una legislación específica, con normas que sí permiten las actividades de exploración y producción de hidrocarburos mediante contratos y autorizaciones.

III.2.B.f. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados

Esta ley que detalla el mandato constitucional de cómo el Estado puede adquirir bienes y servicios de los particulares, en el artículo 1 define los sujetos obligados a su cumplimiento y en la fracción VI tercer párrafo hace la exclusión específica de la aplicación de este ordenamiento a aquellas obras públicas y servicios relacionados que contraten las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias.

III.2.B.g. Ley Federal de las Entidades Paraestatales

Aquí se establece que las empresas productivas del Estado y sus respectivas empresas productivas subsidiarias, quedan excluidas de la observancia de esta ley.

III.2.B.h. Ley Federal de Derechos

Se derogan derechos que Petróleos Mexicanos estaba obligado a pagar y se asignan los ingresos por el pago de derechos por servicios que otorga la Comisión Reguladora de Energía, para sí misma.

III.2.B.i. Ley de Aguas Nacionales

Los cambios en esta ley son para definir competencias para las “declaratorias de zonas reglamentadas” que son ahora necesarias para las actividades de exploración geotermal para la producción de energía por este medio. En este proceso interviene la Comisión Nacional del Agua.

III.2.B.j. Ley de Coordinación Fiscal

Toda vez que en su artículo segundo versa sobre la recaudación federal para el Fondo General de Participaciones, integrado por los impuestos federales y derechos de minería, es entonces oportuno aclarar que entre ellos no se incluyen ni el impuesto sobre la renta derivado de los contratos y asignaciones para la exploración y extracción de hidrocarburos a que se refiere la *Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos*, como tampoco el impuesto por la actividad de exploración y extracción de hidrocarburos previsto en el Título Cuarto de la misma Ley especializada. No obstante, aclara que, de manera adicional, la recaudación federal participable estará integrada por el 80.29% de los ingresos petroleros del Gobierno Federal a que se refiere el artículo 2, fracción XXX Bis, de la *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, así como de los ingresos excedentes a que se refiere el tercer párrafo del artículo 93 de la misma ley.

Ahora bien, dado que el artículo 2-A de la ley en comento aborda la participación de los municipios sobre el rendimiento de las contribuciones federales, se especifica que habrá una transferencia del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización

y el Desarrollo que en términos del artículo 92 de la *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria* deben recibir los municipios colindantes con la frontera o litorales por los que se realice materialmente la salida del país de los hidrocarburos. Aquí la Comisión Nacional de Hidrocarburos entera las cantidades informando a la SHCP.

Más adelante se establece la proporción que recibirán las entidades federativas de las cuotas previstas en la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios*, siendo que la proporción de 9/11 corresponderá a las entidades federativas en función del consumo efectuado en su territorio de gasolina y diésel. En este caso quien entera los recursos es la SHCP.

Por último, queda establecido que el Fondo de Extracción de Hidrocarburos se conforma con los recursos que le transfiera el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, de acuerdo con el artículo 91 de la *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*.

III.2.B.k. Ley de Inversión Extranjera

Se reforma el artículo quinto en la parte que versa sobre actividades reservadas de manera exclusiva al Estado para mencionar que lo están las de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, pero en términos de lo dispuesto por los artículos 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y la *Ley de Hidrocarburos*. Lo mismo sucede en la fracción tercera de dicho artículo respecto de la planeación y control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica. Ahora bien, dado que la Constitución, las leyes que de ella emanen y todos los tratados internacionales son “Ley Suprema de toda la Unión”, me avocaré a analizar aquellos relevantes para el objeto de estudio de esta tesis.

III.2.C. Ley Federal con artículos transitorios agregados: Ley Minera

En ellos se deja de manifiesto que las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos tienen preferencia sobre otras que impliquen aprovechamiento de superficie o del subsuelo. Se aclara que las concesiones mineras ya otorgadas o las que fuesen otorgadas con posterioridad no otorgan derechos para la explotación de hidrocarburos como petróleo sin que esto afecte los derechos previamente adquiridos en sus propias concesiones. Asimismo, se establece las facultades de las Secretarías de Energía y de Economía para armonizar en la medida de lo posible ambas actividades.

III.2.D. Tratados y Normas Internacionales

III.2.D.a. Acuerdo sobre los Yacimientos Transfronterizos de Hidrocarburos de 2012

Antes de sintetizar el *U.S.-Mexico Transboundary Hydrocarbons Agreement*, vale aquí la pena definir a los yacimientos transfronterizos como aquellos que se encuentran dentro de la jurisdicción nacional pero que tienen continuidad física fuera de ella, así como los que están fuera de la jurisdicción nacional, pero son compartidos con el nuestro⁶⁴. Al ser un recurso que no se puede explotar unilateralmente, la intervención sobre el mismo requiere acuerdos nacionales multilaterales o binacionales, pues las naciones relacionadas son desde Estados Unidos de América al norte, Cuba al este, hasta Guatemala y Belice al sureste.

Suscrito el 20 de febrero de 2012 entre México y Estados Unidos de América, fue resultado de más de veinte años de negociaciones. En palabras del *Bureau of Ocean Energy Management* (Oficina de Administración de la Energía Oceánica) este acuerdo abre las posibilidades de explotar zonas transfronterizas en asociación conjunta de ambos países, a excepción de aquellas aguas bajo dominio del estado de Texas, dando certeza legal respecto a áreas no exploradas cuya oportunidad de exploración abre la ventana para la extracción conjunta, con los beneficios

⁶⁴ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, “El qué, cómo y cuándo de la Reforma Energética”, *Revista de la Cámara de Diputados*, LXII Legislatura, septiembre 2014.

económicos que ello podría representar a raíz de la producción proyectada y venta de 172 millones de barriles de petróleo⁶⁵. Asimismo, abre la posibilidad de auditorías conjuntas, donde la vigilancia y supervisión serían reforzadas bajo estándares internacionales, por existir legítimo interés económico del gobierno de Estados Unidos de América en que la exploración y extracción se realice de acuerdo con los más altos estándares y las mejores prácticas. En el preámbulo del tratado se utilizan los términos “*safe, efficient, equitable and environmentally responsible exploitation*” (explotación segura, eficiente, equitativa y ambientalmente responsable, quedando sujeto a interpretación el orden prioritario).

El tratado habilita a los operadores facultados por el gobierno, cual sea su denominación, de negociar de manera particular los métodos de exploración conjunta, siempre que quienes otorgaron los derechos de exploración, es decir los gobiernos a través de sus agencias y previa autorización, sean partícipes de los beneficios generados. Por cuanto hace a hipotéticos incumplimientos, el tratado establece la existencia de una comisión de resolución de disputas con cuatro miembros; dos de los cuales serán designados por cada parte nacional y, aunque no se menciona qué hacer en caso de una votación empatada, sí se prevé un arbitraje técnico como figura que aclare cuestiones de este tipo. Se prevé que el costo de dicho comité habrá de ser cubierto por las agencias estatales, lo que requiere mayor detalle de legislación secundario en el caso mexicano a efecto que el interés público no sufra merma en sus finanzas. Asimismo, deben quedar claramente establecidas las garantías de cumplimiento para otorgar certidumbre en caso de alguna intervención gubernamental en el entorno de las renegociaciones del TLCAN, por poner un ejemplo. Esto debido a que se tiene registro de aperturas comerciales a sectores restringidos en Latinoamérica, como en Ecuador y Venezuela, que han sufrido cambios a los acuerdos originales por considerárseles demasiado agresivos en un principio⁶⁶, o se cambia el régimen fiscal generando disputas internacionales.

⁶⁵ Véase García Sánchez, Guillermo, “Energy Reform in Mexico: Lessons and Warnings from International Law”, *Harvard Kennedy School of Government Latin America Policy Journal*, Estados Unidos de América, Third Edition, Spring 2014, <https://ssrn.com/abstract=2652577>

⁶⁶ *Idem*, p.92.

III.2.D.b. Tratado entre México y Estados Unidos sobre la Delimitación de la Frontera Marítima en la Región Oriental del Golfo de México

Este tratado se hizo con la finalidad de delimitar la frontera marítima, a más de 200 millas náuticas de la plataforma continental y de manera relevante, reconoce y adopta las nuevas normas mexicanas sobre los yacimientos transfronterizos de hidrocarburos. La razón de su existencia es que podrían existir yacimientos de petróleo o gas natural que se extiendan a través del límite de la plataforma continental. Ante tal posibilidad, se planteó que era necesario un instrumento de cooperación que abriera la posibilidad a consultas periódicas entre los países parte para proteger sus intereses. Ratifica el acuerdo antes mencionado sobre los Yacimientos Transfronterizos de Hidrocarburos en el Golfo de México. Por lo tanto, tenemos un acuerdo en cuanto al qué y otro en cuanto al dónde.

Este nuevo Tratado fue firmado por Estados Unidos de América el 8 de enero de 2017, y ratificado por el Senado mexicano el 27 de abril de 2018 para su plena entrada en vigor. También se le conoce como el tratado del polígono occidental por la forma de limitar la plataforma continental que es determinando los puntos equidistantes intermedios entre los últimos puntos de las fronteras existentes y el triple punto de la frontera entre México, Estados Unidos y Cuba, mediante “líneas geodésicas”.

Deviene de una necesidad práctica, pues en el marco normativo existente que se tenía desde el acuerdo firmado en 1978 por México y Estados Unidos, así como el Tratado sobre la Delimitación de la Plataforma Continental en la Región Occidental del Golfo de México más allá de las 200 millas náuticas del año 2000, donde se estableció que la frontera marítima sería, en el caso del Océano Pacífico, hasta la anchura de 200 millas marinas. En el Golfo de México, la frontera sólo se establecía en donde se hubieran empalmado por haber menos de 400 millas náuticas entre las costas de ambas naciones, dentro de la zona económica exclusiva y de ahí la razón de detallar límites dado que había tratados bilaterales de delimitación celebrados también con Cuba en los años sesenta.

El resultado es positivo pues de acuerdo con un Consejero Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores⁶⁷, la reivindicación de esta zona incrementará potencialmente las reservas petroleras para nuestro país y atiende el tema de yacimientos transfronterizos de una manera responsable, al vincularse el acuerdo preexistente del 2012 y haber aprovechado una coyuntura política favorable entre Estados Unidos y Cuba, para obtener certidumbre jurídica en áreas marítimas en las que México ahora ejerce derechos de soberanía y jurisdicción, asimismo “reconoce la posibilidad de ampliar la Zona Económica Exclusiva y los derechos sobre la plataforma continental” Complementariamente, da el marco para crear mecanismos futuros de atención y mitigación ante eventuales contingencias ambientales.

III.2.D.c. Tratado de Libre Comercio con América del Norte, Acuerdos

Comerciales y USMCA

En primer lugar, dado su peso específico en la balanza comercial y el comercio regional, los Tratados de Libre Comercio, en particular con América del Norte, son de especial trascendencia dado que Estados Unidos de América es por mucho el primer socio comercial de nuestro país, sede de muchas de las petroleras más grandes del mundo.

El Tratado de Libre con América del Norte (TLCAN) publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993 abordó en el conocido capítulo VI el tema de la energía y petroquímica básica. Dado que para ese entonces la Suprema Corte no se había pronunciado sobre cuál si los tratados internacionales, la constitución habría de tener prevalencia en caso de contradicciones, el primer artículo del capítulo, el 601, reconocía el pleno respeto a las constituciones de los tres países firmantes. Esto daba lugar a mantener la prohibición de todo tipo de inversión privada tanto extranjera como nacional en el anexo 602.3 sobre Reservas, donde

⁶⁷ Alday González, Alejandro, entrevista en la nota de prensa del Senado de la República “Aprueba Comisión tratado con EU para delimitar frontera marítima en la región oriental del Golfo de México”, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/internacional/39316-aprueba-comision-tratado-con-eu-para-delimitar-frontera-maritima-en-la-region-oriental-del-golfo-de-mexico.html>

claramente se establecía que:

1. El Estado mexicano se reserva para sí mismo, incluyendo la inversión y la prestación de servicios, las siguientes actividades estratégicas:

(a) exploración y explotación de petróleo crudo y gas natural; refinación o procesamiento de petróleo crudo y gas natural; y producción de gas artificial, petroquímicos básicos y sus insumos; y ductos;

(b) comercio exterior; transporte, almacenamiento y distribución, hasta e incluyendo la venta de primera mano de los siguientes bienes:

(i) petróleo crudo;

(ii) gas natural y artificial;

(iii) bienes cubiertos por este capítulo obtenidos de la refinación o del procesamiento de petróleo crudo y gas natural; y

(iv) petroquímicos básicos;

(...)

Importante fue, sin embargo, que en el capítulo 10 se consideraba como obligación permitir la participación de proveedores de Estados Unidos y Canadá en las compras que hicieran las empresas paraestatales como PEMEX y CFE. Estos principios se llevan después al Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, donde se encuentran asentadas empresas transnacionales de peso global en la industria extractiva y energética, de países como Inglaterra, Noruega, Rusia, entre otros y se siguen las directivas trazadas por el TLCAN.

De acuerdo con el más reciente estudio de *Rice University* en el estado de Texas, con el proyecto actual del nuevo acuerdo comercial entre Estados Unidos, México y Canadá, mejor conocido como el United States-Mexico-Canada Agreement (en adelante USMCA) nuestro país no podría retractarse ni regresar al estado anterior a la Reforma Energética de 2013 en el sentido de no permitir la entrada de inversión extranjera al sector de la exploración y la producción petrolera, aun cuando tal fuera la voluntad del titular del Ejecutivo, de acuerdo con el documento presentado por

David Gantz, investigador del Instituto Will Clayton para la Investigación de Comercio y Economía Internacional del Baker Institute en la mencionada universidad texana.

Dicho documento⁶⁸ se enfoca tanto en las oportunidades de negociación y tareas por avanzar en dicho sector, así como en posibles riesgos o debilidades que podría manifestarse en las negociaciones del nuevo acuerdo. Resulta jurídicamente relevante y políticamente interesante la comparación entre el proyecto del nuevo acuerdo y el anterior capítulo 6 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá y el USMCA que, a septiembre de 2019, ha sido firmado pero no así ratificado por los tres países⁶⁹.

En dicho contexto y dadas las obligaciones internacionales que México ha contraído como Estado, más allá del simple conjunto de personas que conforman una administración, y también a razón del Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico, se percibe que el Ejecutivo tiene conocimiento de dichas responsabilidades de acuerdo con las declaraciones emitidas por la titular de la Secretaría de Energía en el marco de la Convención *Energy México 2019*, mencionando que “No habrá cambios a la Ley de Hidrocarburos de México”⁷⁰. Asimismo, la responsable de trazar la política energética de nuestro país reconoció que “Los 107 contratos que se firmaron durante la administración anterior serán respetados y garantizados, porque los hemos analizado y para apoyar el aumento de la producción de petróleo del país”. Esto despeja ciertas dudas sobre si este sector obstaculizará la ratificación del USMCA. Dicho respeto a los contratos firmados no garantiza en sí mismo la toma de decisiones sabias en el resto de la política económica, de acuerdo con Gantz, también Profesor emérito en el programa de Derecho Mercantil y Comercio Internacional de la Universidad de Arizona.

⁶⁸ Consultado en: <https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/a7b744b6/bi-report-091719-mex-usmca-5.pdf>

⁶⁹ Véase: <https://news.rice.edu/2019/09/27/new-north-american-trade-deal-limits-changes-to-mexicos-energy-policies-says-baker-institute-expert/#.XY5iUuBICYE.twitter>

⁷⁰ Mariano Efraín, “No habrá cambios a la Ley de Hidrocarburos de México: Rocío Nahle”, Energy and Commerce, enero 29, 2019. Consultado en: <https://energyandcommerce.com.mx/no-habra-cambios-a-la-ley-de-hidrocarburos-de-mexico-rocio-nahle/>

III.2.D.d. La norma anticorrupción *U.S. Foreign Corrupt Practices Act*

(USFCPA)

Ahora bien, qué reacción normativa viene del país del norte en prevención de este tipo de conductas documentadas históricamente. La ley que identificaremos como USFCPA, creada en Estados Unidos en 1977 en el contexto del escándalo de corrupción conocido como Watergate es una norma para prevenir y combatir prácticas corruptas realizadas en el extranjero que prohíbe a las empresas y personas estadounidenses pagar sobornos a funcionarios extranjeros con fines de negocios. No establece una cantidad mínima para que un soborno sea sancionado y también describe las pautas de transparencia contable exigidas por el gobierno de este país.

Esta norma se enfoca principalmente en la acción de sobornar y en normas de transparencia contable. Trasciende que para su aplicación, el Congreso de este país definió que un acto es hecho de manera corrupta cuando se hace una oferta, pago, promesa o dádiva con la intención de inducir un uso incorrecto de un cargo oficial.

III.2.E. Normas administrativas de carácter general

III.2.E.a. Lineamientos, disposiciones y acuerdos

A efecto de dar el grado de certeza técnica necesaria para que en la esfera administrativa se lleven a cabo las actividades objeto de la reforma, se emiten de manera enunciativa las siguientes normas relativas al tema de estudio para profundizar en posteriores trabajos de investigación:

Lineamientos para el análisis y evaluación de los recursos prospectivos y contingentes de la nación y del proceso exploratorio y su seguimiento

Lineamientos por los que se establecen los requisitos y el procedimiento para celebrar alianzas o asociaciones en las que se lleve a cabo la cesión del control corporativo y de gestión o del control de las operaciones, respecto de los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos

Lineamientos que regulan la perforación de pozos

Lineamientos Técnicos en materia de Medición de Hidrocarburos

Lineamientos que regulan el procedimiento para la presentación, aprobación y supervisión del cumplimiento de los planes de Exploración y desarrollo para la Extracción de Hidrocarburos, así como sus modificaciones

Lineamientos para la transferencia de información histórica del Centro Nacional de Información de Hidrocarburos

Lineamientos para la transferencia de información histórica del Centro Nacional de Información de Hidrocarburos.

Disposiciones administrativas de carácter general que establecen las reglas para el requerimiento mínimo de seguros a los regulados que lleven a cabo obras o actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, tratamiento y refinación de petróleo y procesamiento de gas natural

Disposiciones Administrativas en materia de Licitaciones de Contratos para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos

Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los lineamientos para la conformación, implementación y autorización de los Sistemas de Administración de Seguridad Industrial, Seguridad Operativa y Protección al Medio Ambiente aplicables a las actividades del Sector Hidrocarburos que se indican

Disposiciones administrativas de carácter general en materia de autorizaciones para el reconocimiento y exploración superficial

Acuerdo por el que la Comisión Nacional de Hidrocarburos emite los formatos oficiales para la entrega de la información o documentación correspondiente a las solicitudes, autorizaciones, avisos, notificaciones, informes y reportes relacionados con la regulación que en los propios formatos se indica.

III.2.F.b. Convenios de Colaboración y Plan Quinquenal

La Comisión Nacional de Hidrocarburos, representada por el entonces Comisionado Presidente Juan Carlos Zepeda Molina, y la entonces Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción a través de su Secretario Técnico, celebraron un convenio de colaboración con el objetivo de “establecer mecanismos de coordinación, colaboración e intercambio de información”.

En el mismo tenor, pero con la finalidad de abrir el sector al estudio y al escrutinio de la academia, la CNH ha firmado al 8 de noviembre de 2018 catorce convenios con Universidades y cuatro convenios con centros de investigación para que puedan acceder al Centro Nacional de Información de Hidrocarburos, coadyuvando a la formación de los futuros ingenieros y especialistas del sector. Cuatro de estas instituciones se encuentran en el estado de Tabasco, tres de ellas en Veracruz, mismo número que en la Ciudad de México y los estados de Baja California, Coahuila, Estado de México, Nuevo León, Oaxaca y Puebla cuentan cada uno con un convenio institucional.

A nivel internacional, la Universidad de Texas, representante de los mayores centros de investigación sobre petróleo, gas natural y sus derivados, así como con importantes centros de estudio sobre la relación México-Estados Unidos, cuenta ya con dos convenios para su campus de la Ciudad de Austin, capital del Estado⁷¹.

Por su parte, el plan quinquenal elaborado para el periodo 2013-2018 se trató de un documento independiente a los procedimientos de contratación, pero vinculado a ellos con fines de orientación, mas no vinculante.

III.2.F. La norma individualizada: El contrato de exploración y producción

Primero debemos conocer la definición del “Contrato para la Exploración y Producción” la cual se encuentra en la *Ley de Hidrocarburos*, específicamente en su artículo 4, fracción IX. Definida como aquel “Acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, por el que se conviene

⁷¹ Cfr <https://portal.cnih.cnh.gob.mx/estadisticas.php>

la exploración y extracción de hidrocarburos en un área contractual y por una duración específica”. Así es como en la normativa nacional mexicana se introduce el concepto objeto de estudio de esta tesis, a diferencia de las concesiones, nunca definidas.

El siguiente apartado de esta tesis tiene como finalidad estudiar los elementos de existencia y validez del contrato administrativo para saber si la voluntad, las partes y el objeto son legales y libres de vicios. Dado que su constitucionalidad ha sido aquí evaluada como plena y por tanto este tipo de contratos se estiman jurídicamente válidos y procedentes, aquí se analiza la legalidad de sus elementos torales contenidos en el clausulado, que es donde se definen los derechos y obligaciones de manera individualizada para el negocio jurídico que las partes quieren contraer en cada caso específico.

III.2.F.a. Las partes y su capacidad: La legal representación del Estado

De acuerdo con la CPEUM y la *Ley de Hidrocarburos* existe la posibilidad para que el Estado mexicano, que es la parte contratante, pueda vincularse a través de un acto jurídico administrativo con particulares, se traten éstos de una persona física o una persona moral que será contratada.

Se define como “particulares” a alguna persona física o moral, siempre y cuando esta última sea constituida conforme a las leyes mexicanas. Cualquiera de estas dos entidades, una vez satisfechos los requisitos y obligaciones que cada contrato exija, en su momento podrá convertirse en operador, como se les conoce en la industria. Es importante recalcar que aquella empresa internacional de la cual haya surgido la nueva empresa constituida en México, con la finalidad de satisfacer el requisito de nacionalidad mexicana, es responsable solidaria de sus obligaciones, por lo que la empresa madre responde de las deudas de la filial.

En los contratos objeto de nuestro estudio, respecto a la legitimación y las facultades de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, la *Ley de Hidrocarburos* en su artículo 31 establece que una de las facultades de dicha Comisión es administrar y supervisar en materia técnica los contratos para la exploración y extracción, incluso

se permite apoyarse de auditores externos para dicha función. Asimismo, se encuentra obligada a cumplir con los términos y condiciones de los contratos, por lo que tiene calidad de parte obligada. Por cuanto a la ordenación, archivo, supervisión y control de gestión de dichos contratos, la CNH tiene la facultad plena de administrar, pudiendo así contratar compañías de *outsourcing* especializadas en estas funciones.

III.2.G.b. Las contraprestaciones

Elemento sin el cual no puede existir un contrato como el de prestación de servicios, este dato se determina de manera distinta en cada uno de los tres tipos de contratos a celebrar.

Contratos de producción compartida.- Los contratos de producción compartida se diferencian de los demás porque pagan al prestador con un porcentaje del producto extraído, sin especular sobre su precio de comercialización. Este esquema resulta interesante para las compañías que aumentan su valor en libros teniendo mayores reservas para periodos futuros de mayor demanda de esta *commodity*., siempre que reconozcan que la eventual propiedad futura no será plena sino hasta que se materialice el pago.

Contratos de utilidad compartida.- En éste, el pago es en dinero, pero una vez comercializado el hidrocarburo después de gastos de producción, por lo que los costos de producción en que incurre el operador son relevantes para efectos de las finanzas públicas, pues de la diferencia entre costos de producción y el precio de venta, se obtiene la utilidad, de la cual se obtiene la ganancia del Estado. De acuerdo con la información pública, el monto de porcentaje de utilidad ofrecido por los particulares durante las rondas ha sido desde el quince hasta alrededor del 80 por ciento.

Contratos de licencia.- En los contratos de licencia el operador calcula cuánto le pagará al Estado por cada bloque, con fundamento en sus estudios técnicos, como los de sísmica. En este tipo de contratos el monto de los gastos en que incurre el operador no resulta relevante para fines de las finanzas públicas, aunque sí se

transparentan por cuanto al interés público que pudiera generar. El principal criterio de asignación es el otorgamiento a quien ofrezca la mayor cantidad al Estado en términos absolutos.

Contratos de servicios.- Éstos últimos tienen como características que el pago de la contraprestación será siempre en dinero y se está obligado al pago, sea que se obtenga producción, o no.

III.2.G.c. La voluntad: El beneficio público y el criterio maximización

El acuerdo de voluntades que se formaliza en el acto jurídico del contrato es producto del interés mutuo por maximizar las ganancias, lo que se logra analizando detalladamente varios factores internos y externos a nuestro país. Sin embargo, el primero y último en plasmar sus intereses es el Estado mexicano, quien es el artífice del clausulado, en particular de la cláusula de contraprestación. Para ello, algunos de los factores que toma en cuenta son técnicos, otros financieros, y otros de política económica, y tiene para ello todo el tiempo que considere necesario antes de buscar con quién asociarse o si es que lo estima conveniente.

III.2.G.d. El clausulado

El artículo 19 de la *Ley de Hidrocarburos* determina el contenido mínimo que habrán de tener los contratos de exploración y producción, que claramente son más específicos que los contratos administrativos genéricos y al efecto son:

- I. La definición del **Área** Contractual;
- II. Los **planes** de Exploración y de desarrollo para la Extracción, incluyendo el plazo para su presentación;
- III. El programa mínimo de **trabajo y de inversión**, en su caso;
- IV. Las **obligaciones** del Contratista, incluyendo los términos económicos y fiscales;
- V. La **vigencia**, así como las condiciones para su prórroga;
- VI. La adquisición de **garantías y seguros**;

VII. La existencia de un sistema de **auditorías externas** para supervisar la efectiva recuperación, en su caso, de los costos incurridos y demás contabilidad involucrada en la operación del contrato;

VIII. Las **causales de terminación** del contrato, incluyendo la terminación anticipada y la rescisión administrativa;

IX. Las obligaciones de **transparencia** que posibiliten el acceso a la información derivada de los contratos, incluyendo la divulgación de las contraprestaciones, contribuciones y pagos que se prevean en el propio contrato;

X. El porcentaje mínimo de **contenido nacional**;

XI. Las condiciones y los mecanismos para la reducción o **devolución del Área Contractual**;

XII. La solución de **controversias**, incluyendo los medios alternativos de solución de conflictos;

XIII. Las **penas** aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales;

XIV. La **responsabilidad** del Contratista y del operador conforme a las mejores prácticas internacionales. En caso de accidente, no se limitará la responsabilidad del Contratista u operador si se comprueba dolo o culpa por parte de éstos, y

XV. La observancia de **mejores prácticas internacionales** para la operación en el Área Contractual.

Como se puede apreciar, y en atención a los contratos modelo de otros países del mundo, las obligaciones principales del particular quedan claramente delineadas por cuanto a los criterios más específicos de los ámbitos de validez de una norma, como son el ámbito de validez espacial, temporal, personal y material. Y va más allá. De manera más específica, los conceptos clave de un contrato de exploración y extracción son el área, los planes de exploración y desarrollo para la extracción, programa mínimo de trabajo e inversión, obligaciones del contratista, vigencia, garantías y seguros, sistema obligatorio de auditorías externas, causales de

terminación, obligaciones de transparencia, porcentaje de contenido nacional, métodos de reducción o devolución del área contractual y en caso de haberlas: solución de controversias, penas y responsabilidades del contratista y del operador, todo lo anterior en el marco de las mejores prácticas internacionales.

III.2.H. Análisis del contenido específico del primer contrato suscrito

III.2.H.a. Partes y Proemio

México tiene 73 contratos firmados al 8 de diciembre de 2017. Ahora bien, para fines de claridad de los conceptos y de orden cronológico, se analiza a continuación el primer contrato firmado entre la Nación y **tres** empresas particulares bajo una de las tres modalidades permitidas por el marco normativo, específicamente el **“Contrato para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos bajo la modalidad de Producción Compartida entre la Comisión Nacional de Hidrocarburos y Sierra O&G Exploración Y Producción, S. de R.L De C.V., Talos Energy Offshore Mexico, S. de R.L. de C.V. Y Premier Oil Exploration and Production Mexico, S.A. De C.V.”** del 4 de septiembre de 2015. Este primer acuerdo ha sido por supuesto objeto de estudio, análisis, corrección y adiciones en los subsecuentes de su especie, pero es la base para comprender cuáles fueron de inicio los elementos en que se tiene el principal interés, para que queden plasmados explícitamente en beneficio de la Nación. El proemio completo, por su trascendencia, se transcribe de la siguiente manera:

CONTRATO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE HIDROCARBUROS BAJO LA MODALIDAD DE PRODUCCIÓN COMPARTIDA

CONTRATO CNH-R01-L01-A2/2015

Este Contrato para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos bajo la Modalidad de Producción Compartida (el "Contrato") se celebra el **4 de septiembre de 2015**, entre, por una parte, los **ESTADOS UNIDOS MEXICANOS** ("México", el "Estado" o la "Nación"), por conducto de la COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS (la "CNH"), representada por el C. Juan Carlos Zepeda Molina, en su carácter de Comisionado Presidente, Carla

Gabriela González Rodríguez, Secretaria Ejecutiva; Felipe Ortuflo Arzate, Director General de Evaluación del Potencial Petrolero y Gaspar Franco Hernández, Director General de Dictámenes de Extracción, y por la otra parte, **Sierra O&G Exploración y Producción, S. de R.L. de C.V., una sociedad mercantil constituida de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos** (en lo sucesivo "Sierra O&G Exploración y Producción"), representada por Iván Rafael Sandra Silva y Read Bryan Taylor, en su carácter de representantes legales; Talos Energy Offshore Mexico 2, S. de R.L. de C.V. una sociedad mercantil constituida de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo "Talos Energy Offshore Mexico 2"), representada por John Ashland Shepherd, en su carácter de representante legal, y Premier Oil Exploration And Production Mexico, S.A. de C.V. una sociedad mercantil constituida de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo "Premier Oil Exploration And Production Mexico"), representada por Timothy Lloyd Davies, en su carácter de representante legal, al tenor de las siguientes Declaraciones y (...)

Es este apartado, se destacan las siguientes características del acto administrativo. Primero, se trata de la celebración de un contrato, no de una asignación, por lo que de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la *Ley de Hidrocarburos* éste es celebrado por el Estado Mexicano por conducto de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, con tres empresas particulares. Asimismo, se enuncia como su objeto la exploración y extracción de hidrocarburos bajo la modalidad de Producción Compartida. También podemos notar que se indican los cargos y nombres propios de las personas físicas que representan a la Comisión Nacional de Hidrocarburos y se indican los nombres de las empresas particulares y representantes asentándose su constitución conforme a las leyes mexicanas.

III.2.H.b. Declaraciones

Como sabemos, un contrato inicia con las declaraciones de las partes, sobre las cuales omitiremos algunos datos específicos, por rebasar el interés de un análisis académico, pero sí veremos el orden en que aparecen las declaraciones y sobre qué se pronuncian las partes, manteniendo la información referente al nombre de las

empresas, que es pública de cualquier forma.

En las declaraciones se deja clara la existencia jurídica de las empresas licitantes, sea que participen de manera individual o en consorcio. En el caso de este primer contrato, si bien se forma una empresa *ad hoc* para fines de esta licitación, son dos las empresas internacionales que respaldan financiera, logística y técnicamente a la sociedad constituida en México, a través de dos empresas que llamaremos “espejo” por reflejar de manera idéntica a las empresas originales constituidas en países diferentes del nuestro, que por dicha razón no podrían participar en el concurso en términos de la *Ley de Hidrocarburos*, pero que sí son responsables de manera solidaria. Esto significa que responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones de sus filiales; es decir de las empresas constituidas en México y que existen jurídicamente como persona moral en México. Por parte del Estado mexicano, se deja claro el fundamento jurídico desde el más alto nivel constitucional para comprometerlo al cumplimiento de las obligaciones por adquirirse:

La **Comisión Nacional de Hidrocarburos** declara que:

- I. Es un **Órgano Regulator Coordinado** en Materia Energética de la Administración Pública Federal Centralizada del Estado, con personalidad jurídica propia, autonomía técnica y de gestión, de conformidad con los artículos 28, octavo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la "Constitución"), 2, fracción I, y 3 de la Ley de los Órganos Regulatorios Coordinados en Materia Energética;
- II. Conforme a los artículos 27, séptimo párrafo, de la Constitución, 15 de la Ley de Hidrocarburos y 38, fracción II, de la Ley de los Órganos Regulatorios Coordinados en Materia Energética, tiene **capacidad legal para celebrar, en nombre y representación del Estado**, contratos con particulares o con Empresas Productivas del Estado a través de los cuales la Nación lleva a cabo las actividades estratégicas de Exploración y Extracción del Petróleo y demás hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos en el territorio mexicano;
- III. De conformidad con las disposiciones aplicables de la Constitución, la Ley de Hidrocarburos, la Ley de los Órganos Regulatorios Coordinados en Materia

Energética, y los Lineamientos establecidos por la Secretaría de Energía y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el ámbito de sus respectivas competencias, el 11 de diciembre de 2014 publicó en el Diario Oficial de la Federación la Convocatoria No. CNH-R01-C01/2014 para la **licitación pública internacional** de un Contrato para la Exploración y Extracción bajo la Modalidad de Producción Compartida para el Área Contractual descrita en el Anexo 1, y que de acuerdo con el procedimiento establecido en las Bases de Licitación emitidas para dicho procedimiento de licitación, emitió el fallo el 17 de julio de 2015 en virtud del cual se adjudicó a Sierra Oíl & Gas, S. de R.L. de C.V. en Consorcio con Talos Energy, LLC y Premier Oíl, PLC el presente Contrato.

IV. Su **representante está facultado** para celebrar este Contrato conforme al artículo 23 fracción III, de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, así como en los artículos 14, fracción XVI, 20, cuarto y quinto transitorios del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

Sierra O&G Exploración y Producción declara que:

I. Es una sociedad mercantil constituida y con **personalidad jurídica de conformidad con las leyes de México**, y en cumplimiento de lo establecido en el numeral 22.3 de la Sección 111 de las Bases de Licitación para la Adjudicación de Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en Aguas Someras - Primera Convocatoria, Licitación CNH-R01-L01/2014, cuyo único objeto social es la Exploración y Extracción de Hidrocarburos, y que cuenta con capacidad legal para celebrar y cumplir el presente Contrato;

II. Tiene su **residencia fiscal en México, cuenta con un Registro Federal de Contribuyentes** y no tributa en el régimen fiscal opcional para grupos de sociedades a que se refiere el Capítulo VI del Título Segundo de la Ley del Impuesto sobre la Renta;

III. **Conoce las leyes** de México, así como sus reglamentos y cualesquiera otras disposiciones aplicables;

IV. Tiene la organización, la **experiencia y la capacidad técnica, financiera y de ejecución** para cumplir con sus obligaciones en virtud del presente Contrato;

V. Ha llevado a cabo los actos corporativos, obtenido las **autorizaciones corporativas** o de otra naturaleza y cumplido con los requisitos legales aplicables para celebrar y cumplir el presente Contrato, y ni ella ni ningún tercero asociado con la misma se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, y

VI. La capacidad jurídica de (...) como representantes legales para celebrar el presente Contrato, se acredita mediante la copia certificada de la Escritura Pública No. (...) otorgada ante la fe del Notario Público No. 94 del Distrito Federal, Lic. (...), de fecha 12 de agosto de 2015.

Talos Energy Offshore Mexico 2 declara que:(...)

Premier Oil Exploration And Production Mexico declara que:(...)

Los **OBLIGADOS SOLIDARIOS** declaran que:

Sierra Oil & Gas, S. de R.L. de C. V.

I. Es una sociedad debidamente constituida y existente de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos y tiene la capacidad legal para celebrar y cumplir con las obligaciones derivadas de este Contrato en su carácter de obligado solidario, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 22.3 de la Sección III de las Bases de Licitación para la Adjudicación de Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en Aguas Someras - Primera Convocatoria, lo cual se acredita con:

- El testimonio de la escritura pública número (...), y
- El testimonio de la escritura pública número (...).

II. La capacidad jurídica de (...) se acredita a través del poder protocolizado mediante Escritura Pública No. (...)

Talos Energy, LLC

I. Es una sociedad debidamente constituida y existente de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América y tiene la capacidad legal para celebrar y cumplir con las obligaciones derivadas de este Contrato en su carácter de obligado solidario, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 22.3 de la Sección III de las Bases de Licitación para la Adjudicación de Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en Aguas Someras - Primera Convocatoria, lo cual se acredita

con el Documento Constitutivo expedido por el Estado de Delaware número (...) de fecha 15 de diciembre de 2011, otorgada ante el Sr. (...), oficial de la División de Sociedades de la Secretaria de Estado del Estado de Delaware y autenticada ante el Secretario de Estado (...), mismo que cuenta con las apostilla número (...) de fecha 26 de febrero de 2015.

II. La capacidad jurídica de (...) como representante legal para celebrar el presente Contrato se acredita mediante el Primer Testimonio de la escritura pública número (...), de fecha 13 de agosto de 2015 , otorgada ante la fe del Lic. (...), Notario Público No. (...) del Distrito Federal, actuando como suplente (...)

Premier Oil, PLC

I. Es una sociedad debidamente constituida y existente de acuerdo con las leyes Escocia (sic) y tiene la capacidad legal para celebrar y cumplir con las obligaciones derivadas de este Contrato en su carácter de obligado solidario, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 22 .3 de la Sección III de las Bases de Licitación para la Adjudicación de Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en Aguas Someras – Primera Convocatoria, lo cual se acredita con:

- Certificado constitutivo número (...) del Registro de Sociedades de Escocia, correspondiente a la sociedad privada limitada Dalglen (No. 836) Limited, otorgado ante el Departamento de Sociedades, Edimburgo Escocia, el 31 de julio de 2002.
- Certificado de cambio de nombre de la empresa 234781, mediante el cual la empresa Dalglen (No. 836) Limited, cambia de nombre a Premier Oil Group

Limited, otorgado ante el Departamento de Sociedades, Edimburgo Escocia, el 13 de septiembre de 2002.

- Certificado mediante el cual la empresa Premier Oil Group Limited cambia de sociedad privada a sociedad pública limitada, otorgado ante el Departamento de Sociedades, Edimburgo Escocia, el 10 de marzo de 2003 .
- Certificado mediante el cual la empresa Premier Oil Group PLC mediante resolución especial cambia de nombre para quedar Premier Oil Plc, otorgado ante el Departamento de Sociedades, Edimburgo Escocia, el 15 de julio de 2003.

II. La capacidad jurídica de (...), como representante legal para suscribir el presente Contrato se acredita mediante Primer Testimonio de la Escritura Pública No. (...) otorgada ante la fe del Notario Público No.(...)

Lo que se puede apreciar en la parte de los obligados solidarios es que las empresas constituidas en México son espejo de una empresa norteamericana y una proveniente de Escocia. Esto tiene como resultado que las empresas constituidas en otros países no podrían apelar a su origen para ser requeridas, demandadas, juzgadas y en su caso sancionadas en el país de su creación.

III.2.H.c. Cláusulas sobre definiciones, porcentajes y regalías

La cláusula primera es la correspondiente a las definiciones e interpretación de conceptos de carácter técnico, financiero, administrativo y legal, práctica común en el derecho mercantil en los países desarrollados del mundo desde hace décadas. Esto permite tener un terreno común que evita dobles interpretaciones o errores de identificación de elementos del contrato. Dado que el objeto de estudio de esta tesis, el contrato, tiene una extensión de 178 páginas, más que ver su contenido literal se analiza y comenta lo relevante y novedoso para efectos de esta tesis. Veintidós de dichas páginas se dedican a las definiciones, un glosario completo que en futuros contratos puede ser aumentado o corregido.

En el contrato analizado, en su modalidad de producción compartida, se expresa en la cláusula primera que a la contraprestación del Estado determinada en función del

valor contractual de los hidrocarburos se le llama regalías. De esta forma se define a la contraprestación, la cual es relevante para efectos del cumplimiento de obligaciones de carácter fiscal. Las contraprestaciones propiamente desglosadas se precisan en la cláusula 16.

De dicha manera, los porcentajes de interés mencionados en las cláusulas de contraprestaciones, de acuerdo a las definiciones del contrato consisten en la “porción indivisa de cada una de las empresas participantes expresada como un porcentaje de la totalidad de las acciones de todas las empresas participantes” (contratistas). Como ejemplo de esto tenemos que Sierra O&G Exploración y Producción S. de R.L De C.V. tiene un cuarenta y cinco por ciento (45%); Talos Energy Offshore Mexico, S. de R.L. de C.V. también tiene un cuarenta y cinco por ciento (45%); y Premier Oil Exploration and Production Mexico, S.A. De C.V. tiene por su parte el restante diez por ciento (10%).

Un aspecto importante de este tópico es lo asentado en la cláusula 2 del contrato en estudio, en la que se indica claramente que el costo y riesgo son asumidos totalmente por las empresas contratistas, lo que implica una ganancia financiera en favor el Estado Mexicano. Esto ya que dicho contratista cubrirá todos los costos y proveerá todo el material, tecnología y financiamiento necesarios para la realización de las actividades petroleras sin tener un éxito garantizado, riesgo antes asumido por PEMEX.

III.2.H.d. Cláusulas sobre no otorgamiento de derechos de propiedad y área contractual

Valer la pena mencionar el contenido de la cláusula 2.2, donde se establece claramente que el contrato “no confiere a ninguna de las empresas participantes derechos de propiedad sobre los hidrocarburos en el subsuelo, los cuales son y serán y permanecerán en todo momento propiedad de la Nación”. Con esta cláusula se da cumplimiento a uno de los postulados de la Constitución Política Mexicana, establecidos en sus artículos 25, cuarto párrafo, 27, séptimo párrafo y 28, cuarto párrafo. Esta obligación también se prevé en el artículo primero de la *Ley de*

Hidrocarburos y aquí se materializa para cumplir el mandato constitucional en el contrato. Incluso se extiende la salvaguarda para señalar que, en ningún caso los recursos minerales distintos a hidrocarburos serán propiedad del contratista, ni tiene derecho en virtud del contrato a explotar o utilizar dichos recursos en caso de ser encontrados.

Respecto al área contractual y de acuerdo a la previsión del numeral 4, fracción III de la *Ley de Hidrocarburos*, el área contractual es la superficie y profundidad que se determinan, así como las formaciones geológicas contenidas en la proyección vertical en dicha superficie para dicha profundidad, en las que se realiza la exploración y extracción de hidrocarburos a través de contratos de exploración y extracción de hidrocarburos; lo cual se describe también en el anexo 1 del propio contrato.

Así tenemos que el área contractual establece el límite espacial del contrato, para explorar y extraer hidrocarburos y de manera previa para determinar el impacto ambiental y el impacto social en dicha área.

La evaluación del impacto social que el proyecto tenga sobre la población o comunidades que se encuentren dentro del área de exploración y posterior extracción, así como la identificación, predicción y valoración en la población es un requisito del proyecto. Ello, porque se podrán establecer las contraprestaciones, términos y condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, contraprestaciones que serán negociadas con los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, donde se contempla también la adquisición. Y como requisito para esta negociación el contratista debe mostrar los planos del área al amparo del contrato correspondiente manifestando su interés de usar, gozar o adquirir los terrenos, bienes o derechos necesarios.

De esta forma, los particulares pueden someterse voluntariamente al arrendamiento o servidumbre espontánea o tratar de determinar un precio o figuras adecuados a la

normatividad aplicable o en su defecto establecerse una servidumbre de hidrocarburos a través del procedimiento establecido en la ley.

III.2.H.e. Clausulas sobre impacto ecológico y zonas de salvaguarda

Una de las principales preocupaciones en el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos es la probable afectación al medio ambiente debido a lo cual se han incluido en la legislación mexicana las previsiones, obligaciones y soluciones que deben darse en caso de que se presente algún daño ambiental. Dicha regulación se inicia con el estudio previo de impacto ambiental en la zona contractual que debe contemplar las acciones para evitarlas o disminuirlas, las soluciones cuando dichos daños se presenten de manera contingente en el desarrollo del proyecto, las soluciones al término del contrato y el abandono del área contractual. Así observamos que en la Cláusula 14.3 del contrato en análisis se establecen como obligaciones del contratista y sus subcontratistas, las siguientes:

Cláusula 14.- (...)

14.3 Responsabilidad ambiental y seguridad industrial.

El contratista será responsable: (i) del cumplimiento de todas las obligaciones, compromisos y condiciones ambientales previstas en la normatividad aplicable, las mejores prácticas de la industria y los permisos ambientales y, (ii) de los daños que cause al medio ambiente con la realización de las actividades petroleras, el contratista cumplirá con los controles y medidas de prevención en materia ambiental o de seguridad industrial requeridas por la agencia o por la normatividad aplicable o previstas en el programa de administración de riesgos o en el sistema de administración. Sin limitar la responsabilidad ambiental del contratista y subcontratistas prevista en esta cláusula 14.3 o en la normatividad aplicable el contratista y subcontratista deberán:

(a) Realizar las actividades petroleras con sustentabilidad ambiental y preservando y conservando el medio ambiente sin causar daño a la propiedad pública o privada y con apego al sistema de administración.

(b) Realizar los estudios ambientales y obtener, renovar, y mantener todos los

permisos ambientales de las autoridades competentes para la realización de las actividades petroleras de conformidad con el sistema de administración y la normatividad aplicable.

(c) Cumplir con todos los permisos ambientales y mantener los campos en las mejores condiciones que permitan un desarrollo sustentable.

(d) Emplear personal calificado, materiales, procedimientos operacionales y en general actualizadas tecnologías que cumplan con las mejores prácticas de la industria aplicando el procedimiento de prevención, precaución y preservación de la diversidad biológica, de los recursos naturales y de y de la seguridad y salud de la población y de su personal.

(e) Ser responsables de cualquier afectación al medio ambiente y su correspondiente resarcimiento durante la vigencia del contrato por lo que deberán efectuar las labores de remediación que correspondan en caso de contaminación causada por las actividades petroleras. En caso de daño ambiental causado por las actividades petroleras el contratista o subcontratistas deberán efectuar de inmediato los trabajos para controlar los efectos contaminantes, como limpieza, reparación y restauración de las áreas afectadas en términos de lo dispuesto por la normatividad aplicable.

(...)

(h) Como parte de las actividades de abandono remediar y rehabilitar el área contractual que esté siendo abandonada y cumplir con todas las obligaciones ambientales que pudieran existir como resultado de las actividades petroleras.

(...)

De acuerdo a los párrafos anteriores, el contratista es responsable de cumplir todas las obligaciones en materia ambiental preventivas, de mantenimiento, y de reparación en caso de causar daño ambiental, y de limpiar y remediar el suelo en caso de derrames; lo cual queda convenido de manera muy detallada.

Ahora bien, con relación a las áreas contractuales y zonas de salvaguarda, es necesario mencionar que se ha incluido la determinación de zonas de salvaguarda en las áreas de reserva en las que el Estado prohíba las actividades de exploración y

extracción de hidrocarburos, las cuales básicamente se trata de áreas naturales protegidas propuestas el Ejecutivo Federal por la Secretaría de Energía con base en los dictámenes que se realicen para tal efecto. Respecto de tales zonas reservadas no se pueden celebrar contratos de exploración o extracción de hidrocarburos, salvo que se desincorporen con base en Decreto del Ejecutivo Federal.

III.2.H.f. Cláusulas sobre contenido nacional

De especial interés es destacar la regulación de uno de los objetivos en la celebración de contratos de exploración y producción de hidrocarburos que es la utilización de bienes y servicios mexicanos, existiendo la obligación por parte del contratista de utilizar un porcentaje mínimo de ellos, que irán aumentando en las diversas etapas del proyecto, y aunado a ello, se debe considerar a los programas de capacitación y programas de capacitación y transferencia de tecnología, con recursos humanos mexicanos. En el documento objeto de nuestro estudio conviene señalar que se estipuló respecto a los contenidos de bienes y servicios nacionales en el periodo de exploración en el periodo de desarrollo y a partir de 2025:

Cláusula 19.3 Contenido Nacional. El Contratista tendrá las siguientes obligaciones: (...)

(c) El contratista deberá entregar a la Secretaría de Economía en la periodicidad establecida por dicha Secretaría, un reporte que incluya la información sobre contenido nacional en la forma y conforme al procedimiento previsto en las disposiciones que emita dicha dependencia para llevar a cabo la verificación correspondiente. En caso de incumplimiento de porcentaje mínimo de contenido nacional señalado en los programas de cumplimiento referidos el contratista deberá pagar por concepto de pena convencional a la nación, por conducto del fondo, un porcentaje del valor de los conceptos señalados en la metodología, establecida por la Secretaría de Economía para la medición del contenido nacional que hayan sido adquiridos en incumplimiento de los porcentajes mínimos de contenido nacional requeridos según haya sido verificado por la Secretaría de Economía, de acuerdo a lo siguiente:

(i) el equivalente al quince por ciento (15%) para el Periodo de Exploración;

(ii) el equivalente al veinte por ciento (20%) para el primer año del Periodo de Desarrollo;

(iii) el equivalente al cuarenta por ciento (40%) para el segundo año del Periodo de Desarrollo;

(iv) el equivalente al sesenta por ciento (60%) para el tercer año del Periodo de Desarrollo;

(v) el equivalente al ochenta por ciento (80%) para el cuarto año del Periodo de Desarrollo;

(vi) el equivalente al cien por ciento (100%) para el cuarto año del Periodo de Desarrollo;

Respecto al incumplimiento de las demás disposiciones de contenido nacional previstas en esta cláusula 19.3 y la normatividad aplicable, el contratista deberá pagar por concepto de pena convencional a la Nación, por conducto del fondo, la sanción máxima prevista en el artículo 85, fracción segunda, inciso o) de la Ley de Hidrocarburos.

(d) no obstante cualquier subcontratación del contratista, éste seguirá siendo responsable de todas las obligaciones de contenido nacional derivadas del presente contrato.

19.4 Preferencia de bienes y servicios de origen nacional. El contratista deberá dar preferencia a la contratación de bienes y servicios de contenido nacional, incluyendo la capacitación y contratación, a nivel técnico y directivo, de personas de nacionalidad mexicana, así como la adquisición de bienes de origen nacional, cuando dichos productos sean ofrecidos en el mercado bajo las mismas circunstancias, incluyendo igualdad de precios, calidad y entrega oportuna.

19.5 Capacitación y Transferencia Tecnológica. El Contratista deberá cumplir con los programas de Capacitación y Transferencia Tecnológica aprobados por la CNH en el Plan de Exploración y en el Plan de Desarrollo. Las actividades y programas referidos incluirán, entre otros, adopción, innovación, asimilación, investigación y desarrollos tecnológicos, y formación de recursos humanos

nacionales en la investigación científica y tecnológica aplicada en la exploración y producción en coordinación con instituciones de educación superior.

Aquí se puede observar de manera detallada los porcentajes y plazos de aprovechamiento de recursos humanos y bienes y servicios de origen nacional, así como la obligatoriedad de capacitar a nivel técnico y directivo a mexicanos, lo que constituye una ventaja para este sector que redundará en desarrollo nacional.

III.2.H.g. Cláusulas sobre el plazo del contrato

Una cláusula fundamental en todo contrato, especialmente en los de este tipo que contienen diferentes etapas como la etapa de exploración, la etapa de desarrollo y probables prorrogas, es que en cada una de estas etapas se contemplan diferentes obligaciones a realizar incluyendo la conclusión donde la contratista debe realizar diversas actividades antes de retirarse.

La fecha que da inicio al cumplimiento de todas las obligaciones y derechos es la denominada Fecha Efectiva, la que en el propio contrato se define como la fecha de firma del contrato de Exploración y Producción. Es decir, cuando se da arranque al proyecto.

En la cláusula tres del contrato que nos ocupa se establece un plazo de vigencia de 30 años, el cual de acuerdo a la LH puede ser objeto de hasta dos prórrogas en caso de ser necesario y de que se cumplan los requisitos previstos para ello, la primera de ellas a partir del vigésimo quinto aniversario a partir de la fecha efectiva por un periodo de 5 años siempre que se comprometa a mantener la producción comercial regular en el área de desarrollo, en el entendido que el contratista deberá presentar la solicitud dieciocho meses antes de la terminación original del contrato. Pero, se aclara que seguirán vigentes las disposiciones que por su naturaleza tengan que ser cumplidas después de terminado el contrato, incluyendo las relativas al abandono, las indemnizaciones, la seguridad industrial y la protección al medio ambiente.

Podrá otorgarse un segundo plazo adicional si se mantiene la producción comercial regular en el área de desarrollo y la solicitud se presenta dieciocho meses antes de la terminación de la primera prórroga.

En este caso, se indica que junto con las solicitudes anteriores el contratista deberá entregar a la CNH: (i) una propuesta de modificación a los Planes de Desarrollo que incluirá el programa para la Administración de Riesgos que considere la madurez de los yacimientos; (ii) un programa de trabajo para la administración del proyecto propuesto, (iii) el presupuesto correspondiente al programa propuesto; y (iv) el perfil de producción esperado a raíz de la implementación del programa de trabajo propuesto. La CNH decidirá si acepta los programas propuestos y las condiciones, y determinará la procedencia de las prórrogas.

En la etapa de transición de arranque, y dentro del plazo de 90 días se entregará el área contractual al contratista. Y a partir del momento de entrega, el contratista deberá realizar la evaluación de impacto social del área para establecer la línea ambiental antes de iniciar las actividades petroleras; mismo caso con los pasivos ambientales. Al término de la etapa de transición el contratista asumirá toda responsabilidad sobre el área contractual, incluidos pozos y materiales que en ella se encuentren, salvo que tales pasivos hubieran sido identificados.

Dentro de los 120 días de la fecha efectiva el contratista deberá entregar el programa de exploración con el programa mínimo de trabajo, y la CNH podrá hacer observaciones o realizar ajustes para su aprobación y resolverá en un plazo igual.

El periodo de exploración durará cuatro años, contados desde la fecha efectiva y podrá prorrogarse hasta por dos años si se solicita con sesenta días de anticipación y si se cumplió con el programa mínimo de trabajo y si se compromete a incrementar el trabajo a realizar y a ejecutar adicionalmente las unidades de trabajo equivalentes a un pozo, todo dentro del periodo de exploración, extendiendo la garantía financiera correspondiente. El incumplimiento origina el pago de penas convencionales a la CNH.

En caso de darse, el contratista deberá notificar a la CNH cualquier descubrimiento en el plazo de 5 días hábiles y toda la información técnica en el plazo de 15 días, iniciando un periodo de evaluación que durara doce meses prorrogables a otros doce meses para determinar si es un descubrimiento comercial. En dicho caso se

presentará el programa de desarrollo del área correspondiente dentro del plazo de un año, con los métodos y el proceso que permitan el mejor aprovechamiento de reservas, con independencia de continuar con el trabajo de exploración en el resto de la parte contractual. La CNH resolverá dentro del plazo de doce meses, pudiendo realizar observaciones o ajustes, y si no hubiere respuesta se entenderá aprobado dicho plan. Es decir que aquí vemos la configuración de una respuesta positiva ficta, por parte de la autoridad competente en este caso, la CNH.

La devolución del área contractual se realizará en los siguientes momentos. Primero, si termina el periodo de exploración y no se concedió la prórroga solicitada, o si no declara un descubrimiento comercial o habiéndolo declarado no cuenta con el plan de desarrollo o no se aprueba dicho plan de desarrollo por la CNH, la devolución del área contractual será a al cien por ciento.

Segundo, si se concedió un plazo adicional de exploración debe devolver el cincuenta por ciento del área contractual sin plan de desarrollo. Después, al finalizar el plazo adicional de exploración debe devolver el cien por ciento del área contractual si es que no cuenta con un plan de desarrollo salvo que cuente con un área de evaluación, o si transcurridos los plazos de evaluación no cuenta con un descubrimiento comercial o habiéndolo declarado no cuenta con un plan de desarrollo aprobado.

Asimismo, si se otorga una prórroga a la vigencia del contrato (treinta años por ejemplo) después de la fecha efectiva, el contratista deberá renunciar y devolver al cien por ciento el área contractual de las estructuras del subsuelo y cierres estratigráficos que no sean parte del plan de desarrollo modificado.

Finalmente, al darse por terminado el contrato por cualquier otro motivo o por la que la CNH lo rescinda, el contratista deberá devolver el cien por ciento del área contractual incluyendo cualquier área de evaluación o desarrollo.

III.2.I. Funcionamiento de las Rondas

III.2.I.a. Ronda Cero y los Títulos de Asignación

A través de este primer mecanismo llamado asignación de bloques, definido por la *Ley de Hidrocarburos* en su artículo 4, fracción V, como “El acto jurídico administrativo mediante el cual el Ejecutivo Federal otorga exclusivamente a un asignatario el derecho para realizar actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en el área de asignación, por una duración específica”, término únicamente utilizado para la forma en que la empresa productiva del Estado contrató en esta etapa. Así, PEMEX determinó con fundamento en estudios técnicos, económicos y financieros, cuáles serían los bloques que le resultaban convenientes y eventualmente redituables para las actividades de exploración y producción. Los resultados de los bloques restantes se publicaron en un plan de rondas para los próximos cinco años, donde la empresa productiva del Estado no pierde la prerrogativa de participar, en momento alguno.

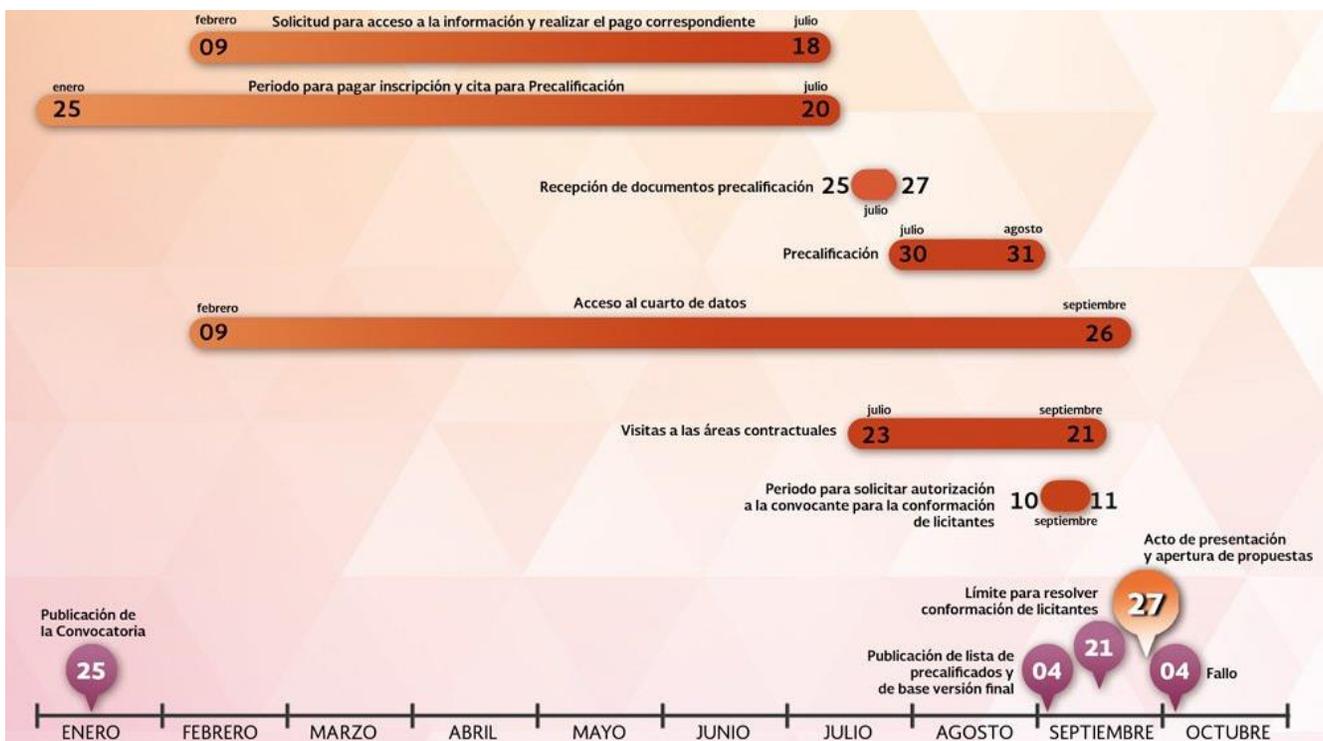
III.2.I.b. Migración de contratos

Es desde un punto de vista cronológico el segundo mecanismo por el cual PEMEX tiene la posibilidad de cambiar del esquema anterior de producción a la nueva variedad de formas de contratación o vinculación. Con esta posibilidad, Petróleos Mexicanos incluso puede determinar si le es conveniente entrar a explorar o producir con ayuda de un socio privado, si así lo requiere, o sin socios, en caso de tener la capacidad de hacerlo. Las empresas con las que PEMEX puede asociarse no son decididas unilateralmente ni de manera directa, sino que éstas tienen que participar en el proceso de rondas donde intervienen todas las demás autoridades y el escrutinio público, con los estándares de transparencia y rigor técnico de los mecanismos antes descritos.

III.2.I.c. Ronda 1 y presentación de propuestas

Para la celebración de un contrato, el primer paso es la publicación de la convocatoria, con la cual se abre el periodo para pagar la inscripción al concurso y de da una cita para trámite de precalificación. En paralelo, las empresas interesadas

solicitan acceso a la información técnica específica de la convocatoria y realizan un pago correspondiente para tener acceso al llamado “cuarto de datos”. Una vez que se cierra para todos los participantes la recepción de documentos de precalificación, se comienza a cumplimentar las citas de precalificación y en paralelo se pueden realizar visitas físicas a las áreas contractuales para conocer de primera mano sus características en términos generales. Después, se publica la lista de precalificados por parte de la CNH, que es la convocante, y de seguir interesadas las empresas que ahí figuran se integra la “lista de precalificados”. Así, se abre un periodo para solicitarle a la CNH la “conformación de licitantes” y entonces la CNH resuelve quiénes pueden presentarse al acto de presentación y apertura de propuestas. El esquema elaborado por la CNH a continuación ejemplifica un proceso como éstos que dio comienzo en enero, para mayor claridad:



Lo que sigue en el calendario de actividades es llevar a cabo un acto público, el cual es transmitido en vivo mediante la página web de la Comisión Nacional de

Hidrocarburos⁷², ante fedatario público y abierto a medios de comunicación, dentro de los cuáles varios también transmiten en canales de televisión y páginas web, por lo que su difusión es pública y extensa. En dicho evento, los aspirantes identificados como licitantes, se registran para ingresar al evento en una mesa de validación. En ella se deben presentar ante el “Comité Licitatorio” el número de paquetes, debidamente cerrados, correspondiente a cada provincia petrolera (Burgos, Cuenca Salinas, etc.). Dichos paquetes contienen los sobres que presentan para las áreas contractuales del interés de los participantes. El Comité Licitatorio coloca hologramas de seguridad, firma cada paquete y los devuelve al representante legal de cada licitante, quien debe mantenerlos bajo su custodia hasta el momento en que sea llamado para depositarlo en la urna identificada para cada proyecto correspondiente. Una vez concluida la etapa de validación, conforme se fueron registrando, el Coordinador del Comité Licitatorio llama al representante legal de cada licitante para que deposite los paquetes en las urnas correspondientes.

III.2.I.d. Apertura de Propuestas

En ella se debe determinar quién otorga el mayor beneficio para el Estado. El acto de presentación y apertura de las propuestas se lleva a cabo con la participación del Comité Licitatorio, los integrantes del Órgano de Gobierno de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, el Secretario de Energía, el titular del Órgano Interno de Control en la CNH, así como los licitantes y un Notario Público que da fe de la celebración del acto. De acuerdo con las reglas de la licitación publicadas en la convocatoria, se toman en cuenta los factores económicos y técnicos. Habiendo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) determinado los valores mínimos de las dos variables que compondrán la propuesta económica como son el factor de inversión, es decir la variable que determina el compromiso de inversión ofrecido para cada área contractual y la regalía adicional, determinada como porcentaje del valor de los hidrocarburos. También se evalúa la parte de capacidad técnica y se verifica que cuenten con la constancia de precalificación correspondiente.

⁷² Véase www.gob.mx/cnh y <http://rondasmexico.gob.mx>

III.2.I.e. Los bonos a la firma

Se trata de un ingreso que constituye un flujo de efectivo favorable para el Estado por el mero hecho de formalizar los contratos de licencia, sin que se esté aún en la etapa de extracción. Es una práctica muy común en países como Estados Unidos, donde el territorio marítimo se encuentra sujeto a un mero contrato de arrendamiento, donde el arrendador es el gobierno y esta suma de dinero hace las veces de una puja que aumenta o disminuye en función de las expectativas no comprobadas que tengan los particulares sobre el área. En otros términos, funciona como una subasta.

De acuerdo con cifras de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, a septiembre de 2017 se recibieron más de 92 millones de dólares por este concepto y 11 millones de dólares por contratos de fase exploratoria.

III.2.I.f. Adjudicación y Suscripción del Contrato

En un mismo acto público se declaran ganadores de las licitaciones y se celebran los contratos mediante firma y suscripción del mismo. Se transmite en vivo por internet, en tiempo real, con plena apertura a los medios de comunicación y personas interesadas, se graban las sesiones y se tienen disponibles en la página de internet.

III.2.I.g. Entrega de planes de exploración e inicio de los trabajos

Los elementos que debe incluir un plan de exploración son: Modelo geológico del subsuelo que integre toda la información disponible y formule una hipótesis sobre la ubicación de yacimientos por descubrir (prospectos). Descripción de la estrategia para explorar, su costo-beneficio, la definición y cuantificación de los riesgos que se enfrentan, las necesidades de información adicional para reducir los riesgos, programa y cronograma de actividades con el presupuesto de gastos asociado, pronóstico de incorporación de reservas y eventual programa de inversiones para el desarrollo de nuevos recursos en caso de descubrimiento.

Para que este plan técnico sea aprobado (donde se describen los métodos técnicos para definir el área de explotación con terminología como cuáles serán los “delimitadores” y “tiros”, entre otros) la empresa ingresa el plan de exploración a la CNH, la que realiza una revisión documental y en su caso puede hacer prevenciones. Al mismo tiempo la ASEA revisa los documentos correspondientes a las medidas de seguridad industrial y ambiental aplicables. En un segundo momento la CNH emite la declaratoria de suficiencia de información. En ese momento se abre la etapa para cumplir la obligación de ingresar las pólizas de seguro cubriendo por lo menos con los montos mínimos de aseguramiento. Finalmente, de resultar exitoso el proceso se obtienen tres resultados: La CNH da un dictamen positivo al plan de exploración y una opinión favorable respecto al Programa de Contenido Nacional. La ASEA por su parte emite la declaratoria de estatus del Sistema de Administración de Riesgos.

III.2.I.h. Informe de evaluación

Se trata del documento en el cual se valora si el proyecto es rentable, para lo cual se muestran los resultados de los estudios adicionales sobre los hidrocarburos descubiertos, junto con actas, resultados de pruebas sísmicas. Este esquema utilizado internacionalmente ha sido funcional durante las primeras tres rondas y aunque en los primeros ejercicios hubo algunas confusiones respecto a los momentos de entrega, éstos se han resuelto de manera administrativa. Por ejemplo, si una empresa entrega la declaratoria de descubrimiento y al mismo tiempo un plan de desarrollo, adelantando un paso el procedimiento, lo que se ha hecho es primero analizar el tipo de descubrimiento, para saber si es comercial o no. Si el participante presentó en tiempo el plan de desarrollo comercial, se descarta la posibilidad de error en la calificación de comercial. Si se confirma que es comercial, la CNH hace observaciones y luego aprueba el plan, para lo cual debe verificar que no se sobreexplota el yacimiento y no se cause pérdida de presión, basándose en el plan de desarrollo para la extracción. Se revisa que la empresa tenga presupuesto suficiente y se verifica que tenga un programa de cumplimiento de contenido nacional y sistema de administración de riesgos, en conjunto con la ASEA.

III.2.I.i. Compañías que no pueden participar en la licitación

Con fundamento en el artículo 26 de la *Ley de Hidrocarburos*, la convocante se abstendrá de considerar propuestas de licitantes y a celebrar contratos con aquellas compañías, consorcios o asociaciones en participación, incluyendo a cada uno de sus miembros, que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos.

- I. Se encuentren inhabilitados o impedidos por autoridad competente para contratar con autoridades federales, en términos de las disposiciones aplicables;
- II. Tengan incumplimientos graves pendientes de solventar respecto de Contratos para la Exploración y Extracción adjudicados con anterioridad;
- III. Utilicen a terceros para evadir lo dispuesto en este artículo;
- IV. Presenten información falsa o incompleta. En este último caso, la Comisión Nacional de Hidrocarburos prevendrá, por una sola vez, a los interesados para que subsanen la omisión dentro del término que para tal efecto se establezca, y
- V. Las demás que se establezcan en las bases de licitación.

Una vez verificado que los participantes no se encuentren en dichos supuestos, se procede a la siguiente fase que es la apertura de propuestas y declaración de licitantes ganadores.

III.2.I.j. Garantía financiera y resolución de controversias

En respuesta a la duda sobre por qué los seguros como factor de certidumbre en el cumplimiento y no otras garantías financieras para el sector hidrocarburos, la firma privada NRG Broker⁷³ considera que la primera ventaja es que se trata de un respaldo financiero ante cualquier contingencia, sin que en el momento que ésta se presente influya la situación financiera, contable, o fase operativa en que se encuentren las empresas, sean de expansión, inversión, recesión, etc. También explican como ventaja que cubren un gran número de riesgos específicos para el

⁷³ Conferencia impartida por la firma de corretaje NRG Broker y la firma legal Rodríguez Dávalos Abogados, durante el "Seminario de Gestión Exitosa de Contratos de Exploración y Extracción", Ciudad de México, 21 de marzo de 2018.

sector, por lo que no los consideran extraños o no contemplados. Por ello, para poder asegurar una empresa u operación, las aseguradoras llevan a cabo auditorías de evaluación de riesgos y valoración de impactos, fungiendo como un auditor complementario de las mejores prácticas, lo que representa una tercera ventaja. Al poder planear el pago de primas año con año, dando certeza a las empresas, puede explicarse que sea el instrumento financiero más utilizado a nivel mundial en el sector hidrocarburos.

III.2.I.k. Renuncia del contratista y vigencia de las obligaciones

El primer dato que se debe mencionar es que este supuesto ya se ha materializado. Esto sucedió en México cuando en el mes de julio de 2017 se notificó la renuncia por parte de una empresa. Por lo que, a partir de octubre, se pagaron las penas convencionales. La garantía cubre un trabajo mínimo, o entonces es aplicable el artículo 85 de la *Ley de Hidrocarburos*. Actualmente, dicho caso está previsto en la cláusula 3.5 del contrato, donde se prevé la posibilidad de renunciar a áreas contractuales mediante notificación, con carácter irreversible, con por lo menos tres meses de anticipación. Ahora técnicamente, se debe tomar en cuenta en qué etapa del proyecto se encuentre la empresa contratista. Si la empresa no ha cumplido con el programa mínimo de trabajo, se actualiza el supuesto del pago de penas correspondientes a través de la garantía, como fue el primer caso. De acuerdo con la cláusula 26.7, salvo en el caso de rescisión antes mencionado, donde no se permite que la empresa siga operando y ésta no tiene derecho a indemnización, no se pueden suspender los trabajos aún en caso de que haya controversia. Incluso así, la empresa debe continuar con la operación por lo menos durante tres meses extensibles hasta la resolución del caso, que es cuando CNH aprobaría comenzar las labores de abandono. Esto podría suceder si ya se está en etapa de desarrollo, cuando ya se cumplió el programa mínimo. Pero en cualquier caso, las obligaciones de la cláusula 18 como son confidencialidad, abandono, inventario de activo, informes, trabajos de devolución, siempre permanecen vigentes. Complementariamente, en la cláusula 18.7 se menciona una normatividad aplicable que está en proceso de desarrollo a razón de este primer caso.

III.2.I.1. Insolvencia del contratista

Si alguna empresa contratista cayera en situación financiera de bancarrota o concurso de acreedores, no habiendo cumplido con el contenido mínimo de trabajo y no se encontrara en posibilidad de concluir los trabajos a los cuales ya se encuentra obligada; la autoridad debe dejar transcurrir los ciento ochenta días previstos sin que se cumpla el contenido mínimo de trabajo previsto en el contrato, después de los cual daría fe del hecho y se estaría en plena facultad de ejercer la garantía de cumplimiento, y cobrar sus réditos.

III.2.I.m. Intervención de países extranjeros

Otro caso hipotético que ha sido planteado sobre controversias es aquel en que la autoridad, como es la CNH recibiera directamente una nota diplomática proveniente de algún país, sea de una autoridad diplomática o ejecutiva como el Secretario de Estado de los EE. UU., con alguna petición referente a las actividades objeto de algún contrato de exploración o producción, o sobre su procedimiento de asignación. En dicho caso, por lo referente a la atención al documento y el cauce de la respuesta a la petición, la CNH o la institución que recibiera este tipo de comunicaciones, estaría obligada por las funciones que asigna la *LOAPF*, a turnar dicho asunto a la autoridad responsable en la materia, en nuestro caso la SRE, en quien quedaría la responsabilidad de dar atención y en su caso respuesta a dicha comunicación. Por lo que hace a los derechos y obligaciones y al acuerdo de voluntades manifestado en el contrato en su momento, jurídicamente hablando, en la cláusula 26.8 del contrato, queda específicamente expresada la renuncia de la empresa a dirimir controversias o manifestar posturas por vía diplomática, ya que quedó de manifiesto en el proceso de adjudicación que no hubo vicios en el consentimiento. Por su parte, al ser requisito para participar que la contratista deberá constituirse como empresa en México, en el acta constitutiva existe por disposición constitucional una cláusula de renuncia a la asistencia de cualquier autoridad extranjera, incluyendo la de los países de origen de los socios, ampliamente conocida como cláusula Calvo. Ambos argumentos serían fundamento de la respuesta que se le diera a la autoridad extranjera, por parte de la cancillería de nuestro país.

Capítulo IV Sistema Nacional Anticorrupción y Regulación de Competencia

IV.1. Reformas Constitucionales para el Sistema Nacional Anticorrupción

De acuerdo con el documento de divulgación emitido en su momento por el Ejecutivo⁷⁴ se trata de una coordinación que se ha establecido a nivel constitucional y legal, con el objeto de combatir de manera más eficaz el fenómeno de la corrupción en el servicio público y que incluye mecanismos de colaboración, intercambio de información y diseño de políticas integrales en la materia, aplicables a las autoridades que lo integran. Surge con una serie de reformas a la Constitución publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, las cuales se detallan más adelante. Comencemos con su definición en el artículo 113 constitucional, donde se establece que el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) es una instancia de coordinación entre distintas autoridades federales y locales, encargadas de la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como de la fiscalización y control de recursos públicos, en el cual participa la ciudadanía a través de un Comité. Veamos a continuación los principales cambios constitucionales.

El primer artículo reformado es el 22 constitucional, fracción II, donde se aclara que no es confiscación de bienes si el aumento del patrimonio deviene de enriquecimiento ilícito. Ésta es una inclusión importante en el texto fundamental de nuestro país, que si bien no especifica los mecanismos con los cuáles habrán de recuperarse los fondos ilícitos, limita estrategias de litigio constitucional vía amparo. No olvidemos que como se verá en el capítulo de propuestas, algunos investigadores postulan que los delitos patrimoniales serían mucho menos frecuentes si el Estado aplica la figura de extinción de dominio a los delitos precursores de lavado de dinero y no sólo a este último, así como instalar mecanismos de “reasignación social” de bienes decomisados y extinguidos en su dominio para víctimas de la delincuencia.⁷⁵

⁷⁴ Secretaría de la Función Pública, "Manual sobre el Sistema Nacional Anticorrupción", 8 de febrero de 2017, <https://www.gob.mx/sfp/articulos/manual-sobre-el-sistema-nacional-anticorrupcion>

⁷⁵ Buscaglia, *op cit.*, pp. 159 y 161.

El artículo 28 constitucional fue modificado en su fracción XII para establecer que la Comisión Federal de Competencia y el Instituto Federal de Telecomunicaciones contarán con un Órgano Interno de Control cuyo titular será designado por dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, con lo que antes no contaban y escapaban a un tipo de fiscalización que la administración pública centralizada sí tiene.

Por su parte, en el artículo 41 constitucional reformado toca al Instituto Nacional Electoral incluyendo que éste tendrá también un órgano interno de Control. La designación de su titular será hecha por la Cámara de Diputados, siempre que cuente con un quorum de dos terceras partes y éste tendrá una duración en el cargo de seis años. Estará adscrito a la presidencia del Consejo General y en coordinación técnica con la Auditoría Superior de la Federación.

Las facultades del Congreso de la Unión también sufrieron cambios. Para ello, se reformó el artículo 73 constitucional en su fracción XXII para que éste pueda expedir leyes que regulen la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación y leyes que normen la gestión, control y evaluación de los Poderes de la Unión y entes públicos Federales, así como para expedir la ley que establezca las bases de coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción a que se refiere el artículo 113 del mismo ordenamiento fundamental.

Asimismo, la fracción XXIX que versa sobre las facultades del Congreso se modifica para que éste pueda expedir la ley que instituya al Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) como un órgano del Estado dotado de plena autonomía para dictar sus fallos y que establezca su organización, su funcionamiento y sus recursos para impugnar sus fallos.

Por último respecto a este artículo constitucional, la fracción XXIX le permite ahora al Congreso expedir la ley general que distribuya competencias entre los órdenes de gobierno para establecer responsabilidades administrativas a los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que estos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas

administrativas graves que al efecto prevea, así como los procedimientos para su aplicación.

Desglosando específicamente las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados, se modifica la fracción II para dejar indicado que ésta podrá coordinar y evaluar (sin perjuicio de su autonomía técnica y de gestión) el desempeño de las funciones de la Auditoría Superior de la Federación, en los términos que disponga la ley. En el mismo tenor, con los cambios a la fracción VI la Cámara de Diputados podrá revisar la cuenta pública del año anterior, con el objeto de evaluar los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y verificar el cumplimiento de los contenidos señalados en los programas.

La función de verificación de la Cámara de Diputados será a través de la Auditoría Superior de la Federación y si del examen que ésta realice, aparecieran discrepancias entre las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, con relación a los conceptos y a las partidas respectivas, o no existiera exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en los gastos realizados, teóricamente se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la ley. En el caso de la revisión sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas, dicha autoridad solo podrá emitir las recomendaciones para la mejora en el desempeño de los mismos en los términos de la ley⁷⁶.

La cuenta pública del ejercicio fiscal correspondiente deberá ser presentada a la Cámara de Diputados, la cual concluirá la revisión de dicha cuenta pública y con base en el análisis de su contenido y en las conclusiones técnicas del informe general ejecutivo del resultado de la fiscalización superior, emitirá recomendaciones y acciones. Asimismo, la Cámara de Diputados evaluará el desempeño de la Auditoría Superior de la Federación y al efecto le podrá requerir que le informe sobre la evolución de sus trabajos de fiscalización.

⁷⁶ Cfr, Reyes Tepach, Marcial, “Las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados dentro del ciclo presupuestario en México”, Servicio de Investigación y Análisis de la Cámara de Diputados LIX Legislatura, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/se/SIA-DEC-ISS-05-04.pdf>

También será facultad de la Cámara de Diputados designar por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes a los titulares de los órganos internos de control de los organismos con autonomía reconocida en esta Constitución que ejerzan recursos del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Por su parte, en complemento a las facultades del Senado, se reforma el artículo 76 para ratificar los nombramientos que realice el ejecutivo del Secretario del Control Interno del Ejecutivo Federal.

Se reforma el artículo 79 constitucional en cuanto a la Auditoría Superior de la Federación. El artículo 104 por cuanto hace al recurso de revisión frente a Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, que procederá en casos de determinación de sanciones por faltas administrativas graves por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Fiscalía especializada en Combate a la Corrupción. Se cambia el artículo 108 en referencia a la obligación de presentación y seguimiento de las declaraciones patrimoniales y de intereses de los servidores públicos. Los cambios al artículo 109 resultan interesantes desde el punto de vista de las sanciones que establecen las bases conforme a las cuales los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado serán sancionados, como vemos en los siguientes párrafos.

Queda manifestado que se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110, como destitución e inhabilitación a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. Se mantiene claro que no procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

Se menciona que la comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable. Así, se abre la facultad al legislador a que emita las leyes que determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que,

durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Se enuncia que las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Utilizando la conjugación en futuro, como si se tratara de un proceso automático, la reforma versa que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones. La ley establecerá los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones.

Se distribuyen competencias al señalar que las faltas administrativas graves serán investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control, o por sus homólogos en las entidades federativas, según corresponda, y serán resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa que resulte competente. Las demás faltas y sanciones administrativas serán conocidas y resueltas por los órganos internos de control.

Esta reforma aclara que, para la investigación, sustanciación y sanción de las responsabilidades administrativas de los miembros del Poder Judicial de la Federación, se observará lo previsto en el artículo 94 de la CPEUM, sin perjuicio de las atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación en materia de fiscalización sobre el manejo, la custodia y aplicación de recursos públicos.

Una facultad importante delegada es cuando en la CPEUM se menciona que la ley establecerá los supuestos y procedimientos para impugnar la clasificación de las faltas administrativas como no graves, que realicen los órganos internos de control.

En el mismo tenor de instruir al legislador, queda escrito que los entes públicos federales tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir, investigar y resolver actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas; para sancionar aquéllas distintas a las que son competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales y participaciones federales; así como presentar las denuncias por hechos u omisiones que pudieran ser constitutivos de delito ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción a que se refiere esta Constitución.

De acuerdo con estos cambios, los entes públicos estatales y municipales, así como de la Ciudad de México y sus demarcaciones territoriales, contarán con órganos internos de control que tendrán, en su ámbito de competencia local, las atribuciones necesarias y los tribunales de justicia administrativa que impondrán sanciones a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades. Éstas pueden ser económicas o administrativas, como la inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la hacienda pública o a los entes públicos federales, locales o municipales afectados, en su caso.

Las personas morales serán sancionadas en los términos de esta fracción cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella. También podrá ordenarse la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva cuando se trate de faltas administrativas graves que causen perjuicio a la hacienda pública o a los entes públicos, federales, locales o municipales, siempre que la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves; en estos supuestos la sanción se ejecutará hasta que la resolución sea definitiva. Las leyes establecerán

los procedimientos para la investigación e imposición de las sanciones aplicables de dichos actos u omisiones. Dichos procedimientos para la aplicación de las sanciones se desarrollarán de manera autónoma. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza, aparentemente respetando el principio de *non bis in idem*.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el artículo que se comenta.

En el cumplimiento de sus atribuciones, a los órganos responsables de la investigación y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción no les serán oponibles las disposiciones dirigidas a proteger la secrecía de la información en materia fiscal o la relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios. Se abre la posibilidad a que la ley establecerá los procedimientos para entregarles dicha información.

La Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno, podrán recurrir las determinaciones de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción y del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 20, Apartado C, fracción VII, y 104 constitucionales, fracción III de la Constitución, respectivamente.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado, descrita como 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. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes⁷⁷.

⁷⁷ Artículo reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015. De conformidad al artículo quinto transitorio del decreto por el que se reforma, entrará en vigor en la misma fecha en que lo hagan las leyes generales del Sistema Nacional Anticorrupción.

En el reformado artículo 113 se define que el Sistema Nacional Anticorrupción es la instancia de coordinación entre todos los órdenes de gobierno para prevenir, detectar, y sancionar responsabilidades administrativas y actos de corrupción y se determina que contará con el Comité Coordinador y el Consejo Ciudadano. También se menciona que las entidades federativas establecerán sistemas locales anticorrupción con el propósito de coordinar a las autoridades locales competentes para prevenir, detectar, y sancionar responsabilidades administrativas y actos de corrupción.

En el 114 se dan los plazos de prescripción de responsabilidad administrativa y en el nuevo 166 se esboza que entidades estatales de fiscalización de las legislaturas de los estados contarán con entidades estatales de fiscalización, las cuales serán órganos con autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que dispongan sus leyes.

Por último, referente a la Ciudad de México, el artículo 122 se cambia en su fracción VIII para dejar indicado que la Constitución Política de la Ciudad de México establecerá las normas para la organización y funcionamiento, así como las facultades del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos y establecer su organización, funcionamiento, procedimientos y, en su caso, recursos contra sus resoluciones. Este tribunal tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública local y los particulares; así como imponer en los términos que disponga la ley, las sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa grave y a los particulares que incurran en actos vinculados con faltas administrativas graves y fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública de la Ciudad de México o al patrimonio de sus entes públicos.

Como se puede apreciar, el nuevo sistema consiste en crear nuevas instituciones en coordinación con diversos actores ya existentes del sistema jurídico mexicano.

Podemos destacar el diseño constitucional del sistema de determinación de responsabilidades previsto en la Constitución Política Mexicana, en el que básicamente:

- a. Las responsabilidades políticas se investigan y determinan por un órgano político.
- b. Las responsabilidades administrativas se investigan y substancian por los órganos de fiscalización y de control competente como son a nivel federal Auditoría Superior de la Federación y contralorías internas (las del Poder Ejecutivo coordinadas por la hasta entonces Secretaría de la Función Pública y de manera independiente las de organismos constitucionales autónomos y las de los Poderes Legislativo y Judicial) y a nivel local o estatal por sus órganos similares.

De determinarse una responsabilidad que se califique como no grave, será impuesta entonces por el propio órgano de fiscalización o de control que haya llevado a cabo el procedimiento de investigación y responsabilidad respectivo, pero en caso contrario se pasa al siguiente supuesto.

- c. De considerarse grave la falta, el órgano de fiscalización o de control que llevó a cabo el procedimiento remitirá el expediente al Tribunal Federal de Justicia Administrativa para su resolución e imposición de la sanción correspondiente.

Como parte sustantiva del Sistema Nacional Anticorrupción, en las reformas de 10 de febrero de 2014, el artículo 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, notamos que se creó a la Fiscalía Especializada en materia de Combate a la Corrupción, como órgano integrante de la Fiscalía General de la República.

El artículo décimo transitorio de las reformas constitucionales precitadas dejó establecido que la fiscalía especializada entraría en vigor en la misma fecha en que lo hicieran las normas secundarias que expidiera el Congreso de la Unión mediante una declaratoria expresa. Pero, como se ha mencionado, hasta el momento se han emitido la *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción*, la *Ley General de Responsabilidades Administrativas*, la *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia*

Administrativa, la *Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación*, y las Reformas al *Código Penal Federal* que estable las conductas constitutivas de delitos por actos de corrupción de servidores públicos; pero la *Ley de la Fiscalización General de la República* y su ley orgánica aún permanecen en la Cámara de Senadores sin dictamen y se analizan más adelante.

El detalle de las instituciones de nueva creación lo podemos encontrar en el siguiente nivel del marco normativo

IV.2. Leyes Federales

En este nivel normativo, se publicaron en el 18 de julio de 2016, las tres leyes que sentaron las bases del Sistema Nacional Anticorrupción. La primera es la *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción*, la cual se presenta como un esfuerzo de coordinación entre distintos órdenes de gobierno para prevenir, detectar, y sancionar responsabilidades administrativas y actos de corrupción. La *Ley General de Responsabilidades Administrativas*, que regula las facultades de los órganos fiscalizadores, procedimientos de revisión, substanciación y sanción, tipos de faltas administrativas y sus respectivas sanciones y forma de imponerlas. Y la *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa* que establece que órganos específicos llevarán a cabo el procedimiento de imposición de sanciones graves y cuales resolverán los recursos que o instancia previstas en contra de su determinación y de diversos actos del procedimiento de revisión (Salas especializadas y Tercera Sección de la Sala Superior).

IV.2.A. Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

IV.2.A.a. Comité Coordinador

En esa ley se explican los principales órganos del Sistema Nacional Anticorrupción, comenzando por el Comité Coordinador, que es el responsable de establecer los mecanismos de coordinación entre los integrantes del SNA y es el encargado de diseñar, promover y evaluar las políticas públicas de combate a la corrupción. Sus recomendaciones son no vinculantes. Está integrado por un representante del

Comité de Participación Ciudadana y uno del Consejo de la Judicatura Federal, por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción, de la Secretaría de la Función Pública y por los Presidentes del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

IV.2.A.b. Comité de Participación Ciudadana

Con la función de coadyuvar con el Comité Coordinador y fungir como vínculo con organizaciones sociales y académicas en la materia, de acuerdo con la ley será formado por cinco ciudadanos de “probidad y prestigio que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción”.

IV.2.A.c. Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción

Es un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, no sectorizado, con autonomía técnica y de gestión. Apoya al Comité Coordinador y será presidido por el Presidente del Comité de Participación Ciudadana.

IV.2.A.d. Comisión Ejecutiva

Tiene a su cargo la generación de los insumos técnicos para que el Comité Coordinador realice sus funciones. Elabora las propuestas de políticas, métodos, bases y principios de coordinación en los órganos de gobierno en materia de fiscalización y recursos públicos. Se integra por el Secretario Técnico y el Comité de Participación Ciudadana, con excepción de su presidente.

IV.2.A.e. Sistemas Locales

Está previsto que las entidades federativas establecerán sistemas locales anticorrupción con el propósito de coordinar a las autoridades locales competentes para prevenir, detectar y sancionar responsabilidades administrativas y actos de corrupción. De ahí que por ejemplo, a nivel constitucional, se cambia el nombre del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la Ciudad de México a Tribunal de Justicia Administrativa.

IV.2.A.f. Sistema Nacional de Fiscalización

Lo integran la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, los órganos locales de fiscalización superior normalmente dependientes del poder legislativo de cada estado y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas.

IV.2.A.g. Plataforma Digital Nacional

Estará conformada con la información que incorporen las autoridades integrantes del SNA, tales como el sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses, constancia de presentación de declaración fiscal, sistema de servidores públicos que intervengan en procedimientos de contratación pública, el sistema nacional de servidores sancionados, el sistema de información y comunicación del SNA, sistema de denuncias públicas de servidores públicos y particulares y el sistema de información pública de contrataciones. Estará integrado por un Comité Coordinador que deberá encargarse del diseño de políticas públicas que combatan la corrupción y un Comité de Participación Ciudadana. Está administrada por la Secretaría Ejecutiva a través de su Secretario Técnico.

Se propone que cuente con una plataforma digital nacional, un sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados, un sistema nacional de fiscalización, un directorio de servidores públicos que participan en contrataciones públicas y un mecanismo de procesamiento de denuncias públicas de fallas administrativas y hechos de corrupción.

Cabe mencionar que de acuerdo con una encuesta realizada por el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP) de la Cámara de Diputados. Hasta el mes de agosto de 2015, más de la mitad de los entrevistados (52%) refirió que no conocía ni había oído hablar del SNA. No obstante, la mitad de los consultados (51%) estima que el nuevo Sistema Nacional Anticorrupción disminuirá la corrupción y dentro de características que se les informaron sobre SNA, aquella que tuvo el nivel más alto de aprobación (79%) fue “que se sancionen actos de corrupción tanto de funcionarios públicos como de particulares” por encima de otras

como la creación de un consejo ciudadano o que la Auditoría Superior de la Federación tenga más facultades⁷⁸.

IV.2.B. Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa

Con las reformas a la *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, éste tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares. Será el órgano competente para imponer sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves, y no sólo a ellos sino también a los particulares que participen en actos vinculados con dichas responsabilidades, así como para fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública federal o al patrimonio de los entes públicos federales.

Se establece la competencia de las salas especializadas en materia de responsabilidades administrativas y de una tercera sección de la Sala Superior para resolver el procedimiento de responsabilidades administrativas imponiendo las sanciones por faltas administrativas graves y los recursos o instancias jurisdiccionales procedentes

Se ratifica que funcionará en pleno o en salas y se detalla que la Sala Superior se compondrá de 16 magistrados y actuará en pleno o en secciones, de las cuales a una corresponderá la resolución de los procedimientos señalados en la fracción tercera.

Los magistrados de la Sala Superior serán designados por el Presidente de la República y ratificados por el voto de las dos terceras partes presentes del Senado de la República, o en su receso por la Comisión Permanente, quienes durarán en su encargo quince años improrrogables. Por lo tocante a los magistrados de las Salas

⁷⁸ Dicha encuesta se elaboró el 13 y 14 de marzo de 2015, a través de un sondeo telefónico nacional a mayores de 18 años y cuenta con una muestra de 920 casos a escala nacional para obtener un margen de error de +/-3.2% y un nivel de confianza de 95%, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Centros-de-Estudio/CESOP/Opinion-Publica/Encuestas/Encuesta-telefonica-nacional-de-opinion-publica-Sistema-Nacional-nue>

Regionales, éstos serán designados por el Presidente de la República y ratificados por mayoría de los miembros presentes del Senado de la República, o en su receso por la Comisión Permanente. Durarán en su encargo diez años. Podrán ser considerados para nuevos nombramientos y todos ellos sólo podrán ser removidos de sus cargos por las causas graves que señale la ley.

IV.2.C. Ley General de Responsabilidades Administrativas

Por cuestión de orden, seguimos con el análisis de esta ley, para lo cual es conveniente realizar las siguientes acotaciones sobre responsabilidad administrativa y los principios que rigen el procedimiento de responsabilidad administrativa.

IV.2.C.a. Concepto de Responsabilidad Administrativa

En términos amplios, la responsabilidad administrativa a nivel jurídico es la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente. En cuanto a la responsabilidad de tipo jurídico, la responsabilidad exige el sometimiento a las consecuencias jurídicas por la realización de un determinado acto.

El procedimiento inicia cuando la autoridad sustanciadora admita el informe de presunta responsabilidad administrativa, interrumpe el plazo de prescripción y fija la materia del procedimiento, pues en caso de que se advirtiera la comisión de otra conducta sancionable deberá elaborarse un informe nuevo e iniciar nuevo procedimiento que posteriormente podrá acumular

Los principios jurídicos aplicables son enunciativamente los de legalidad, de presunción de inocencia, imparcialidad objetividad, congruencia, exhaustividad, verdad material y respeto a los derechos humanos.

La autoridad sustanciadora debe ser diferente a la autoridad investigadora por lo que las Secretarías de Estado, Órganos Internos de Control, así como las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas deberán proveer al respecto.

Las partes son la autoridad investigadora, el servidor público o el particular por faltas administrativas, quienes tendrán el carácter de presuntos responsables, así como los terceros a los que les afecte la resolución.

Los órganos integrantes del Sistema Nacional de Fiscalización (la Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría de la Función Pública, los órganos superiores locales y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno de las entidades federativas) son los que ejercen las facultades de investigación y substanciación del procedimiento, y en caso de responsabilidades no graves también sancionan a los servidores públicos o particulares que hayan cometido la falta o faltas administrativas.

IV.2.C.b. Investigación

La fase de investigación se puede iniciar de oficio (puede devenir de visitas de verificación o auditorías) o por denuncia sobre conductas de servidores públicos o particulares que pueden constituir responsabilidades administrativas o de personas físicas o morales, públicas o privadas por presuntas irregularidades.

La autoridad investigadora emitirá requerimientos debidamente fundados y motivados para que en un plazo de 5 a 15 días sea atendido por los interesados, plazo que puede ser ampliado por circunstancias justificadas. Una vez concluidas las investigaciones, las autoridades investigadoras analizarán los hechos, así como la información recabada y determinarán “la existencia o inexistencia de actos u omisiones que constituyan faltas administrativas y las calificara de graves o no graves”.

Si no se encuentran elementos suficientes que demuestren la infracción administrativa y la presunta responsabilidad del infractor, se emitirá el “acuerdo de conclusión y archivo del expediente.” Si se presentaren nuevos indicios o pruebas, sin que hayan prescrito, se podrá emitir nuevo requerimiento. Si se determina la existencia de falta administrativa, ésta se calificará de “grave” o “no grave” y se emitirá el llamado “Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa”, el cual se remitirá con el expediente a la autoridad sustanciadora.

La autoridad substanciadora y la resolutora pueden abstenerse de iniciar el Procedimiento Administrativo de Responsabilidad Administrativa, en los casos del artículo 101 de la ley. En contra de este acto y de la calificación de no gravedad de la infracción procede el recurso de inconformidad que es resuelto por la Salas Especializadas en materia de Responsabilidades Administrativas del TFJA, la que podrá confirmar la calificación o abstención, dejarlos sin efectos, recalificarlos u ordenar que se inicie el Procedimiento Administrativo de Responsabilidad Administrativa.

IV.2.C.c. Substanciación, faltas administrativas graves y no graves

En el procedimiento para faltas administrativas calificadas como no graves las autoridades substanciadoras al recibir el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, verificarán que contenga los requisitos de ley, que son; el nombre y firma autógrafa de la autoridad investigadora así como el domicilio para recibir notificaciones, los nombres de los funcionarios que se van a imponer de autos y sus alcances, nombre del servidor público, presunto responsable, las pruebas que se presentarán y acrediten la infracción, la relación cronológica de los hechos y las medidas cautelares que se soliciten. Si el informe de presunta responsabilidad carece de alguno de los requisitos anteriores, se requerirá a la autoridad investigadora para que los subsane si no se hace se tendrá por no presentado. La autoridad substanciadora podrá volver a presentar dicho Informe.

Si el Informe de Responsabilidad Administrativa cumple los requisitos aludidos, se admitirá emplazando al presunto responsable para la audiencia inicial, señalando hora y fecha de la misma, la autoridad ante la cual se lleva, el derecho el servidor público a no declarar contra sí mismo y para defenderse, para ser asistido por un asesor perito o para nombrarse a uno de oficio. Entre la fecha de emplazamiento y la de la audiencia, debe mediar un plazo no menor de diez días ni mayor de quince días. Y únicamente podrá diferirse por causas de caso fortuito o fuerza mayor debidamente justificadas. A las demás partes se les notificará por lo menos con 72 horas de antelación.

El día y hora de la audiencia el presunto responsable rendirá su declaración por escrito o verbalmente, deberá ofrecer las pruebas que estime pertinente, las documentales deberá exhibirlas, a menos que consten en archivos de terceros o privados, en cuyo caso deberá señalar el archivo en que se encuentran o la persona que los tiene para solicitarlos, para lo cual exhibirá el acuse en que conste que pidió dichos documentos previamente. Los terceros llamados al procedimiento podrán manifestar lo que a su derecho convenga por escrito o verbalmente, ofrecerán pruebas y tendrán el mismo tratamiento respecto a las pruebas documentales.

Una vez que las partes hayan manifestado lo que a su derecho convenga y ofrecido pruebas en dicha audiencia, se declarará cerrada la audiencia inicial y no se admitirán más pruebas que las supervenientes.

IV.2.C.d. Resolución respecto de faltas administrativas no graves

Dentro de los quince días siguientes la autoridad substanciadora emitirá el acuerdo de admisión de pruebas donde ordenará su preparación y desahogo. Hecho lo cual y si no existe cuestión pendiente de resolver la propia substanciadora dará un plazo de cinco días para que las partes formulen alegatos.

Resolución de faltas no graves: Transcurrido el plazo para formular alegatos la “autoridad resolutoria” declarará cerrada la instrucción y citará a las partes para oír la resolución que corresponda lo que deberá suceder dentro del plazo de treinta días, el cual se podrá ampliar por otros treinta días si la complejidad del caso lo requiere.

La resolución deberá notificarse personalmente al presunto responsable, en su caso a los denunciados para su conocimiento y al jefe inmediato o titular de la entidad para su ejecución dentro de los diez días siguientes.

Faltas administrativas consideradas “no graves”. La *Ley General de Responsabilidades Administrativas*, en su artículo 49, prevé que “el incumplimiento de los servidores públicos a diversas obligaciones constituye faltas administrativas no graves”, las cuales se precisarán en párrafos ulteriores.

IV.2.C.e. Resolución tratándose de faltas administrativas graves

Tratándose de responsabilidades administrativa que se determinen como graves o faltas de particulares se seguirá el procedimiento señalado en los primeros seis párrafos anteriores, hasta el momento de cerrar la audiencia inicial.

IV.2.C.f. Remisión al Tribunal de Justicia Administrativa competente

Entonces, a más tardar tres días después de haberse cerrado la audiencia inicial, el expediente se remitirá al tribunal de justicia administrativa competente (federal o local) y se recabará la fecha de envío, la que será notificada al presunto responsable junto con el domicilio del tribunal competente. El tribunal competente deberá verificar que la falta señalada en el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa sea de las consideradas como graves, en caso de no considerarlo así, fundando y motivando debidamente su resolución regresará el expediente a la autoridad substanciadora para que continúe con el procedimiento descrito en el artículo 201 de la LGRA, referente a faltas administrativas no graves.

Si el tribunal encuentra que los hechos relatados encuadran en la descripción de otra falta administrativa considerada grave, también se lo hará saber a la autoridad substanciadora ordenándole su reclasificación dentro del plazo de tres días hábiles, incluso podrá darle las directrices de la reclasificación. Si la autoridad investigadora considera que no procede la reclasificación fundará y motivará su resolución y el tribunal continuará con el Procedimiento de Responsabilidad administrativa.

Una vez que el Tribunal haya aceptado su competencia y en su caso solventado la reclasificación, notificará a las partes la recepción del expediente y en el plazo de quince días hábiles emitirá el acuerdo de admisión de pruebas ordenando las diligencias necesarias para su preparación y desahogo.

Concluido el desahogo de pruebas y si no existen “diligencias para mejor proveer”, abrirá el periodo de alegatos otorgando a las partes cinco días para formularlos. Transcurrido el plazo de alegatos, el tribunal de oficio declarará cerrada la instrucción y citará a las partes para oír la resolución correspondiente la cual

deberá dictarse en un plazo no mayor a treinta días, el cual podrá ampliarse por la complejidad del asunto, si así se requiere, fundando debidamente esta determinación.

La resolución final deberá notificarse personalmente al presunto responsable, así como a los denunciados para su conocimiento y al superior jerárquico y titular de la dependencia o entidad para los efectos de su ejecución en un plazo no mayor a diez días.

IV.2.C.g. Sanciones para faltas administrativas graves, servidores públicos

Las sanciones previstas en el artículo 78 de la *Ley General de Responsabilidades Administrativas* son:

La suspensión (30 a 90 días naturales) o destitución del empleo, cargo o comisión (de uno a 10 años si el monto de la afectación no excede 200 veces el valor diario de la unidad de medida y actualización, y de 10 a 20 años si la excede).

Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas (de 3 meses a un año si no existe beneficio o lucro).

Sanción económica si la falta administrativa grave le genera beneficios económicos al servidor público o personas, que podrá alcanzar hasta dos tantos del beneficio obtenido y nunca podrá ser menor ni igual a tal beneficio.

Sanción económica si la falta administrativa grave le genera beneficios económicos al servidor público o personas, la cual podrá alcanzar hasta dos tantos del beneficio obtenido y nunca podrá ser menor ni igual a tal beneficio.

Podrán imponerse una o más de ellas siempre y cuando sean compatibles y de acuerdo con la gravedad de la infracción.

IV.2.C.h. Elementos a considerar en la imposición de sanciones por faltas administrativas graves de servidores públicos

Al momento de imponerse la sanción o sanciones, deben considerarse los elementos del empleo cargo o comisión al momento de desempeñarlos; los daños y perjuicios causados al por los actos u omisiones; el nivel jerárquico y los antecedentes del infractor tales como la antigüedad; las circunstancias socioeconómicas del servidor público; las condiciones exteriores y los medios de ejecución; la reincidencia en el cumplimiento de obligaciones y el monto del beneficio derivado de la infracción que haya obtenido el responsable.

IV.2.C.i. Sanciones por faltas administrativas graves para particulares

Personas físicas.- Sanción económica hasta por 2 tantos de los beneficios obtenidos o en caso de no haberlos obtenido, el equivalente a la cantidad de 100 a 150 mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización.

Inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, según corresponda, por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de ocho años.

Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la hacienda pública federal, local o municipal, o el patrimonio de los entes públicos.

Personas morales.- Proceden también los tres tipos de sanciones anteriores, esto es sanción económica e indemnización por daños y perjuicios y solo en el caso de la inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas. El periodo tendrá un mínimo de tres meses pero el máximo es de diez años. Se agregan las siguientes.

La suspensión de actividades que no será menor de 3 meses ni mayor de 3 años, la cual consistirá en detener, diferir o privar temporalmente a los particulares de sus actividades comerciales, económicas, contractuales o de negocios por estar vinculados a faltas administrativas graves.

La disolución de la sociedad respectiva, la cual consistirá en la pérdida de la capacidad legal de una persona moral para el cumplimiento del fin para el que fue creada por orden jurisdiccional y como consecuencia de la comisión, vinculación, participación y relación con una falta administrativa grave.

Estas dos últimas sanciones se impondrán solo si la persona moral obtiene un beneficio económico y se acredita la participación de sus órganos de administración de vigilancia o sus socios o cuando la sociedad es utilizada de manera sistemática para la comisión de faltas administrativas graves. Se podrá imponer más de una sanción si son compatibles y la falta administrativa es grave.

Será atenuante el hecho de que los órganos de administración, de representación, de vigilancia o los socios de las personas morales denuncien o colaboren en las investigaciones proporcionando la información y los elementos que posean o resarzan los daños ocasionados. Se considerará agravante si los mismos órganos conocen presuntos actos de corrupción de personas físicas y no los denuncian.

IV.2.C.j. Elementos a considerar en la imposición de sanciones por faltas administrativas graves a particulares

En la imposición de sanciones debe considerarse el grado de participación del o los sujetos en la falta de particulares; la reincidencia en la comisión de las infracciones; la capacidad económica del infractor; el daño o puesta en peligro del adecuado desarrollo de la actividad administrativa del Estado; y el monto del beneficio lucro o del daño o perjuicio derivado de la infracción cuando se hubieren causado.

IV.2.C.k. Ejecución de sanciones graves tanto a servidores públicos y particulares

La suspensión o destitución del puesto impuesta por el tribunal será ejecutada por el superior jerárquico o titular de la Secretaría o entidad.

La inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios y

obras públicas que imponga el tribunal se ejecutara en los términos de la resolución impugnada.

En los casos de sanciones económicas el tribunal ordenará a los responsables el pago que corresponda y en el caso de daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública federal, local o municipal o el patrimonio de los entes públicos se adicionara el pago de las indemnizaciones correspondientes a dichos órganos que les corresponden a ellos mismos. Las sanciones económicas tienen el carácter de créditos fiscales.

IV.2.C.1. Reducción de Sanciones

En los artículos 89 y 90 de la *Ley General de Responsabilidades Administrativas*, se prevé una forma novedosa de reducir las sanciones si la persona que haya realizado alguna de las faltas administrativas graves o faltas de particulares confiesa su responsabilidad ante la autoridad investigadora.

Este beneficio puede traer una reducción de sanciones económicas en un porcentaje desde el 50 al 70% e incluso total en caso de inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, por faltas de particulares, y para su procedencia es necesario también: que no se haya notificado a ninguno de los presuntos infractores el inicio del procedimiento de responsabilidad administrativa; que de entre los involucrados sea el primero en aportar elementos de convicción que permitan comprobar la existencia de la infracción y la responsabilidad de quien la cometió; que la persona que coopere lo haga en forma plena y continua con la autoridad investigadora, substanciadora y resolutoria y que suspenda su participación en la infracción cuando la autoridad lo solicite.

IV.2.C.m. Faltas Graves

La *Ley General de Responsabilidades Administrativas* establece las faltas administrativas graves que se investigan y sancionan por dicha ley, cuyos artículos se considera pertinente transcribir dado que contienen los elementos que las

configuran y se hace referencia entre ellas, estas son (énfasis añadido):

Artículo 52. Incurre en **Cohecho** el servidor público que exija, acepte, obtenga o pretenda obtener por sí o a través de terceros, con motivo de sus funciones, cualquier beneficio no comprendido en su remuneración que podría consistir en dinero, valores, bienes muebles e inmuebles, incluso mediante enajenación en precio notoriamente inferior al del mercado, donaciones servicios, empleos y demás beneficios indebidos para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte.

Artículo 53. Cometerá **Peculado** el servidor público que autorice, solicite o realice actos para el uso o apropiación para sí o para las personas referidas en el artículo anterior, de recursos públicos, sean materiales, humanos o financieros sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables.

Artículo 54. Sera responsable de **Desvío de Recursos Públicos** el servidor público que autorice solicite o realice actos para la asignación o desvío de recursos públicos sean materiales, humanos o financieros sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables.

Artículo 55. Incurrirá en **Utilización Indebida De Información** el servidor público que adquiera para sí o para las personas a que se refiere el artículo 52 de esta ley, bienes inmuebles, muebles y valores que pudieran incrementar su valor o, en general, que mejore sus condiciones, así como obtener ventaja o beneficio privado, como resultado de información privilegiada de la cual haya tenido conocimiento.

Artículo 56. Para efectos del artículo anterior se considera información privilegiada la que obtenga el servidor público con motivo de sus funciones y que no sea del dominio público.

La prescripción anterior será aplicable inclusive cuando el servidor público se haya retirado del empleo cargo o comisión, hasta por un plazo de un año.

Artículo 57. Incurrirá en **Abuso De Funciones** el servidor público que ejerza atribuciones que no tenga conferidas o se valga de las que tenga, para realizar o inducir actos u omisiones arbitrarios, para generar un beneficio para sí o para las personas a que se refiere el artículo 52 de esta Ley o para causar perjuicio a alguna persona o al servicio público.

Artículo 58. Incurre en actuación bajo **Conflicto De Interés** el servidor público que intervenga por motivo de su empleo, cargo o comisión en cualquier forma, en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga conflicto de intereses o impedimento legal, (...)

Artículo 59. Será responsable de **Contratación Indebida** el servidor público que autorice cualquier tipo de contratación, así como la selección, nombramiento o designación de quien se encuentre impedido o inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o inhabilitado para realizar contrataciones con los entes públicos, siempre que en el caso de las inhabilitaciones, al momento de la autorización estas se encuentren inscritas en el sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados de la Plataforma digital nacional.

Artículo 60. Incurrirá en **Enriquecimiento Ilícito U Ocultamiento De Conflicto De Interés** el servidor público que falte a la veracidad en la presentación de las declaraciones de situación patrimonial o de intereses que tenga como fin ocultar, el incremento en su patrimonio o el uso o disfrute de bienes o servicios que no sea explicable o justificable, o un Conflicto de interés.

Artículo 61. Cometerá **Tráfico De Influencias** el servidor público que utilice la posición que su empleo, cargo o comisión le confiera para inducir a que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia para generar cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para alguna de las personas que se refiera el artículo 52 de esta Ley.

Artículo 62. Será responsable de **Encubrimiento** el servidor público que cuando en el ejercicio de sus funciones llegare advertir actos u omisiones que pudieren constituir faltas administrativas realice deliberadamente algunas conductas para su ocultamiento.

Artículo 63. Cometerá **Desacato** el servidor público que, tratándose de requerimientos o resoluciones de autoridades fiscalizadoras, de control interno, judiciales o electorales o en materia de los derechos humanos o cualquier otra competente, proporcione información falsa, así como no dé respuesta alguna, retrase deliberadamente y sin justificación la entrega de la información, a pesar de que le hayan sido impuestas medidas de apremio conforme a las disposiciones aplicables.

Artículo 64. Los servidores públicos responsables de la investigación, resolución de las faltas administrativas incurrirán en **Obstrucción De Justicia** cuando:

- i. Realicen cualquier acto que simule conductas no graves durante la investigación de actos u omisiones calificados como graves en la presente Ley y demás disposiciones aplicables.
- ii. No inicien el procedimiento correspondiente ante la autoridad competente dentro del pazo de 30 días naturales, a partir de que tengan conocimiento de cualquier conducta que pudiera constituir una falta administrativa grave, faltas de particulares o un acto de corrupción, y
- iii. Revelen la identidad de un denunciante anónimo protegido bajo los preceptos establecidos en esta Ley.

Los denunciantes pueden solicitar medidas de protección de acuerdo con este numeral. Como observamos existe un amplio estudio sobre todos los hechos o conductas de servidores públicos que constituyen faltas administrativas graves y que por ello son susceptibles de investigarse y sancionarse a efecto de erradicar actos de corrupción en el servicio público, por lo que teóricamente este sistema es el inicio del fin de este tipo de conductas nocivas en el Estado Mexicano. Sin embargo, como veremos más adelante el Sistema Nacional Anticorrupción todavía no se ha terminado de instrumentar pues falta la expedición de leyes secundarias necesarias para su funcionamiento integral y órganos específicos para complementarlo.

IV.2.C.n. Actos particulares vinculados con faltas administrativas graves

También por lo que respecta a los actos de particulares que se encuentran vinculados con faltas administrativas graves se han previsto las diversas conductas que pueden ser sancionadas por estar vinculados con faltas administrativas graves, las que se definen por la ley, señalando, que:

Incorre en **soborno** el particular que prometa, ofrezca o entregue cualquier beneficio indebido a que se refiere el artículo 52 de la ley a uno o varios servidores públicos directamente o a través de terceros, a cambio de que dichos servidores realicen o se abstengan de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público, o bien, abusen de su influencia real o supuesta, con el propósito de obtener o mantener, para sí mismo o para un tercero, un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación o recepción del beneficio o del resultado obtenido.

Incorre en **participación ilícita en procedimientos administrativos** el particular que realice actos u omisiones para participar en los mismos sean federales locales o municipales, no obstante que por disposición de ley o resolución de autoridad competente se encuentre impedido o inhabilitado para ello. También se presenta cuando el particular intervenga en nombre propio, pero en interés de otra u otras personas que se encuentren impedidas o inhabilitadas para participar en procedimientos administrativos federales, locales o municipales, con la finalidad de que éstas últimas obtengan total o parcialmente, los beneficios derivados de dichos procedimientos. Caso en que se sancionará a sendos particulares.

Incorre en **tráfico de influencias** el particular que induce a la autoridad a usar su influencia, poder económico o político, real o ficticio, sobre cualquier servidor público con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio o ventaja o para causar perjuicio a alguna persona o al servicio público, con independencia de la aceptación del servidor o servidores públicos o del resultado obtenido.

Es responsable de **utilización de información falsa** el particular que presente información falsa o alterada o simule el cumplimiento de requisitos o reglas establecidos en los procedimientos administrativos, con el propósito de lograr una

autorización, un beneficio, una ventaja o de perjudicar a persona alguna.

Incurrir en **obstrucción de facultades de investigación** el particular que, teniendo información vinculada con una investigación de faltas administrativas, proporcione información falsa, retrase deliberada e injustificadamente la entrega de la misma, o no dé respuesta a los requerimientos a las resoluciones de autoridades investigadoras, substanciadoras o resolutoras, siempre y cuando le hayan sido impuestas previamente medidas de apremio conforme a las disposiciones aplicables.

Incorre en **colusión** el particular que ejecute con uno o más sujetos en materia de contrataciones públicas, acciones que impliquen o tengan por objeto o efecto obtener una beneficio o ventaja indebidos en las contrataciones de orden federal, local o municipal.

O cuando dichos particulares acuerden o celebren contratos, acuerdos o combinaciones entre competidores cuyo objeto sea obtener un beneficio indebido y ocasionar un daño a la hacienda pública o al patrimonio de los entes públicos. O cuando ello se realice a través de un intermediario.

Lo anterior aplica en transacciones comerciales internacionales, esto es cuando participen órganos u organismos públicos extranjeros o servidores públicos extranjeros con personas físicas o morales de nacionalidad mexicana; caso en que la Secretaría de la Función Pública será la autoridad investigadora competente.

Es responsable del **uso indebido de recursos públicos** el particular que realice actos mediante los cuales se apropie, haga uso indebido o desvíe del objeto para el que estén previstos los recursos públicos, sean materiales humanos o financieros, cuando por cualquier circunstancia, maneje, reciba, administre o tenga acceso a estos recursos. También por la omisión de rendir cuentas sobre el destino de dichos recursos.

Será responsable de **contratación indebida de ex servidores públicos** el particular que contrate a quien haya sido servidor público durante el año previo, que posea información privilegiada que directamente haya adquirido con motivo de su empleo,

cargo o comisión en el servicio público, y directamente permita que el contratante se beneficie en el mercado o se coloque en situación ventajosa frente a sus competidores. También será sancionado el servidor público.

Hasta aquí hemos detallado el procedimiento de investigación, substanciación y resolución (sanción) de faltas graves y de particulares en el ámbito administrativo, pues como hemos visto se emitieron las leyes esenciales para este fin, especialmente la *Ley de Responsabilidades Administrativas* y la *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa* que los prevé.

Es conveniente precisar, respecto al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que es el órgano jurisdiccional que a nivel federal resolverá sobre las faltas administrativas graves, que con fecha 24 de abril de 2017, el Ejecutivo Federal envió al Senado de la República, para su ratificación, las quince propuestas de Magistrados que deben integrar las Salas Especializadas en Responsabilidades Administrativas y la Tercera Sección de la Sala Superior del propio Tribunal de acuerdo a la competencia que fija su ley orgánica. Recordemos que la Tercera Sección conoce de asuntos de importancia y trascendencia y de la instancia de apelación y las Salas Especializadas en Responsabilidades Administrativas, de los demás asuntos de imposición de faltas graves y de los juicios interpuestos en contra de la determinación de responsabilidades no graves por parte de los órganos de Fiscalización y Control, pero el estudio de estas competencias rebasa los objetivos del presente trabajo.

Entonces, destaco que a diciembre 2018 los Magistrados propuestos no habían sido aprobados por el Senado de la Republica ya que ha existido oposición respecto a alguna de estos nombramientos por cuestiones de razón técnica, especialidad y aparentemente también políticas por lo que dichos nombramientos se encuentran pendientes⁷⁹. No obstante ello, el Pleno de la Sala Superior a fin de cumplir con la obligación de impartir justicia y en tanto se formaliza la designación de Magistrados,

⁷⁹ Se han publicado diversos artículos de prensa al respecto, por ejemplo, el comunicado del Senado de la Republica contenido en el Boletín número 132, correspondiente a octubre de 2017, publicado el 19 del mismo mes y año, el cual señala, que “tales nombramientos se encuentran en las Comisiones de Hacienda y Justicia sin Dictamen.”

emitió el Acuerdo SS/10/2017 publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de julio de 2017⁸⁰, en el que además de designar la competencia material y territorial de las Salas Especializadas y de la Tercera Sección de la Sala Superior también con competencia en Responsabilidades Administrativas, determinó que la Décimo Tercera Sala Regional Metropolitana asumiera como Sala Auxiliar la competencia en Materia de Responsabilidades Administrativas Graves, hasta que las citadas Salas Especializadas y Tercera Sección entren en funciones.

Aunado a lo anterior, con fecha 18 de julio de 2016 se publicó la *Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación*, que faculta a la Auditoría Superior de la Federación para investigar, substanciar el procedimiento administrativo de responsabilidades administrativas, emitir informes de presunta responsabilidad administrativa así como para promover acciones y denuncias correspondientes por responsabilidades administrativas graves detectadas o derivadas de sus auditorías o investigaciones (artículos 14, fracciones II y III, 15, fracción I). Por lo anterior, podemos considerar que el Sistema Nacional Anticorrupción es funcional ya en el ámbito administrativo.

IV.2.D. Delitos por hechos de corrupción

En el Título Décimo del *Código Penal Federal* se describen los tipos de estos delitos, para lo cual se precisa a quien se considera servidor público, aclarando que también se sancionara a quien cometa o participe de los mismos hechos los que significa que están previstos para personas físicas.

También se establecen sanciones de destitución e inhabilitación para los servidores públicos señalando los elementos que deben considerarse en su imposición. Los delitos son:

Para el delito de **ejercicio ilícito del servicio público**, en el Artículo del *Código Penal Federal* se establecen las siguientes conductas.

⁸⁰ Acuerdo SS/10/18 por el que se adiciona el art. 9-Bis, la fracción VI al art. 23, y la fracción X, al art. 23-Bis, todos del Reglamento Interior de este Tribunal”.

I. Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;

II. Derogado.

III. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud;

IV. Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley;

V. Cuando el encargado o elemento de una fuerza pública, requerido legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue a dárselo o retrase el mismo injustificadamente. La misma previsión se aplicará tratándose de peritos.

VI. Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de reinserción social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, o centros de arraigo que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada, arraigada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;

VII. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;

VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente.

IX. Obtenga, exija o solicite sin derecho alguno o causa legítima, para sí o para cualquier otra persona, parte del sueldo o remuneración de uno o más de sus

subalternos, dádivas u otros bienes o servicios;

X. Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado;

XI. Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación;

XII.- Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación;

Por su parte, el artículo 215 prohíbe conductas que constituyen **abuso de autoridad**, como las siguientes:

Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes: (...)

III. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud (...)

XI.- Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación;

Cometen el delito de **coalicón de servidores públicos** (Art. 216)

Los servidores públicos que teniendo tal carácter se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley, reglamento u otras disposiciones de carácter

general, impedir su ejecución o para hacer dimisión de sus puestos con el fin de impedir o suspender la administración pública en cualquiera de sus ramas. No cometen este delito los trabajadores que se coaliguen en ejercicio de sus derechos constitucionales o que hagan uso del derecho de huelga.

Comete el delito de **uso ilícito de atribuciones y facultades** (Art. 217)

El servidor público que ilícitamente:

- A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;
- B) Otorgue permisos, licencias, adjudicaciones o autorizaciones de contenido económico;
- C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal;
- D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, con recursos públicos;
- E) Contrate deuda o realice colocaciones de fondos y valores con recursos públicos.

I. bis.- El servidor público que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o del servicio público o de otra persona:

- A) Niegue el otorgamiento o contratación de las operaciones a que hacen referencia la presente fracción, existiendo todos los requisitos establecidos en la normatividad aplicable para su otorgamiento, o
- B) Siendo responsable de administrar y verificar directamente el cumplimiento de los términos de una concesión, permiso, asignación o contrato, se haya abstenido de cumplir con dicha obligación.

II.- Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, y

III.- El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados o haga un pago ilegal.

Se impondrán las mismas sanciones previstas a cualquier persona que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o el servicio público o de otra persona participe, solicite o promueva la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este artículo.

Al que cometa el delito a que se refiere el presente artículo, se le impondrán de seis meses a doce años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.

Asimismo, al particular que, en su carácter de contratista, permisionario, asignatario, titular de una concesión de prestación de un servicio público de explotación, aprovechamiento o uso de bienes del dominio de la Federación, con la finalidad de obtener un beneficio para sí o para un tercero:

I. Genere y utilice información falsa o alterada, respecto de los rendimientos o beneficios que obtenga, y

II. Cuando estando legalmente obligado a entregar a una autoridad información sobre los rendimientos o beneficios que obtenga, la oculte.

Al que cometa el delito a que se refiere el presente artículo, se le impondrán de tres meses a nueve años de prisión y de treinta a cien días multa.

Comete el delito de **concusión** (Art. 218)

El servidor público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la Ley.

Al que cometa el delito de concusión se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando la cantidad o el valor de lo exigido indebidamente no exceda del equivalente de quinientos días de Unidades de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses

a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Comete el delito de **intimidación** (Art. 219)

I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona, utilizando la violencia física o moral, inhíba o intimide a cualquier persona para evitar que ésta o un tercero denuncie, formule querrela o aporte información relativa a la presunta comisión de una conducta sancionada por la Legislación Penal o por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y

II. El servidor público que con motivo de la querrela, denuncia o información a que hace referencia la fracción anterior realice una conducta ilícita u omita una lícita debida que lesione los intereses de las personas que las presenten o aporten, o de algún tercero con quien dichas personas guarden algún vínculo familiar, de negocios o afectivo.

Al que cometa el delito de intimidación se le impondrán de dos años a nueve años de prisión y de treinta a cien días multa.

Comete el delito de **ejercicio abusivo de funciones** (Art. 220)

I.- El servidor público que en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, ilícitamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendiente o ascendiente, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte;

II.- El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción.

Al que cometa el delito de ejercicio abusivo de funciones se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente a quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Comete el delito de **tráfico de influencia** (Art. 221)

I. El servidor público que por sí o por interpósita persona promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos ajenos a las responsabilidades inherentes a su empleo, cargo o comisión, y

II. Cualquier persona que promueve la conducta ilícita del servidor público o se preste a la promoción o gestión a que hace referencia la fracción anterior.

III. El servidor público que por sí, o por interpósita persona indebidamente, solicite o promueva cualquier resolución o la realización de cualquier acto materia del empleo, cargo o comisión de otro servidor público, que produzca beneficios económicos para sí o para cualquiera de las personas a que hace referencia la primera fracción del artículo 220 de este Código.

IV. Al particular que, sin estar autorizado legalmente para intervenir en un negocio público, afirme tener influencia ante los servidores públicos facultados para tomar decisiones dentro de dichos negocios, e intervenga ante ellos para promover la resolución ilícita de los mismos, a cambio de obtener un beneficio para sí o para otro.

Al que cometa el delito de tráfico de influencia, se le impondrán de dos años a seis años de prisión y de treinta a cien días multa.

Comete el delito de **cohecho** (Art. 222)

I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, o acepte una promesa, para hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión;

II. El que dé, prometa o entregue cualquier beneficio a alguna de las personas que se mencionan en el artículo 212 de este Código, para que haga u omita un acto relacionado con sus funciones, a su empleo, cargo o comisión, y

III. El legislador federal que, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, y en el marco del proceso de aprobación del presupuesto de egresos respectivo, gestione o solicite:

a) La asignación de recursos a favor de un ente público, exigiendo u obteniendo, para sí o para un tercero, una comisión, dádiva o contraprestación, en dinero o en especie, distinta a la que le corresponde por el ejercicio de su encargo;

b) El otorgamiento de contratos de obra pública o de servicios a favor de determinadas personas físicas o morales.

Se aplicará la misma pena a cualquier persona que gestione, solicite a nombre o en representación del legislador federal las asignaciones de recursos u otorgamiento de contratos a que se refieren los incisos a) y b) de este artículo.

Al que comete el delito de cohecho se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, los bienes, promesa o prestación exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa.

Comete el delito de **cohecho a servidores públicos extranjeros** (Art. 222 Bis)

Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior al que con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o dé, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva, ya sea en bienes o servicios:

I. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión;

II. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione la tramitación o resolución de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión, o

III. A cualquier persona para que acuda ante un servidor público extranjero y le requiera o le proponga llevar a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto relacionado con las funciones inherentes al empleo, cargo o comisión de este último.

Para los efectos de este artículo se entiende por servidor público extranjero, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en el poder legislativo, ejecutivo o judicial o en un órgano público autónomo en cualquier orden o nivel de gobierno de un Estado extranjero, sea designado o electo; cualquier persona en ejercicio de una función para una autoridad, organismo o empresa pública o de participación estatal de un país extranjero; y cualquier funcionario o agente de un organismo u organización pública internacional.

Cuando alguno de los delitos comprendidos en este artículo se cometa en los supuestos a que se refiere el artículo 11 de este Código, el juez impondrá a la persona moral hasta mil días multa y podrá decretar su suspensión o disolución, tomando en consideración el grado de conocimiento de los órganos de administración respecto del cohecho en la transacción internacional y el daño causado o el beneficio obtenido por la persona moral.

Comete el delito de **peculado** (Art. 223)

I. Todo servidor público que para su beneficio o el de una tercera persona física o moral, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, en posesión o por otra causa;

II. El servidor público que ilícitamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona;

III. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades, y

IV. Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa.

Cuando los recursos materia del peculado sean aportaciones federales para los fines de seguridad pública se aplicará hasta un tercio más de las penas señaladas en los párrafos anteriores.

Se describe el delito de **enriquecimiento ilícito** de la siguiente manera (Art. 224)

Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiese acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos

respecto de los cuales se conduzca como dueño.

Para efectos del párrafo anterior, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos.

No será enriquecimiento ilícito en caso de que el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre en otra hipótesis del presente Título. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos.

Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:

Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

Como podemos apreciar, la norma de la materia a nivel federal es exhaustiva y descriptiva. En este caso no es una cuestión de falta de tipos penales que sancionen conductas, sino su operación y aplicación, como veremos a continuación.

IV.2.D. Fiscalía Especializada en Materia de Combate a la Corrupción

De conformidad con el Sistema Nacional Anticorrupción los actos o hechos de corrupción se sancionan a nivel administrativo y penal. Cuando derivado del procedimiento de fiscalización e investigación llevado a cabo por la Auditoría

Superior de la Federación, Secretaria de la Función Pública o sus similares a nivel estatal, encuentren hechos u omisiones que puedan ser constitutivas de delitos por hechos de corrupción, estos deben denunciarlos a la Fiscalía Especializada en materia de Combate a la corrupción de acuerdo a lo previsto en los numerales 79, fracción IV, y 109, fracción IV, segundo párrafo, Constitucionales⁸¹ y artículo 11 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Lo anterior con independencia de la investigación que de oficio o por denuncia realice la propia Fiscalía Especializada en materia de Combate a la Corrupción, como veremos más adelante.

Así, el numeral 79, fracción I, de la Constitución Política Mexicana, que prevé las facultades de la Auditoría Superior de la Federación al respecto dice:

Artículo 79. La Auditoría Superior de la Federación...

Fracción IV. Derivado de sus investigaciones **promover** las responsabilidades que sean procedentes **ante el Tribunal Federal** de Justicia Administrativa y la Fiscalía Especializada en combate a la Corrupción, **para la imposición de las sanciones** que correspondan **a los servidores públicos federales y**, en el caso del párrafo segundo de la fracción I de este artículo⁸² a los servidores públicos de los Estados, Municipios, Distrito Federal, y sus demarcaciones territoriales y **a los particulares.**

Por su parte, el artículo 11, de la *Ley General de Responsabilidades Administrativas*, determina al respecto:

Artículo 11. La Auditoría Superior de la Federación y las entidades de Fiscalización superior de las Entidades federativas serán competentes para investigar y substanciar el procedimiento por las faltas administrativas graves.
(...)

En los casos en que, derivado de sus investigaciones, acontezca la presunta comisión de delitos, presentarán las denuncias correspondientes ante el

⁸¹ Reforma Constitucional de 27 de mayo de 2015

⁸² Tal disposición hace referencia a los recursos federales, participaciones federales, empréstitos con garantía federal y cualquier recurso federal ejercido por las entidades, municipios, personas físicas o morales públicas o privadas, y los transferidos a fideicomisos fondos y mandatos públicos y privados o cualquier otra figura jurídica

Ministerio Público competente.

Y el numeral Constitucional, 109, fracción IV, complemente lo siguiente:

Fracción IV. Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:

(...)

IV. (...) Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas en las fracciones anteriores se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

Como se puede apreciar, las determinaciones antes citadas son claramente para respetar el principio de derecho penal reconocido internacionalmente como *non bis in idem*. A diferencia de la funcionalidad que ya se tiene a nivel de justicia contenciosa administrativa, la operatividad no se da plena aún dentro del ámbito penal puesto que a la fecha del cierre de esta tesis, no ha sido emitida la *Ley de la Fiscalía General de la República* y su ley orgánica, y si bien los proyectos de dichas leyes se encuentran en la Cámara de Senadores⁸³, la primera de ellas aún se encuentra en la Comisión de Justicia, Legislación y Estudios Legislativos para dictamen y a la Comisión de Gobernación para opinión y la segunda recientemente se turnó también a la Comisión de Justicia para Dictamen, por lo que no existe aún normatividad definida que regule a la Fiscalía General de la República y a la que es de nuestro especial interés, que es la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, amén de que no se encuentra designado todavía el Fiscal General de la República ni el Fiscal Especializado en materia de combate a la Corrupción. Por ello se analiza este aspecto del Sistema Nacional Anticorrupción a la luz de los principios constitucionales que lo regulan y de la normatividad secundaria ya expedida en la que se puede incluir a las reformas al *Código Penal Federal*, como veremos en el siguiente apartado.

⁸³ Esta ley se presentó a la Cámara de Senadores para su aprobación el 11 de diciembre de 2014, en la reunión de 3 de febrero de 2015 se turnó a la Comisión de Gobernación, para su opinión y el 12 de ese mismo dicho mes y año tal Comisión acordó rectificar el turno de la iniciativa para quedar en las Comisiones Unidas de Justicia, de Legislación y de Estudios Legislativos.

IV.2.E. Iniciativa de Ley de la Fiscalía General de la República

Con la aclaración que sólo existen estas leyes como iniciativas, señalaré sus puntos principales. Esta ley tiene por objeto organizar al Ministerio Público de la Federación, establecer su estructura y desarrollar las facultades que la Constitución le confiere, así como aquellas que le confiere a la FGR y a su titular.

Entre las facultades de la Fiscalía se destacan las siguientes: determinar las políticas para la investigación y persecución penal en el ámbito federal; participar en la conformación de la estrategia nacional de seguridad pública; cumplir los objetivos de la seguridad pública en coordinación con las autoridades de los tres órdenes de gobierno y emitir opiniones sobre las iniciativas de ley o reformas constitucionales o legales en el ámbito de su competencia ante las cámaras del Congreso de la Unión,

La fiscalía estaría integrada con: la vice fiscalía general y las vice fiscalías que establezca el Reglamento; la Fiscalía Especializada en Materia de Delitos Electorales, la Fiscalía Especializada en materia de Combate a la Corrupción; las unidades especializadas en investigación y persecución de delitos; el órgano encargado de llevar a cabo las funciones de operación, investigación e inteligencia para la persecución de los delitos; los órganos encargados de impartir educación superior; los órganos encargados de la supervisión, inspección, fiscalización y control de la actuación de los servidores públicos y de los recursos de la Fiscalía General; el órgano encargado de la administración de su patrimonio; y los demás órganos o unidades administrativas creadas por mandato legal que determine el Fiscal General en su Reglamento.

La Fiscalía Especializada contaría con ministerios públicos, investigadores ministeriales y peritos, así como con el personal profesional, técnico y administrativo necesario para la realización de sus funciones. El Fiscal General sería suplido en sus excusas, ausencias o faltas temporales por el titular de la vice fiscalía general.

Se contempla que las autoridades federales, estatales y municipales en el ámbito de su competencia, estarían obligadas a brindar la colaboración, apoyo y auxilio que solicite el MP para el ejercicio de sus funciones. Señala que las autoridades en los

tres órdenes de gobierno que intervengan o realicen diligencias relativas a la preservación del lugar de los hechos o del hallazgo, y en su caso, a la custodia, procesamiento y registro de indicios huellas y vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos de hechos delictivos de competencia federal actuarían bajo la coordinación del ministerio público tan pronto este tenga conocimiento de la situación y sujetarán su actuación a los protocolos que en la materia que expida la Fiscalía General. Se señala que el Fiscal General creará los consejos asesores o de consulta para coadyuvar en la definición y seguimiento de programas acciones, políticas y estrategia que implemente la Fiscalía General en el ámbito de sus atribuciones.

En esta iniciativa de ley también se contienen las reformas a la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* para regular la figura de la Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal.; a la *Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional* para armonizar la nueva redacción del artículo 105 Constitucional; la Ley de Amparo para adecuar diversos artículos con las nuevas facultades del Fiscal General de la República, al Ministerio Público de la Federación y al Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal; y en otros ordenamientos se adecua el nombre del Procurador o Procuraduría por el de Fiscal o Fiscalía.

La ley anterior, establece la facultad del Fiscal General de la República para emitir los Acuerdos necesarios para la regulación de los órganos que integran a dicha Fiscalía, lo cual sucederá una vez que la *Ley de la Fiscalía General de la República* se expida. Entretanto, lo que podemos comentar es sobre las reformas al *Código Penal Federal*, que ya prevén delitos por hechos de corrupción.

IV.2.F. Independencia del Fiscal General de la República

Para finalizar el análisis correspondiente a justicia penal, puntualizo que de acuerdo al Proyecto de Decreto de la *Ley de la Fiscalía General de la República* se activa de manera automática la designación del titular de la PGR como primer fiscal general y posteriormente las prescripciones del artículo 102 Constitucional, que fija el procedimiento posterior de designación de Fiscal General de la República en el

Senado quien en el lapso de veinte días posteriores a partir de la ausencia definitiva del primer fiscal, designa una lista de por lo menos diez candidatos aprobados por lo menos con dos terceras partes de los miembros presentes. Y de esta lista, el Presidente señalara una terna que deberá devolverse al Senado para su elección definitiva, esto es que el Titular del Poder Ejecutivo interviene en la designación de quien habrá de dirigir el combate a la corrupción de los servidores públicos, por lo que no hay independencia constitucional respecto de estos poderes para que se pueda considerar autónomo, y la autonomía es un requisito indispensable para que el sistema funcione. Así se ha expresado en la propia exposición de motivos de la *Ley General de la Fiscalía General de la República*, al señalar como requisito indispensable para el ejercicio de sus funciones:

Sosteniendo la idea de que el Ministerio Público es quien se encarga de la investigación de los delitos y en una perspectiva de cambio en torno al sistema de justicia penal acusatorio establecido en la Constitución **se vuelve evidente la necesaria e impostergable transición a una Fiscalía General de la República, como órgano constitucional autónomo, con patrimonio propio y desligado totalmente del Poder Ejecutivo, para robustecer la importante función del Ministerio Público** a fin de encontrar todas las evidencias necesarias para determinar tanto si existe una conducta delictiva así como un probable responsable, como también para sostener las múltiples determinaciones que asume durante el procedimiento penal. (...)

También lo es su intervención en las controversias constitucionales, ya sea como parte actora, en conforme a la legitimación, que **debido a su calidad de órgano constitucional autónomo** le otorga el artículo 105, fracción I, inciso I, constitucional; parte demandada o en su calidad de parte permanente que le otorga la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme a la cual puede rendir opinión en determinadas acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

Así, la imparcialidad e independencia necesaria para que puedan sancionarse los actos de corrupción se encuentra comprometida. De esta forma opinan también los Senadores Ernesto Cordero Arroyo, Ernesto Gil Zuarth, Jorge Luis Lavalle Maury,

Javier Lozano Alarcón y Salvador Vega Casillas contra la iniciativa de *Ley de la Fiscalía General Anticorrupción*, quienes manifestaron en 2017 su voto en contra del dictamen del proyecto, mientras siga siendo fiscal el titular de la PGR.⁸⁴

IV.3. La Regulación de Competencia Económica como elemento indispensable

IV.3.A. La competencia y regulación ante las fallas de mercado

Se define a la competencia como el esfuerzo que realizan dos o más personas, comercios o empresas, para incrementar su participación en el mercado, ofreciendo más opciones de productos y servicios de mayor calidad a mejores precios. La regulación, por su parte, es una actividad o técnica eminentemente práctica, guiada y justificada por sus efectos en la conformación de las relaciones económicas que busca responder a las exigencias de transformación social contemporánea⁸⁵. Así las cosas: ¿Cuál es la elección entre las opciones normativas e institucionales para atender las potenciales fallas de mercado o concentraciones?

Para abordar dicha pregunta, primero, definimos un mercado como aquel contexto de relaciones voluntarias de intercambio a la luz de una noción de interés general⁸⁶, que bajo la óptica de esta tesis dichos actos jurídicos nacidos voluntariamente son los contratos de exploración y producción. Podemos afirmar que estamos ante la presencia de una libre oferta de mercado cuando observamos la posibilidad de contratar entre una variedad de prestadores de servicios privados en el sector hidrocarburos, provenientes de países de todo el mundo. Ante dicha oferta, tenemos un Estado que permite su libre concurrencia, sea el Estado visto como mecanismo o como orden⁸⁷. No se descarta que este mecanismo u orden puede tener fallas, ser imperfecto o cualquiera que sea la forma de justificar que se requiere la intervención de algún agente regulador, en este caso las instituciones reguladoras.

⁸⁴ Senado de la República, LXIII Legislatura,
http://infosen.senado.gob.mx/fichas_tecnicas/index.php?w=6&id=3618

⁸⁵ Larrañaga De, Pablo, *Regulación: técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa, 2009, pp. 135-136.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Véase, Larrañaga De, Pablo, “Interés general y regulación económica”, México, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 1, 1994, 218-225.

Si partimos del punto que los participantes de un mercado tienen intereses y que este hecho se ve manifestado en acciones que buscan obtener metas o fines para satisfacerlos, las acciones o conductas pueden o no ser concordantes con una noción de interés general, entendida ésta como los acuerdos de intercambio voluntario que responden a los intereses de la generalidad de los individuos que de hecho o potencialmente participan de ellos⁸⁸. En dicha medida el Estado interviene a través de los Poderes de la Unión, la administración pública y sus instituciones para hacer que dichos intereses sí sean concordantes con el interés general.

El primer interés que podría aparecer en discordia con el interés general es la búsqueda del beneficio individual, como se analizó en el apartado del “Juego del Bienestar Público”. El abanico de conductas ilegítimas e ilícitas ha sido estudiado en el planteamiento del problema dentro del catálogo de conductas que constituyen corrupción. Entre las conductas más latentes que comprometen o dañan al interés general y que son desafortunadamente frecuentes, están el comportamiento tipo cartel, consistente en que los participantes de la licitación pactan precios establecidos en cada ronda o nueva licitación, para así garantizar un flujo de contratos gubernamentales para los miembros de la organización y algunas otras prácticas ilegítimas e ilegales como las monopólicas, la guerra de precios, etc. Ante ellas, surge y permanece la regulación en forma de restricciones normativas, deberes y prohibiciones al Estado y a los particulares como la principal herramienta de aquél para prevenir y sancionar estrategias de esa especie⁸⁹.

Ahora bien, del análisis histórico en esta tesis sobre la industria petrolera en México, hemos concluido que existen fundadas razones basadas en conductas monopólicas demostradas y fallas de mercado provocadas por los grandes agentes económicos extranjeros de la producción petrolera, como para tomar todas las precauciones que el mundo moderno nos ha enseñado son necesarias en materia de regulación. Otro ejemplo de las fallas de mercado, que están documentadas y se mencionan desde el análisis histórico de esta tesis, es la asociación de empresas

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

donde sin llegar a desaparecer ninguna de las empresas asociadas se autolimitan su campo de acción dentro de una determinada área geográfica donde sólo ofrece sus productos una determinada empresa, no existiendo concurrencia con las demás.

Este tipo de conductas podrían atacarse en términos jurídicos actuales con las conductas prohibidas por la *Ley Federal de Competencia Económica* conocidas prácticas monopólicas absolutas, entendidas como los acuerdos entre agentes económicos competidores entre sí, que tienen como objeto o efecto ya sea manipular o fijar el precio de venta o compra, restringir la producción o compra de bienes, repartir clientela o mercados, coordinar posturas en licitaciones o concursos, o intercambiar información con el objeto o efecto de llevar a cabo cualquiera de las conductas anteriores.

En contraste, y en términos de la propia Comisión Federal de Competencia, la entrada de nuevas empresas a un mercado estimula la competencia ya que genera un incremento en la oferta, menores precios y mayor variedad y calidad de los productos o servicios ofrecidos. Por ello es importante que la regulación no impida u obstaculice la entrada de nuevos participantes en un determinado sector, y que no propicie o induzca de manera artificial la salida de las empresas existentes. Ahora bien, toda vez que, tal como afirma el Doctor De Larrañaga, la coordinación mediante acuerdos voluntarios es una forma de coordinación social imperfecta, otro sentido de regulación es limitar al mercado como posible generador de consecuencias indeseables⁹⁰. Por ello debemos buscar alternativas de diseño institucional en las que tales limitaciones sean efectivas. Analizamos a continuación la eficacia del Estado a través de su autoridad.

IV.3. B. La Comisión Federal de Competencia, autoridad en la materia

El artículo 28 constitucional, decimocuarto párrafo crea la Comisión Federal de Competencia y a partir del párrafo veinte de dicho artículo describe su funcionamiento. Destacan desde mi punto de vista para determinar el peso y relevancia de su labor, más que de su organización, las primeras siete facultades,

⁹⁰ *Ibidem.*, pp. 217-218.

por las siguientes razones:

Artículo 28.- (...)

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

- I. Dictarán sus resoluciones con plena independencia;
- II. Ejercerán su **presupuesto de forma autónoma**. La Cámara de Diputados garantizará la suficiencia presupuestal a fin de permitirles el ejercicio eficaz y oportuno de sus competencias;
- III. Emitirán **su propio estatuto orgánico**, mediante un sistema de votación por mayoría calificada;

Como se puede apreciar, se afirma que la COFECE goza de autonomía, pero ésta queda patente al momento en que el artículo 28 constitucional, le otorga facultad de ejercer su presupuesto de manera autónoma y de emitir su propio estatuto orgánico, lo que podemos clasificar como autonomía presupuestal y técnica, fundamentales para una gestión eficaz. Continuamos con el análisis del funcionamiento de la Comisión con los siguientes incisos del mismo artículo en la parte correspondiente a la autoridad de la materia:

(...)

- IV. Podrán emitir **disposiciones administrativas** de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia;
- V. Las leyes garantizarán, dentro de cada organismo, la **separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos** que se sustancien en forma de juicio;
- VI. Los órganos de gobierno deberán cumplir con los principios de **transparencia y acceso a la información. Deliberarán en forma colegiada** y decidirán los asuntos por mayoría de votos; sus sesiones, acuerdos y

resoluciones serán de carácter público con las excepciones que determine la ley;

VII. Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones **podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión**. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva. Cuando se trate de resoluciones de dichos organismos emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de esta Constitución. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales;

En estos párrafos, vale hacer notar que las opiniones que emitan, no lo son simplemente en términos lingüísticos, sino que se trata de disposiciones administrativas de carácter general y vinculantes, toda vez que no pueden ser impugnadas salvo por la vía judicial federal y ello no suspende su eficacia, salvo en caso de una sentencia en firme por violación de derechos humanos. Para evitar arbitrariedad y abuso en el uso de estas normas jurídicas, se establecen entre otras medidas que debe haber separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos. Además, las determinaciones de la COFECE se hacen por un cuerpo colegiado de manera pública.

Ahora bien, respecto a los contratos de exploración y Producción, la *Ley de Hidrocarburos*, que rige la materia, establece claramente que:

Artículo 24.- Las bases del procedimiento de licitación y adjudicación de los Contratos para la Exploración y Extracción, que se pongan a disposición de los interesados, **deberán:** (...)

III. **Contar con opinión previa de la Comisión Federal de Competencia Económica**, la cual versará exclusivamente sobre los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación a que se refiere el artículo 23 del presente ordenamiento. La opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica deberá ser proporcionada en un plazo no mayor a treinta días a partir de la solicitud correspondiente; en caso de no emitirse la opinión, dentro del plazo establecido, ésta se entenderá en sentido favorable.

Así pues, desde el punto de vista del análisis de la regulación, se estima que el marco normativo energético actual **exige por parte de la autoridad de la materia su aprobación**, de acuerdo a estándares internacionales, para que se cumpla con los principios que debe garantizar la autoridad que al efecto son: Establecer derechos de propiedad bien definidos, respaldar los intercambios voluntarios mediante la coacción, garantizar la voluntariedad de los acuerdos, excluir del mercado derechos inalienables, crear mercado cuándo éste es el medio previsiblemente más eficaz para la satisfacción de derechos y; cuando haya razones para la existencia de mercado, la autoridad deberá mantener las condiciones sociales para que los intercambios voluntarios prevalezcan como forma de organización económica⁹¹.

Como guía internacional, de acuerdo con la *Consumer Policy Toolkit* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, las principales herramientas con las que cuenta un Estado como el nuestro para hacer frente a las fallas de mercado son, por el lado de la demanda: fortalecer al consumidor, fomentar la calidad de la información, propiciar equidad contractual y avanzar en la educación del consumidor. Por su parte, por el lado de la oferta se debe evitar y combatir concentraciones y prácticas anticompetitivas, establecer estándares de productos, desarrollar y fomentar códigos de conducta y comportamiento de empresas, así como determinar las licencias y acreditaciones necesarias⁹².

⁹¹ Larrañaga De, Pablo, "Interés general y regulación económica", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México: Distribuciones Fontamara, No. 27 (oct. 2007), pp. 73-109.

⁹² Altamirano Rodríguez, Bernardo *et al*, "Políticas de Competencia y Protección al Consumidor:

IV.3.C Cómo evitar la colusión entre grupos económicos dominantes

Es claro cuando se analizan los estudios de la COFECE que resulta indispensable abrir los sectores productivos al mayor número de licitantes, a fin de tener una mayor oferta de servicios de calidad al menor costo posible en virtud de la competencia generada en igualdad de condiciones. Ahora bien, por lo que toca a cómo reducir los espacios para la formación y sostenimiento de acuerdos colusorios la línea sobre la cual habrá que dirigir los esfuerzos nacionales en términos políticos apunta directamente a la eficiencia administrativa en la implementación y darles seguimiento a los procesos de contratación.

La eficiencia administrativa depende directamente de dos variables. La primera es el diseño de la convocatoria y procedimientos de contratación. Al respecto hemos observado que la parte del diseño sigue teniendo una carga política. La segunda variable son los incentivos institucionales para la correcta aplicación de la norma, dentro de los cuáles se encuentra la estabilidad en los nombramientos de los servidores públicos en instituciones rectoras como la Comisión Nacional de Hidrocarburos, y en la medida que sea respetada su autonomía se tendrá bajo control este factor.

Por otra parte, la COFECE demuestra lo que intuitivamente se conoce, el hecho que empresas o grupos empresariales licitantes se han coordinado en diversos sectores de la economía para manipular las cotizaciones en cuanto a precios y aspectos técnicos. Para evitar la colusión, las convocatorias deben contener primeramente los requisitos de participación estrictamente necesarios acordes con mejores prácticas internacionales en aspectos como los técnicos y financieros. Indispensable que éstos sean objetivos, no discriminatorios y transparentes. Con este requisito han cumplido las primeras tres rondas de contratos de exploración y extracción. En términos llanos, la vigilancia cruzada por parte de agentes públicos y privados, nacionales e internacionales como los que se analizan en el capítulo V, imposibilitan la ejecución

Hacia una convergencia ciudadana”, México, *Central Ciudadano y Consumidor*, septiembre 2013, http://www.senado.gob.mx/comisiones/comercio_fomento/reu/docs/presentacion_140316_CID AC.pdf

de actos ilegales durante el proceso de asignación de contratos sin que esto sea del conocimiento público.

En segundo término, se debe difundir la información de acuerdo con criterios objetivos para calificar la solvencia técnica y financiera de los participantes. Apunto a nivel personal que mientras la opinión pública se mantenga desinformada sobre la relevancia de estos temas, la sanción democrática a las autoridades que desatiendan estos cometidos podría no llegar o demorarse hasta alcanzar consecuencias funestas por causa de desconocimiento o desinterés de la población. En todo caso, el Estado no debe quedar sujeto a una hipotética validación por omisión por parte de la población en general, sino que es responsabilidad de aquél, sea a través del Poder Legislativo o del Ejecutivo, fortalecer con los recursos necesarios a la autoridad competente para hacer estudios de mercado extensivos y suficientes, incluso a nivel global, para detectar posibles prácticas monopólicas y así evitar el ingreso de grupos dominantes en el sector hidrocarburos que potencialmente pudieran crear barreras a la entrada de nuevos competidores⁹³. Por último, el estudio es claro al establecer que “Se necesita inhabilitación, además de multas, para disuadir la colusión” sin que al momento de su publicación esto haya sucedido. La prohibición de la subcontratación contenida en la Reforma Energética y la evaluación por etapas cumple con la agenda delineada por la COFECE sobre requerimientos a nivel normativo. Por su parte, la obligatoriedad y transparencia de los estudios de mercado como requisito, así como de su metodología, queda en la agenda como una tarea por cumplir.

⁹³ Cfr Comisión Federal de Competencia Económica, “Las empresas de un mismo grupo de interés económico pueden simular competencia”, *Agenda de Competencia para un ejercicio íntegro en las Contrataciones Públicas*, México, julio 2018, pp. 29-33.

Capítulo V. Diagnóstico de eficacia y eficiencia jurídica del objeto de estudio

V.1. Aspectos positivos de tipo cualitativo: Transparencia

V.1.A. Evaluación de Información con Estándares Internacionales

Existe un estándar internacional para promover la transparencia en el sector extractivo de hidrocarburos para supervisar la administración en tiempo real y tener registro de la rendición de cuentas. Se llama Iniciativa para la Transparencia de Industrias Extractivas⁹⁴ (EITI por sus siglas en inglés) y México ha manifestado su voluntad de pertenecer en los gobiernos que cumplen con dicha iniciativa y por tanto es candidato a partir de 2017.

La implementación de este estándar se lleva a cabo por un grupo mixto que integran representantes del gobierno nacional, la industria extractiva y miembros destacados de la sociedad civil. Se llama Grupo Multipartícipe Nacional. A partir de su creación se aprobó la publicación del “Portal EITI MX” el cual mantiene un formato abierto para consultar información clave sobre el avance del sector. Su base de datos es sostenida por la Subsecretaría de Hidrocarburos de la SHCP y se actualiza con la información aportada en tiempo real por la Comisión Nacional de Hidrocarburos, el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y Desarrollo, la Secretaría de Economía, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), así como del Servicio de Administración Tributaria (SAT).

Para que la información aportada sea veraz, se contrató para la elaboración de un primer informe a un administrador independiente, el cual recibe recursos no del gobierno federal sino de un fondo integrado por la Agencia Mexicana de Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Agencia Alemana de Cooperación al Desarrollo.

⁹⁴ Cfr <https://www.gob.mx/sener/prensa/apertura-publica-de-la-plataforma-para-la-transparencia-de-las-industrias-extractivas>

V.1.B. Opiniones y dictámenes independientes

Por cuanto a transparencia se tiene un panorama optimista para muchos y cauto para otros, con opiniones divididas. Se tienen un par de estudios elaborados por el *National Resource Governance Institute* NRGi, por sus siglas en inglés (Instituto para la Gobernanza de Recursos Naturales) junto con la *Open Contracting Partnership* OPC (Asociación de Contratación Abierta) en los cuales se señalan un par de conclusiones muy interesantes.

Primero, según los analizado en el reporte “Contratación abierta para derechos del petróleo, gas y minerales: una luz a las buenas prácticas” nuestro país se coloca nada menos que en primer lugar en transparencia de procesos por cuanto a la licitación y administración de los contratos de exploración y extracción de petróleo⁹⁵. Para llegar a dichas conclusiones se analizaron los modelos de 16 mejores prácticas internacionales de todo el mundo en una diversidad de países, con condiciones completamente distintas entre sí, pues se evaluaron, además de México, a Canadá, Noruega, Sierra Leona, Australia, Nueva Zelanda, Colombia, Filipinas, Líbano, Zambia, Chile, Perú Guinea y Mongolia⁹⁶. A nivel institucional, la Comisión Nacional de Hidrocarburos se colocó séptima a nivel mundial, destacando en aspectos como la explicación del total de los sistemas de contratación, comunicación sobre los agentes que toman decisiones, claridad en la comunicación, lo cual incluye sintetizar toda la información relevante en un sólo sitio web como lo es Rondas México, las declaraciones de intereses sobre sus servidores públicos, publicación de los resultados de las adjudicaciones y de los contratos, así como el seguimiento del cumplimiento de los mismos.

Segundo, se afirma que más de cincuenta países manifiestan interés en conocer y aprovechar las lecciones mostradas por el modelo mexicano de administración de contratos petroleros, así como la elaboración de las reglas y proceso de licitación de

⁹⁵ Hernández Verónica, *Energy & Commerce*, “México es primer lugar en procesos licitatorios”, <https://energyandcommerce.com.mx/mexico-es-primer-lugar-en-transparencia-en-procesos-licitatorios-petroleros/>

⁹⁶ Cfr Comunicado de prensa de la CNH, <https://www.gob.mx/cnh/prensa/comunicado-de-prensa-028-emitido-cnh-166140>

las rondas llevado a cabo por el regulador mexicano, en este caso la Comisión Nacional de Hidrocarburos⁹⁷.

No resulta sorprendente que se haga desde otros países un serio análisis del modelo mexicano como caso de éxito en la rápida implementación de un sistema de licitaciones en un sector totalmente nuevo para la economía abierta. No olvidemos que antes de la Reforma Energética “los estudios técnicos publicados antes del 2014 tenían borrados los nombres de los pozos y de los estudios sísmicos”⁹⁸. De acuerdo con las fuentes que cubrían al sector, la información sobre flujos, volúmenes de producción e incluso sobre reservas probadas eran opacas y en muchos casos simplemente falsas. Esta función que antes era exclusiva de PEMEX hoy lo es del Centro Nacional de Información de Hidrocarburos. El mal llamado “desmantelamiento” de PEMEX si en algo ha existido, es en desmantelar las facultades discrecionales de manipular la información que desde un principio debió ser pública y abierta.

V.1.C. Prospectiva institucional

El competitivo mercado energético y la tendencia a transparentar las operaciones públicas han iniciado una tendencia positiva en el sector petrolero. De acuerdo con información de PEMEX⁹⁹, la modalidad de adjudicación directa para los contratos con proveedores pasó de un abrumador 83% del total de los mecanismos de asignación en el año 2015, a un 16% en el año 2017. Para todo efecto se invirtió la proporción de los contratos asignados mediante concurso, ocupando ahora está última opción la vasta mayoría. Asimismo, de acuerdo con un estudio publicado por el Instituto Mexicano para la Competitividad y OPI Analytics, para el lapso analizado entre 2012 y 2017, Petróleos Mexicanos salió de la lista de dependencias y entidades

⁹⁷ García Karol, “Modelo de la CNH despierta interés entre 50 países”, *El Economista*, 1 de agosto de 2018, https://www.economista.com.mx/amp/empresas/Modelo-de-la-CNH-despierta-interes-entre-50-paises-20180801-0103.html?_twitter_impression=true

⁹⁸ Zárate, Pablo, “Un INAI petrolero”, *El Economista*, <https://www.economista.com.mx/opinion/Un-INAI-petrolero-20180906-0017.html>

⁹⁹ Servín Diago, Miguel Ángel, participación del Director Operativo de Procura y Abastecimiento en la ceremonia inaugural, impartida en el Ciclo de Conferencias “Día del Proveedor” de Petróleos Mexicanos, 6 de marzo de 2018.

con mayor riesgo de corrupción por volumen de compras públicas, dónde la segunda empresa productiva del Estado más importante, la Comisión Federal de Electricidad, aparece en primer lugar (seguida del ISSSTE y el IMSS respectivamente, ambas instituciones con personalidad jurídica propia y autonomía técnica y presupuestaria) dado que el 25% de sus compras, equivalentes a 424 mil millones de pesos en cinco años, bajo el esquema de asignaciones directas.

Complementariamente, analistas especializados del sector¹⁰⁰, manifiestan que la Reforma Energética debe ser “juzgada en su éxito, desde la óptica de la política pública en cuanto a los objetivos trazados y alcanzados, así como el potencial hacia el futuro”. Bajo ese enfoque, afirman que la Reforma ha sido más que oportuna y su éxito debe ser evaluado en el mediano y largo plazos. Primero, debido al mandato del 27 constitucional párrafo séptimo y a la estructura normativa creada, los ingresos petroleros no pueden destinarse a gasto de corto y mediano plazo, sino que se obliga a una planeación estratégica de largo plazo, es decir, con visión de futuro. Esta fortaleza institucional contrasta con el fallido modelo abordado en el capítulo histórico de “administración de la abundancia” de las décadas de los setenta y ochenta en este mismo país, con las desastrosas consecuencias ya conocidas.

También existe el reconocimiento que si bien el momento para la implementación de las primeras rondas no fue el ideal, debido a la baja histórica de los precios internacionales de crudo a nivel internacional, se debe reconocer que la reforma energética se encuentra aún en etapa de desarrollo y que los diferentes participantes se encuentran en un proceso de aprendizaje que, no obstante ha sido de una eficiencia considerable en tiempo, fondo y forma, a comparación de otros países donde se han implementado reformas o procesos de apertura similares¹⁰¹.

¹⁰⁰ Alemán Loza, Iván Aleksei et Santiago López, Viviana María, “A cuatro años de la Reforma Energética”, México, *Petróleo y Energía*, abril 2018.

¹⁰¹ Machorro, Juan Carlos, “La nueva eficiencia energética”, *Petróleo y Energía*, México, abril 2018.

V.2. Aspectos negativos de tipo cualitativo: Ineficacia de las normas punitivas

El balance de las más actuales investigaciones sobre las llamadas Reformas Estructurales del sexenio que va de 2012 a 2018, arroja como resultado preliminar que algunas se han visto disueltas en el papel, particularmente la reforma al sistema penal. Se estima en algunos sectores de académicos que si bien ésta serie de cambios a todo el sistema penal de justicia se promulgó en 2008, para el año 2016 sólo cuatro de los 32 estados habían hecho los cambios necesarios para aterrizar el cambio paradigmático de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, donde supuestamente la mediación y los medios alternativos de impartición de justicia cobrarían especial relevancia como herramienta en la labor de impartición de justicia¹⁰².

En este contexto académico, se atribuye a la corrupción y a la impunidad las principales razones para la existencia de un estado de derecho débil. Por cuanto hace al Sistema Nacional Anticorrupción, Ríos apunta que el Director de Transparencia Mexicana sugiere fiscalizar también al titular del SNA, lo cual debe ser logrado en conjunto con medios de comunicación críticos e imparciales. Esta última aportación resulta más optimista que práctica. Hoy se sabe que el conductismo como método, el cual postula reducir la corrupción a partir de nuevos códigos de ética, resulta impráctico en el mejor de los casos o simplemente un mito¹⁰³. El mismo académico escribe en colaboración para el World Economic Forum que otros dos mitos sobre la corrupción son, primero, enfocarse únicamente en la importancia de las instituciones o únicamente crear nuevas “agencias nacionales anticorrupción” y endurecer leyes sin una aplicación sistémica planeada. También se desdeñan teorías meramente culturales, raciales, religiosas o antropológicas pues si bien podrían ayudar a diagnosticar, no aportan a la solución del problema.

¹⁰² Véase Ríos Viridiana, *The Missing Reform: Strengthening The Rule of Law In Mexico*, https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/the_missing_reform_strengthening_the_rule_of_law_in_mexico_0.pdf

¹⁰³ Rothstein, Bo, “Four myths about corruption”, Universidad de Gothenburg para el World Economic Forum, https://www.weforum.org/agenda/2017/12/four-myths-about-corruption?utm_content=bufferfaab4&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer

De ahí se resalta la teoría de la primera mujer en ganar el Premio Nobel de economía, Elinor Ostrom, lo que consiguió en el 2009. La politóloga estadounidense sugirió distinguir entre “normas vigentes” y “normas en uso”, pues entre las instituciones y las personas que las operan, existen normas informales que según el país podríamos asemejar a procedimientos estandarizados de operación como las mal llamadas “gratificaciones” en el contexto mexicano, acto base de la corrupción conocido como soborno. Quien opera en contra de estas prácticas aún dentro de un recinto de supuesta justicia como es un tribunal, descubre que el aparato burocrático operará en su contra en tiempos y eficiencia, pues es operado por las mismas personas a quien se negó a “gratificar”.

V.3. Mejores prácticas internacionales

V.3.A. Modelo de Noruega

El régimen noruego es en ciertos aspectos similar al mexicano¹⁰⁴. Se establece propiedad sobre la tierra y mar que se encuentran en su territorio, así como el derecho a la investigación y explotación sobre sus "depósitos naturales". En 1971, cuando las empresas Esso y Shell descubrieron grandes reservas del campo petrolero Brent en la zona del norte colindante con el territorio noruego, el gobierno de este país, sin presencia histórica de empresas privadas que haya tenido que estatizar, se acercó *motu proprio* a dichas empresas, así como a Conoco y Mobil.

De este país se toman mejores prácticas como el *Government Pension Fund Global* (GPFG) de Noruega, con un valor de mercado mayor a 900 mil millones de dólares en el cual se basó la reforma en México para crear el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo. Actualmente, utiliza las ganancias petroleras provenientes del fondo para fines tan diversos como invertir y hacer frente a coyunturas financieras negativas a nivel global¹⁰⁵. Sin embargo, queda pendiente

¹⁰⁴ Ryggvik, Helge, *The norwegian oil experience: A toolbox for managing resources*, Noruega, Centre for Technology, Innovation and Culture, 2010.

¹⁰⁵ Gross, Daniel, “Avoiding the oil curse. What Norway can teach Iraq”, Estados Unidos de América, *MoneyBox*, 2004, <http://www.slate.com/business/2017/10/send-mitt-romney-to-puerto-rico.html>

darle autonomía constitucional si se busca que tenga plena libertad financiera y técnica¹⁰⁶.

Asimismo, la empresa pública del país escandinavo, *Statoil*, que hoy ha evolucionado a su nueva denominación *Equinor*, se asocia en contratos en que típicamente participa en cincuenta por ciento de la propiedad del crudo descubierto, asegurando rectoría sobre cada eslabón de la cadena productiva desde la exploración hasta la refinación, distribución y venta.

Complementariamente, se comenzó desde la década de los setenta a invertir en investigación asociando a las universidades de Oslo y Bergen con homólogas norteamericanas. En su momento la opinión internacional avaló las posibilidades de asemejar el sistema mexicano al de este ejemplar país en muchas expresiones del desarrollo humano¹⁰⁷. Por algunas de estas razones, desde 2009 el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), entre otros observadores, sugirió tomar como modelo los sistemas del Reino de Noruega y los Estados Unidos del Brasil.

Los principios fundamentales que rigen la administración de los hidrocarburos en Noruega son: la propiedad y gobernanza por parte del Reino (el Estado) sobre todas las fases de la cadena productiva. Los valores obtenidos habrán de dirigirse al beneficio de la sociedad noruega. Realizar actividades en la cadena productiva requiere licencia o concesión por parte del gobierno. Las compañías privadas son responsables de la operación logística en el desarrollo de las actividades. La regulación del Estado asegurará el mejor acuerdo entre los intereses tanto del Estado como de las compañías petroleras privadas. Sus normas principales son la ley sobre el petróleo (Petroleum Act), los impuestos, las tarifas y el seguimiento, siempre buscando asegurar que se recupere la mayor cantidad de recursos bajo el principio de mayor ganancia.

¹⁰⁶ Véase Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma Energética, Análisis y Consecuencias*, Tirant Lo Blanch, México, 2015.

¹⁰⁷ Baker, George, "Mexico, Brazil, Norway upstream readiness weighed", *Oil & Gas Journal*, Estados Unidos de América, 2009, http://www.ogj.com/articles/print/volume-107/issue-30/Exploration___Development/mexico-brazil-norway-upstream-readiness-weighed.html

V.3.B. Orígenes del modelo en Asia

Se sabe que el modelo de contratos de utilidad y/o producción compartida tiene una de sus primeras manifestaciones en Indonesia, donde actualmente cuentan con más de trescientos contratos vigentes. Malasia tiene más de cien. En ambos países se permite el outsourcing y en ambas existen figuras idénticas a nuestro modelo como el bono a la firma, aunque en él no radica la principal fuente de utilidades para el Estado.

En Malasia, Petronas es una empresa estatal y en ella se dedican a actividades de exploración y producción, pero sus actividades no están limitadas únicamente a dicha industria, incluso obtiene rendimientos financieros gracias a la compra y venta de bienes raíces, que puede vender en el mercado e incluso a sus empleados. Normalmente le toma a esta institución uno o dos años para evaluar y determinan si ejercen derechos de preferencia sobre una determinada área de explotación. En este país se tienen hasta cinco años, pero ejercen dichos derechos regularmente en uno para acelerar el flujo de capital líquido. México no pierde jamás estos derechos de preferencia y planeación económica de qué zonas explorar y explotar.

V.3.C. Modelo de Brasil

Brasil es un país referente no sólo por el volumen de su economía y sino también un perenne punto de comparación con México debido a diversos factores como su enorme potencial de desarrollo, su gran población, vastos recursos naturales, amplia extensión de territorio megadiverso en flora y fauna, entre otros. Ahí, el Ministerio de Minas y Energía administra y supervisa al sector y la forma en que los particulares participan del sector es a través de las concesiones y contratos de producción compartida que otorga el mismo ministerio.

Para 2012, Petrobras se convirtió en el cuarto mayor productor de petróleo de aguas profundas y en la segunda empresa con mayores reservas internacionales, rivalizando con la transnacional privada Exxon. Recordemos que, más que empresas de servicios, las petroleras son empresas de especulación financiera, pues buena parte de su valuación está en las reservas de petróleo que guardan, debido a que su

valor de mercado es directamente afectado por su capacidad rápida de suministrar el bien cuando el precio del petróleo aumenta¹⁰⁸. Cuando Petrobras se abrió a la inversión privada en 2010 cotizando en bolsa, recibió adicionales 67 mil millones de dólares para inversión¹⁰⁹.

V.3.D. Modelo de Estados Unidos de América y Gran Bretaña

En el país más rico del mundo, referente del capitalismo y el libre mercado, la forma de explorar y extraer petróleo es mediante concesiones, aunque hemos visto que no existe una visión generalmente aceptada de cuál es la diferencia entre éstas y un contrato administrativo. El sector lo supervisa y administra el Bureau of Ocean Energy Management a nivel nacional pero también existen facultades para instituciones locales de nivel estatal.

Por cuanto a la evolución histórica del sector, desde el momento en que se generó una fría distancia entre el sector público y el privado, éste último dominado por las "Siete hermanas" hasta el periodo de control de precios por la Organización de Países Exportadores de Petróleo, la OPEP, el mercado petrolero constituyó un entorno ideal para el crecimiento de Pemex, dando lugar a una época dorada en cuanto a ingresos petroleros se refiere, no así en cuanto a reinversión y diversificación de los ingresos nacionales.

A partir de las súbitas caídas de los precios en la década de los ochenta, particularmente en 1986, una vez que se hizo más rentable comprar reservas existentes de crudo que explorar y extraerlo, se da un auge de los contratos petroleros de largo alcance o convenios de largo plazo. Después de esta oleada, habiendo comprometido una compra forzosa, se popularizaron también los contratos de compra spot o inmediata. Como consecuencia de la existencia de compromisos de compra de producción futura a un precio fijo, se incrementaron las operaciones de "venta en corto", consistentes en que el tenedor de una mercancía,

¹⁰⁸ Para más detalles sobre este tipo de valoración, véase Sanati, Cyrus, "Mexican oil may not be worth it", *Fortune Magazine*, december 2010, http://archive.fortune.com/2010/12/09/news/international/Mexico_oil.fortune/index.htm

¹⁰⁹ O'Keefe, Bryan et Burke, Doris, "Petrobras: The next oil colossus", august 2011, <http://fortune.com/2011/03/08/petrobras-the-next-oil-colossus/>

"apuesta" a que ella va a bajar de precio, por tanto, ante una caída en los precios de mercado, aquel inversionista especulativo que esperaba un mercado alcista, le tiene que comprar forzosamente la "commodity" en el momento que al tenedor le exija, a esta operación se le llama short sale o venta en corto.

De esta manera se crea un mercado más dinámico con la consecuente necesidad de hacer contratos con cláusulas de tiempo y condiciones hasta antes "atípicas" en el sector. A este fenómeno se le conoce como "proliferación de productos financieros" entre los que caben aquellos conocidos como swaps, options, forwards, etc. también conocidos como instrumentos "híbridos". Estas operaciones aun no reguladas tuvieron su principal crecimiento en los mercados del petróleo proveniente de Texas en la New York Mercantile Exchange y con la mezcla Brent proveniente del Mar del Norte.

A finales de los ochenta, se descubrió que un mismo cargamento de petróleo era "transaccionado" unas 50 veces en un día, aunque físicamente sólo cambiara de manos un par de veces. Una típica cadena especulativa, mostraba que jurídicamente un barril habría cambiado de dueño unas doscientas veces entre el momento de su extracción y su venta para transformación, con sus riesgos financieros.

De ahí la necesidad de cubrir con claridad los términos de un contrato de producción petrolera, el daño especulativo que puede causar un sólo incumplimiento puede generar 199 reacciones adversas ante un escenario de no pago. Dado que la legislación norteamericana no puede cubrir todas esas operaciones para hacerlas coactivas, sino hasta que alguna de las partes exija su entrega física ante una Corte, lo que las sentencias judiciales han establecido que se observe para saber si se tiene un convenio de bienes futuros (futures) de este tipo es: 1) la estandarización de términos y condiciones 2) la no entrega o por lo menos la falta de expectativa cierta sobre la entrega del bien 3) pagos al margen 4) objeto especulativo 5) venta al público en general. A razón de ello, los términos y condiciones estandarizados son el criterio dominante para saber si se está ante este tipo de contratos.

En Estados Unidos la autoridad es la Commodity Futures Trading Commission y la norma principal la constituye la United States Commodity Exchange Act. En Reino Unido, la UK Financial Services Act ve este tipo de operaciones más como una inversión y exige tener capacidad para contratar en términos generales.

Así las cosas, en la cultura anglosajona, el intercambio de petróleo es, por un parte una actividad contractual industrial y por otra, una industria de servicios financieros derivados del valor artificial y especulativo que se le dé a los distintos instrumentos financieros "híbridos" o complejos. La unificación jurídica aparenta un reto inconmensurable, más allá de un par de mercados con ideología económica afín como son EU y el Reino Unido.

V.3.E. Países latinos de economía abierta

Comenzando en orden alfabético, describiremos la política de hidrocarburos de algunas naciones comenzando por el país sudamericano de Argentina. Ahí el control y administración del sector petrolero lo tiene el Poder Ejecutivo Nacional y los particulares sí pueden participar en las actividades de exploración y producción a través de la figura jurídica de las concesiones. Éstas se obtienen a través de contratos que otorga el mismo Poder Ejecutivo Nacional.

Chile, país reconocido internacionalmente por contar con políticas públicas sanas y prudentes en materia económica, divide sus funciones de administración del sector entre la Agencia Nacional de Energía y la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma. La forma de entrar a la exploración y producción petrolera es mediante Asociaciones y Contratos de Utilidad Compartida otorgados por el Ministerio de Energía.

Colombia cuenta con un Ministerio de Minas y Energía que administra el sector para otorgar concesiones a la entrada de los privados en estas actividades relevantes para la economía, a través de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. De acuerdo con cifras del gobierno la recaudación proveniente de los ingresos fiscales en Colombia, generados por el sector energético, aumentó de 11 mil 146 millones de pesos colombianos en el año 2009, a 31 mil 740 millones en el 2012.

V.3.F. Países comunistas y socialistas

Llama la atención el caso de China, considerada la segunda potencia económica mundial y la primera en términos de volumen mercantil, el gigante asiático con nombre oficial de República Popular de China, país formalmente socialista gobernado por un partido único comunista reconocido en su Constitución. La cual, no obstante, también permite la participación de empresas particulares en la exploración y extracción petrolera. La iniciativa privada participa por medio de Asociaciones y con Contratos de Producción Compartida principalmente a través de tres empresas de Estado, una de ellas la segunda más grande del mundo después de la americana Exxon Mobil.

Cuba, país socialista, cuestionado históricamente durante décadas por cuanto a libertades personales y política económica, tampoco es la excepción y también se encuentra abierta al capital privado en la exploración y producción petrolera dentro de su territorio. La gobernanza o administración del sector la lleva a cabo el Ministerio de Energía y Minas, mediante su Oficina Nacional de Recursos Minerales. En ella, se gestionan y obtienen Contratos de Producción Compartida, de los que participan empresas privadas también de carácter internacional.

Mismo caso sucede con la controversial y convulsa República Bolivariana de Venezuela, la cual pese al momento histórico y político por el que atraviesa, en ningún momento ha cerrado la posibilidad de la inversión privada y extranjera en la exploración de sus tierras y mares para el sector hidrocarburos. Incluso con nombres llamativos como el del “Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería” que otorga “Asociaciones con Producción Compartida”. Incluso a recientes fechas ha adoptado la emisión de deuda pública con cargo a producción futura, como un medio de capitalizar la economía del país, deprimida en toda otra actividad productiva.

En Bolivia, país de corte socialista, el petróleo es administrado y supervisado por el Ministerio de Hidrocarburos a través de contratos de utilidad compartida, a través de la empresa estatal “Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos”.

Cabe resaltar que en todos los países antes mencionados en este apartado, sin excepción, se permite la participación de privados en actividades de refinación, petroquímica, almacenamiento y transporte. Como se puede apreciar, permitir la entrada de capital privado es práctica común en todo el mundo, en economías abiertas, centralizadas e incluso en las que tienen menor nivel de apertura para otras industrias.

V.4. Balance institucional, académico y organizaciones no gubernamentales

V.4.A. El futuro institucional del sector energético

En lo que respecta al sector energético, siendo la petrolera una industria altamente productiva, cabe señalar algunas sugerencias o ideas que se presentan como alternativa. Una de ellas es, acorde a lo manifestado por la directora de la Comisión Federal de Competencia, crear una política que favorezca competencia de mercado efectiva, sin prerrogativas ni privilegios para los participantes. Otra es, de acuerdo con lo opinado por el director del Instituto Mexicano para la Competitividad, hacer de la sociedad civil un denunciante permanente, lo cual incluye la facultad de las empresas de denunciar o hacer notorio a la vista pública qué regulaciones o normas les causan afectaciones durante su operación y que por ellas se deriven fallas en el mercado como las conductas monopólicas, control de precios, acaparamiento de recursos, obtención desleal de contratos públicos, entre otras.

De manera específica para los alcances de esta tesis, para el analista de control de riesgos y especialista en materia energética Dwight Dyer, aún queda por trabajar en la autonomía de PEMEX, ya que en su naturaleza de empresa productiva del Estado, todavía está controlada financieramente en parte por el Congreso y en otra por la SHCP. En cuanto a la conducción de la política, esto también sucede con las prerrogativas que tiene SENER y no la CNH en cuanto a la determinación técnica de la necesidad de los proyectos. Aquí es donde se tiene mucho que aplicar aún con normatividad que transparente los criterios técnicos que la Secretaría de Energía habrá de aplicar en la toma de decisiones para la elaboración de la planeación. El caso de Noruega es de nueva cuenta el modelo a seguir en esta materia.

Finalmente, por cuanto PEMEX y la CNH son autoridades, no están exentas del juicio de amparo y de las suspensiones provisionales y definitivas con los efectos jurídicos que de este juicio pudieran derivar. Todo ello pone en desventaja a la empresa productiva del Estado frente a la mayor libertad de decisiones corporativas que tienen las empresas privadas. Sin que coincidamos con la postura de este autor, dados los antecedentes de los procesos de privatización de empresas como Teléfonos de México (TELMEX), Dyer postula que emitir acciones públicas aumentaría el control de los socios sobre PEMEX.

V.4.B. Propuestas de la industria y sociedad civil

Por su parte, en comunicado conjunto de más de una decena de organizaciones de la sociedad civil entre las cuales destacan el “Instituto Mexicano para la Competitividad”, “Mexicanos Unidos Contra la Corrupción y la Impunidad”, “Observatorio Nacional Ciudadano”, la “Confederación Patronal de la República Mexicana” (COPARMEX), “México Evalúa”, “México SOS” y “Transparencia Mexicana”, emitido a razón del debate de candidatos a la Presidencia de la República del 22 de abril de 2018, se propusieron once “temas para avanzar en el combate a la corrupción”.

Primero: Reformar el artículo 102 constitucional para crear una Fiscalía General Autónoma. Como se ha analizado en el capítulo correspondiente, el énfasis en esta demanda no será suficiente hasta que se avance en dicho sentido, con el que se coincide totalmente en esta tesis.

Segundo: Se propone “completar y fortalecer el Sistema Nacional Anticorrupción, incluyendo la Plataforma Digital Nacional”. Sobre este aspecto vale la pena puntualizar la necesidad de una uniformidad de criterios en cuanto a las plataformas digitales utilizadas. Es decir, se debe presentar la información en un mismo tipo de archivos, formatos, softwares o aplicaciones, con un mismo orden lógico en la presentación de la información, enfocándose siempre en utilizar lenguaje ciudadano accesible y comprensible.

Tercero: Utilizar evidencia y análisis automatizado para enfocar los esfuerzos estratégicos de auditoría y control.

Cuarto: Promover designaciones con mecanismos abiertos, competidos, transparentes y basados en perfiles técnicos. Se ha visto que el sector exploración y extracción avanza en buena medida en este sentido sin que el éxito sea total al momento.

Quinto: Desarrollar una Plataforma Digital Nacional de contrataciones públicas que sea de uso obligatorio, a nivel tanto federal como estatal. Desde el punto de vista del autor de esta tesis, la trascendencia de un orden federal homólogo en cuanto al manejo de información rebasa el debate teórico de las facultades que las entidades federativas podrían o deberían reservarse para sí mismas.

Sexto: Diseñar políticas anticorrupción basadas en evidencia y en el análisis automatizado de datos que permitan enfocar los esfuerzos de auditoría y control de manera estratégica. Sin duda, un planteamiento sencillo de enunciar con enormes derivaciones jurídicas, técnicas, procesales e incluso culturales que superar.

Séptimo: Consolidar una nueva cultura de integridad corporativa que tenga como objetivo central, hacer negocios de manera limpia y responsable. Punto que de inicio se presenta en abstracto y por tanto da la impresión de ser más una declaración de principios que una medida tangible por tomar.

Octavo: Generar un Cédula Nacional de Identidad con datos biométricos que garantice la eficiencia de los programas sociales, medida respecto de la cual se tienen precedentes y acciones por llevar a cabo.

Noveno: Eliminar el uso de efectivo en transacciones gubernamentales, toda vez que éste no deja registro electrónico y es poco fiscalizable. Aquí vemos una tendencia global que será importante en otras funciones de la administración pública.

Décimo: Desarrollar un modelo de publicidad oficial que asegure una prensa libre y crítica. Aquí se recalca la necesidad por lo menos en el sector extractivo de apegarse a un método claro de difusión de la información.

Décimo primero: Asegurar la participación efectiva de ciudadanos y comunidades en el control de los recursos públicos. La cual desde el punto de vista de la norma suele tener prevista alguna institución u órgano como el Comité de Participación Ciudadana en el Sistema Nacional Anticorrupción, sin que el grueso de la población tenga conocimiento de su existencia.

V.5. Balance cuantitativo de ingresos financieros y factores económicos

V.5.A. Ingresos obtenidos por el Estado y ausencia de riesgo financiero

Existe una razón por la cual en la industria se le conoce a cierto tipo de contratos como “contrato riesgo”. Ésta es porque cuando una empresa privada accede a explorar en un territorio cuya propiedad es por completo de un Estado-Nación y entra bajo un esquema de producción compartida o utilidad compartida, el particular asume la totalidad del riesgo de no recuperar los recursos financieros utilizados para explorar, en caso de no hacer hallazgos rentables de reservas petroleras. En tal circunstancia, nuestro país no hace desembolso alguno y obtiene el beneficio de descartar áreas que ya se encuentran exploradas.

V.5.A.a. Asignaciones

De acuerdo con información divulgada por el Comisionado Presidente de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, Mtro. Juan Carlos Zepeda Molina, en razón de la Ronda Cero PEMEX resultó con adjudicaciones equivalentes a más del 93% de las reservas petroleras probadas del país 14,448 miles de barriles de petróleo crudo equivalente.

V.5.A.b. Ronda Uno

La inversión estimada tan sólo por contratos de exploración y producción es de:

1a licitación. - 2,700 millones de dólares

2a licitación. - 3,100 millones de dólares

3a licitación. - 1,100 millones de dólares

4a licitación. - 34,400 millones de dólares

Número de pozos. - Ocho, de acuerdo con la Asociación Mexicana de la Industria del Petróleo¹¹⁰

V.5.A.c. Ronda Dos

1a licitación. - 8,200 millones de dólares

2a licitación. - 1,100 millones de dólares

3a licitación. - 1,000 millones de dólares

4a licitación. - 31,500 millones de dólares

Número de pozos. - 67 (25 en aguas profundas, 35 en campos terrestres, 9 aguas someras)

V.5.A.d. Ronda Tres

1a licitación. - 8,600 millones de dólares

Número de pozos. - 9 pozos exploratorios en aguas someras, siete asignados a PEMEX. El resto de los participantes con pagos previos de 124 millones de dólares de pagos en efectivo

Porcentaje de las utilidades generadas por los contratos adjudicados. - De 72% a 78%¹¹¹

V.5.A.e. Farmouts y estudios de sísmica

Bloque Trión. - La operadora australiana BHP Billiton ofertó 624 millones de dólares

Bloque Cárdenas Mora. - Cheiron Holding Limited ofreció un pago en efectivo de 41.5 millones de dólares y una regalía adicional para el Estado del 13%.

Bloque Ogarrío. - Los licitantes interesados en esta asociación presentaron un

¹¹⁰ Asociación Mexicana de la Industria del Petróleo, “Contratos de las rondas, han comprometido perforación de 85 pozos”, <http://www.amipe.com/noticias/contratos-de-las-rondas-han-comprometido-perforacion-de-85-pozos/>

¹¹¹ Comisión Nacional de Hidrocarburos, Boletín de Prensa No. 26 “Resultados de la Primera Convocatoria de la Ronda Tres”, 27 de marzo 2018.

porcentaje de regalía adicional del 13.00% y los siguientes pagos en efectivo:

- 1.- DEA Deutsche Erdoel AG (Alemania) – 213.8 millones de dólares
- 2.- California Resources (Estados Unidos) y Petrobal (México) – 52 millones de dólares.
- 3.- Tecpetrol Internacional (Argentina) y Galem Energy (México) – 30.1 millones de dólares
- 4.- Ogarrio E&P (Chile) – USD 20.5 millones de dólares¹¹²

Por su parte, se han generado de 2.1 a 2.5 millones de dólares a través de 67 contratos en favor del Estado.

V.5.A.f. Montos totales y destino

En resumen, sumando los ingresos generados en 2017 y 2018, los Contratos de Exploración y Extracción aportaron al Estado 3,106 millones de dólares firmados (equivalentes a 59, 269 millones de pesos). De estas aportaciones, 1,346 millones de dólares (46%) fueron transferidas al Fondo Mexicano del Petróleo y 1,671 millones de dólares (54%) fueron transferidas a PEMEX¹¹³.

Ingresos al Estado por Contratos de Exploración y Extracción de Hidrocarburos (millones de dólares)



¹¹² PriceWaterhouse & Coopers México, “Sector hidrocarburos. Farmouts de Pemex y expectativas hacia la Ronda 3.1 con resultados de los farmouts del 4 de octubre de 2017”, <https://www.pwc.com/mx/es/publicaciones/c2g/2017-10-30-farmouts-de-pemex-y-expectativas-hacia-la-ronda-3-1.pdf>

¹¹³ <https://hidrocarburos.gob.mx/media/1835/pagos-por-hidrocarburos.pdf>

Ahora bien, en cuanto a proyecciones, después de la Ronda 3.1, de acuerdo con la firma PriceWaterhouse & Coopers con información proveniente de la Secretaría de Energía del Gobierno de la República, se estima una inversión acumulada a largo plazo (20 años) de 151,146 millones de dólares¹¹⁴, cifra que por primera vez en la historia de México permite fondear el monto total de la deuda externa de nuestro país, superándola por lo menos en un 75%¹¹⁵.

En la misma tesitura y en cumplimiento de sus funciones, la COFECE ha tenido a bien emitir opiniones para promover la competencia y libre concurrencia, las cuales sintetiza y analiza en los siguientes informes y estudios.

V.5.B. Diagnóstico de Competencia Económica

V.5.B.a. Estudio: El papel de la COFECE durante la transición a un mercado competido de gasolinas y diésel

Este documento emitido por la Comisión Federal de Competencia, parte de la ya conocida premisa que explica cómo en el modelo anterior a la reforma, PEMEX era la única institución responsable de planificar e instrumentar, a cualquier costo, absolutamente todas las decisiones de producción y logística. Por su parte, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público era la institución con la responsabilidad de fijar el precio administrado único de los hidrocarburos y sus derivados a nivel nacional. El balance de la COFECE por cuanto a los perjuicios que ello generaba es claro: este esquema propiciaba el ocultamiento de costos, posibles subsidios, pérdidas operativas de PEMEX, así como fuertes rezagos en inversión y desarrollo de infraestructura.

En contraste, a razón de los cambios institucionales de la Reforma Energética, se estableció que dentro de las responsabilidades de la SENER se encuentra elaborar

¹¹⁴ Hernández, Irene, “Ronda 3.1, prueba del interés por las aguas someras”, *Blog PwC México*, 11 abril 2018, <https://blog.pwc.mx/ronda-3-1-prueba-del-interes-por-las-aguas-someras/>

¹¹⁵ Alemán Vanessa et Rosas Tania, “Reforma Energética superó expectativas: González Anaya. El titular de la SHCP destaca en San Lázaro que la inversión esperada por la reforma es de 200 mmd; inversión equivale al doble de la deuda externa, precisa”, *Excelsior*, 4 de octubre de 2018, <https://www.excelsior.com.mx/nacional/reforma-energetica-supero-expectativas-gonzalez-anaya/1269219>

los lineamientos técnicos para establecer las bases de licitación, incluyendo los criterios y el proceso de precalificación. Como hemos visto en el capítulo IV, se debe obtener la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia Económica sobre los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación, que podrá ser cualquiera de los comúnmente utilizados a nivel internacional.

Respecto a productos derivados del petróleo (petrolíferos), la COFECE emitió opiniones a los siguientes anteproyectos en materia de gasolinas:

- Acuerdo por el que se establece la clasificación y codificación de hidrocarburos y petrolíferos cuya importación y exportación está sujeta a permiso por parte de la Secretaría de Energía, respecto del cual la Comisión reiteró la importancia de favorecer las condiciones de entrada a estos mercados.
- Disposiciones administrativas de carácter general en materia de acceso abierto y prestación de los servicios de transporte por ducto y almacenamiento de petrolíferos y petroquímicos, sobre las cuales la COFECE manifestó la importancia de garantizar la asignación eficiente de la capacidad disponible en los sistemas de transporte y almacenamiento.
- El efecto positivo que tendría en el proceso de libre competencia y competencia el otorgamiento de permisos de importación de gasolina y diésel a particulares a partir del año 2016, en términos del artículo Décimo Cuarto transitorio de la *Ley de Hidrocarburos*.
- El contenido de los modelos de contrato de suministro y franquicia de gasolinas y diésel que presentó Pemex TRI a la CRE.
- El Acuerdo por el que la CRE interpreta para efectos administrativos la participación cruzada a la que hace referencia el segundo párrafo del artículo 83 de la *Ley de Hidrocarburos* y establece el procedimiento para autorizarla.

V.5.B.b. Estudio: Transición hacia Mercados Competidos de Energía

Se tienen en este documento conclusiones muy interesantes sobre qué áreas de oportunidad tiene el derecho, la legislación y el regulador en actividades clave del

sector hidrocarburos. Por ejemplo, existen facultades mediante la emisión de disposiciones administrativas de carácter general, para regular de manera estricta a los almacenistas privados de gas LP, para así homologar las obligaciones de acceso abierto a las que ya existen en transporte por medio de ductos. Es decir, generando por la intervención del Estado, un mercado con igualdad de oportunidades de desarrollo en cuanto a los requisitos de entrada. Sobre obligaciones de información y transparencia, las tres observaciones que se hacen son sobre:

Revisar los casos en los que proceda asignación de capacidad mediante temporadas abiertas y promover la cesión de capacidad transparente de los contratos de capacidad no utilizada, tanto para Pemex como para privados.

Garantizar la transparencia del diseño (metodología, datos, cálculos) y ejecución de las temporadas abiertas para asignar la capacidad de almacenamiento de la infraestructura propiedad de Pemex y de particulares.

Crear una plataforma de información única con el fin de hacer comparativos de la información de sobre subutilización de la infraestructura de almacenamiento para identificar cuellos de botella (punto de saturación) para detectar oportunidades de inversión.

El documento de la institución autoridad en la materia, deja claros algunos beneficios que corren en paralelo con el tema de esta tesis, como es que, hasta la aprobación de la reforma energética, fue cuando tanto la importación como el procesamiento de gas licuado de petróleo dejaron de ser actividades exclusivas de Pemex. Asimismo, el documento genera una serie de recomendaciones y alternativas referentes al mercado del gas LP, en temas que van desde cómo aumentar los canales de distribución con ayuda de instituciones de abasto popular como DICONSA, evitar la discriminación de los distribuidores privados que se surten de esta sustancia derivada del petróleo en centrales de almacenamiento de PEMEX, y eliminar restricciones municipales para la instalación de centros de distribución como son los obstáculos por uso de suelo y construcción, lo que favorece el dominio de las empresas dominantes, entre otras.

En cuanto a costos de operación, para el uso eficiente y estratégico de la infraestructura ya existente, se observa que las empresas con mayor potencial de crecimiento son aquellas que no tienen restricciones de acceso a financiamiento. Asimismo, se menciona que las estaciones de almacenamiento subutilizadas y con menores ventas son aquellas que se encontraba en zonas con determinación de precios máximos.

El documento apunta que en un mercado en proceso de liberalización, es necesario diseñar mecanismos que permitan la participación de más agentes económicos en las actividades de distribución de gas LP en zonas geográficas que tradicionalmente han sido atendidas por uno o pocos grupos económicos ya establecidos, a fin de generar presión competitiva a nivel local, mejorando el alcance en la distribución y por tanto acceso de las comunidades más aisladas de la población en el interior de la república, quienes utilizan mecanismos como el carbón para la cocción de alimentos, con las consecuencias a la salud y el medio ambiente que este rudimentario método conlleva.

De manera interesante se menciona que un mayor número de participantes en el mercado generalmente tiene un efecto de reducción de precios. Por su parte, un nivel de precios elevado genera las señales que incentivan la entrada de nuevos participantes, lo cual puede explicar por qué la incorporación de nuevos exploradores y extractores de petróleo fue lenta en el año 2014, cuando los precios internacionales del petróleo se encontraban en niveles bajos históricos. Por último, el reporte demuestra con un modelo econométrico que el acceso a la infraestructura de transporte por ducto es un factor que contribuye a la reducción de precios. Los efectos marginales del número de participantes muestran que es “deseable tener mercados con al menos cuatro competidores”, lo cual confirma la convicción generalizada entre los analistas de la econometría que el monopolio en el sector hidrocarburos resulta negativo.

En referencia a la inquietud generalizada sobre los precios al consumidor, la Comisión señala que a pesar de que “ha habido un aumento de competencia en varias zonas del país, esto todavía no se refleja en una reducción de precios de venta final, debido, entre otros aspectos, a los cambios recientes en el nivel de precios internacionales de referencia y el tipo de cambio”. Esto deja de manifiesto que mientras la moneda de un país como el nuestro no se mantenga en un nivel estable, dada su condición de importador neto de ciertas mercancías clave al extranjero, no podrá gozar de un beneficio directo por el aumento en la oferta.

V6. Columbia University y UCLA, EE. UU.

Aunado a lo anterior y ampliando la apertura de mira al nivel internacional, sin que éste sea responsabilidad del Estado mexicano, de acuerdo con un estudio del Centro sobre Política Energética Global de la Universidad de Columbia, la mayor parte de los analistas económicos especializados coinciden en que no existe un poder económico o estatal dominante que administre el mercado petrolero, es decir, que se está ante un libre mercado¹¹⁶.

Autores distinguidos en el tema de cómo combatir la corrupción ordinaria y sistémica como Robert Klitgaard de la Universidad de California, señalan puntualmente que es correcta la estrategia de crear incentivos para premiar los proyectos y contratos de adquisición que den los mejores resultados, por lo que la maximización del beneficio financiero para el Estado cumple a cabalidad este criterio. Recomienda también recopilar información sobre las posibilidades de corrupción en diversas etapas como son los sistemas de licitación, costos comparativos y finalmente fomentar la competencia entre participantes de dichos concursos¹¹⁷.

¹¹⁶ Bordoff, Jason, citado en “How OPEC lost control of the oil market”, *The Washington Post*, 15 de abril de 2016, https://www.washingtonpost.com/news/energy-environment/wp/2016/04/15/how-opec-lost-control-of-the-oil-market/?noredirect=on&utm_term=.f7d943291bfa

¹¹⁷ Véase Klitgaard, Robert, Ronald MacLean-Abaroa y H. Lindsey Parris, Jr., 2000, *Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention*, Oakland, California: ICS Press and World Bank Institute.

V.7. Perspectivas de productividad y dinamismo del sector petrolero y afines

Gracias a la publicación diaria de los niveles de producción y reservas en tiempo real se tienen posibilidades de diagnosticar con mayor certeza el comportamiento de la compra y venta del combustible. De acuerdo con expertos del sector energético, para alcanzar el crecimiento meta de 5% del Producto Interno Bruto cada año, la demanda o necesidad de producción de barriles de petróleo, debe por lo menos duplicarse para acercarse a los 3.2 millones de barriles por día¹¹⁸ para el año 2022. Para el año 2018, los niveles de producción ya se acercan a los dos millones de barriles por día, superando los 1.3 millones que se producían en el año 2012, por poner un ejemplo de contraste entre el estado anterior y posterior al paradigmático cambio.

Por cuanto a la industria petrolera como un factor de cambio positivo, una mayor parte del personal de PEMEX se encuentra cercano o en el rango de edades de retiro, lo que hace que este nuevo sector abierto a la inversión público-privada abra las posibilidades de empleo a toda una generación de profesionistas que estén capacitados en las diversas disciplinas relacionadas con la industria como la ingeniería petrolera. De acuerdo con información pública, la actividad de perforación de bloques de petróleo y gas natural es de todas las actividades en la cadena productiva de los hidrocarburos, la más redituable y en la que enfocará sus esfuerzos en las próximas dos décadas; por contra, la transformación, procesamiento, refinación, son consideradas no estratégicas. Dentro del tipo de aguas en las que PEMEX tiene mejor capacidad de explorar y producir es en aguas someras, donde actualmente el costo de producción es de 15 dólares por barril y el precio de venta alcanza los 60 dólares por barril.

¹¹⁸ Conferencia: “La evolución del sector energético en México y su perspectiva hacia el 2018”, impartida por Roberto Blanco, vicepresidente de energía de Grupo Alfa en la EGADE Business School del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 20 de marzo de 2018

V.8. Perspectiva de las actividades de explotación y producción petrolera y las posibles implicaciones jurídicas del inmediato cambio de régimen político

Para que un país democrático pueda planear responsablemente su destino, por lo menos en materia de ingresos y egresos, debe tener cubiertos ciertos aspectos de fortaleza institucional, jurídica y de Estado de Derecho. En dicho entendido, la primera cuestión que viene a la mente es qué tan sólida puede resultar la fundación institucional de los nuevos órganos reguladores y de los derechos adquiridos por los nuevos contratantes particulares con el Estado mexicano, ante el presente panorama de competencia política y diversidad de planteamientos sobre el rol que éste habrá de tener en su relación con la iniciativa privada.

De inicio, sabemos que la titularidad del Poder Ejecutivo recaerá a partir del 1 de diciembre de 2018 en un miembro de un partido político distinto que el del Presidente Enrique Peña Nieto, quien lo ha sido por el periodo del 2012 a 2018. No siendo el sucesor proveniente de la misma plataforma política en el año de las elecciones (aunque sí en la década de los ochenta) surgen inevitablemente una serie de planteamientos sobre la continuidad o no de la aplicación de un marco normativo que, por lo menos en discursos de campaña, se ha afirmado será desde revisado hasta completamente abrogado.

De acuerdo con las más recientes interpretaciones de la normativa internacional en materia energética¹¹⁹ y la legislación de países que han contratado con particulares por décadas, el instrumento jurídico del contrato, si ha sido firmado por el legal representante de un país y ratificado por el órgano, en este caso legislativo, que le dota de plena validez interna, permanece como el fundamento de los derechos y obligaciones ahí contraídos, de manera autosuficiente¹²⁰.

¹¹⁹ García, *op. cit.*

¹²⁰ Rouhani, "International Agreements and Contracts in the Field of Petroleum" *United Nations Inter-Regional Seminar on Techniques of Petroleum Development*, January 23–February 21, 1962, http://www.un.org/en/development/desa/policy/wess/wess_archive/searchable_archive/1961_WESS_MiddleEast.pdf

Si bien existen limitantes en cuanto a las facultades del Ejecutivo, que hipotéticamente le evitan modificar los contratos ya existentes, aún se mantienen algunas facultades centralizadas en ciertos puntos torales de la etapa de planeación de nuevos contratos, que bajo la directiva del Presidente de la República podrían representar un freno o una ralentización de los procesos de: 1.- La determinación geográfica de los proyectos futuros 2.- El marco tributario, e incluso de 3.- El clausulado del contrato marco por celebrar.

Existe una crítica razonable que cuestiona el hecho que algunos conceptos importantes de la reforma constitucional, como los tipos de contratos a celebrarse con los particulares, se encuentran dentro de los artículos transitorios, con seis mil palabras, y no así dentro del texto constitucional que sólo cambia novecientas palabras¹²¹, lo que podría debilitar la solidez de estas determinaciones, pues no queda del todo claro si lo dispuesto por los transitorios permanece. Al respecto, vale la pena distinguir que se trata de un mandato al legislador, a efecto de aterrizar en normas permanentes lo dispuesto en dichas normas de carácter temporal, y cuando esto sucede “el contenido de los artículos transitorios puede ser reformado a menos que ya hayan producido sus efectos, es decir, la entrada en vigor de una norma y la derogación ya no pueden ser modificados”¹²²

Futuras líneas de investigación podrán avocarse a la protección constitucional de derechos adquiridos y a la indemnización a particulares en caso de incumplimiento de pagos por parte del Estado. Dado que la enunciación de los tipos de contratos como los de licencia, en caso de ser afectados por alguna autoridad, habrían de ser defendidos mediante el juicio de amparo, el debate jurídico que se abre es si los derechos creados en artículos transitorios de la constitución forman parte de ella o si ello se desvanece con la entrada en vigor de la nueva norma, en este caso la *Ley de Hidrocarburos*.

¹²¹ García, *op. cit.*

¹²² Huerta Ochoa, Carla, “Artículos transitorios y derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Núm. 102, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3693/4524#N14>

CONCLUSIONES

1. Sobre los antecedentes histórico-jurídicos

Si bien México obtuvo inversión en infraestructura proveniente de empresas petroleras extranjeras que se dedicaron en alianza con Porfirio Díaz al descubrimiento y explotación de los yacimientos de hidrocarburos, el cual fue clave para la modernización y desarrollo de principios del siglo XX, este crecimiento no sucedió sin que ello trajera un marcado fenómeno de intervencionismo y disputa por el poder y control sobre el patrimonio nacional.

Es justificada la suspicacia e incluso la desconfianza histórica que sostenidamente ha tenido la población mexicana hacia las empresas extractoras de petróleo, tomando en cuenta factores como las demostradas prácticas monopólicas que incluso fueron sancionadas por las más altas autoridades norteamericanas, ello agregado a las pocas contraprestaciones que dichas corporaciones dejaron a nuestro país en la etapa de mayores trabajos de exploración y producción de este valioso recurso, sobre todo tomando en cuenta las prerrogativas obtenidas en el periodo del porfiriato, y no estuvieron dispuestas a dejar perder dichos privilegios a pesar de los cambios políticos y sociales que trajo la Revolución Mexicana.

Sin embargo y a pesar de dicha desconfianza, con el paso de las décadas los gobiernos de México fueron cobrando certeza de la importancia de asociarse o por lo menos permitir la participación de particulares en la producción petrolera, conforme fue necesario afrontar los retos del medio siglo, principalmente el de falta de liquidez gubernamental para procurar el sustento digno de las bases de la sociedad, y el gobierno nacional no contaba con los medios, el conocimiento o la tecnología para detonar la prosperidad deseada.

Tal fue el peso y la importancia de las empresas extranjeras en la financiación de la economía nacional, que el último acto jurídico suscrito por el Presidente Lázaro Cárdenas, hecho incluso con posterioridad a la famosa expropiación petrolera, fue precisamente dejar abierta la posibilidad de participar a los privados en la explotación del valioso recurso. De esta estrategia se valieron los Presidentes

mexicanos por un par de décadas más y a pesar de la prohibición de más de cincuenta años que le prosiguió, la tendencia internacional y la globalización, hicieron que México retomara esta estrategia para colocarse en igualdad de condiciones para poder competir con el resto del mundo.

2. Sobre los contratos de extracción y producción de hidrocarburos y su potencial vulnerabilidad ante el fenómeno de corrupción

Existe una justificada percepción pública, sobre todo en los sectores jurídico, académico y empresarial, que uno de los principales actos jurídicos administrativos que dan origen a corrupción, son los contratos públicos. Así lo demuestran toda clase de estudios nacionales e internacionales de la mayor seriedad.

Ante dicha problemática, que no se limita a la entrega de sobornos, sino que abarca una gran cantidad de conductas y omisiones que pueden comprometer el buen ejercicio del poder público y afectar gravemente al bienestar general, las instituciones de nuestro país tuvieron que hacer frente al enorme reto de modernizar el sector energético sin que esto haya sido por si mismo un factor que favoreciera o incrementara el muy grave problema de corrupción.

Para abordar tal problemática al autor de esta tesis recurrió a las investigaciones más diversas, reconocidas, modernas y propositivas de México y el mundo, pero principalmente al estado del arte producido por centros de estudio, juristas y los autores internacionales y nacionales mejor ponderados sobre cómo legislar o cambiar la realidad con normas, cuáles son los incentivos fácticos que facilitan la corrupción, cómo regular los contratos públicos y hacia dónde debemos dirigir el derecho mexicano para afrontar los retos de la sociedad actual.

3. Sobre las normas que conforman la Reforma Energética

Se ha hecho un detallado análisis de todo el marco jurídico que conforma la Reforma Energética, desde el nivel constitucional, legislativo, reglamentario, normativo, administrativo, internacional y particularmente de la extensa y minuciosa cantidad de requisitos y obligaciones que se exigen a través de una compleja red coordinada de autoridades de la mayor capacidad técnica, jurídica y operativa.

Una vez hecho este análisis, el autor de esta tesis de Doctorado afirma con certeza y conocimiento de causa, que se trata del sistema jurídico de contratación con particulares más vigilado, mejor detallado, más exhaustivo y mejor implementado de todo el sistema jurídico mexicano y probablemente se trata de uno de los mejores sistemas de asignación de contratos de exploración y producción de hidrocarburos a nivel mundial, sobre todo tomando en cuenta que se hizo en un país con pluralidad de posturas ideológicas al respecto y que lograrlo requirió la convergencia de la mayor cantidad posible de fuerzas políticas, sociales, académicas, industriales, económicas e internacionales y el resultado es eficaz y operativo al día de hoy, cuyo cierre de edición es el 30 de noviembre de 2018, último día del sexenio 2012-2018.

Como toda herramienta, incluso aquellas más funcionales, su implementación recae en las manos y las mentes de seres humanos, siempre sujetos por su condición de seres imperfectos a la posibilidad de incurrir en conductas poco éticas o incluso ilegales. La parte jurídica en cuanto a la prevención normativa de dichas conductas y acontecimientos está hecha, pero incluso la mejor legislación tiene un grado de falibilidad y es en dichos casos, cuando la normatividad ya no preventiva y de ejecución, que recae principalmente en el derecho administrativo, deja de ser factor y se abre paso al sistema de fiscalización, rendición de cuentas y procuración de justicia, incluso en su faceta punitiva.

4. Sobre el Sistema Nacional Anticorrupción y la Regulación

El Sistema Nacional Anticorrupción, consistente una serie de reformas constitucionales, nuevas normas e instituciones, se encuentra inconcluso y no ha alcanzado el nivel de eficacia necesario para atajar el problema de la corrupción en términos generales. Consiste principalmente en la aparición de nuevos órganos que teóricamente se encuentran coordinados con la finalidad de generar y coordinar políticas de combate a la corrupción. Sin embargo, la efectividad de dichos órganos tiene su límite en dos vertientes:

Primero, las recomendaciones públicas que emite el Comité Coordinador de dicho sistema no son obligatorias. Segundo, al momento de informar, instruir o solicitar la intervención de la Fiscalía Anticorrupción, la cual en la medida que sea dependiente de un nombramiento hecho por el Presidente de la República, previa terna decidida por él mismo, puesta a la supuesta consideración de una Cámara de Senadores que puede ser ocupada, como es el caso, por una mayoría proveniente del mismo partido político que el titular del Ejecutivo. Por lo tanto, mientras dicha fiscalía no deje de ser un cargo político y cobre una verdadera autonomía, técnica, de gestión y presupuestaria, con capacidad de investigar y someter a juicio en materia penal incluso al Presidente, estaremos ante una normativa inacabada, como sucede con las normas de la *Ley General de Responsabilidades Administrativas*.

Futuras investigaciones deben versar sobre líneas como el control administrativo a través del principio de instantaneidad, respecto del cual se han hecho algunos estudios que postulan que las tecnologías de información que facilitan la interactividad y la universalización del acceso a la información, a su vez facilitan una mejor protección jurídica de la verdad en la información al potenciar los principios de inmediatez y la participación ciudadana¹²³. Por su parte, es necesario abrir líneas de investigación sobre cómo incorporar un servicio civil de carrera de contralores eficaz, dado que a casi quince años de operación del Servicio Profesional

¹²³ Benito García, José María, “La universalización del acceso a la información en el derecho de rectificación”, España, Universidad Complutense de Madrid, 2001, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=16306>

de Carrera en México, de un millón trescientos mil servidores públicos del gobierno federal, sólo veintiséis mil forman parte del esquema de profesionalización¹²⁴, por lo que sigue pendiente normatividad que actualice este tema para que las plazas se obtengan por méritos profesionales y de desempeño en la gestión.

Por su parte, aunque la Reforma Energética, particularmente la *Ley de Hidrocarburos* establece como necesaria la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia Económica sobre los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación, para que se pueda realizar la licitación correspondiente para celebrar contratos, no prevé sanciones para la Secretaría de Economía o el titular del Ejecutivo en caso de no cumplir con este requisito para delinear los criterios técnicos que exigirá la convocatoria para los proyectos de exploración y producción, lo que deja un grado de incertidumbre respecto al rumbo que se le pueda dar al crecimiento del sector y el desarrollo nacional, que bien podría frenarse obstaculizando la entrada de nuevos participantes nacionales y extranjeros, en función de razones ya no técnicas o jurídicas sino políticas.

5. Sobre el diagnóstico multidisciplinario a la Reforma Energética

Se deben evaluar por separado la Reforma Energética, que es un sistema normativo perfectible y que debe evolucionar conforme el sector rinda frutos y presente nuevos retos, de los cambios normativos orientados a la rendición de cuentas y el combate a la corrupción. En cuanto a transparencia y prevención de conductas que pudieran constituir fallas de mercado, se tienen avances, pero también importantes retos por cumplir. En materia de procuración de justicia y erradicación de la corrupción es enorme el avance que aún se debe lograr y su consecución depende principalmente de factores políticos que el futuro habrá de esclarecer si serán conformados.

¹²⁴ Monroy, Jorge, “Sigue pendiente una nueva ley del servicio profesional de carrera”, *El Economista*, 27 de febrero de 2018, <https://www.economista.com.mx/politica/Sigue-pendiente-una-nueva-ley-del-servicio-profesional-20180227-0152.html>

En conclusión, México ha avanzado enormemente en el aprovechamiento eficiente de uno de sus más importantes recursos naturales y sobre todo de la distribución de los ingresos, lo que constituye una oportunidad de asignación de recursos en favor del bienestar público y el desarrollo social. Instituciones internacionales han tomado el caso de México como modelo en implementación de sistemas de licitación públicos y transparentes, clasificado en primer lugar en contraste con países de todo el mundo incluidas potencias mundiales y economías emergentes. Los retos para los profesionales del derecho, y sobre todo las oportunidades de investigación y trabajo, se abren de nueva cuenta para la comunidad académica y jurídica de instituciones tan nobles como la Universidad Nacional Autónoma de México, cuna de la presente labor de investigación y a cuya comunidad se presenta la presente tesis para su ponderación y análisis.

BIBLIOGRAFÍA

Cursos, Conferencias y Eventos

Conferencia Magistral "Energía, Medio Ambiente y Derechos Humanos" impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, por el Comisionado Mtro. Jesús Serrano Landeros, de la Comisión Reguladora de Energía en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de agosto de 2017.

Conferencia "Estrategia Tecnológica para el Almacenamiento y Distribución de Hidrocarburos" impartida por Sergio López Ramírez, Gerente de Dirección y Balances de PEMEX, impartida en el ciclo "PEMEX Drive Oil", organizado por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Santa Fe, 27 de febrero de 2018.

Conferencia "La evolución del sector energético en México y su perspectiva hacia el 2018", impartida por Roberto Blanco, vicepresidente de energía de Grupo Alfa en la EGADE Business School del Instituto tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 20 de marzo de 2018.

Conferencia impartida durante el "Seminario de Gestión Exitosa de Contratos de Exploración y Extracción" por la firma de corretaje NRG Broker y la firma legal Rodríguez Dávalos Abogados, Ciudad de México, 21 de marzo de 2018.

Curso "Taller de Implementación Contractual de la Reforma Energética" impartido en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, por el Comisionado Mtro. Gaspar Franco Hernández, de la Comisión Nacional de Hidrocarburos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, fecha: del 18 de octubre al 29 de noviembre de 2017.

Participación en el Ciclo de Conferencias "Día del Proveedor" de Petróleos Mexicanos, impartida por el Director Operativo de Procura y Abastecimiento, Miguel Ángel Servín Diago, 6 de marzo de 2018.

Presentación del estudio "Transparencia en la Comisión Nacional de Hidrocarburos",
Centro de Investigación y Docencia Económicas, 4 de septiembre de 2018.

Fuentes Bibliográficas

Brown, Jonathan Charles, Petróleo y revolución en México, México, Siglo XXI, 2015.

Buscaglia, Eduardo, Lavado de dinero y corrupción política, el arte de la delincuencia organizada internacional, México, Editorial Debate, 2016.

Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), Reforma Energética, Análisis y Consecuencias, Tirant Lo Blanch, México, 2015.

Carbonell Sánchez Miguel, Constitución, Reforma Constitucional, y Fuentes del Derecho en México, México, Editorial Porrúa, 2014.

Chacón Valdés, Susana, Energía, Finanzas y Narcóticos, México, Plaza y Valdés Editores, 2002.

Collins, Hugh, Regulating Contracts, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2002.

Collins, Hugh, The Law of Contract, Fourth Edition, Gran Bretaña, Lexis Nexis Uk, 2003.

Fernández Ruiz, Jorge, La teoría de juegos en las ciencias sociales; Estudios Sociológicos, México, El Colegio de México, 2004.

Franco Corzo, Julio, Diseño de políticas públicas, México, Iexe Editorial, 2012.

Gómez-Palacio, Ignacio, Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI, México, Porrúa, 2006.

Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2012.

Hernández Sampieri, Roberto et al, Metodología de la Investigación, sexta edición, México, McGrawHill, 2010.

Holmes, Leslie Robert, ¿Qué es la corrupción?, Editorial Grano de Sal, México, 2019.

- Kaminski, Vincent, *Energy Markets, Risk Books Incisive Media, Reino Unido, 2012.*
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho, 16ª Ed., México, Porrúa, 2009.*
- Larrañaga De, Pablo, *Regulación: técnica jurídica y razonamiento económico, México, Porrúa, 2009.*
- Lasalle, Ferdinand *¿Qué es una Constitución?, Grupo Editorial Tomo, México, 2009.*
- Levi, Michael, *The Power Surge. Energy, opportunity and the battle for America's future, Estados Unidos, Oxford University Press, 2013.*
- Martín Moreno, Francisco, *México Negro, México, Editorial Planeta, 2014.*
- Maurer, Harmut trad Bobes Sánchez, María José, *Derecho Administrativo Alemán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.*
- Meyer, Lorenzo. *Las raíces del conflicto petrolero en México, 3ª Edición, México, Editorial Océano, 2009.*
- Meyer, Lorenzo, *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero 1917-1942, México, El Colegio de México, 1981.*
- Meyer, Lorenzo, *Petróleo y nación, la política petrolera en México, 1900-1987, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.*
- Meyer, Lorenzo, *Su majestad británica contra la Revolución Mexicana, 1900-1950: El fin de un imperio informal, México, Colegio de México, 1991.*
- Montoya Martín del Campo, Alberto et al, *“Análisis estratégico de los cambios constitucionales en materia energética para el desarrollo de México en el siglo XXI”, Marco constitucional para la soberanía nacional y energética, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados LXII Legislatura, 2015.*
- Morales, Isidro, *La formación de la política petrolera (1970-1986), México, El Colegio de México, 1988.*

- Núñez González, Leonardo, ¿Y dónde quedó la bolita? Presupuesto de Egresos ficticio, México, Editorial Aguilar, 2012.
- Ochoa Reza, Enrique, Un mercado de generación de energía eléctrica para México, Tesis que para obtener el título de Licenciado en Economía presenta, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999.
- Pérez, Ana Lilia, El cartel negro, México, Grijalbo, 2012.
- Prud'Homme, Alex, Hydrofracking, what everyone needs to know, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2014.
- Roldán Xopa, José, Derecho Administrativo, México, Editorial Oxford, 2008.
- Ryggvik, Helge, The norwegian oil experience: A toolbox for managing resources, Noruega, Centre for Technology, Innovation and Culture of Oslo, 2010.
- Sánchez Meda, Ramón, De los contratos civiles, 25a Edición, México, Porrúa, 2017.
- Stinchcombe, A.L. et C.A. Heimer, Contracts as Hierarchical Documents, "Organization Theory and Project Management: Administering Uncertainty in Norwegian Offshore Oil", Noruega, Norwegian University Press, 1985.
- Tena Ramírez, Felipe, Leyes fundamentales de México 1808-2017, 25a Edición, México, Porrúa, 2017.
- Twining, William, How to do things with rules. A Primer of Interpretation, Fifth Edition, Cambridge University Press, Reino Unido, 2010.
- Vázquez, Josefina Zoraida, México frente a Estados Unidos: Un ensayo histórico, 1776-2000, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Yergin, Daniel, La historia del petróleo, Argentina, Editorial Vergara, 1992.
- Yergin, Daniel, The Prize. The epic quest for oil, money and power, Estados Unidos de América, Free Press Simon & Schuster Inc., 2008.
- Yergin, Daniel, The Quest. Energy, security and the remaking of the modern world, Estados Unidos de América, Penguin Books, 2012.

Fuentes Documentales publicadas en Internet

- Asociación Mexicana de Empresas de Hidrocarburos AMEXHI, “La producción de gas y petróleo. Una guía del inicio al final de la producción de hidrocarburos”, Plataforma Informativa Pulso Energético. Consultado en: http://pulsoenergetico.org/wpcontent/uploads/2017/03/infografia_final_.pdf
- Benito García, José María, “La universalización del acceso a la información en el derecho de rectificación”, España, Universidad Complutense de Madrid, 2001. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=16306>
- Barrañón, Fernando, “La crisis mexicana del petróleo en el escenario de precios altos del petróleo”, Razón y Palabra, México, 2008, pp. 13-64. Consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199520727013>
- Bazán Gerardo et González Cristóbal, Director General de Petróleos Mexicanos: “Mexican Oil Industry: Shifting to Difficult Oil”, 2011. Consultado en: www.worldenergy.org/documents/congresspapers/386.pdf
- Brown, Jonathan, “Los archivos del petróleo y la revolución mexicana”, América Latina en la Historia Económica, Revista de Investigación, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 2005, pp. 49-60. Consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=279122685005>
- Business Insider UK, “These are the 18 most corrupt countries in the developed world”. Consultado en: <http://uk.businessinsider.com/the-most-corrupt-countries-in-the-oecd-2016-6/#2-turkey—turkey-ranks-as-the-most-corrupt-country-in-europe-scoring-42-points-out-of-100-in-2013-the-country-was-rocked-by-a-massive-scandal-involving-the-director-of-a-state-owned-bank-and-many-senior-business-people-allegedly-taking-part-in-bribery-fraud-smuggling-and-money-laundering-17>

Delgado, Irma, "Retos en la exploración y producción de petróleo crudo en el sexenio 2012-2018", Instituto de Investigaciones Económicas, Vol. 44 No. 174, México, jul-sep 2013. Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0301-70362013000300014&script=sci_arttext

Elizondo Mayer-Serra, Carlos, "Stuck in the Mud: the Politics of Constitutional Reform in the Oil Sector in Mexico", Studies: The Future of Oil in Mexico, James A. Baker III Institute for Public Policy & The Mexican Studies Program at Nuffield College, Oxford University, 29 de abril 2011. Consultado en: <http://www.bakerinstitute.org/publications/stuck-in-themud-the-politics-of-constitutional-reform-in-the-oil-sector-in-mexico>

García Sánchez, Guillermo, "Energy Reform in Mexico: Lessons and Warnings from International Law" (February 13, 2014). Harvard Kennedy School of Government Latin America Policy Journal, Third Edition, Spring 2014. Consultado en: <https://ssrn.com/abstract=2652577>

Gutiérrez Rodríguez, Roberto, "Los costos ex post de la reforma energética: una evaluación anticipada del sexenio de Felipe Calderón", Análisis Económico, vol. XXVI, núm. 63, 2011, Universidad Autónoma Metropolitana, Distrito Federal, México, pp. 215-245. Consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41322447011>

González Lima, Héctor, "Agotamiento de los campos petroleros gigantes y nuevo potencial de hidrocarburos en México", Instituto de Investigaciones Económicas UNAM, vol.43 no.171, México, oct.-dic 2012. Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0301-70362012000400011&script=sci_arttext

Gross, Daniel, "Avoiding the oil curse. What Norway can teach Iraq", MoneyBox, 2004. Consultado en: <http://www.slate.com/business/2017/10/send-mitt-romney-to-puerto-rico.html>

- Hernández, Irene, “Ronda 3.1, prueba del interés por las aguas someras”, Blog PwC México, 11 abril 2018. Consultado en: <https://blog.pwc.mx/ronda-3-1-prueba-del-interes-por-las-aguas-someras/>
- Hernández, María del Pilar, “El protocolo como formalización del trabajo de investigación”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. Consultado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/90/art/art9.pdf>
- Hernández Verónica, Energy & Commerce, “México es primer lugar en procesos licitatorios”. Consultado en: <https://energyandcommerce.com.mx/mexico-es-primer-lugar-en-transparencia-en-procesos-licitatorios-petroleros/>
- Huerta Ochoa, Carla “Artículos transitorios y derogación”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Núm. 102. Consultado en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3693/4524#N14>
- Johansson Mondragón, Steven, “Los partidos políticos ante la reforma petrolera en México, Revista de Estudios Políticos, México, no.31, ene-abr, 2014. Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S018516162014000100003&script=sci_arttext
- Muthukrishna, Michael, “Bribery, Cooperation, and the Evolution of Prosocial Institutions”, Economics, The next evolution of economics. Consultado en: <http://evonomics.com/corruption-cultural-evolution-cooperation-bribery/>
- Langrod, Georges, “Administrative Contracts: A comparative Study”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 4(3), verano de 1955. Consultado en: <https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/4/3/325/2586627/Administrative-Contracts-A-Comparative-Study>

- Lomnitz, Claudio, “Preguntas sobre el Porfiriato”, Revista Nexos, México, julio 2015, Consultado en: <http://www.nexos.com.mx/?p=25449>
- McGrew, Mark, “Basic Economics of Oil Well”, Pravda Report, 2008. Consultado en: http://www.pravdareport.com/business/finance/18-08-2008/106126-economics_oil_well-0/#
- Morales Matamoros, Oswaldo; Balankin, Alexander; Hernández Simón, Luis M., “Metodología de predicción de precios del petróleo basada en dinámica fractal”, Científica, vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 3-11, Instituto Politécnico Nacional, Distrito Federal, México. Consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=61490101>
- OECD Working Group on Bribery. 2014 Report. Consultado en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-AB-AnnRep-2014-EN.pdf>
- O’Keefe, Bryan et Burke, Doris, “Petrobras: The next oil colossus”, 2011. Consultado en: <http://fortune.com/2011/03/08/petrobras-the-next-oil-colossus/>
- Ponce de León Armenta, Luis “La evolución histórica del artículo 27 constitucional; sus reformas”, Reforma Social. Consultado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/127/4.pdf>
- PriceWaterhouse & Coopers México, “Sector hidrocarburos. Farmouts de Pemex y expectativas hacia la Ronda 3.1 con resultados de los farmouts del 4 de octubre de 2017”. Consultado en: <https://www.pwc.com/mx/es/publicaciones/c2g/2017-10-30-farmouts-de-pemex-y-expectativas-hacia-la-ronda-3-1.pdf>
- PwC’s 2014 Global Economic Crime Survey. Consultado en: www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/pdf/GlobalEconomicCrimeSurvey2016.pdf

Reyes Tepach, Marcial, “Las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados dentro del ciclo presupuestario en México”, Servicio de Investigación y Análisis de la Cámara de Diputados LIX Legislatura. Consultado en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/se/SIA-DEC-ISS-05-04.pdf>

Ríos Viridiana, The Missing Reform: Strengthening The Rule of Law In Mexico, Consultado en: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/the_missing_reform_strengthening_the_rule_of_law_in_mexico_0.pdf

Sanati, Cyrus, “Mexican oil may not be worth it, Revista Fortune, 2010. Consultado en: http://archive.fortune.com/2010/12/09/news/international/Mexico_oil.fortune/index.htm

Universidad de las Américas Puebla, “Orígenes y desarrollo de la industria petrolera en México” Revista Análisis de la Política Exterior de México: Impacto en la Industria Petrolera. Consultado en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/castillo_v_cs/capitulo_2.pdf

Uhthoff López, Luz María, “La industria del petróleo en México, 1911-1938: del auge exportador al abastecimiento del mercado interno. Una aproximación a su estudio”, América Latina en la Historia Económica. Revista de Investigación, núm. 33, enero-junio, 2010, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, Distrito Federal, México. Consultado en: <http://www.redalyc.org/pdf/2791/279122161001.pdf>

Salgado C., Elvira, “Teoría de los costos de transacción: una breve reseña”, Revista Cuadernos de Administración, vol. 16, núm. 26, jul-dic 2003, pp 61-78, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Consultado en: <http://www.redalyc.org/pdf/205/20502604.pdf>

Samples, Tim et Vittor, José Luis, “Energy Reform and The Future of Mexico’s Oil Industry: The Pemex Bidding Rounds and Integrated Service Contracts”, Texas Journal of Oil, Gas and Energy Law, 2012. Consultado en: https://www.energysupplychain.com/technical_library/4829/pemex-bidding-rounds-integrated-service-contracts-2013.pdf

Sandoval Ramírez, Luis, “La reforma energética y la inversión extranjera directa en el petróleo mexicano, 1948-2008”, Dimensión Económica, Revista Digital, Instituto de Investigaciones Económicas, Vol. 1, núm. cero, mayo-agosto/2009. Consultado en: <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Doctorado/petroleo40a2008.pdf>

Secretaría de la Función Pública, "Manual sobre el Sistema Nacional Anticorrupción", documento elaborado el 8 de febrero de 2017. Consultado el 27 de abril de 2017: <https://www.gob.mx/sfp/articulos/manual-sobre-el-sistema-nacional-anticorrupcion>

Wood, Duncan, “The Outlook for Energy Reform in Latin America”, The Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2011. Consultado en: <https://www.wilsoncenter.org/publication/the-outlook-for-energy-reform-latin-america>

World bank's worldwide governance indicators 2012. Consultado en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>

Zenteno Barrios, Javier, “La regulación de los hidrocarburos en México”. Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/153/6.pdf>

Fuentes Hemerográficas

Alemán Loza, Iván Aleksei et Santiago López, Viviana María, “A cuatro años de la Reforma Energética”, Petróleo y Energía, México, año 15 tomo 112, abril 2018.

Bello, Alberto, “Queremos a los grandes clientes, entrevista a Enrique Ochoa, director general de la Comisión Federal de Electricidad”, Energía 360, suplemento de la revista Expansión, México, abril-junio de 2016, pp. XII-XIV.

- Baker, George, “Mexico, Brazil, Norway upstream readiness weighed”, *Oil & Gas Journal*, Estados Unidos de América, oct 2009.
- Bigio, Jessica, “Apertura energética, gasolineras al ataque”, *Energía 360*, suplemento de la revista *Expansión*, México, abril-junio de 2016, pp. IV-X.
- Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, “El qué, cómo y cuándo de la Reforma Energética”, *Revista de la Cámara de Diputados*, México, LXII Legislatura, septiembre 2014.
- Comisión Federal de Competencia Económica, “Las empresas de un mismo grupo de interés económico pueden simular competencia”, *Agenda de Competencia para un ejercicio íntegro en las Contrataciones Públicas*, México, julio 2018, pp. 29-33.
- Colmenares, Francisco, “Petróleo y crecimiento económico en México 1938-2006”, *Revista Economía UNAM*, México, Vol. 5 No. 15, pp. 53-60.
- Ángeles Cornejo, Sarahí, “Crónica de una muerte anunciada: La reforma energética propuesta por el gobierno de Calderón. Memoria histórica”, *Dimensión Económica*, *Revista Digital*, Instituto de Investigaciones Económicas UNAM, Vol. 1, núm. cero, mayo-agosto 2009.
- De Larrañaga, Pablo, “Interés general y regulación económica”, *Isonomía*, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, No. 1, 1994, pp. 218-225.
- Gómez Durán, Thelma, “El señor de las compras públicas. La red que se enriquece con tu dinero”, *Newsweek en Español*, México, Vol. 20, No. 20, 13 de mayo de 2016, pp. 12-25.
- Johansson Mondragón, Steven, “Los partidos políticos ante la reforma petrolera en México”, *Estudios Políticos*, *Revista del Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 31 (enero-abril, 2014), pp. 37-60.

López Leyva, Miguel Armando, “El episodio reformista en México (2012-2014): explorando las razones del cambio en la segunda alternancia”, Estudios Políticos, Revista del Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, Universidad Nacional Autónoma de México, novena época, núm. 35 (mayo-agosto, 2015), pp. 61-85.

Méndez, Milton, “Propuestas Concretas” Petróleo y Energía, México, año 13, tomo 101, jul-ago 2016.

Mentado Contreras, Pedro, “La crisis del petróleo en el mundo dificulta el parto de la nueva industria petrolera Mexicana”, Energía Hoy, México, año 10, núm. 144, marzo de 2016, pp. 40-51.

Naval War College Press, The Transformation of Oil: The Future of PEMEX, Estados Unidos de América, 2017.

Ruiz Alarcón, Fluvio, “Hacia la resignificación del 18 de marzo” Petróleo y Energía, México, Año 13, Tomo 97, mar-abr 2016.

Sáez, Cristina, “Energía, el juego se abre”, Tec Review, México, No. 07, sept-oct 2016.

Sigler, Edgar, “Los buscadores de petróleo” Expansión, México, año XLVIII, Núm. 1200, noviembre 2016.

Ramírez Tamayo, Zacarías, “1050 miles de millones de dólares en la mesa y pocas certezas”, Sierra Oil & Gas”, Forbes México, México, año IV, núm. 41, abril-mayo de 2016, pp.90-94.

Fuentes Normativas Históricas

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 5 de febrero de 1917. Consultado en: <http://www.bicentenario.gob.mx/PDF/MemoriaPolitica/1917COF.pdf>

“Decreto que expropia a favor del patrimonio de la nación, los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las compañías petroleras que se negaron a acatar el laudo de 18 de diciembre de 1937 del Grupo No. 7 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje”. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 18 de marzo de 1938. Consultado en: http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.phpcodnota=4428044&fecha=19/03/1938&cod_diario=186296

“Decreto por el cual quedan libres de toda contribución federal, local y municipal, las minas de carbón de piedra en todas sus variedades, las de petróleo, y las de hierro y azogue”. Publicada el 6 de junio de 1887 en calidad de Decreto del Congreso de la Unión. Consultado en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1190000851/1190000851_02.pdf

Glosarios

Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático, “Glosario, Términos comunes de la Dirección General de Investigación en Ordenamiento Ecológico y Conservación de Ecosistemas”. Consultado en: <http://www.inecc.gob.mx/glosario>

Petróleos Mexicanos, “Términos usados en la industria petrolera”. Consultado en: <http://www.ri.pemex.com/files/content/Glosario%2020101221.pdf>

Secretaría de Energía, “Glosario de términos petroleros”. Consultado en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/8317/glosario_de_terminos_petroleros_2015.pdf