



**TRANSPARENCIA
Y RENDICIÓN
DE CUENTAS
EN LA REFORMA
ENERGÉTICA
MEXICANA**

**UN CICLO DE
MESAS REDONDAS**

**2 y 3
de mayo de 2016**

MEMORIA



SEMINARIO UNIVERSITARIO
DE TRANSPARENCIA

D.R. © Universidad Nacional Autónoma de México - 2016

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Programa Universitario de Estudios del Desarrollo

Seminario Universitario de Transparencia

El texto de esta obra se publica bajo formas de licenciamiento que no permite un uso comercial de la obra original; permite la copia, la redistribución y la realización de obras derivadas; siempre y cuando éstas se distribuyan bajo las mismas licencias libres y se cite la fuente.

La presente obra está licenciada bajo un esquema Creative Commons Reconocimiento Compartir bajo la misma licencia (CC-BY-NC-SA)



Diseño y formación: Nayatzin Garrido Franco

RONDA CERO: MARCO NORMATIVO Y ZONAS DE INCERTIDUMBRE

Josefina Cortés Campos

El marco constitucional de la ronda cero resulta básicamente de considerar lo dispuesto por los artículos 27, así como de los transitorios cuarto, quinto, y sexto.

De acuerdo con el artículo 27 constitucional, el objetivo general a que debe responder el otorgamiento de las asignaciones es el de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación; el citado precepto señala específicamente que esto se hará “en los términos de la Ley Reglamentaria”.

Tal remisión legal planteó muy pronto la pregunta de cuál sería la legislación secundaria conforme a la cual se regiría el procedimiento de otorgamiento de asignaciones a Petróleos Mexicanos; en otras palabras, en tanto que no existe una disposición transitoria del Decreto de reformas constitucionales que haya derogado expresamente la legislación secundaria vigente antes de la reforma quedó cuestionada la aplicación de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo, en aquéllas porciones no contrarias al texto constitucional reformado¹.

Tal situación normativa generó un problema no menor: de aceptarse la aplicación de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo, cuando menos hubiese existido un procedimiento legal capaz de regir el ejercicio de mandatos públicos; sin embargo, de no aceptarse la vigencia del ordenamiento citado, entonces la ronda cero quedaría, como en efecto ocurrió, sujeta a una serie de claros oscuros competenciales que en muchos casos abrirían espacios a la discrecionalidad administrativa; situación no favorable para un proceso de reforma estructural tan sensible y relevante como el que tiene lugar en materia de hidrocarburos.

En las páginas siguientes nos referiremos a aquéllos elementos de incertidumbre normativa que, en nuestra opinión, situaron a Petróleos Mexicanos es una situación de importante complejidad en términos de fortaleza institucional, capacidad de gestión, y riesgos de inversión:

¹ Véase Semanario Judicial de la Federación, [TA], 10ª. Época, TCC, Septiembre de 2012, Tomo III, pág. 1693. Rubro: Decreto por el cual se modifica la denominación del capítulo I del Título I; y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. Lo dispuesto en su artículo 9 transitorio no implica una derogación general de normas.

Indeterminación del marco jurídico aplicable y de elementos a acreditar por parte de PEMEX en materia de asignaciones

El primer reto al que tuvo que enfrentarse Petróleos Mexicanos fue la dificultad de saber e interpretar conforme a qué marco normativo sería evaluada por Sener su solicitud de adjudicación, por la vía de asignaciones, de las áreas en exploración y los campos en producción.

Al menos dos fueron los posibles supuestos de cumplimiento:

- a) Acreditar únicamente los aspectos que estaban señalados en el transitorio sexto (incisos a y b) teniendo en cuenta que la Sener podrá considerar “otros aspectos”; o bien,
- b) Acreditar no sólo los elementos determinados en dicho transitorio sino además dar cumplimiento a los elementos sustantivos, no procesales², que derivan de la legislación vigente al momento de presentar su solicitud. Nos referimos a elementos que derivan de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo, e incluso otras leyes como la Ley de Petróleos Mexicanos, la Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, además de las obligaciones que, en materia de producción se le imponen a PEMEX de acuerdo con las medidas de política pública de la Estrategia Nacional de Energía³, sancionada por el Senado de la República y que se refieren a materias como las de restitución de reservas y seguridad energética, entre otras.

Desde luego, el camino más seguro para la empresa pública era seguir el segundo supuesto de cumplimiento; sin embargo, tal diseño normativo ilustró claramente que la petición de Petróleos Mexicanos partió marcada por la incertidumbre.

Adicionalmente, en términos de los incisos a y b del transitorio sexto del Decreto, en la solicitud de asignaciones, Petróleos Mexicanos debió sujetarse a lo siguiente:

- a) *Para asignaciones de exploración de hidrocarburos*: en las áreas en las que, a la fecha de entrada en vigor del Decreto de reformas no hubiese realizado descubrimientos comerciales o inversiones en exploración, con base en su capacidad de inversión y sujeto a un plan claramente establecido de exploración de cada área asignada, podría continuar con los trabajos en un plazo de tres

2 Lo anterior puesto que el procedimiento previsto en las leyes vigentes se entenderían no aplicables y, en consecuencia, sólo se aplicaría lo dispuesto por el Decreto. Tal criterio ha sido expresado incluso por la Sener en diversos oficios. Véanse 512.DGAAH/016/14; 512.DGAAH/039/14; 512.DGAAH/021/14.

3 Sobre este instrumento de planeación se hace notar que la nueva Estrategia Nacional de Energía muy probablemente sólo sería aprobada en el siguiente periodo ordinario de sesiones del Congreso, lo que contribuye a generar un escenario de incertidumbre para Pemex dado que la solicitud de asignaciones se realizará previo al cambio de instrumento de política pública citado.

años, prorrogables por un período máximo de dos años en función de las características técnicas del campo de que se tratara y del cumplimiento de dicho plan de exploración, y, en caso de éxito, continuaría con las actividades de extracción. De no cumplirse con el plan de exploración, el área en cuestión debe revertirse al Estado.

- b) *Para asignaciones de extracción de hidrocarburos*: mantendría sus derechos en cada uno de los campos que se encuentren en producción a la fecha de entrada en vigor del Decreto de reformas, para lo cual debía presentar un plan de desarrollo de dichos campos que incluya descripciones de los trabajos e inversiones a realizar, justificando su adecuado aprovechamiento y una producción eficiente y competitiva.

Del análisis de las disposiciones normativas antes citadas se advierte que la principal dificultad que tuvo Pemex para acreditar los elementos exigidos por la norma, además de la que resultaba de desconocer “los otros” elementos que discrecionalmente tomaría en consideración la Sener, se refirió a que en su mayoría se trataba de conceptos de difícil determinación por no existir criterio expreso en la norma constitucional o en la legislación secundaria.

Nos referimos a conceptos tales como los de capacidad técnica, capacidad de ejecución, capacidad de inversión, adecuado aprovechamiento, producción eficiente y competitiva.

Frente a tal escenario, Petróleos Mexicanos buscó acreditar tales elementos a la luz de la experiencia previa y del historial de procedimientos administrativos que en materia de solicitud de asignaciones y documentación de proyectos habían operado; sin embargo, la forma de acreditamiento, en ausencia de norma expresa, abrió un campo de interpretación amplio en el que no necesariamente coincidirían las perspectivas de cumplimiento de Petróleos Mexicanos, la Sener y la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

Indeterminación en la modalidad de contratos a los que podía acceder Petróleos Mexicanos

En los términos de los artículos 27, transitorio tercero y transitorio quinto del Decreto, Petróleos Mexicanos podrá contratar con particulares a fin de cumplir con el objeto de las asignaciones. La capacidad contractual reconocida desde la Constitución a PEMEX es absolutamente relevante en la medida en que se reconoce que la única forma en la que la industria de la exploración y extracción puede desarrollarse es a través de

la flexibilidad contractual, en la que se tienen en cuenta las diferencias cualitativas y cuantitativas entre riesgos e inversiones, dependiendo de cada cuenca petrolera.

Así, un aspecto de fundamental importancia para la asignación eficiente de los campos petroleros es el relativo a la necesaria certidumbre tanto para la empresa petrolera, como para los operadores que estén interesados en participar con ella, respecto del tipo de contratos a los que se tiene acceso; y, tratándose de la ronda cero, con el propósito de migrar las asignaciones petroleras a las modalidades contractuales que mejor garanticen las inversiones petroleras y su retorno.

Sin embargo, en los términos del transitorio cuarto del Decreto, las modalidades de contratación que estarían permitidas a PEMEX, así como las modalidades de contraprestación, quedaron sujetas a la legislación secundaria, misma que no existía a la fecha en la que Petróleos Mexicanos formuló su solicitud. Lo que resultó aún más delicado, de frente a la autonomía de la empresa petrolera, porque, en los términos del Decreto, corresponde al Estado la definición del modelo contractual que mejor convenga para manejar los ingresos de la Nación, así como la contraprestación.

La situación normativa descrita es notoriamente contrastante al considerar, por ejemplo, que, con posterioridad a la ronda cero, la iniciativa privada presentaría, como es obvio, propuestas sabiendo de antemano, por ya haberse emitido la nueva legislación secundaria, las modalidades de contratación y contraprestación que serán aplicables en cada caso (servicios, licencia, utilidad o producción compartida); asimismo conocerán previamente las condiciones económicas y fiscales de los contratos.

En consideración a lo antes señalado, la ronda cero quedó condicionada en su efectividad no sólo a seguir las mejores prácticas internacionales, sino también a propiciar, aun en ausencia de norma, la aplicación de condiciones fiscales, operativas y de negocios de carácter simétrico para la empresa pública y los inversionistas privados.

Adicionalmente, dado que una vez emitida la nueva legislación secundaria seguramente se modificaron algunas de las premisas sobre las cuales PEMEX realizó su solicitud de asignaciones, y dado que PEMEX comenzó el proceso de conversión a empresa productiva del Estado, hubiera sido indispensable que desde la ronda cero se hubiera permitido a la empresa la ratificación de su derecho a migrar de asignaciones a contratos, anunciando su voluntad de incluir esquemas asociativos como parte de su plan de negocios.

Sobre el último punto, es relevante señalar que en el Decreto no hay restricción temporal para migrar, sino que se establece que PEMEX podrá proponer a la Sener, para su autorización, la migración de las asignaciones que se le adjudiquen a los contratos a que se refiere el artículo 27, párrafo séptimo, de la Constitución.

Determinación del justo valor económico de las inversiones

En los términos de lo dispuesto por el transitorio sexto del Decreto en caso de que, como resultado del proceso de adjudicación de asignaciones, se llegaran a afectar inversiones de Pemex, éstas serían reconocidas en su justo valor económico en los términos que para tal efecto disponga la SENER.

Al respecto, si bien la primera dificultad derivó de que a la fecha de la ronda cero tampoco se contaba con el criterio de Sener en la materia, será indispensable en todo caso que en tal disposición administrativa el valor de las inversiones de la empresa pública sea reconocido y pagado a valor de mercado; debiendo decidir, entre otros aspectos, si bajo el concepto de “inversión reconocida” se cuantificarán costos asociados a la sísmica y perforación de pozos.

Consideración final

De acuerdo con el análisis del marco normativo constitucional que rigió el proceso de la ronda cero, y de las zonas de incertidumbre que fueron comentadas, es sencillo concluir que Petróleos Mexicanos, al menos normativamente, partió con un régimen jurídico que permitió que a las decisiones de política pública fueran acompañadas con importantes espacios de discrecionalidad administrativa.

Lo anterior, sin duda alguna genera reflexiones en torno a los fines y objetivos del proceso descrito, no sólo respecto de lo deseable que hubiera sido su manejo bajo los principios de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas; sino también respecto de la forma en la que un proceso como el descrito es capaz de condicionar o comprometer la viabilidad de la empresa pública en un entorno competitivo.