

ANALISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ASPECTOS MAS  
RELEVANTES DE LA REFORMA ENERGETICA.

Mario Alberto Becerra Poceroba.

I.- MARCO REFERENCIAL: DOMINIO DIRECTO Y EXPLOTACIÓN

El artículo 27 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos vigente, contiene dos disposiciones centrales sobre el régimen jurídico del petróleo y los hidrocarburos: la primera se encuentra en el párrafo cuarto, el cual dispone que corresponde **"...a la Nación el dominio directo de ... el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos..."**; la segunda se ubica en el párrafo sexto, el cual prescribe que, tratándose **"...del petróleo y los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, 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..."**.

En este contexto, existen dos disposiciones constitucionales que complementan las contenidas en el artículo 27.

En primer término, el artículo 25 de nuestra Ley Fundamental, que en su cuarto párrafo dispone que, **"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"**.

Por su parte, el párrafo cuarto del artículo 28 Constitucional señala como áreas estratégicas a **"el petróleo y los demás hidrocarburos, así como la petroquímica básica"**.

No obstante el carácter expreso y tajante de la reserva de estas actividades a favor del Estado, los tribunales constitucionales democráticos han abandonado la interpretación literal en materia constitucional y han privilegiado la interpretación sistemática, funcional y auténtica de los textos supremos.

En este sentido, en opinión del suscrito, de los párrafos Constitucionales anteriormente transcritos, se desprenden dos conceptos fundamentales, que son los que rigen la materia petrolera en nuestro País, a saber: el “**Dominio Directo**” y la “**Explotación**”.

El “**dominio directo**” es el derecho real que constitucionalmente tiene el Estado sobre ciertos bienes, e implica el poder usar, gozar y aprovechar de manera exclusiva éstos:

- a) Usar, significa servirse de la cosa de que se trate;
- b) Gozar, es emplear útilmente alguna cosa, hacerla provechosa o sacarle el máximo rendimiento; es favorecer, sacar provecho de alguien o de algo; gozar y disponer de sus frutos y productos, y
- c) Aprovechar, implica el derecho de disponer del bien, esto es, enajenarlo, destruirlo, etc.

Por su parte, la significación jurídica del concepto “**explotar**”, se encuentra íntimamente ligada con su connotación económica, la cual implica la obtención de una utilidad del bien en provecho propio, alcanzar con el mismo el mayor beneficio económico posible, esto es, en la especie, la obtención de una **renta petrolera** que pertenece en términos exclusivos a la Nación Mexicana.

Lo anterior, nos lleva a afirmar que los particulares no pueden apropiarse y enajenar el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, tal y como se encuentran en los yacimientos de la Nación, pues la

propiedad de los mismos, y por ende, su derecho a explotarlos, dígase, a obtener la renta petrolera, corresponde al Estado.

Ahora bien, los párrafos cuarto y sexto del artículo 27 de nuestra Ley Fundamental, deben interpretarse en conjunción con los artículos 25 y 28 de la misma, de lo que se sigue que el legislador ordinario puede determinar, en las leyes reglamentarias respectivas, las **actividades** que constituyen las **áreas** estratégicas de la industria, es decir, que no necesariamente todas las actividades de la industria petrolera corresponden a áreas estratégicas, ya que también el artículo 27 antes citado, otorga un margen de decisión al legislador para determinar la forma en que la Nación llevará a cabo la explotación del dominio directo del petróleo.

En mi opinión, el legislador ordinario, puede definir en la ley las actividades dentro de la industria petrolera que deben considerarse estratégicas y reservadas al sector público, siempre que mantenga la propiedad de esos productos hasta la venta de primera mano.

Es importante resaltar, que en los procesos productivos a que se puede someter el petróleo y los demás hidrocarburos, a fin de convertir los mismos en productos derivados de su refinación o en petroquímicos básicos, y así obtener un mayor beneficio al momento de su explotación, debo ser enfático, el Estado jamás pierde la propiedad de los mismos.

En virtud de lo anterior, puedo afirmar que **la exclusividad para explotar el petróleo a que hace mención el sexto párrafo del artículo 27 de la Constitución, se refiere al recurso natural (área estratégica), y la actividad de la industria petrolera, es sólo un medio para alcanzar el beneficio económico que corresponde a la Nación.**

Esto es, el artículo 27 de la Ley Suprema protege en beneficio de la Nación recursos naturales específicos, mas no establece privilegios exclusivos

para actividades industriales. Es más, remite a la ley reglamentaria y deja en manos del legislador ordinario los términos en que se llevará a cabo, en específico, la explotación del petróleo y demás hidrocarburos, por lo que de ninguna forma regula ni protege actividad industrial alguna.

En mi opinión, si la intención del Constituyente Permanente hubiera sido restringir alguna actividad industrial del petróleo, la habría limitado tal como lo previene la Constitución en materia de energía eléctrica, la cual sí reserva en exclusiva a la Nación la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la prestación de dicho servicio público, lo cual evidentemente no hizo en materia de petróleo e hidrocarburos.

Por lo tanto, el sector privado no puede intervenir en aspectos inherentes a la función exclusiva del Estado en el área estratégica del petróleo, de los demás hidrocarburos y de la petroquímica básica. En cambio los sectores sociales y privados sí se encuentran facultados para intervenir en la actividad industrial del petróleo, es decir, sin ser propietario de dichos recursos naturales, pueden celebrar actos jurídicos para su extracción, transformación y almacenamiento, entre otras modalidades.

## **II.- ANÁLISIS HISTÓRICO.**

Un análisis constitucional en cualquier materia requiere necesariamente de un contexto histórico que permita comprender de manera auténtica la intención de su autor, es por ello, que me permito esbozar someramente puntos referenciales del marco normativo de la materia que nos ocupa.

### **1.- Artículo 27.-**

El artículo 27 aprobado por el Constituyente de 1917 otorgó a la Nación el dominio directo, entre otros, del petróleo; asimismo, indicó que dicho dominio sería inalienable e imprescriptible **permitiendo el otorgamiento de**

**concesiones a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas.**

A nadie escapa el hecho, de que en el año de 1938 con motivo de diversos conflictos laborales suscitados entre los concesionarios de la industria petrolera, que en dicha época se permitía, y sus trabajadores, originó que el 18 de marzo de ese mismo año, el presidente Lázaro Cárdenas expropiara a favor de la Nación la industria petrolera, y dos años más tarde, se incluyera en el texto constitucional la prohibición del otorgamiento de concesiones en el ramo petrolero.

Por otra parte, en consonancia con lo anterior, en el año de 1960 se llevó a cabo diversa reforma constitucional al precepto en análisis, en la cual se especificó que en tratándose del petróleo no se otorgarían contratos ni concesiones, además de que no subsistirían los que ya se hubieran otorgado.

## **2.- Artículos 25 y 28.**

En el año de 1983 los artículos que nos ocupan fueron reformados para establecer que las áreas estratégicas estarán a cargo del Estado en forma exclusiva. Entre otras áreas estratégicas, se incorporó al petróleo y a la petroquímica básica.

No obstante que el Ejecutivo Federal propuso que en las áreas estratégicas participara el sector social en la forma que estableciera la ley, conservando el Estado en todo tiempo el control sobre su conducción y operación, el Congreso de la Unión aprobó la reforma en el sentido de que las áreas estratégicas no tuvieran ninguna forma de participación del sector social, siendo el Estado el que mantendría el control y la propiedad sobre sus organismos, sin embargo, la reforma en comento estableció que **las actividades estratégicas, además del petróleo y sus hidrocarburos,**

**serían aquellas que determinarían las leyes expedidas por el Congreso de la Unión.**

### **LEY REGLAMENTARIA.**

La Ley Reglamentaria del Artículo 27 en Materia de petróleo (1940) dispuso, principalmente, que:

a) El dominio directo de la Nación de toda mezcla natural de carburos de hidrógeno es inalienable e imprescriptible, y que sólo con autorización expresa del Ejecutivo Federal podrán llevarse a cabo los trabajos que requiere la industria petrolera;

b) La industria petrolera comprende el descubrimiento, la captación, la conducción por oleoductos y la refinación del petróleo, y

c) Podrían 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.

La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1941 precisó, entre otros aspectos, que:

a) Correspondería a la Nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los carburos de hidrógeno que se encuentren en su yacimiento;

b) La industria petrolera abarcaría la exploración, explotación, el transporte, el almacenamiento, la refinación y la distribución del petróleo, así como la elaboración y distribución del gas artificial;

- c) La Nación llevaría a cabo la exploración y explotación del petróleo, entre otras formas, mediante contratos con particulares o sociedades;
- d) Los contratos anteriores sólo otorgarían compensaciones en efectivo o de un porcentaje de los productos que se obtengan, y
- e) Entre otras, se podrían otorgar concesiones de transporte, almacenamiento, distribución y refinación de petróleo.

En Ley Reglamentaria vigente, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de noviembre de 1958, se destaca lo que debe entenderse por industria petrolera y el régimen de contratos, en los siguientes términos:

- a) La industria petrolera abarca:
  - i) La exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación;
  - ii) La exploración, la explotación, la elaboración y las ventas de primera mano del gas, así como el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración, con las excepciones que la propia ley establece, y
  - iii) La elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo y del gas que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas y que constituyen petroquímicos básicos;
- b) PEMEX podrá celebrar con personas físicas o morales los contratos de obras y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiere. Las remuneraciones que en dichos contratos se establezcan, serán siempre en efectivo y en ningún caso concederán por

los servicios que se presten o las obras que se ejecuten, porcentajes en los productos, ni participación en los resultados de las explotaciones.

Expuesto lo anterior, expondré las consideraciones para sostener que en mi opinión los principales aspectos de la iniciativa energética sujetos a debate, tienen pleno sustento constitucional, a saber:

#### **a) PRESTACION DE SERVICIOS DE TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y DISTRIBUCION**

En términos de los antecedentes constitucionales y reglamentarios anteriormente descritos, queda patente la intención del constituyente permanente en prohibir el otorgamiento de concesiones, así como la celebración de contratos, que tengan como objeto el otorgar a los particulares la explotación, uso o aprovechamiento del petróleo.

En este sentido, de una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional vigente, se desprende que mientras la Nación detente el dominio directo del petróleo, esto es, que no pierda su explotación, uso o aprovechamiento, se puede celebrar cualquier acto jurídico que resulte conveniente, para la obtención de una óptima renta petrolera.

La normalidad constitucional que pretende la reforma puede ser contrastada con lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo vigente, en donde se establece que PEMEX puede “celebrar con personas físicas o morales los contratos de obra y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiere”, manteniendo en todo momento el control sobre las actividades en la exploración y desarrollo de los recursos petroleros, lo que significa que antes como hoy, con la reforma que se propone, la Nación mantiene en todo momento el dominio directo sobre el petróleo.

Con la reforma que se propone, en mi opinión, se dota de mayor certeza jurídica al marco normativo actual, toda vez que se define el mecanismo a través del cual se llevará a cabo la participación de las personas físicas y morales en la industria petrolera, pues implica que se fijen en términos legales las condiciones de su contratación.

En efecto, la prestación de servicios de transportación, almacenamiento y distribución, únicamente constituyen actos jurídicos que bajo ningún motivo otorgan a los particulares el derecho de propiedad sobre los productos que transporten, almacenen o distribuyan, toda vez que el único propietario de los mismos, a través de su **"dominio directo"** lo es la nación mexicana a través de su organismo descentralizado denominado "PEMEX", como queda claro si se considera que ante una pérdida del producto por cualquier causa, el ente perjudicado sería siempre la Nación Mexicana, por operación del principio *res peri domino*, lo cual significa que incluso, las pérdidas corren a cargo de la Nación, lo que implica, se insiste, que el Estado mantiene su dominio directo sobre aquellas.

En este sentido, el hecho de haber modificado el concepto de industria petrolera, en la fracción III del artículo 3, en nada pugna con el contenido del artículo 27 constitucional, toda vez que no debe perderse de vista, que el **"dominio directo"** a que refiere este artículo va referido al concepto de explotación, mismo que como ha quedado expuesto, implica la obtención de la ganancia económica del producto petrolero.

Vistas así las cosas, resulta evidente que las actividades de transportación, almacenamiento y distribución del petróleo no generarán, de modo alguno, para los particulares ganancia derivada de la explotación de dicho recurso, sino que, en todo caso, sus utilidades se derivarán de actos jurídicos con actividades distintas del recurso natural protegido. Es decir, el objeto directo de esos actos jurídicos no lo constituye la renta petrolera, y menos aún el petróleo mismo, sino la contraprestación pactada con PEMEX o terceros, como pago por la prestación propia del servicio, ya sea de transportación, almacenamiento o distribución.

Lo anterior tiene plena vigencia, si se toma en consideración lo dispuesto por el artículo 25 Constitucional, que establece que la Nación tendrá a su cargo, de manera exclusiva las áreas estratégicas que señala el artículo 28 Constitucional, esto es, el petróleo y demás hidrocarburos.

En este sentido, el legislador ordinario, se encuentra capacitado para establecer que actividades en concreto implican una explotación del recurso estratégico y que otras no lo hacen, por lo que, con la reforma propuesta, queda salvaguardado el principio constitucional del dominio directo sobre la explotación del petróleo, si se entiende por explotación lo que se ha venido comentando, esto es, la obtención de la renta petrolera. Es de hacerse notar, que la nación mantiene el dominio el recurso, a lo largo del todo proceso que conduce a la veta de primera mano, proceso que incluye al transporte, almacenamiento y distribución.

Por último, es de señalar que la celebración de los actos jurídicos tendientes a la prestación de servicios de transportación, almacenamiento y distribución, en la reforma que se propone, se realizarán previo permiso que se obtenga por parte del Estado, en los que este no pierde su rectoría. Estableciendo, de manera tajante que tales actividades, en modo alguno implican la transmisión de la propiedad del hidrocarburo al contratista, quien tendrá la obligación de entregar a PEMEX o sus organismos subsidiarios todos los productos y residuos aprovechables que resulte de los procesos realizados.

#### **b) PRESTACION DE SERVICIOS DE REFINACIÓN DE PETROLEO (MAQUILA)**

En términos de la legislación vigente, no se encuentra prohibido que PEMEX, así como sus organismos subsidiarios celebren actos jurídicos (contratos) con terceros, a efecto de que éstos realicen diversas actividades propias de la industria petrolera, como lo es la refinación del petróleo, siempre y cuando no se les otorgue la propiedad de éste ni de los productos que de su refinación se

obtengan, respetándose así en todo momento el dominio directo que la Nación tiene sobre aquél. Prueba de lo anterior es que 4 de cada 10 litros de gasolina son importados por nuestro país.

La propuesta de reforma enviada por el Ejecutivo Federal, a través de la cual se permite que los particulares participen en la refinación del petróleo, no implica en modo alguno que se esté otorgando el uso, aprovechamiento o explotación del petróleo o sus hidrocarburos, toda vez que únicamente se estaría prestando un servicio de maquila.

Dicho en otras palabras, la asunción del costo de la refinación del petróleo, ya sea porque la asuma PEMEX y sus organismos subsidiarios o bien a los particulares, mediante la prestación del servicio de maquila, no implica utilización, aprovechamiento o explotación del recurso petrolero, pues tal situación únicamente se actualizaría al momento en que se enajenen los recursos petrolíferos y se obtenga una ganancia, situación a la que únicamente se faculta a PEMEX, y no así a los particulares.

En este sentido, con el objeto de no dejar duda que los contratos de maquila no otorgan al particular derecho alguno de propiedad sobre el petróleo o sus hidrocarburos, la reforma que se propone establece en su artículo 4º que la contratación de que se trata, en modo alguno, podrá transmitir la propiedad del hidrocarburo al contratista.

Con lo anterior, la actividad de refinación sigue siendo parte de la industria petrolera nacional, correspondiéndole en forma exclusiva al Estado para que la realice por sí o por conducto de terceros.

Por último, es importante señalar que la remuneración a que tienen derecho los particulares por prestar los servicios de maquila de refinación no tendrán una relación directa ente el aprovechamiento de los recursos y el pago de los

servicios obtenidos por los particulares, pues la ganancia en la venta del recurso petrolero es del Estado.

**c) CONTRATOS DE OBRAS Y SERVICIOS, EN LOS QUE SE PACTE INCENTIVOS, "SOBRE ÉXITO Y EFICACIA DE LA OBRA O SERVICIO",**

En relación con los contratos de incentivos, los mismos constituyen una modalidad diversa a las formas con las que cuenta la administración pública para la contratación de obras o servicios, sin que representen una excepción a las limitaciones que establece el artículo 6º de la Ley Reglamentaria.

A través de los contratos de incentivos, se busca, por un lado, premiar la eficacia y el éxito de la obra o servicio contratado, manteniendo en todo momento el control y desarrollo de la obra o servicio, y por otro, apartarse de los tradicionales contratos a precio fijo o alzado comúnmente adoptados, que en la práctica resultan extremadamente rígidos al no permitir la variación del precio durante la ejecución de una obra o un servicio, independientemente del éxito de la misma.

En este tipo de contratos, pueden establecerse tres hipótesis, a saber:

- a) Que el precio sea fijo o variable, determinado o determinable.
- b) La inexistencia de contraprestación alguna a favor del particular, en caso de que no exista éxito en la obra o servicio contratado, incluso sin obligación de resarcir costo alguno.
- c) El otorgamiento de un incentivo, mismo que siempre estará vinculado con el éxito o eficacia de la obra, teniendo siempre un parámetro preestablecido, es decir, nunca se encontrará vinculado con la productividad del yacimiento.

A través de esta modalidad de contratación, el Estado deja de asumir el costo de inversiones que no resulten exitosas, y que al día de hoy tiene que sufragar.

Estos contratos, no tienen absolutamente ninguna similitud con los denominados contratos de riesgo que fueron suprimidos de acuerdo a la reforma del artículo 27 constitucional llevada a cabo en desde la reforma a la Ley Reglamentaria del año de 1958, toda vez que en ellos en primer lugar, el control y desarrollo del proyecto respectivo, no lo tenía el Estado sino que se encontraba en manos del contratista, y en segundo lugar, que la contraprestación se encontraba directamente vinculada con la producción del yacimiento, ya sea que se pagara en efectivo, teniendo como parámetro un porcentaje del precio del petróleo, o bien un porcentaje del petróleo extraído.

Por último, con relación a la remuneración a favor de los terceros que lleven a cabo las obras o servicios de que se trate, si bien es cierto se establece que esta pueda ser fija o variable, ello no significa que la misma pueda ser distinta a la contraprestación dineraria, y menos aún que se les otorgue utilidades sobre las ventas del petróleo ni otro tipo de rendimientos sobre el producto, pues como se ha apuntado, esta forma de contratación en nada se asemeja a los contratos de riesgo, que en su momento tuvieron vigencia en nuestro país.

Espero que los puntos de vista expresados con relación a la constitucionalidad de la iniciativa de reforma a la legislación energética, sean puntos que alimenten el debate para el bien y desarrollo de nuestra Nación.