

ENERGÍA Y PETROQUÍMICA BÁSICA

Rogelio LÓPEZ VELARDE ESTRADA

SUMARIO: I. Introducción; II. La energía y la petroquímica básica como parte del TLCAN; III. La exclusión expresa de las áreas estratégicas y de determinados recursos naturales dentro del capítulo de inversión del TLCAN; IV. Servicios transfronterizos y compras gubernamentales; V. El capítulo de energía y petroquímica básica; VI. Libre competencia, monopolio y empresas de Estado.

I. INTRODUCCIÓN

El capítulo VI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), fue uno de los rubros que tuvo mayor atención y debate por parte de los países negociantes. Las razones son por todos conocidas. De hecho, su trascendencia y el antagonismo de los puntos de vista y en los intereses de las partes, mereció acomodarlo dentro de los últimos capítulos que se negociaron por los tres países.

Su polémica, sin embargo, se remonta no sólo en virtud del TLCAN, sino inclusive, desde la Constitución de 1917 y el acto expropiatorio de 1938, especialmente en lo que respecta a nuestra relación con los Estados Unidos de Norteamérica. No obstante esto, por primera vez en la historia se tiene un acuerdo integral que aviene y concilia, hasta ahora, los intereses e impetudes de las partes. Hacemos referencia, desde luego, al capítulo VI y al TLCAN en general.

Se trata, pues, del primer acuerdo de significativa importancia que en materia de energía y petroquímica básica, se haya firmado entre las partes.

El tema de la energía, sobre todo cuando se habla de la explotación y el aprovechamiento de los recursos naturales tales como el petróleo y el gas natural, resulta ser un tópico de gran sensibilidad e importancia para todas las naciones del mundo, máxime para un país como el nuestro cuya historia del petróleo es indubitable reflejo de su historia contemporánea. Los innumerables libros y ensayos sirven de testimonio de la trascendencia que tienen los recursos naturales para el país. Se enfatiza, sin embargo, que el análisis del capítulo VI y del marco normativo mexicano, se hará desde una perspectiva netamente jurídica, exenta de consideraciones económicas e ideológicas.¹

Por consiguiente, el presente artículo analizará el capítulo VI del TLCAN desde una estricta óptica jurídica. Sus implicaciones con el régimen jurídico que en dicha materia mantiene vigente nuestro derecho positivo mexicano, serán abordadas no sin antes discutir lo relativo al marco legislativo aplicable a los hidrocarburos, punto neurálgico del capítulo que nos ocupa.

1 Es difícil encontrar en México ensayos o libros que estudien o analicen el llamado derecho energético, o por lo menos el derecho petrolero, sin que tenga un alto contenido ideológico o que vincule en exceso reflexiones de tipo económico. Independientemente de la apreciación axiológica que cada uno tengamos respecto al marco normativo aplicable a los energéticos en México, es indispensable contar con estudios que profundicen respecto a la técnica jurídica que tiene el derecho de los energéticos. No existen suficientes artículos o ensayos que analicen las transacciones energéticas que realizan nuestras paraestatales o el sector privado nacional o extranjero, salvo el caso de textos de procedencia extranjera. Paradójicamente, no obstante que México es un país rico en recursos naturales, que la industria petrolera y eléctrica nacional posee una indiscutible importancia para la vida económica y política del país, a pesar de la relevancia que tienen para nosotros dichas industrias como *áreas estratégicas* y no obstante su testimonio histórico, en México todavía no existe algún libro de texto en torno al derecho petrolero o respecto al derecho de los energéticos, como lo tienen en otros países. Con excepción del caso de la Universidad Iberoamericana y la Universidad de Monterrey, la asignatura del Derecho de los Energéticos o del Derecho Petrolero no se imparte en las facultades de derecho de nuestro país. Los estudiantes de derecho en México sólo en forma incidental y aislada, estudian el derecho de los energéticos en materias como derecho constitucional, derecho administrativo o derecho económico. Esto quizá se deba a la naturaleza monopólica que tiene gran parte de la industria energética del país, por lo que los abogados que conocen esa materia, por lo regular se encuentran dentro de los departamentos jurídicos de los organismos públicos descentralizados encargados en desarrollar dichas *áreas estratégicas*. Quizá en la medida de que exista una mayor apertura en el sector energético, surgirá la necesidad de que se tengan abogados practicantes que conozcan el llamado derecho energético. Véase López Velarde, Rogelio, *Mexico's New Petroleum Law: the Internal Reforms at Pemex and the North America Free Trade Agreement*, por ser publicado por el *International Lawyer*, revista del American Bar Association.

II. LA ENERGÍA Y LA PETROQUÍMICA BÁSICA COMO PARTE DEL TLCAN

Desde que comenzaron las pláticas en torno a la posibilidad de crear una zona de libre comercio en el continente norteamericano, existía dubitación de que la energía fuera a formar parte del propio acuerdo. Sobre todo en los periódicos nacionales, se provocaba inquietud y confusión de que si la energía, concretamente la industria petrolera, iba a estar dentro del ámbito material de aplicación del tratado.² La desinformación era sobre todo recrudescida por los periódicos nacionales, quienes desorientaban al público al indicar que México se arredraba y cedía a las presiones del equipo negociador norteamericano, por haber permitido que el petróleo, el gas, la petroquímica básica, la industria eléctrica y nuclear, formaran parte de las mesas de negociación del TLCAN.³

La industria de los energéticos, desde luego, es un sector cuya inclusión en el TLCAN era por demás necesaria. El problema de la desorientación obedecía a que no se matizaba ni se distinguía lo suficiente entre qué era lo que sí debería incluirse en el TLCAN, bajo qué rubros y en qué tipo de actividades se encontraba prohibida constitucionalmente su inclusión.

En el sector energético se desarrollan una serie de actividades económicas de particular importancia que, inconcusamente, merecen y deben de estar dentro del ámbito material de aplicación de un acuerdo comercial de la envergadura del TLCAN. En tiempos de apertura e integración económica, la industria de la energía es punto toral. El regular el libre tráfico de los productos y materias primas que sirven para generar la energía y el intercambio de la energía *per se*, resulta ser vital para las aspiraciones de crecimiento y desarrollo que tienen los países norteamericanos. De ahí la lógica de que en el TLCAN se tuviera reservado un capítulo *ex profeso* relativo al intercambio de productos energéticos.⁴ Concretamente, el capí-

2 Véase, e.g., los artículos de Cadena Hernández, Efrén, "Propiedad y control del petróleo y su eventual inclusión en el TLC", *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, mayo-agosto, 1991, año 2, núm. 5, p. 331; Vargas, Rocio, "Los energéticos bajo el Tratado de Libre Comercio entre México y los Estados Unidos", en el libro intitulado *El Tratado de Libre Comercio (entre el viejo y el nuevo orden)*, Driscoll de Alvarado y Gambrill, editoras, UNAM, p. 61; "Oil's Role in Free Trade Agreement Crux of Mexico's Petroleum Sector Dilemma", *Oil & Gas Journal*, febrero 3, 1992, p. 16.

3 Véase, e.g., *id.* donde se citan un sinnúmero de encabezados y artículos periodísticos al respecto.

4 En reconocimiento a ello, en el mismo capítulo VI las partes estipularon como principio y objetivo rector de éste, la importancia que representa el facilitar el libre flujo de bienes energéticos dentro de Norteamérica, subrayando, además, el interés común de contar con industrias energéticas competitivas

tulo de energía y petroquímica básica, quedó dentro de la segunda parte del TLCAN, intitulada Comercio de bienes, y no en otro título como es la cuarta parte denominada de las “Compras del sector público” o la quinta parte llamada “Inversión, servicios y asuntos relacionados”. Así pues, el capítulo VI regula lo relativo al comercio de bienes energéticos y petroquímicos básicos entre los países, los cuales se encuentran identificados dentro de las partidas y subpartidas del “Sistema armonizado de designación” y “Codificación de mercancías”.⁵

El papel que juega el sector energético dentro del TLCAN, empero, no se puede dimensionar debidamente sin que se revise y discuta la estrecha interrelación que mantiene el capítulo VI con otros apartados incluidos en el TLCAN, en especial, los capítulos sobre inversión, servicios transfronterizos, compras gubernamentales, monopolios y empresas de Estado. Por consiguiente, antes de proceder a analizar el capítulo VI, objeto de nuestro estudio, resulta conveniente detenernos y reflexionar aunque sea someramente, sobre las implicaciones y vinculaciones que conserva el capítulo de energía y petroquímica básica con dichos apartados, haciendo especial énfasis en las razones constitucionales y legales que motivaron la no inclusión dentro del capítulo XI sobre Inversión, de gran parte de los recursos naturales que sirven de materia prima en el sector energético.

A. Los recursos naturales

Los recursos naturales son imprescindibles para cada país. La subsistencia y desarrollo de las naciones depende en gran medida de sus recursos naturales.⁶ Por tal virtud, como una norma *jus cogens*, cada Estado es dueño de los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio. Posee, por tanto, el derecho soberano, inalienable e imprescriptible, de determinar el uso y aprovechamiento de dichos recursos naturales, regular la participa-

a nivel internacional. Véase artículo 601(2)(3) del TLCAN.

⁵ Respecto a la lista de recursos naturales y bienes energéticos que se encuentran sujetos al ámbito material de aplicación del capítulo VI, véase *infra* notas 7-10.

⁶ Para Andrés Serra Rojas, los recursos naturales, renovables o no renovables, son aquellas mercancías que se encuentran en la naturaleza, a diferencia de los que se transforman, manufacturan o fabrican con la intervención del hombre. Los recursos naturales son los recursos disponibles en un territorio, en sus plataformas y aguas continentales, susceptibles de ser explotados y aprovechados. Véase *Derecho económico*, Editorial Porrúa, S.A., (2da. ed., 1990), p. 315.

ción extranjera en los mismos, y reservarse el derecho de expropiarlos y nacionalizarlos por causas de utilidad pública y mediante una adecuada compensación.⁷

La importancia y sensibilidad que tienen los recursos naturales para cada país, es reconocida en el propio Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT),⁸ marco de referencia inmediato del TLCAN. En el artículo XX de dicho instrumento internacional se establece que

ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas... relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente como restricciones a la producción o al consumo nacionales.⁹

Sin perjuicio de lo anterior, es indispensable asentir que los recursos naturales son, como cualquier mercancía, objetos del tráfico mercantil internacional. El capítulo VI del TLCAN busca el regular el comercio de los bienes energéticos y petroquímicos básicos, dentro de los que se incluyen a los recursos naturales que sirven de materia prima para generar energía.

7 No sólo la legislación mexicana así lo advierte, sino también, el derecho internacional. Como antecedentes y fundamento de ello tenemos a la resolución general número 1803, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1962; la declaración número 3201 para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, donde se afirma la soberanía que tienen los estados sobre sus recursos naturales; y, finalmente, tenemos la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la cual se adopta en 1974, la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados, sin duda alguna, el instrumento internacional más importante en la materia. Véase *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, G.A. Res. 1803, U.N. GAOR, 17th Sess., Supp. No. 17, U.N. Doc. a/5217 (1962).

8 Véase el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, con anexos y protocolo de aplicación provisional, concluido en Ginebra, Suiza, el 30 de Octubre de 1947, con una vigencia a partir del 1 de enero de 1948, 55-56 U.N.T.S.

9 Asimismo, las partes podrán imponer aquellas medidas "...(j) esenciales para la adquisición y reparto de productos de los que haya penuria general o local; sin embargo, dichas medidas deberán de ser compatibles con el principio según el cual todas las partes contratantes tienen derecho a una parte equitativa del abastecimiento internacional de estos productos, y en la medida de que sean incompatibles con las demás disposiciones del presente Acuerdo, serán suprimidas tan pronto desaparezcan las circunstancias que las hayan motivado". Véase también los artículos XI (1)(a) y XX(i) del GATT.

III. LA EXCLUSIÓN EXPRESA DE LAS ÁREAS ESTRATÉGICAS Y DE DETERMINADOS RECURSOS NATURALES DENTRO DEL CAPÍTULO DE INVERSIÓN DEL TLCAN

Es por todos conocido que el objeto del TLCAN no es tan sólo el libre comercio de bienes y servicios, sino también, de capitales. En efecto, para muchos el TLCAN es más un acuerdo de inversión que de libre comercio, habida cuenta de la importancia enfatizada del primero por nuestro país y que el segundo, el libre comercio, ya contaba con una cierta liberalización sectorial por parte de los países involucrados.¹⁰

La transferencia de capital de una nación a otra, se puede realizar a través de la inversión extranjera directa o por medio de la inversión extranjera indirecta. El interés de los países participantes del TLCAN, era desregular y eliminar las barreras que se tienen respecto a la inversión extranjera directa, y así establecer un marco normativo transparente donde se propicie el libre flujo del capital foráneo,¹¹ en la inteligencia de que la inversión de portafolio, la inversión indirecta, no necesitaba mayor desregulación por no existir ninguna restricción legal que inhibiera su libre tráfico. Y es aquí, precisamente, donde se erosionaron las más publicitadas diferencias entre las partes, en especial, entre México y los Estados Unidos de Norteamérica.¹² Nos referimos concretamente al libre traspaso de inversión extranjera directa dentro del sector energético de nuestro país.

La más importante de estas desavenencias fue que México nunca aceptó incluir a un gran número de estos bienes energéticos y petroquímicos

¹⁰ La política de apertura sectorial y de liberalización gradual de nuestra economía, realizada por la administración del presidente Salinas, es por todos reconocida. Como se ha reiterado en repetidas ocasiones, el TLCAN representa un instrumento más de la política económica practicada por la administración de Salinas. Esta liberalización, empero, tiene sus antecedentes en el gobierno de Miguel de la Madrid. Prueba de ello, es la firma por parte de México del protocolo de adhesión del 25 de julio de 1986, por medio del cual México se convierte Estado parte en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, marco normativo de inmediata referencia del TLCAN. Véase Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo, *El régimen jurídico del comercio exterior de México*, México, UNAM, 1991.

¹¹ Heftye Etienne, Fernando, "El Capítulo de Inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica", en el libro *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, parte II, México, Universidad Iberoamericana, 1993, p. 31.

¹² Murphy, Ewell E., "The Dilemma of Hydrocarbon Investment in Mexico's Accession to the North America Free Trade Agreement", *J. Energy & Natural Resources L.* 261 (1991), p. 266; Alvarez Soberanis, Jaime, "Las inversiones extranjeras", en el libro intitulado *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, parte I, México, Universidad Iberoamericana, p. 100.

básicos dentro del capítulo de inversión;¹³ por el contrario, en el mismo capítulo XI sobre inversión, las partes expresamente aceptaron la reserva formulada por México que excluye a las *áreas estratégicas* del ámbito material de aplicación de dicho capítulo,¹⁴ por lo que gran parte de la industria extractiva del país (carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos y minerales radioactivos), la petroquímica básica y las industrias energéticas nuclear y eléctrica, fueron explícitamente descartadas de la regulación de dicho capítulo, incluyendo, como era de esperarse, las actividades comprendidas por cada uno de estos sectores económicos.¹⁵ Los otros recursos naturales que producen energía tales como el carbón y recursos acuíferos, entre otros, sí están incluidos dentro del tratamiento prescrito por el capítulo de inversión del TLCAN. Estos recursos naturales no reservados al Estado, se encuentran sujetos a dichos principios rectores de la inversión extranjera establecidos en el capítulo XI,¹⁶ así como por lo dispuesto por la Constitución y leyes secundarias federales.¹⁷

En ese sentido, desde que los Estados Unidos de Norteamérica y México empezaron a discutir la posibilidad de que se llegara a la creación de una zona de libre comercio entre los dos países, desde ese momento, México advirtió su negativa de incluir dentro del tratado a aquellos recursos naturales reservados al Estado, especialmente los hidrocarburos nacionales. La negativa en comento, sin embargo, no era respecto al libre comercio de estas materias primas, sino a la participación vía inversión extranjera directa en dichas industrias estratégicas. El interés de México era que las partes se concentraran respecto a un libre intercambio de recursos naturales y bienes energéticos, no con respecto al libre flujo de inversión extranjera directa en dicha industria extractiva y energética. La apertura de la industria energética del país nunca fue un prerequisite o una condicionante para concluir el TLCAN.¹⁸

13 Véase Heftye Etienne, *supra* nota 11, p. 33, *in fine*.

14 Véase el artículo 1108, Anexo I y III del TLCAN.

15 Respecto a las actividades que fueron también excluidas del capítulo de inversión con relación a cada uno de estos sectores económicos, véase *infra* notas 104-194.

16 Estos son trato nacional, trato de la nación más favorecida, requisitos de desempeño, transferencias, expropiación y compensación y el esquema de solución de controversias. Véase Heftye, *supra* nota 11, p. 32.

17 6º párrafo y fracción Iª del artículo 27 constitucional y leyes reglamentarias; artículo 32 constitucional.

18 Véase Kirksey, Shawn, "Energy and Free Trade: a New Look at the Current Needs of Mexico's Petroleum Industry", 28 *Tex. Int'l L. J.* 3 (Verano, 1993), p. 557.

Las razones y motivos de tal tesis, obedecen a imperativos constitucionales y legales. La presente administración se enfrentó a la disyuntiva de acatar lo que dice la Constitución o promover su reforma a efecto de poder incluir al sector de la energía dentro del capítulo de inversión. Como sabemos, la administración salinista optó por la primera.¹⁹

De hecho, desde el principio de las negociaciones del TLCAN, las partes involucradas estaban conscientes de que la Constitución mexicana no iba a estar en la mesa de negociación.²⁰ Nuestra Cláusula de Supremacía Constitucional exige que todo tratado internacional se debe de ajustar a nuestra Carta Magna y no que nuestra Constitución se tenga que adecuar al convenio internacional. Esta premisa constitucional no resulta extraña para las naciones involucradas en el TLCAN; por el contrario, es de aplicación común.²¹ El problema radica en que el incluir a determinados recursos naturales y a ciertas actividades económicas dentro del capítulo de inversión del TLCAN, para los Estados Unidos de Norteamérica no ponía en entredicho a su Constitución como le sucedería a México.²² En nuestro país, la propiedad, explotación, aprovechamiento y control de estos recursos naturales que generan energía y que más adelante discutiremos, se encuentran constitucionalmente reservados a la nación.²³ Ello, no encuentra parangón con la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Por el contrario, la propiedad, explotación y control de gran parte de los recursos naturales de ese país, son predominantemente controlados y desarrollados por el sector

19 Deliberadamente se omite efectuar un análisis de las posibles razones que condujeron a la presente administración, el no promover una iniciativa constitucional que modificara el artículo 27 y 28 constitucional, como lo hizo Salinas para la privatización bancaria, al modificar el 5° párrafo del artículo 28 constitucional.

20 Véase, e.g., los comentarios esbozados por Stan McLelland, vicepresidente ejecutivo y gerente jurídico de la empresa norteamericana Valero Energy Corporation, en la conferencia patrocinada por el American Conference Institute, intitulada *Business Implications and Legal Rules for the World's Largest Common Market*, p. 4.

21 Recordemos que nuestro artículo 133 constitucional (artículo 126 de la Constitución de 1857), tomó como fuente de inspiración al artículo VI, sección II, de la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo artículo se le conoce como la *supremacy clause*.

22 Véase, sin embargo, Murphy, Ewell, *To Trust a Constitution or to Constitute a Trust?*, conferencia impartida en el seminario regional de derecho energético de la Sección de Derecho Energético y de los Recursos Naturales de la Barra Internacional de Abogados, Montreal, Canadá, junio 3, 1991.

23 Véase el 4° y 6° párrafo del artículo 27; el 4° párrafo del artículo 25; y el 4° párrafo del artículo 28 constitucional.

privado.²⁴ Esta situación jurídica de libre concurrencia, no deviene de su constitución sino de leyes secundarias.²⁵

Es de explorado derecho mexicano, que para que un tratado internacional pueda ser elevado a la categoría de ley suprema se debe de cumplir con una serie de requisitos fondo y forma.²⁶ De vital importancia resulta que el tratado en cuestión cumpla con el requisito de fondo más importante: que el texto del TLCAN esté de acuerdo con lo dispuesto en nuestra Constitución.²⁷ En ese sentido, gran parte de los recursos naturales que producen energía en nuestro país, su propiedad, explotación, aprovechamiento y control, se encuentra reservado de manera exclusiva al Estado.

A. Propiedad y dominio eminente de los recursos naturales

Para empezar, afloraron en las negociaciones las profundas diferencias que existen entre dos países con tradiciones jurídicas disímboles, exponiendo en franco antagonismo el tratamiento que México le da a la propiedad, explotación, control y conservación de ciertos recursos naturales, *vis-à-vis*, al tratamiento que se le practica en los Estados Unidos de Norteamérica. Consecuentemente, al igual que se pusieron de relieve las disimetrías que prevalecen en materia jurídica, también brotaron las asimetrías que prevalecen respecto a la estructura y forma de funcionar de la industria energética de los tres países involucrados. Estas diferencias fundamentales de tipo jurídico y operativo, fueron, desde luego, del conocimiento previo por parte de las personas que negociaron el TLCAN.²⁸

24 Zillman, Donald y Fox, William, "Monopoly and Competition in Energy Supply: the Case of the United States", *J. Energy & Natural Resources L.* 78 (Dec. 1979), p. 78.

25 "La preferencia por la empresa privada en la energía es... un asunto determinado por el Congreso más que un mandato constitucional", Id. [La traducción es nuestra].

26 Véase Vázquez Pando, Fernando, "Jerarquía constitucional del Tratado de Libre Comercio en el sistema constitucional mexicano", en el libro *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, parte I, publicado por la Universidad Iberoamericana, p. 35; así como el artículo Algunos aspectos constitucionales del T.L.C., parte II, p. 23; véase también Patiño Manffer, Ruperto, "Análisis de los principios económicos contenidos en la Constitución mexicana, frente a los principios que rigen en la Zona de Libre Comercio de América del Norte", en *Pemex-Lex*, N° 53-54, (noviembre-diciembre, 1992), p. 45.

27 Véase el artículo 133 y el 15 constitucional, *in fine*.

28 Véase, e.g., los comentarios formulados por Thad Grundy, ex Secretario Adjunto para Asuntos Internacionales del Departamento de Energía del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, en el seminario auspiciado por la Universidad de Texas intitulado Planning for North American Free Trade, realizado en la ciudad de México el 9 y 10 de julio de 1992.

En lo que toca al aspecto jurídico, tanto en México como en los Estados Unidos de Norteamérica, substancialmente se sigue la teoría del *dominio eminente* como la potestad soberana que tiene el Estado sobre su propio territorio.²⁹ Con la propiedad originaria dotada en favor de la nación, el Estado posee el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares para constituir la propiedad privada sujeta a las modalidades que dicte el interés público.³⁰ La Constitución de 1917, a diferencia del derecho norteamericano y canadiense, hizo una separación tajante entre la propiedad del suelo con relación a la propiedad del subsuelo.³¹ Así pues, el dominio directo del Estado mexicano sobre el territorio nacional se extiende además, a todos los recursos naturales que se encuentren dentro de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas.³² Este derecho de propiedad sobre los recursos naturales nacionales establecidos en favor del Estado, es un derecho imprescriptible e inalienable. Puede tan sólo transmitirse el derecho de uso, explotación y aprovechamiento de los mismos, a mexicanos o sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, a través de la figura administrativa de la *concesión*.³³ Empero, y aquí radica otra diferencia medular respecto al derecho estadounidense y canadiense, la potestad del Estado de transmitir el usufructo de los recursos naturales vía concesión, no es extensiva para el petróleo y demás carburos de hidrógeno, sólidos, líquidos y gaseosos o de minerales radioactivos,³⁴ ni es permisible el otorgar concesión alguna para la generación de energía atómica, o para generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga como propósito la prestación de un servicio público.³⁵

29 Véase el artículo 27 constitucional, *vis-à-vis*, la *eminent domain clause* en la Quinta Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica, aplicable a la federación, así como la Decimocuarta Enmienda, aplicable a los estados de la Unión Americana.

30 Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Gobierno del Estado de Puebla, 1946.

31 Véase Ortega San Vicente, Alejandro, "Marco jurídico-político del petróleo en México", en *Pemex-Lex*, México, julio-agosto 1992, núms. 49-50, p. 50. Para Andrés Serra Rojas, el artículo 27 constitucional establece tres regímenes jurídicos respecto a la conservación y explotación de los recursos naturales en México: (i) el régimen del suelo, (ii) el régimen del subsuelo, y (iii) el régimen del espacio aéreo. Véase, *Derecho económico*, Editorial Porrúa, S.A., (2ª ed. Mex., 1990) p. 316.

32 Véase el 4º párrafo del artículo 27 constitucional.

33 6º párrafo del artículo 27 constitucional.

34 "...[n]o 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", *ibidem*.

35 *Ibidem*.

El artículo 27 constitucional otorga el dominio directo a la nación respecto de los carburos de hidrógeno y los minerales radioactivos que se encuentran localizados en el subsuelo del territorio mexicano, para que el Estado los explote y aproveche directa y exclusivamente en beneficio de la nación. El Constituyente optó en no transmitir y extender la propiedad o el usufructo de la riqueza de estos recursos naturales para que sean aprovechados por unos cuantos particulares, sino prefirió que se quedara en manos del Estado para que éste los detente, explote y aproveche en favor de toda la sociedad mexicana.

Como se puede observar, las divergencias jurídicas entre México y los Estados Unidos de Norteamérica son abismales. Estas asimetrías, sin embargo, no deben de sorprendernos; Canadá y Estados Unidos de Norteamérica —salvo el caso de algunos estados como el de Louisiana—, son de los pocos países que mantienen el régimen de propiedad que otorga derechos reales a los particulares, respecto a los recursos minerales que se encuentren dentro de su peculio.³⁶ Ni siquiera el Reino Unido, progenitor del *common law*, mantiene ese régimen.³⁷ Mientras en México los recursos naturales son parte del patrimonio nacional y del dominio público de la federación,³⁸ en los Estados Unidos de Norteamérica, y no obstante el concepto del *eminent domain*, los particulares pueden detentar derechos de propiedad sobre un gran número de recursos naturales.³⁹ La propiedad privada sobre los recursos naturales tales como el petróleo y el gas, es una diferencia clave entre los tres países.⁴⁰ El sector privado es el predominante en la exploración, explotación, producción, refinación y distribución del gas y del petróleo.⁴¹ En Estados Unidos de Norteamérica no se tiene el concepto de *área estratégica* o del régimen paraestatal; no tienen ni siquiera alguna compañía petrolera Estatal que concurra en el mercado petrolero.⁴² La industria del gas y del petróleo estadounidense posee un mercado diversificado compues-

36 Véase Prager, Gerarld D., "Pemex at the Croosroads: a National Oil Industry in Crisis", *15 Hous. J. Int'l L.* 157 (1993), p. 143.

37 *Ibidem*.

38 Véase los artículos 1 y 2 de la Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el *Diario Oficial* el 8 de enero de 1982.

39 Véase, e.g., el caso del petróleo en Tomain, Joseph; Hickey, James; y Hollis, Sheila, *Energy law and policy*, Anderson Publishing Co. (US, 1989), p. 227; Zillman, *supra* nota 25, p. 78.

40 Véase el estudio comparativo en proceso de elaboración por Conine, Gary, profesor de la asignatura de International Energy Transactions de la Facultad de Derecho de la Universidad de Houston.

41 Véase Zillman, *supra* nota 25, p. 78.

42 *Ibidem*.

to por una industria competitiva y descentralizada.⁴³ No obstante que el gobierno federal y algunos gobiernos locales han conservado una propiedad limitada en determinados recursos naturales, la mayoría de estos recursos están sujetos a la tenencia privada,⁴⁴ amén que el poder público ha adoptado una tesitura reguladora dentro de la actividad energética, en lugar de una actitud actora. En México, en cambio, el gobierno federal es actor y regulador.⁴⁵

La industria eléctrica norteamericana, por ejemplo, el 75% de su capacidad se encuentra generada a través de particulares; empresas municipales poseen el 9% del mercado, y el 11% restante lo tiene el gobierno federal.⁴⁶ Empero, no hay que olvidar que los recursos naturales que se utilizan para generar la energía eléctrica en los Estados Unidos de Norteamérica, se encuentran principalmente en las manos de empresas privadas.⁴⁷

Canadá, por su parte, sigue relativamente el mismo patrón de economía mixta que posee nuestro país, no obstante que México mantiene una intervención más marcada en la industria de los energéticos. En Canadá, mientras que la producción y distribución de la energía se encuentra en gran medida en manos de agentes privados, el gobierno federal y el de las provincias conservan una participación significativa en algunas empresas petroleras y gaseras.⁴⁸ A guisa de ejemplo, tenemos a las llamadas Crown Corporations tanto a nivel federal como provincial.⁴⁹

43 *Ibidem*.

44 Gary Conine asiente que tres son las más importantes diferencias entre México y los Estados Unidos de Norteamérica en materia de hidrocarburos: primero, que en los Estados Unidos de Norteamérica predomina el sector privado desde la propiedad de los recursos minerales hasta su ventilación en el mercado; segundo, que los Estados Unidos de Norteamérica cuentan con una industria descentralizada; y, tercero, que las decisiones de cada empresa petrolera, dependen de las reglas del mercado, indistintamente de las disposiciones legales aplicables al caso. Véase Conine, *supra* nota 40.

45 Aunque técnica y formalmente el actor como el regulador son dos personas jurídicas distintas; el primero, son los organismos públicos descentralizados y, el segundo, el gobierno federal a través de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal. Véase la fracción VIII del artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

46 Véase Kuhne, Gunther y Fox, William, "Monopoly and Competition in Energy Supply", título de la conferencia presentada dentro del seminario Changing Energy Markets. The Legal Consequences, organizada por la Sección de Energía y Derecho de los Recursos Naturales de la International Bar Association, realizada en el Reino de los Países Bajos, 22-27 de abril de 1990.

47 Salvo el caso de la producción de energía eléctrica por medio de minerales radioactivos y de agua. Véase Zillman, *supra* nota 25, pp. 82-83.

48 Véase C.D. Hunt, A.R. Lucas, "Monopoly and Competition in Energy Supply: the Case of Canada", *J. Energy & Natural Resources* L. 96 (Dec. 1979).

49 Petro-Canadá es la más conocida a nivel federal. Petro-Canadá fue constituida en 1975 como reacción a la dependencia energética que venía sufriendo Canadá por parte de las empresas extranjeras, y en virtud del crecimiento de la inversión extranjera en la industria petrolera de ese país. Aun cuando

B. Explotación y aprovechamiento de los recursos naturales

Además de la propiedad exclusiva de determinados recursos naturales en favor del Estado, otra de las marcadas disimetrías que en materia energética México tiene con relación a su principal socio comercial, y que sirvieron de pábulo para no incluir a la energía en el capítulo de inversión del TLCAN, radica en la explotación y el aprovechamiento también exclusivo que tienen dichos recursos naturales en favor del Estado mexicano.

En muchos países del mundo, se sigue la misma idea de que los recursos naturales son propiedad del Estado. Sin embargo, la diferencia con México descansa de que en algunos países el Estado se encuentra facultado para otorgar a los particulares el derecho de explotar y aprovechar dichos recursos naturales, a través de la figura de la concesión o por medio de otros mecanismos legales de muy variada índole.⁵⁰ Nuestra Constitución, por su parte, ha determinado que sólo ciertos recursos naturales pueden ser explotados y aprovechados por los particulares a través de la concesión y ha identificado, sin embargo, qué recursos naturales deberán de ser exclusivamente explotados y aprovechados por el Estado. Tal es el caso de los hidrocarburos y de los minerales radioactivos, piedra angular del capítulo de energía y petroquímica básica.⁵¹

Para tales efectos, la propia Constitución ha establecido qué actividades económicas sólo pueden ser realizadas por el gobierno federal. Hacemos referencia a las llamadas *áreas estratégicas*.

no fue privatizada por el anterior gobierno conservador, las actividades de Petro-Canadá han sido limitadas significativamente. Muchas otras compañías de la corona, sin embargo, ya han sido privatizadas a nivel provincial. *Id.* pp. 117-118. Respecto a las Crown Corporations dentro del TLCAN, véase el artículo 1503.3(a). Por otro lado, a partir de la administración de Brian Mulroney, se han instrumentado profundas reformas para privatizar distintas empresas estatales de energía, se han desregularizado los precios y la distribución de los hidrocarburos, y se ha propiciado una mayor apertura a la inversión extranjera. Véase Saunders, Owen, "The Mexico Factor in the North America Free Trade Agreement: A Canadian Perspective", *J. Energy & Natural Resources L.* 239 (1991). Véase también, McDonald, Donald, *North America Free Trade Agreement: Critical Business and Legal Implications*, en la conferencia organizada por el American Conference Institute, los días 2 y 3 de diciembre de 1992, p. 11.

⁵⁰ Respecto a estos mecanismos, véase Blinn, Keith, *International Petroleum and Exploitation Agreements*, Euromoney Publications (1986); Mikesell, Raymond, *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing Countries*, Resources for the Future (1984); Murphy, Ewell, "Latin American Oil and Gas Law: Outline and Methodology", *State Bar of Tex. Inst. on Int'l Oil & Gas L.* (1983).

⁵¹ 6° párrafo del artículo 27 constitucional.

a) Áreas estratégicas

Las áreas estratégicas son sectores donde se realizan actividades económicas consideradas por el constituyente mexicano como áreas de vital trascendencia para la nación, desde el punto de vista económico, político, social y de seguridad pública.⁵² Por su importancia para el país, nuestra norma fundante ha reservado dichas actividades estratégicas para que sean manejadas de manera exclusiva por el poder público, no por los particulares.⁵³

Estos monopolios *de jure* constituidos en favor del Estado, van desde monopolios naturales (*e.g.* emisión de billetes o acuñación de moneda), hasta monopolios económicos cuyo bien jurídico tutelado es la seguridad pública y el bienestar económico, político y social del país.

Al hablar de una área estratégica, implica por lo tanto, que el gobierno federal realiza dicha actividad económica de manera exclusiva, por lo que la participación privada directa, nacional o extranjera, se encuentra constitucionalmente proscrita.⁵⁴ La participación indirecta o inversión de portafolio es, por supuesto, legalmente factible conforme al derecho positivo mexicano.⁵⁵ Para tales efectos, se ha encomendado al Estado mexicano el desarrollar dichas actividades estratégicas de manera exclusiva, a través de organismos públicos descentralizados,⁵⁶ cuya propiedad y control deben de permanecer siempre en favor del Estado.⁵⁷

52 “Conjunto de actividades económicas —producción y distribución de bienes y servicios— que exclusivamente realiza el gobierno federal a través de organismos públicos descentralizados y unidades de la administración pública, por imperativos de seguridad nacional, interés general o beneficio social básico para el desarrollo nacional”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed. México, UNAM, 1987, p. 209.

53 Véase el 4º párrafo del artículo 28 constitucional y el 4º párrafo del artículo 25 constitucional; artículo 4 de su ley reglamentaria en materia de monopolios, Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de diciembre de 1992. Véase también el artículo 6 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, publicada en el *Diario Oficial* el 14 de mayo de 1986 (en adelante “Ley Paraestatal”); véase también el Reglamento de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de enero de 1990.

54 Véase el 4º párrafo del artículo 25 y el 4º párrafo del artículo 28 constitucional. En ese sentido, véase el artículo 4º de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial* el 9 de noviembre de 1973 (en adelante “Ley de Inversiones Extranjeras”), así como el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicado en el *Diario Oficial* el 16 de mayo de 1989 (en adelante “Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras”), ambos, todavía vigentes a la fecha de culminación del presente artículo.

55 Véase, *e.g.*, la Ley General de Deuda Pública, publicada en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre de 1976.

56 Véase la fracción I del artículo 14 de la Ley Paraestatal.

57 Véase el párrafo 4º del artículo 25 constitucional.

Los organismos públicos descentralizados son creados por ley o decreto del Congreso o del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios.⁵⁸ En ese sentido, la inversión extranjera directa bajo su enfoque tradicional, simplemente no es dable en estos organismos públicos descentralizados, no sólo porque así lo disponga el ministerio de la ley, sino en virtud de que dichos entes jurídicos no cuentan con títulos representativos de capital o propiedad; son creados por ley o decreto cuya propiedad y control siempre debe de recaer en el gobierno federal.⁵⁹ Para que puedan ser enajenados o transferidos dichos organismos descentralizados, se debe de anticipar una ley o decreto que así lo disponga, debido al principio de la autoridad formal de la ley.⁶⁰

De tal forma, en materia energética nuestra Constitución ha enumerado como áreas estratégicas al petróleo y demás hidrocarburos, la petroquímica básica, la generación de energía nuclear o atómica, y la generación de energía eléctrica.⁶¹ Baste decir, entonces, que el Estado en México no sólo posee la propiedad exclusiva de estos recursos naturales que sirven para la generación de energía, sino también, es el Estado el único que puede explotar y aprovechar estos recursos naturales, por ser estas actividades consideradas como estratégicas.⁶²

Concretamente, hacemos referencia del (i) petróleo y los carburos de hidrógeno, sólidos, líquidos y gaseosos,⁶³ (ii) los minerales radioactivos,⁶⁴ y (iii) la petroquímica básica.⁶⁵ Estos recursos naturales y productos deriva-

58 Véase el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *Diario Oficial* el 29 de diciembre de 1976; véase también Ley Paraestatal, artículo 2.

59 Ello implica de que no sólo el Estado detente la propiedad exclusiva de dichos organismos públicos descentralizados debido al ministerio del artículo 25 constitucional, sino también, el Estado a través del gobierno federal, debe de conservar el control exclusivo sobre la administración, manejo y destino de dichas entidades paraestatales. El legislador fue lo suficientemente precavido al redactar este artículo, toda vez que se puede tener la propiedad de una empresa pero no el control. Véase Cadena Hernández, *supra* nota 3, pp. 342-343; López Velarde, *supra* nota 1.

60 Según apunta el inciso (f) del artículo 72 constitucional.

61 4º párrafo del artículo 28 constitucional.

62 En Estados Unidos de Norteamérica, como se apuntó anteriormente, y no obstante el principio del dominio eminente, la propiedad de los recursos naturales se encuentra predominantemente detenida por los particulares. Igualmente, la Constitución de ese país no ha reservado en favor del propio Estado, la explotación y el aprovechamiento exclusivo de determinados recursos naturales, tales como el petróleo o gas, salvo en el caso de la explotación de determinados minerales radiactivos en favor de la armada, así como con relación al aprovechamiento del agua para determinadas plantas hidroeléctricas. Véase Hunter, *supra* nota 46.

63 4º y 6º párrafo del artículo 27 constitucional; 4º párrafo del artículo 28.

64 *Ibidem*.

65 4º párrafo del artículo 28 constitucional.

dos, sirven en gran parte para la generación de energía nuclear y de energía eléctrica, cuyas actividades económicas también se encuentran reservadas de manera exclusiva al Estado.⁶⁶ La vinculación entre estos recursos naturales y la consecuente generación de energía es a todas luces comprensible. Respecto a la generación de energía nuclear tenemos a los minerales radioactivos; respecto a la generación de energía eléctrica tenemos al gas natural y a determinados productos derivados de éste y del petróleo crudo, a saber, el combustible ligero y pesado, el diesel y el gasóleo. Inclusive, como sabemos, la energía nuclear sirve también para generar energía eléctrica.

Obvia puntualizar, finalmente, de que existen otros recursos naturales que sirven como materia prima para la generación de energía eléctrica, tales como el carbón,⁶⁷ el agua, entre otros, los cuales pueden ser aprovechados y explotados por los particulares mediante la figura administrativa de la concesión.⁶⁸ El acto administrativo de la concesión, empero, tan sólo puede ser concedido por el Ejecutivo Federal en favor de particulares que tengan la nacionalidad mexicana originaria o derivada, o en favor de sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas.⁶⁹ Los extranjeros podrán tener el mismo derecho de ser objeto de una concesión para la explotación de minas y aguas, siempre y cuando convengan a considerarse mexicanos respecto a dichos bienes y a no invocar la protección diplomática de su país.⁷⁰ En igualdad de circunstancias, apunta la Constitución, los mexicanos deberán de ser preferidos sobre los extranjeros en el otorgamiento de cualquier tipo de concesiones.⁷¹

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ De acuerdo al Anexo I del TLCAN, Sector Minería y referente a la Lista de México, se requiere aprobación previa de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para que los inversionistas extranjeros puedan adquirir más del 49% de una empresa establecida o por establecerse en México, que se dedique a la extracción, explotación y aprovechamiento de determinados recursos minerales, entre ellos, el carbón.

⁶⁸ 6º párrafo del artículo 27 constitucional. Véase también Ley Minera, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de junio de 1992; Reglamento de la Ley Minera, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de Marzo de 1993; Ley de Aguas Nacionales, publicada en el *Diario Oficial* el 1 de diciembre de 1992.

⁶⁹ Artículo 9 de la Ley de Nacionalidad, recientemente promulgada en el *Diario Oficial* de fecha 21 de junio de 1993.

⁷⁰ La llamada Cláusula Calvo; fracción I del artículo 27 constitucional.

⁷¹ Artículo 32 constitucional.

La exclusión de la petroquímica básica dentro del capítulo de inversión del TLCAN

Interés especial merece la llamada petroquímica básica, sobre todo si advertimos de que no se trata de un recurso natural *per se*.⁷² La petroquímica básica son aquellos productos "...susceptibles de servir como materias primas industriales básicas, que sean resultado de los procesos petroquímicos fundados en la primera transformación química importante o en el primer proceso físico importante que se efectúe a partir de productos o subproductos de refinación, o de hidrocarburos naturales del petróleo".⁷³ Estos productos químicos reputados como estratégicos por nuestra norma fundante, son el resultado de las primeras transformaciones físicas y químicas del petróleo crudo y del gas natural. La elaboración y manufactura de los petroquímicos básicos se encuentra reservada de manera exclusiva al Estado,⁷⁴ y cuya función ha sido encomendada de manera exclusiva a Petróleos Mexicanos⁷⁵ y sus organismos subsidiarios,⁷⁶ todos ellos organismos públicos descentralizados del gobierno federal.⁷⁷

La coordinadora de sector de Pemex y de sus organismos subsidiarios y demás filiales, la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal (en adelante la Secretaría de Energía), determina qué productos petroquímicos son considerados básicos⁷⁸ y, por consiguiente, cuáles de estos productos se encuentran reservados a Pemex, concretamente, a Pemex-Gas y Petroquímica Básica.⁷⁹ Dicha determinación generalmente se hace con base al dictamen previo que emita para tal efecto la Comisión Petroquímica Mexicana,⁸⁰ un organismo técnico consultivo dependiente de la citada Secretaría de Estado.⁸¹ Aquellos productos petroquímicos que no pertenezcan a la

72 Véase, *supra*, nota 7.

73 Véase el artículo 2º del Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo en Materia de Petroquímica, publicado en el *Diario Oficial* el 9 de febrero de 1971 (en adelante el "Reglamento de Petroquímica").

74 4º párrafo del artículo 28 constitucional.

75 Véase la fracción III del artículo 3º de la Ley Petrolera, *infra*, nota 99; véase también el artículo 3º del Reglamento de Petroquímica; véase el artículo 1º, 2º y 3º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, *infra* notas 99-167.

76 Véase, *infra*, nota 99.

77 Véase artículo 1º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.

78 Artículo 3º y 5º del Reglamento de Petroquímica.

79 Véase la fracción III del artículo 3º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.

80 Véase los artículos 3º y 5º del Reglamento de Petroquímica.

81 *Ibid.*, artículo 50.

petroquímica básica, podrán ser concurrente o separadamente elaborados por el propio gobierno federal y sus entidades paraestatales, los particulares con nacionalidad mexicana originaria o derivada o las sociedades mexicanas, siempre y cuando sean mexicanos, personas físicas o jurídicas, los que mantengan una participación mayoritaria sobre esas personas morales.⁸² Para tales efectos, los interesados deberán de obtener un permiso para elaborar dichos productos petroquímicos, por parte de la Secretaría de Energía, previa opinión favorable de la Comisión Petroquímica Mexicana.⁸³

Sin perjuicio de lo anterior, la industria petroquímica, como cualquier otra actividad económica, se encuentra sujeta al ámbito material de aplicación de la ley de inversiones extranjeras.⁸⁴ En ese sentido, la Ley de Inversiones Extranjeras de 1973, después de reiterar que la petroquímica básica se encuentra reservada al Estado,⁸⁵ establece que los inversionistas extranjeros sólo pueden participar hasta en un 40% del capital social de una empresa que se dedique a la elaboración de algún petroquímico secundario.⁸⁶ Sin embargo, y de una forma jurídicamente aviesa y heterodoxa, en el Reglamento de Inversiones Extranjeras de 1989 se establece la posibilidad de que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras autorice que los inversionistas extranjeros puedan superar ese porcentaje de participación,⁸⁷ a través de la constitución de un fideicomiso que cumpla con una serie de requisitos.⁸⁸ Empero, y en virtud del TLCAN,⁸⁹ todas las restricciones y limitaciones que estos ordenamientos jurídicos mantienen en materia de la industria petroquímica *no estratégica* (i.e. petroquímica secundaria, terciaria y demás), serán suprimidas.

⁸² *Ibid.*, artículo 4°.

⁸³ *Ibid.*, artículo 10°.

⁸⁴ *Ibid.*, artículo 130. Véase Contreras, Joaquín, *Making and Planning a New International Venture. A Direct Foreign Investment in Mexico's Petrochemical Sector*, tesis de maestría, Facultad de Derecho de la Universidad de Houston, 1990.

⁸⁵ Artículo 4° de la Ley de Inversiones Extranjeras de 1973.

⁸⁶ *Ibid.*, artículo 4° (b). Los productos petroquímicos terciarios y demás, se encuentran sujetos a la famosa regla del 49%-51% establecida en el artículo 5° de dicho ordenamiento jurídico de 1973, vigente hasta la fecha de culminación del presente trabajo. Ese porcentaje del 49%, sin embargo, puede ser superado previa autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, de conformidad con el propio artículo 5° de la Ley de Inversiones Extranjeras de 1973.

⁸⁷ Véase artículo 23° del Reglamento de la Ley de Inversiones de 1973.

⁸⁸ *Ibid.*, artículos 24°, 25° y 26°.

⁸⁹ Véase el artículo 1102 del TLCAN, así como el Anexo III, donde no se estipuló reserva alguna por parte de México. Se espera, además, que dichas restricciones y limitaciones sean eliminadas por la nueva ley de inversiones extranjeras.

En efecto, es de conocimiento público que la industria petroquímica es uno de los sectores que se han abierto a la inversión privada, nacional y extranjera.⁹⁰ El proceso de privatización de esta industria se ha estado realizando a través de las reclasificaciones que ha venido haciendo la Secretaría de Energía, en apego a la opinión expedida por la Comisión Petroquímica Mexicana. Ello ha sido posible debido a la laxativa interpretación que dicha Comisión le ha dado a la definición que el Reglamento de Petroquímica tiene sobre los productos que integran la petroquímica básica.⁹¹ Al reclasificar dicha secretaría de Estado determinados productos básicos como secundarios o terciarios, y debido a lo dispuesto en el Reglamento de Inversiones Extranjeras, se abrieron las puertas al capital externo para la elaboración de gran parte de los productos que integran la industria petroquímica nacional.⁹² A la fecha de terminación del presente ensayo, se encontraban vigentes ocho productos como petroquímicos básicos,⁹³ y trece productos como petroquímicos secundarios.⁹⁴ Las citadas reclasificaciones son consecuencia de lo acordado por México en el TLCAN.⁹⁵

El proceso de privatización de la industria petroquímica continúa. No muy recientemente, uno de los organismos subsidiarios de Petróleos Mexicanos, Pemex-Petroquímica,⁹⁶ en conjunto con la Secretaría de Hacienda y

90 A pesar de que la industria petroquímica mexicana se encuentra clasificada como la primera en Latinoamérica, con un enorme potencial económico, México ha padecido una balanza comercial deficitaria en este sector. Véase Marcos-Giacomán, *The Mexican Oil Industry: Financing Investment in a New Economic Environment*, p. 31.

91 Véase *supra* nota 74.

92 Véase La resolución que clasifica los productos petroquímicos que se indican, dentro de la petroquímica básica o secundaria, publicada en el *Diario Oficial* el 17 de agosto de 1992.

93 *Ibid.*, Etano, Butano, Pentano, Hexano, Heptano, Propano, materia prima para Negro de Humo y naftas.

94 *Ibid.*, Acetileno, Amoniaco, Benceno, Butadieno, Butilenos, Etileno, Metanol, Parafinas, Ortoxileno, Paraxileno, Propileno, Tolueno y Xilenos.

95 Véase Grundy, *infra*, nota 152, p. 13.

96 Aparentemente, resulta jurídicamente contradictoria la creación de Pemex-Petroquímica como un organismo público descentralizado, habida cuenta de que dicha entidad paraestatal se encuentra a cargo de una actividad económica que no es *estratégica*, ni tampoco proporciona un servicio público o social, u obtiene o aplica recursos para fines de asistencia o seguridad social, como lo establece para tal efecto el artículo 14° de la Ley Paraestatal. Como se acotó anteriormente, las entidades públicas pueden concurrir y participar conjunta o separadamente dentro de la petroquímica secundaria, terciaria y demás. Sólo un organismo público descentralizado, como es el caso de Pemex-Gas y Petroquímica Básica, puede desarrollar la petroquímica básica de acuerdo a la fracción III del artículo 3° de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios. Adicionalmente, muchas de las plantas petroquímicas no estratégicas que eran propiedad de Petróleos Mexicanos y que pasaron a ser manejadas por Pemex-Petroquímica, serán transferidas al sector privado.

Crédito Público, anunciaron la venta y privatización de sesenta plantas petroquímicas que elaboran productos *no estratégicos*.⁹⁷

C. Los organismos públicos descentralizados

Los organismos públicos descentralizados que el Congreso de la Unión ha encomendado para el desarrollo de estas áreas estratégicas son por todos conocidos. Una parte substancial de las actividades que realizan estos organismos públicos descentralizados, fueron excluidas del capítulo de inversión del TLCAN. A continuación procederemos a identificar dichas actividades.

a) Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios

Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios,⁹⁸ son las entidades públicas responsables en desarrollar exclusivamente la llamada industria petrolera,⁹⁹ Las actividades estratégicas que la ley petrolera encarga a Pemex-Exploración y Producción, Pemex-Refinación y Pemex-Gas y Petroquímica Básica, sólo podrán realizarse por dichos organismos; el artículo 3º incluye no sólo a todos los carburos de hidrógeno, sólidos, líquidos y ga-

97 Véase "Privatización petroquímica en puerta", *El Financiero*, febrero 12, 1993, p. 1.

98 Véase el decreto que crea la institución Petróleos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial* el 7 de junio de 1938; sin embargo, a partir del 17 de julio de 1992, el Congreso de la República dejó sin efectos la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial* el 6 de febrero de 1971, y promulgó una nueva legislación federal por medio del cual se crean cuatro nuevas entidades paraestatales: Pemex-Exploración y Producción, Pemex-Refinación, Pemex-Gas y Petroquímica Básica y Pemex-Petroquímica (en adelante los organismos subsidiarios). Véase la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, publicada en el *Diario Oficial* el 16 de julio de 1992 (en adelante Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos). El Reglamento de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial* el 10 de agosto de 1972, seguirá vigente en lo que no contravenga a la nueva ley orgánica de Pemex y hasta en tanto el Ejecutivo Federal no expida un nuevo reglamento. Véase el artículo 3º transitorio. Respecto a esta nueva Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, véase Ojeda Paullada, Pedro, "Comentarios en torno a la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios", y a Zorrilla Martínez, Pedro, "La nueva Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios", ambos publicados por *Pemex-Lex*, núms. 61-62, México, julio-agosto, 1993; Ortega San Vicente, *supra*, nota 31; López Velarde, *supra*, nota 1.

99 "Petróleos Mexicanos... tiene por objeto, conforme a lo dispuesto en esta Ley, ejercer la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarca la industria petrolera estatal en los términos de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo", artículo 2º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos.

seos y a la petroquímica básica como lo dispone la Constitución,¹⁰⁰ sino también a los productos que se obtengan de la refinación del petróleo y del gas.¹⁰¹ En efecto, en 1958 el Congreso de la Unión interpretó en forma extensiva al artículo 27 constitucional cuando promulgó la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo (en adelante la Ley del Petróleo),¹⁰² al establecer lo que jurídicamente se entiende por industria petrolera. De acuerdo con su artículo 3º, la industria petrolera abarca:

I. La exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de petróleo, el gas y los productos que se obtengan de la refinación de éstos;

II. La elaboración, el almacenamiento, el transporte, la distribución y las ventas de primera mano del gas artificial;

III. La elaboración, el almacenamiento, el transporte, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas.¹⁰³

Y es precisamente la Ley del Petróleo la que establece que será la nación quien desarrolle estas actividades que comprende la industria petrolera, a través de Petróleos Mexicanos “...o por cualquier otro organismo que en el futuro establezcan las leyes”, es decir, los organismos subsidiarios de Pemex.¹⁰⁴ El Constituyente de 1958 interpretó el artículo 27 constitucional de tal forma que dotó en favor de Pemex un monopolio vertical que abarca todas las facetas del negocio petrolero y del gas, incluyendo los productos que se obtengan de éstos y la petroquímica básica.¹⁰⁵

100 Los artículos 27 y 28 constitucionales tan sólo hablan del petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos, mas no hablan de los productos que se obtengan de éstos.

101 Véase los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos.

102 Publicada en el *Diario Oficial* el 29 de noviembre de 1958; Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto de 1959 (en adelante el Reglamento de la Ley Petrolera). Al respecto se recomienda el “Cuadro comparativo entre las leyes reglamentarias del artículo 27 constitucional en materia del petróleo publicadas en el *Diario Oficial* del 9 de noviembre de 1940, 18 de junio de 1941 y 29 de noviembre de 1958”, en la revista *Pemex-Lex*, México, julio-agosto 1992, núms. 49-50, p. 43.

103 Esta última fracción se refiere concretamente a la petroquímica básica; véase, *supra*, notas 73-98.

104 Véase el artículo 4º de la Ley del Petróleo.

105 A todas luces resulta ser enorme y de gran sensibilidad, la responsabilidad que el Congreso depositó en Pemex para exclusivamente desarrollar y controlar todas las actividades comprendidas dentro de la industria petrolera, hoy en día subsidiariamente desarrollada por los organismos subsidiarios y demás filiales.

Respecto al TLCAN, México formuló una reserva donde excluye a las actividades que comprenden la industria petrolera así como su comercio exterior, con relación al ámbito material de aplicación del capítulo de inversión.¹⁰⁶ Igualmente, esta reserva fue reiterada dentro del capítulo de energía y petroquímica básica.¹⁰⁷ Aunque aparentemente dicha reserva no era técnicamente necesaria, en virtud de que el capítulo VI regula el libre comercio de recursos naturales y bienes energéticos y no el libre flujo de capitales vía inversión extranjera directa, resulta significativo el enfático mensaje que hace el gobierno mexicano al reiterar de que dichas áreas estratégicas no se encuentran abiertas al capital privado, nacional o extranjero. Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, por su parte, también formularon sendas reservas al capítulo de inversión del TLCAN.¹⁰⁸

Procederemos ahora a revisar las citadas actividades excluidas en el TLCAN por parte de México, para lo cual dividimos nuestro análisis en tres partes: primera, la exploración y explotación de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos; segunda, la refinación, distribución, almacenamiento y trasporte de estos recursos naturales y los productos derivados de éstos; y tercera, la venta de primera mano de estos bienes y su comercio exterior.

106 Véase el artículo 1101.2 y el Anexo III(a)(i)(ii) del TLCAN.

107 Véase artículo 602.3(1)(a)(b)(i)(ii)(iii)(iv) del TLCAN.

108 A menos de que exista un tratamiento recíproco al respecto, los inversionistas extranjeros no pueden adquirir el dominio directo o el arrendamiento de tierras federales para la explotación de carbón y petróleo en los Estados Unidos de Norteamérica. Véase esta reserva al principio de trato nacional y trato de la nación más favorecida, en Anexo I, Sector Minería, Lista de Estados Unidos de Norteamérica del TLCAN. Por su parte Canadá, preliminarmente, realizó una serie de reservas de tipo general con relación a la aplicación de los principios relativos al trato nacional, requisitos de comportamiento y ejecutivos de alta dirección. De conformidad con la *Investment Canada Act*, los inversionistas extranjeros están sujetos a una serie de restricciones y requisitos en materia de inversiones extranjeras, lo que incluye a la industria energética. Véase Anexo I, Todos los Sectores, Lista de Canadá del TLCAN. Adicionalmente, en materia de petróleo y gas natural, Canadá hizo tres reservas. La primera relativa al trato nacional, consiste en la obligación de que sean de nacionalidad canadiense, residentes permanentes o sociedades canadienses, los dueños de licencias de producción petrolera y gasera dentro de tierras fronterizas y áreas mar adentro, respecto hallazgos realizados después del 5 de marzo de 1982. En todo caso, la participación extranjera está sujeta a la autorización del Ministro de Energía, Minas y Recursos del gobierno del Canadá. La segunda relativa a los requisitos de comportamiento y presencia local, consiste en la necesidad de que toda empresa debe de cumplir con una serie de requisitos y de contar con la autorización del Ministro de Energía, Minas y Recursos, para la debida realización de un proyecto de desarrollo de petróleo y gas. Finalmente la tercera reserva relativa a los requisitos de comportamiento, consiste en la posibilidad que el gobierno del Canadá pueda exigir a los particulares el cumplimiento de cualquier requisito o compromiso de transferencia de tecnología, de un proceso productivo o de conocimientos propietarios, con relación al proyecto de Hibernia, contenido en la *Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act*. Véase Anexo I de la Lista de Canadá del TLCAN, en el Sector Petróleo y Gas.

Exploración y explotación

La exploración y la explotación de los mantos petrolíferos, es una de las actividades fundamentales y más importantes del negocio petrolero, del gas natural y de la industria petroquímica.¹⁰⁹ Como se acotó anteriormente, esta actividad se encuentra reservada al Estado, el cual la desarrolla a través de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, concretamente, Pemex-Exploración y Producción.¹¹⁰ Esta entidad paraestatal lleva a cabo la exploración y explotación de los hidrocarburos localizados dentro del territorio nacional por medio de las llamadas asignaciones.¹¹¹ El otorgamiento de una asignación representa el acto soberano con el cual el Estado, a través de la Secretaría de Energía, autoriza a Pemex-Exploración y Producción para que lleve a cabo la exploración y explotación del subsuelo de un determinado terreno.¹¹² Las asignaciones son por una vigencia de treinta años, prorrogables a solicitud de Petróleos Mexicanos.¹¹³ Estas asignaciones no se encuentran dentro del comercio; no se pueden enajenar, ceder o, de cualquier forma, transferir o comprometer los derechos u obligaciones que se deriven de éstas, amén que son inmunes de cualquier tipo de medida cautelar o gravamen.¹¹⁴

Pemex-Exploración y Producción puede realizar la exploración y explotación de las asignaciones, ya sea por administración directa o mediante contratistas.¹¹⁵ Como sabemos, los contratos de obra pública, servicios, perforación marina, llave en mano y demás licitaciones públicas internacionales destinadas para la exploración y explotación de pozos petroleros, han

109 "Desde la disolución de la Standard Oil Trust en 1911, la verdadera riqueza y poder en la industria [petrolera] no ha provenido de las operaciones del *downstream*, es decir de la refinación y distribución, sino del *upstream*, es decir, de la propiedad y control del petróleo en el subsuelo. Y eso significa que las empresas estatales de los países exportadores del petróleo tienen hoy en día una posición predominante. Son un grupo muy diverso: Saudi Aramco, Petróleos de Venezuela, Pemex en México, Kuwait Petroleum Company (cuando menos hasta 1990), Statoil en Noruega, por nombrar sólo algunas cuantas". Véase Yergin, Daniel, *The Prize*, Simon & Schuster, (New York, 1991), p. 777. [la traducción es nuestra].

110 Fracción I del artículo 3º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos.

111 Artículo 5º de la Ley del Petróleo.

112 Artículo 5º del Reglamento de la Ley del Petróleo.

113 *Ibid.*, artículo 7º de la Ley del Petróleo; artículo 5º y 6º del Reglamento de la Ley del Petróleo.

114 Véase artículo 15º del Reglamento de la Ley del Petróleo.

115 Véase la fracción I del artículo 2º y el artículo 28º de la Ley de Obras Públicas, publicada en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 1980, reformada según el *Diario Oficial* del 18 de julio de 1991; véase también Reglamento de la Ley de Obras Públicas, publicado en el *Diario Oficial* el 13 de febrero de 1985.

abundado significativamente desde que Petróleos Mexicanos comenzó a instrumentar su programa de modernización.¹¹⁶ No obstante que la proliferación de estos contratos mercantiles internacionales ha propiciado¹¹⁷ y propiciará una apertura significativa en este sector energético debido al capítulo de compras gubernamentales del TLCAN, la industria petrolera norteamericana continúa presionando para que México modifique su régimen petrolero y legalice la utilización de la modalidad de los llamados contratos riesgo, que más adelante discutiremos.¹¹⁸

Mientras tanto, la actividad de la exploración y explotación del petróleo y del gas, tan sólo puede ser realizada por Pemex-Exploración y Producción, cuya entidad pública puede contratar los servicios de una empresa nacional o extranjera para que le auxilie en desarrollar la citada faena extractiva. En materia de inversiones extranjeras, sin embargo, es indispensable que se obtenga una resolución favorable por parte de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, para que los inversionistas de los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá puedan adquirir directa o indirectamente, por un acto o sucesión de actos, más del 49% del capital social de una empresa mexicana que se dedique como contratista a realizar los trabajos de perforación y explotación petrolera, así como de construcción de ductos.¹¹⁹

Refinación, distribución, almacenamiento y transportación

Respecto a la refinación petrolera dentro del territorio nacional, resulta claro que sólo Pemex-Refinación puede realizar dicha tarea industrial de manera directa y exclusivamente,¹²⁰ en la inteligencia de que se trata de una

116 Véase, e.g., "The Remaking of an Oil Giant", *Business Week*, agosto 16, 1993, p. 84; "Mexico Pries Open its Oil Industry", *N.Y. Times*, septiembre 25, 1991, p. D4; "Mexico's Pemex Begins to Act Like a Competitor", *Wall St. J.*, septiembre 27, 1991; "Plan to Revamp Mexico's Pemex May Draw Outside Investment", *Jour. of Comm.*, junio 8, 1992, p. 6B; Sheila, Hollis, "Mexican Energy Law Developments", *Petroleum Economist, Suplemento Especial*, julio 1992, p. 26, así como en la conferencia intitulada North America Free Trade Agreement and Investment, realizada el 10 abril de 1992, en Nueva York, NY., por la American Bar Association de los Estados Unidos de Norteamérica.

117 *Ibid.*

118 Véase, e.g., el artículo elaborado por la Heritage Foundation comentado por George Baker en "Quantifying Pemex E&P Benefits from Foreign Strategic Associations", *Oil & Gas Journal*, marzo, 1, 1993.

119 Véase el Anexo I del TLCAN en el Sector de la Construcción. Este anexo, empero, erróneamente dice explotación cuando debería decir perforación nada más. Véase también la fracción II y III del artículo 9º del proyecto de Ley de Inversiones Extranjeras donde se reitera este principio.

120 Véase la fracción II del artículo 3º de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos.

actividad reservada al Estado¹²¹ y porque así expresamente lo disponen los artículos del Reglamento de la Ley del Petróleo.¹²²

No obstante que la refinación del petróleo es una actividad exclusivamente reservada al Estado, al parecer se encuentra permitida la refinación en México por particulares cuando el hidrocarburo no sea nacional. El artículo 24 del Reglamento de la Ley del Petróleo establece:

Sólo la nación puede llevar a cabo operaciones de refinación petrolera, por conducto de Petróleos Mexicanos, ya que se refinan hidrocarburos de origen nacional, extranjero o mezcla de ambos, tanto para consumo nacional como para exportación de los derivados. Cuando los hidrocarburos de origen extranjero sean propiedad de terceros, la refinación la podrá hacer Petróleos Mexicanos, pero sólo para la subsecuente exportación de los productos.

Si se procede a hacer una interpretación extensiva del segundo párrafo, podríamos concluir que los particulares sí pueden realizar actividades de refinación de petróleo dentro del territorio nacional, siempre y cuando los hidrocarburos sean de origen extranjero. El segundo párrafo, aunque ambiguo, establece que Pemex podrá (no deberá) refinar petróleo de origen extranjero para su subsecuente exportación, tácitamente dejando entrever que aquel petróleo extranjero propiedad de un tercero, podrá ser refinado por éste ya sea para su propio consumo o para su comercialización doméstica o internacional. El primer párrafo se refiere a la refinación del petróleo nacional, extranjero o mezclado, pero que sea propiedad de Petróleos Mexicanos; el segundo párrafo tan sólo habla de la refinación de un hidrocarburo de origen extranjero, pero que sea propiedad de un tercero.

Hasta la fecha no se tiene ninguna empresa privada en México que se dedique a refinar hidrocarburos de procedencia extranjera. Indistintamente, estaría interesante estirar los extremos de la presente disposición, habida cuenta que Pemex ya ha hecho eso pero al revés, es decir, al comprar el 50% de la refinería Deer Park ubicada en el Estado de Texas, se comprometió a vender 100 000 barriles diarios a Shell Oil Company para que ésta a cambio le venda gasolina sin plomo.¹²³ Lo que está haciendo Shell es maquilar y refinar un hidrocarburo pesado de origen mexicano, para después venderle a Pemex un producto refinado: la gasolina sin plomo.

121 Véase la fracción I del artículo 3° de la Ley del Petróleo.

122 Artículos 23° y 24° del Reglamento de la Ley del Petróleo.

123 Véase "The Role of State Oil Companies", *Oil & Gas Journal*, agosto 16, 1993, p. 55.

Otro punto interesante relativo a la refinación consiste en la propiedad de las refinerías en México. La Ley del Petróleo, su reglamento y la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos únicamente establecen que la *actividad* de refinación debe de ser exclusivamente realizada por PemexRefinación,¹²⁴ más no indican que dichas refinerías tienen que ser necesariamente detenidas por ésta o alguien en específico.¹²⁵ Ello ha motivado a pensar que los particulares pueden construir y ser propietarios de refinerías en México; estos particulares, sin embargo, no podrían operarlas a menos de que se trate de hidrocarburos de origen extranjero para su comercialización en el exterior y de que sea aceptado, desde luego, el anterior análisis interpretativo. La presente situación daría mayor flexibilidad que tanto necesita Petróleos Mexicanos y particularmente Pemex-Refinación, quienes podrían utilizar refinerías de particulares mediante arrendamiento puro o financiero.¹²⁶

En cuanto a la distribución, almacenamiento y transportación de los productos petroleros, petrolíferos y petroleoquímicos básicos, estas actividades las realizan directamente los organismos subsidiarios o mediante contratistas.¹²⁷ Empero, cuando se trate del almacenamiento de dichos productos dentro de los campos petroleros y refinerías, dicho almacenamiento lo tendrán que hacer los organismos subsidiarios directa y exclusivamente.¹²⁸ De igual manera sucede si la transportación es por ductos; los

124 Véase la fracción I del artículo 3° de la Ley del Petróleo; artículo 24 del Reglamento de la Ley del Petróleo; fracción II del artículo 3° de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos.

125 *Ibid.*, la Ley General de Bienes Nacionales tampoco señala algo al respecto.

126 Inclusive, el pago podría ser por medio la entrega de un porcentaje de los productos que se obtengan del proceso de refinación, a la luz del análisis que más adelante se realiza respecto a los contratos riesgo. Véase, *infra*, notas 211-222.

127 Véanse los artículos 32°, 33° y 34° del Reglamento de la Ley del Petróleo. De conformidad con los artículos 1°, 2° y 7° del Reglamento de la Distribución del Gas, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de marzo de 1960, requieren las empresas privadas la autorización por parte de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, para que puedan distribuir, almacenar, transportar y suministrar gas licuado de petróleo que les hayan vendido los organismos subsidiarios o aquel que provenga de procedencia extranjera. Anteriormente la distribución de gas LP por particulares era realizado mediante concesión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° del Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, para la Distribución del Gas Licuado, publicado en el *Diario Oficial* del 13 de diciembre de 1950. Sin embargo, de conformidad con el artículo 2° transitorio de la Ley del Petróleo de 1958, la figura de la concesión fue eliminada a cambio el de la figura de la autorización administrativa. Véase el artículo 20° del Reglamento de la Distribución del Gas. Cabe destacar que, en breve, será publicado un nuevo Reglamento de Distribución de Gas Licuado de Petróleo, el cual abrogará el Reglamento de la Distribución del Gas, así como el Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, para Distribución de Gas Licuado.

128 Véase artículo 33° del Reglamento de la Ley del Petróleo.

organismos subsidiarios de Pemex son responsables de realizar dicha transportación directamente,¹²⁹ a no ser de que se trate de la transportación dentro de las poblaciones del país, la cual podrá ser efectuada mediante contratistas.¹³⁰ No obstante la existencia de esta disposición reglamentaria que exige que los organismos subsidiarios de Pemex sean los únicos propietarios y operadores de los ductos en México, se espera que en breve se abra esta actividad a los particulares, privados o extranjeros.¹³¹ Los organismos subsidiarios de Pemex seguirían siendo responsables de la transportación; sin embargo, la apertura consistiría en permitir a los particulares el realizar el transporte y transmisión de hidrocarburos y sus derivados por medio de contratos para con dichos organismos públicos, de igual manera que actualmente se hace con la transportación por vía ferroviaria, carretera y marítima. La segunda modificación permitiría que los particulares se encuentren autorizados en construir previo permiso de la Secretaría de Energía, ductos que serían detentados y operados por los propios particulares.¹³²

129 *Ibid.*, artículo 31°.

130 *Ibid.*, artículo 35°. Esta disposición ha dado pie a que se interprete que los particulares sí tienen el derecho de detentar y operar oleoductos, gasoductos, combustoleoductos y poliductos dentro de las poblaciones del país. No obstante que la pobre técnica jurídica utilizada indudablemente ocasiona confusiones, se podría interpretar que los particulares pueden ser propietarios y operar aquellos ductos que van de población a población, lo que podría implicar inclusive tener una red de ductos interestatal. Si hacemos una interpretación más restrictiva, en cambio, se podría interpretar por lo menos que los contratistas pueden detentar y manejar dichas tuberías tan sólo dentro de una sola entidad federativa, toda vez que probablemente la *ratio legis* de dicha disposición era esa. En todo caso, la transportación *per se* de los hidrocarburos y productos refinados, sigue siendo responsabilidad de Pemex, aunque esta encomienda la puede hacer por administración directa o a través de un contrato de servicios. La presente disposición reglamentaria implícitamente permite la existencia de sociedades mercantiles mexicanas —contratistas— cuyo objeto social sea la trasmisión de hidrocarburos, derivados y petroquímicos, por medio de ductos que sean de la propiedad y control de los organismos subsidiarios de Pemex.

131 Se especula que la modificación al artículo 31° del Reglamento de la Ley del Petróleo, se iba a realizar a través de la nueva ley de inversiones extranjeras por presentarse al Congreso a finales de 1993 o a principios de 1994. En el borrador de Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo que se filtró durante el verano de 1993, tenía contemplada la apertura de los ductos a la iniciativa privada. Véase "There is Official Confirmation of Earlier Reports the Government Plans to Open Mexico's Pipeline Industry to Private Participation over Pemex's Objections", *Oil & Gas Journal Newsletter*, septiembre 20, 1993.

132 Sin embargo, México formuló una reserva dentro del capítulo de servicios transfronterizos del TLCAN, con relación a la aplicación del principio del trato nacional y presencia local respecto a la construcción y operación de ductos. Sobre el particular, confirmó la necesidad de contar con una concesión por parte de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para construir y operar ductos que transporten bienes distintos a los energéticos y petroquímicos básicos. Además, sólo las personas físicas y empresas de nacionalidad mexicana podrán obtener dicha concesión. Véase Anexo I del TLCAN, "Sector Transporte, Lista de México".

Por su parte, en el proyecto de Ley de Inversiones Extranjeras se limita la participación de la inversión foránea hasta en un 49% del capital social, respecto aquellas empresas mexicanas que se constituyan o se dediquen a la construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados. Dicha restricción podrá ser superada, según apunta la fracción II del artículo 9º de dicho proyecto de ley, una vez que se haya obtenido una resolución favorable por parte de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

En materia de gas licuado de petróleo, y de acuerdo al Reglamento de Distribución de Gas y la Ley de Inversiones Extranjeras de 1973, (todavía vigentes al momento de culminación de este trabajo), los inversionistas extranjeros no pueden participar en aquellas empresas mexicanas autorizadas en distribuir dicho combustible.¹³³ Sin embargo, con fundamento en el Reglamento de Inversiones Extranjeras de 1989, y previa resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, los inversionistas extranjeros actualmente sí pueden superar dicha restricción, y así, temporalmente participar y controlar empresas distribuidoras de gas, a través de la constitución de un fideicomiso que tenga una vigencia no mayor de 20 años,¹³⁴ siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos.¹³⁵ No obstante lo anterior y paradójicamente, México hizo una reserva al artículo 1102 del TLCAN (trato nacional), donde se establece que sólo las personas físicas mexicanas y las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, podrán distribuir, transportar, almacenar o vender gas líquido de petróleo e instalar depósitos fijos.¹³⁶ En la fracción II del artículo 9º del proyecto de Ley de Inversiones Extranjeras, se reitera dicha restricción.

133 Como es el caso de empresas distribuidoras de gas I.P. Véase artículo 10 del Reglamento de la Distribución de Gas; artículo 4º de la Ley de Inversiones de 1973, donde se establece la distribución del gas como área reservada a los mexicanos y a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

134 Véase artículo 23º del Reglamento de Ley de Inversiones Extranjeras.

135 *Ibid.*, artículos 24º, 25º y 26º.

136 Véase el Anexo I del TLCAN, "Sector de energía. Lista de México". En ese sentido, Estados Unidos de Norteamérica formuló una reserva en materia de ductos que transporten en terrenos federales petróleo, gas y sus refinados. De conformidad con la Mineral Land Leasing Act de 1920, los inversionistas extranjeros no pueden ser propietarios de dichos ductos, a no ser que el país de su nacionalidad otorgue los mismos derechos y privilegios. Véase Anexo I, "Sector Minería, Lista de los Estados Unidos". del TLCAN. Respecto a Canadá, se requiere la resolución favorable del Consejo Nacional de Energía (National Energy Board), para la construcción y operación de ductos internacionales e interprovinciales para la transportación del petróleo y gas. La National Energy Board es la autoridad del gobierno federal del Canadá encargada en regular la transmisión de hidrocarburos por medio de ductos. Véase el Anexo V del TLCAN, "Sector de Energía, Lista de Canadá".

Por otro lado, otra de las reservas formuladas por México y que causó gran debate dentro de la mesa de negociación del presente capítulo, fue la relativa a las gasolineras mexicanas. La expectación se encendía por los periódicos nacionales, en la medida de que dichos rotativos supuestamente filtraban la noticia en el sentido de que México iba a permitir que inversionistas extranjeros establecieran u operaran estaciones de venta de gasolina. Sin embargo, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá aceptaron la reserva mexicana que consiste en dejar sólo a las personas físicas nacionales y a las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, la adquisición y control de gasolineras para la venta o distribución al por menor de gasolina, diesel, lubricantes, aditivos y aceites.¹³⁷

Con relación a la distribución, almacenamiento y transportación de dichos recursos naturales y bienes energéticos dentro del territorio nacional, el tratamiento no cambia en mucho cuando se trata de un tercero que haya legítimamente adquirido dichos productos por parte de los organismos subsidiarios de Pemex. Si la transportación de los citados recursos naturales y bienes energéticos se tiene que hacer por ductos, este tercero deberá de hacerlo directa y exclusivamente por medio de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios.¹³⁸ A guisa de ejemplo, si un tercero que ha comprado petróleo crudo de Pemex-Exploración y Producción, quiere transportarlo a otra localidad por medio de un oleoducto, dicha transportación deberá de hacerse por medio de alguno de los organismos subsidiarios de Petróleos Mexicanos, toda vez que la propiedad y operación de dichos ductos se encuentra reservada a estos organismos públicos descentralizados.¹³⁹ No existe restricción alguna, empero, para que esta tercera persona propietaria de los citados hidrocarburos, sus derivados o de algún producto de la

137 Véase el Anexo I del TLCAN, "Sector de Energía, Lista de México". En la fracción II del artículo 9º del proyecto de Ley de Inversiones Extranjeras, se reitera dicha restricción.

138 Véase el artículo 31 del Reglamento de la Ley del Petróleo, que a la letra dice: "[e]l transporte dentro del territorio nacional de petróleo crudo, de productos y subproductos de refinación y de gas, por medio de tuberías, será hecho exclusivamente por Petróleos Mexicanos y en tubería de su propiedad, con excepción de lo dispuesto por el artículo 35".

139 La propiedad y control de los ductos en México, fue otro de los grandes temas que fueron debatidos en la negociación del TLCAN, y cuya polémica continúa inclusive dentro de la propia administración pública mexicana. Pemex ha reconocido su incapacidad de contar con una adecuada infraestructura de ductos que permita la transportación del petróleo y, sobre todo, del gas natural. Esta disposición reglamentaria tiene una gran relevancia respecto al comercio exterior, habida cuenta que sus implicaciones jurídicas llegan a impactar indubitablemente a un gran número de contratos y proyectos que Pemex constantemente pretende realizar, como es el caso de los contratos de suministro transfronterizos de gas natural y de energía eléctrica.

petroquímica básica, pueda transportarlos dentro del territorio nacional por vía marítima, ferroviaria o terrestre.¹⁴⁰ La transportación dentro del territorio nacional de petróleo crudo, productos y subproductos de refinación y del gas, siempre que no sea por ductos, podrá hacerse directamente por los particulares en virtud de que no existe monopolio al respecto en favor de Pemex, organismos subsidiarios o empresa alguna, siempre y cuando la citada transportación no se realice con el propósito de exportar determinados bienes reservados al Estado mexicano. Independientemente de lo anterior, la distribución, almacenamiento y transportación de los citados productos petroleros, petrolíferos y petroquímicos básicos, por parte de los particulares o por parte de los organismos subsidiarios de Pemex, se encuentra sujeta a la normatividad técnica que en materia de seguridad y vigilancia existe para tal efecto.¹⁴¹

Comercio exterior

Resulta interesante que México haya excluido, además de las actividades comprendidas dentro de la industria petrolera, el comercio exterior de determinados recursos naturales y bienes energéticos.¹⁴²

Como se desprende de la Ley del Petróleo de 1958, el comercio exterior no es una actividad comprendida dentro de la industria petrolera. Lo que se encuentra reservado a Pemex es la venta de primera mano del petróleo crudo, gas natural, los productos que se obtengan de éstos y la petroquímica básica. La Ley del Petróleo no habla de su comercio exterior.

No encontramos el fundamento legal que sustente que es el Estado el único que puede efectuar el comercio exterior del petróleo, gas natural, productos derivados de éstos y de los productos que abarca la petroquímica básica. El Estado, a través de Pemex y sus organismos subsidiarios, es el único que puede hacer la venta de primera mano de estos recursos naturales y bienes energéticos, lo que no necesariamente implica su comercio exterior. Además, la obligación de que sean los organismos subsidiarios de Pemex los que realicen la primera venta de dichos productos, se refiere a hidrocarburos y derivados de procedencia nacional y no extranjeros.

¹⁴⁰ Véase artículo 32° del Reglamento de la Ley del Petróleo.

¹⁴¹ *Ibid.*, artículo 36°.

¹⁴² *Ibid.*, Respecto de los recursos naturales y bienes energéticos que el gobierno mexicano puede restringir su comercio exterior, véase *infra* nota 240.

Legalmente hablando, la importación y exportación de dichos productos no se encuentra reservada de manera exclusiva al Estado;¹⁴³ corresponde al Ejecutivo Federal el establecer medidas que restrinjan o prohíban la exportación o importación de ciertos bienes.¹⁴⁴ No obstante lo anterior, y a pesar de que se trata de un tópico que corresponde analizar dentro del capítulo de energía y petroquímica básica, en el artículo 603.6 se establece que “México podrá restringir el otorgamiento de permisos de importación y exportación sólo para los bienes listados en seguida, con el único propósito de reservarse para sí mismo el comercio exterior de esos bienes”.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que en la práctica y dada la amplitud que tiene el concepto jurídico de la industria petrolera, hoy en día el monopolio en el comercio exterior resulta de *facto* más no de *jure*. En efecto, en virtud de que Pemex posee un monopolio vertical en materia petrolera, y en la inteligencia que Pemex y sus organismos subsidiarios tienen el derecho exclusivo para efectuar la primera venta de dichos productos, resulta lógica la consecuencia de que sean estas entidades paraestatales las únicas que en la práctica realizan las exportaciones de dichos productos.¹⁴⁵

143 Este supuesto monopolio Estatal en el comercio exterior de productos petroleros, petrolíferos y petroquímicos básicos, no se encuentra ni en la Constitución, ni en las leyes secundarias federales citadas en el propio capítulo VI y XI del TLCAN (Ley del Petróleo y Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos). En el artículo 131 constitucional y en su ley reglamentaria —Ley del Comercio Exterior, publicada en el *Diario Oficial* el 27 de julio de 1993—, se faculta al Ejecutivo Federal el regular el comercio exterior y no que el comercio exterior de determinado bien sea exclusivamente realizado por el Estado (e.g. los hidrocarburos y sus derivados). La presente reserva implica, desde luego, que no puedan existir empresas comercializadoras privadas que se dediquen a la compra y venta internacional de petróleo, gas natural, productos derivados de éstos y productos petroquímicos básicos.

144 Véase el artículo 4º de la Ley del Comercio Exterior.

145 La comercialización de estos productos petroleros, petrolíferos y petroquímicos básicos, es realizada por Petróleos Mexicanos Internacional, S.A. de C.V. y sus empresas afiliadas. PMI, como se le conoce, fue creada en 1988 por Petróleos Mexicanos y otros dos bancos de desarrollo, NAFIN y Bancomext. Se trata de una sociedad mercantil mexicana de participación estatal mayoritaria, sujeta, por tanto, al régimen paraestatal mexicano. PMI con sus filiales controladas, se ha venido encargando del comercio exterior de los productos que extraen y producen los organismos subsidiarios. PMI adquiere directamente por parte de los organismos subsidiarios, los productos que después mercadea y vende internacionalmente. PMI es la controladora de otras empresas extranjeras tales como Pemex Internacional España, S.A., PMI Holdings, N.V. (Antillas), PMI Holdings, B.V. (Holanda), PMI Services, B.V. (Holanda), PMI Services North America, Inc. (Texas), PMI Holdings North America, Inc. (Delaware), PMI Norteamérica, S.A. de C.V. (México, D.F.), PMI Services Europe, Ltd. (Londres) y PMI Trading, Ltd. (Irlanda). PMI es copropietaria del 50% de la refinería Deer Park con Shell Oil Company, y mantiene una participación minoritaria del 5% en la empresa española Repsol. Véase, *Memoria de labores*, Pemex, 1992.

Pero abundemos. Una vez que Pemex o sus organismos subsidiarios hayan realizado dentro del territorio nacional, la venta de primera mano de estos recursos naturales o bienes energéticos a un tercero, éste posee todos los incidentes y atributos legales de la propiedad (*ius utendi, fruendi, abutendi y vindicandi*), según apunta el artículo 603.6 del TLCAN.¹⁴⁶

Esta limitación en materia de comercio exterior incluye, desde luego, la importación de dichos recursos naturales y bienes energéticos. Tal es el caso del gas natural, cuyo tratamiento dentro del TLCAN causó gran controversia.¹⁴⁷ México, a pesar de ser un país rico en reservas de gas natural, recientemente ha venido importando de los Estados Unidos de Norteamérica significativas cantidades de ese recurso.¹⁴⁸ Nuestros negociadores, sin embargo, decidieron no abrir el comercio transfronterizo a la importación de gas natural y productos petroquímicos sobre todo, sin que se tuviera la participación directa del gobierno mexicano dentro de las negociaciones del contrato de suministro entre el distribuidor extranjero y la empresa mexicana.¹⁴⁹ No hay que olvidar que los ductos localizados dentro del territorio mexicano son operados y detentados por los organismos subsidiarios de Petróleos Mexicanos,¹⁵⁰ lo que ha sido empleado como justificación para la necesaria intervención de Petróleos Mexicanos en los contratos de suministro.

146 Resulta desafortunada la redacción y conceptualización del artículo 603.6 del TLCAN, toda vez que en realidad, la restricción que tienen los particulares que han legítimamente adquirido ciertos bienes energéticos y petroquímicos básicos de los organismos subsidiarios de Pemex, descansa en que no pueden exportar dichos productos a menos de que hayan obtenido el permiso de exportación correspondiente por parte de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, no que el comercio exterior *per se* de dichos productos lo tenga que hacer necesariamente el Estado mexicano.

147 Véase, e.g., Conine, Gary, "Natural Gas Transactions Between the United States and Mexico: Political and Legal Impediments to Free Trade", *Texas Int'l L. J.* 27 (1992) p. 599.

148 "La posición de México como importador de gas podría revertirse a fines de siglo", Dwarkin, Judith, *North America Free Trade Agreement in Energy*, p. 74 [la traducción es nuestra]. Las razones de ello son de variada índole. La más importante de éstas consiste en que la mayoría de nuestras reservas de gas se encuentran en el sur y sureste del país, por lo que existe una gran demanda de gas en el norte del país, misma que es lógicamente cubierta con importaciones transfronterizas. A ello se suma que Petróleos Mexicanos modificó su política energética en favor de una mayor utilización de dicho combustible, por ser éste un producto mucho más limpio, ecológico y mucho más barato. Véase Rejer, Sharon, "The Pemex Paradox", *Financial World Magazine*, julio-agosto 1990, p. 50; "Oil Mentality", *at Last Accepts a Role for Gas*; "Mexico's Policy for Natural Gas", *Petroleum Economist, Ltd.*, vol. 197, núm. 4877, enero 1992, p. 18; Hollis, *supra* nota 117, p. 27.

149 Véase el artículo 602.3(3) del TLCAN. No se sabe, sin embargo, cómo y de qué manera intervendrá el gobierno mexicano a través de Petróleos Mexicanos o la Secretaría de Energía, en la negociación y ejecución de dichos contratos de suministro transfronterizo. Dependerá de la legislación nacional el que se establezcan dichas bases normativas.

150 Véase, *supra*, notas 122-142.

tro de gas natural.¹⁵¹ Uno de los propósitos de esta estipulación, según apunta uno de sus negociadores, era el incrementar las exportaciones de gas natural a nuestro país y facilitar la existencia de contratos de suministro a largo plazo sin que se violara la Constitución y las leyes mexicanas.¹⁵² Además, en el mismo TLCAN se deja entrever la posibilidad de que dichos contratos de suministro sean regulados y sancionados por cada uno de los países.¹⁵³

D. Comisión Federal de Electricidad

Como se apuntó anteriormente, la industria eléctrica utiliza gran parte de los recursos naturales y productos refinados que extrae y produce Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios.

La generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de un servicio público, es una tarea económica y social exclusivamente reservada al Estado.¹⁵⁴ No obstante su calidad de servicio público, la prestación de energía eléctrica no puede ser objeto de concesión alguna a los particulares.¹⁵⁵ Esta actividad estratégica,¹⁵⁶ la desarrolla el Estado a través de la Comisión Federal de Electricidad (la "CFE") organismo público descentralizado del gobierno federal.¹⁵⁷

Para tales efectos, México excluyó del ámbito material de aplicación del capítulo de inversión a la prestación del servicio público de energía eléctrica en México, incluyendo la generación, conducción, transformación y venta de electricidad.¹⁵⁸ Esta reserva, aunque técnicamente innecesaria, fue reiterada en el capítulo de energía y petroquímica básica.¹⁵⁹ Canadá, por su parte,

151 Véase Conine, *supra* nota 147, pp. 683-684; Kirksey, *supra* nota 18, p. 557.

152 Véase los comentarios formulados por Thad Grundy, ex-Secretario Adjunto para Asuntos Internacionales del Departamento de Energía de los Estados Unidos de Norteamérica, en la conferencia intitulada "A Policy Overview of the North America Free Trade Agreement", presentada ante *The Diálogo Forum*, Houston Chapter, el 17 de febrero de 1993, p. 11.

153 *Ibid.*

154 Véase el párrafo 6º del artículo 27 constitucional.

155 *Ibidem.*

156 *Ibid.*, 4º párrafo del artículo 28.

157 Véase los artículos 1º y 8º de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el *Diario Oficial* el 22 de diciembre de 1975 (en adelante la Ley de Energía Eléctrica).

158 Véase el artículo XI(3) y el punto 2 del Anexo III del TLCAN.

159 *Ibid.*, artículo 602.3(c).

también formuló diversas reservas respecto a los principios rectores del capítulo de inversión del TLCAN.¹⁶⁰

Nuestro gobierno, sin embargo, realizó un importante viraje respecto a la industria eléctrica. Como consecuencia del TLCAN, personas físicas y jurídicas extranjeras podrán adquirir, establecer u operar una planta de generación de energía eléctrica para satisfacer sus necesidades de suministro de electricidad (autoabastecimiento);¹⁶¹ para la cogeneración de energía eléctrica que produzca energía por medio de calor, vapor u otras fuentes energéticas;¹⁶² y para la producción independiente de energía eléctrica.¹⁶³

Respecto a los dos primeros escenarios (autoabastecimiento y cogeneración), se estipuló la obligación de que los excedentes de energía eléctrica que hayan sido generados, deberán de ser vendidos a la CFE conforme a las modalidades que se acuerden entre ésta y la empresa correspondiente.¹⁶⁴ Con relación al último supuesto normativo (producción independiente), toda la energía eléctrica generada por dicha planta independiente, deberá ser enajenada a la CFE de acuerdo a los términos y condiciones que al efecto negocien las partes.¹⁶⁵ Las anteriores actividades se encuentran sujetas al permiso previo de la Secretaría de Energía.¹⁶⁶

Adicionalmente, México ha abierto la participación privada nacional y extranjera, para la pequeña producción y generación de energía eléctrica para exportación.¹⁶⁷ De una forma análoga con el comercio exterior de los hidrocarburos y sus derivados, también se encuentra sujeto a permiso la exportación e importación de energía eléctrica.¹⁶⁸

160 En apego a la Investment Canada Act y la Investment Canada Regulations, Canadá formuló diversas reservas de tipo general, respecto a los principios del trato nacional, requisitos de desempeño y ejecutivos de alta dirección, a los que incluye al sector eléctrico. Véase Anexo I, Todos los Sectores, de la Lista de Canadá del TLCAN.

161 *Ibid.*, artículo 602.3(5)(a).

162 *Ibid.*, (b).

163 *Ibid.*, (c). Se destaca que los presentes cambios han sido calificados como positivos por distintos sectores de los Estados Unidos de Norteamérica. Véase, e.g., el reporte anual de la Comisión Especial de Derecho Internacional Energético de la Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law de la American Bar Association, 1992, p. 42; *NAFTA: the Future of Free Trade in North America*, US Latin Trade, septiembre 1993, p. 52°.

164 *Ibid.*, (a)(b).

165 *Ibid.*, (c).

166 Véase el artículo 77 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicado en el *Diario Oficial* el 31 de mayo de 1993.

167 Véase, *Ibid.*, artículos 111 y 116.

168 *Ibid.*, artículo 77.

La inversión extranjera puede participar en forma directa o indirecta hasta en un 49% del capital social de sociedades mexicanas dedicadas a las actividades de generación de energía eléctrica que no constituyan servicio público. Sin embargo, dicho porcentaje puede ser aumentado previa resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.¹⁶⁹

Los compromisos contenidos en el TLCAN y las citadas reformas reglamentarias no violan el 6º párrafo del artículo 27 constitucional. Se trata de generar energía eléctrica que no tiene como objeto el suministro de energía eléctrica en cuanto prestación de un servicio público.¹⁷⁰ Este atributo otorgado al Estado permanece incólume; de ahí la obligación impuesta a estas plantas de autoabastecimiento y cogeneradoras para que vendan sus excedentes de energía a la CFE, así como la obligación de que el productor independiente enajene a la CFE la totalidad de la energía eléctrica generada.

Por otra parte, en el mismo capítulo VI se deja libre que contratos de suministro de energía eléctrica entre la CFE y las empresas independientes, puedan estar sujetos a la regulación y sanción de una autoridad nacional.¹⁷¹ Ello resultaba lógico pues dejaría a la CFE en una situación de juez y parte en la negociación de los contratos de suministro en comento. Como consecuencia, el gobierno federal, en ejercicio de sus facultades,¹⁷² creó la Comisión Reguladora de Energía como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía.¹⁷³ Para algunos conocedores, dicha comisión vendrá a ser el equivalente de las comisiones públicas de electricidad de los Estados Unidos de Norteamérica (Public Utilities Commission),¹⁷⁴ aunque estas comisiones tienen un ámbito estatal en ese país.¹⁷⁵

169 Véase "Resolución General Número 5 que Establece las Reglas para la Participación de la Inversión Extranjera en las Actividades del Sector de Energía Eléctrica, que no Constituyen Servicio Público", publicada en el *Diario Oficial* el 22 de septiembre de 1993.

170 Véase artículo 3º de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

171 Véase el artículo 602.3(3) del TLCAN.

172 Véase el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

173 En el artículo 3º transitorio del decreto que modificó la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicado en el *Diario Oficial* el 23 de diciembre de 1992, se estableció que para la mayor atención y eficiente despacho de los asuntos de la competencia de la Secretaría de Energía, el Ejecutivo Federal iba a crear una Comisión Reguladora en la materia. Para tales efectos, el 4 de octubre de 1993 el Ejecutivo Federal publicó el Decreto por el que se crea la Comisión Reguladora de Energía como un Órgano Administrativo Desconcentrado de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, publicado en el *Diario Oficial* el 4 de octubre de 1993 (en adelante Reglamento de la Comisión Reguladora de Energía).

174 Véase Baker, George, "Leaked Government Documents Point to Deeper Mexican Petroleum Privatization", *Oil & Gas Jour.*, agosto 16, 1993, p. 26.

175 Véase "Public Utilities Regulatory Policies Act of 1978", Pub. L. No. 95-617, (Nov. 9, 1978). Véase también *Energy Regulatory Comm'n v. Mississippi*, 456 U.S. 752 (1982), reh. denied, 458 U.S.

La Comisión Reguladora de Energía empezará actuar a partir del 3 de enero de 1994,¹⁷⁶ como el órgano técnico responsable de la aplicación de las disposiciones reglamentarias del artículo 27 constitucional en materia de energía eléctrica.¹⁷⁷ Entre sus atribuciones se encuentra el otorgar los permisos para el autoabastecimiento, cogeneración, producción independiente, pequeña producción y generación para exportación e importación de energía eléctrica; supervisar el cumplimiento de los contratos de suministro entre la CFE y los permisionarios; fungir como una instancia conciliatoria o arbitral entre estas partes; conocer, conciliar y resolver como árbitro, las quejas y reclamaciones de los usuarios del servicio público de energía eléctrica, entre otras importantes facultades.¹⁷⁸

No obstante que la Comisión Reguladora de Energía tendrá una competencia definida en materia de energía eléctrica, es de esperarse que también tenga cierto involucramiento en la industria petrolera nacional, toda vez que la industria eléctrica utiliza como materia prima los recursos naturales y refinados que extraen y producen los organismos subsidiarios de Pemex.¹⁷⁹

E. Consejo de Recursos Minerales y la Comisión de Fomento Minero

Como se indicó anteriormente, son propiedad de la nación los minerales radioactivos que se encuentren en territorio nacional.¹⁸⁰ La explotación y aprovechamiento de los minerales radiactivos se encuentra reservada de

1131 (1982).

¹⁷⁶ Según así lo dispone al artículo primero transitorio del Reglamento de la Comisión Reguladora de Energía.

¹⁷⁷ Véase el artículo 2°.

¹⁷⁸ *Ibid.*, artículo 3.

¹⁷⁹ Véase analógicamente el caso de la FERC del gobierno federal de los Estados Unidos de Norteamérica (Federal Energy Regulatory Commission). La FERC, aunque formalmente se encuentra dentro del Departamento de Energía de los Estados Unidos de Norteamérica, es una agencia independiente cuya competencia a nivel federal no sólo abarca lo relativo a la industria eléctrica, sino también, el suministro interestatal de gas natural y petróleo por medio de ductos. Otras comisiones administrativas y agencias federales que tienen que ver con la industria del petróleo y del gas en los Estados Unidos de Norteamérica son: la Comisión Reguladora de Energía Nuclear (Nuclear Regulatory Commission); la Agencia de Protección Ambiental (Environmental Protection Agency); Administración de Seguridad y Salud Industrial (Occupational Safety and Health Administration); la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission); la Comisión de Comercio Internacional (Federal Trade Commission); y la Comisión para la Seguridad del Consumidor de Productos (Consumer Product Safety Commission). Véase Tomain, *supra* nota 39, pp. 71-72.

¹⁸⁰ Véase el párrafo 4° y 6° del artículo 27 constitucional.

manera exclusiva al Estado.¹⁸¹ Su exploración, explotación y el aprovechamiento de los minerales radioactivos, combustibles nucleares, los usos de la energía nuclear y la industria nuclear en general, se encuentra exclusivamente reservada al Estado. Estas actividades extractivas e industriales no pueden estar sujetas a concesión o contrato.¹⁸² Para tales efectos, el organismo público descentralizado designado por el Congreso de la Unión para que realice directa y exclusivamente la exploración de minerales radioactivos es el Consejo de Recursos Naturales,¹⁸³ y respecto a la exclusiva explotación y aprovechamiento de estos minerales, se denominó a la Comisión de Fomento Minero.¹⁸⁴ La industria nuclear, según su definición y conceptualización de acuerdo con la Ley de Energía Nuclear, va desde la explotación, refinación y el ciclo del combustible nuclear, hasta el diseño, fabricación y empleo de reactores nucleares y fuentes de radiación.¹⁸⁵ La generación de energía nuclear como área estratégica, abarca casi todas las actividades relacionadas con la exploración, explotación, refinación, manejo, distribución, almacenamiento y destino de dicha energía atómica.¹⁸⁶ Si se trata de generar energía eléctrica a partir del uso de combustibles nucleares, la única empresa que puede utilizarlos es la CFE,¹⁸⁷ por lo que su empleo no puede ser aprovechado por particulares aun para los casos de autoabastecimiento, cogeneración, productor independiente, pequeña producción y generación para exportación de energía eléctrica. El sector público, las universidades e institutos de investigación, se encuentran autorizados para aprovechar los reactores nucleares cuando su utilización no tenga fines energéticos.¹⁸⁸

Por lo sensible que resulta la explotación y aprovechamiento de minerales radioactivos y la generación de energía nuclear, no hubo mayor reticencia de Estados Unidos y Canadá en aceptar la reserva formulada por México que excluye del principio del trato nacional a dicha actividad económica.¹⁸⁹

181 *Ibid.*, 4º párrafo artículo 28.

182 *Ibid.*, 6º párrafo del artículo 27; véase también el artículo 1º y 5º de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear, publicada en el *Diario Oficial* el 4 de febrero de 1985 (en adelante Ley de Energía Nuclear).

183 *Ibid.*, artículo 9º.

184 *Ibid.*, artículo 10º.

185 *Ibid.*, artículo 11º.

186 *Ibid.*, artículo 140.

187 *Ibid.*, artículo 150.

188 *Ibidem*.

189 La reserva incluye la exploración, explotación y procesamiento de minerales radioactivos; el ciclo del combustible nuclear, la generación de la energía nuclear, transporte y almacenamiento de desechos nucleares, el uso y procesamiento de combustible nuclear y la regulación de sus aplicaciones para otros

De hecho, estos países también limitaron de alguna forma el acceso a inversionistas extranjeros en dicho sector energético.¹⁹⁰ Esta reserva, al igual que las otras, fue expresamente reiterada en el capítulo de energía y petroquímica básica del TLCAN.¹⁹¹

IV. SERVICIOS TRANSFRONTERIZOS Y COMPRAS GUBERNAMENTALES

Como se puntualizó con anterioridad, el TLCAN no sólo regula el libre comercio de bienes y capitales, sino también, servicios y contratos transnacionales.

En ese sentido, entre los capítulos que guardan una estrecha relación con el capítulo de energía y petroquímica básica, tenemos al capítulo X conocido como “Compras del sector público” y el capítulo XII denominado “Comercio transfronterizo de servicios”. Y guardan singular vinculación dichos apartados con el capítulo objeto de nuestro estudio, en virtud del significativo número de contratos y demás convenios de servicios que los citados organismos públicos descentralizados constantemente están realizando en la esfera internacional. Nos limitaremos, sin embargo, a revisar someramente dichos capítulos con el propósito de analizar lo relativo a los llamados contratos riesgo y las cláusulas de desempeño, cuyo debate hasta la fecha continúa provocando el estudio de los cultores de la industria petrolera nacional.

Es por todos conocido que las citadas entidades paraestatales, especialmente los organismos subsidiarios de Pemex y la CFE, actualmente se encuentran realizando un gran número de licitaciones públicas internacionales para la adjudicación de contratos, convenios y pedidos de muy variada índole, naturaleza y monto. Así pues, dichas entidades públicas en lugar de realizar directamente tareas que se encuentran dentro de su competencia y

propósitos, así como la producción de agua pesada. Véase Anexo III, A.3(a) del TLCAN.

¹⁹⁰ Estados Unidos prohíbe la participación o control de inversionistas extranjeros respecto a empresas norteamericanas que utilicen, produzcan o importen materiales nucleares o energía nuclear. Véase Anexo I del TLCAN, “Sector de Energía, Lista de los Estados Unidos”. Canadá, por su parte, estableció una reserva en el sentido de que sólo puede participar la inversión extranjera hasta en un 49% del capital social de una empresa canadiense que se dedique a explotar el uranio hasta la primera etapa de su producción. Véase el Anexo I del TLCAN, Sector de Energía, Lista de Canadá del TLCAN.

¹⁹¹ Véase el artículo 602.3(1)(d).

responsabilidad, optan por contratar los servicios de empresas particulares, nacionales o extranjeras. Esta nueva actitud es cada vez más ostensible en la medida que dichas entidades paraestatales han encontrado mayores ventajas técnicas, económicas y jurídicas en contratar los servicios de terceros especializados, en lugar de hacerlo por administración directa.

Como se indicó anteriormente, gran parte de las actividades que comprenden el sector estratégico que exclusivamente se ha encomendado a cada uno de los organismos descentralizados comentados, pueden ser realizadas a través de contratistas independientes,¹⁹² a no ser que se tenga disposición en contrario. Esto ha permitido que las citadas entidades paraestatales se encuentren capacitadas para realizar una variada y múltiple gama de contratos, convenios y actos jurídicos respecto a la línea de negocios que a cada una le corresponde. La entidad paraestatal contrata los servicios de terceros para que la auxilie en la consecución de sus objetivos, no para que las empresas contratistas releven de la responsabilidad que tiene cada organismo descentralizado en llevar a cabo las faenas que le han sido impuestas por ministerio de ley.

En ese sentido, es de explorado derecho que el gobierno federal y sus entidades paraestatales realizan actos *iure gestionis*. Estos actos mercantiles se encuentran constreñidos a la observancia concomitante de un sinnúmero de disposiciones de orden público. Tal es el caso de los citados organismos públicos descentralizados, los cuales se encuentran sujetos al ámbito personal de validez del régimen paraestatal, además de la aplicación concurrente de normas pertenecientes al derecho privado.¹⁹³

A. Compras gubernamentales

En el capítulo X del TLCAN, el gobierno mexicano accedió regular las adquisiciones que realiza el sector público. El interés de nuestros socios comerciales se enfocaba en realidad a las compras que realizan los organismos subsidiarios de Pemex y la CFE.¹⁹⁴

192 Respecto a Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, véase artículo 4° de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y el artículo 6° de la Ley del Petróleo; con relación a la CFE, véase el artículo 45 de la Ley de Energía Eléctrica.

193 Respecto a la aplicación concomitante de dichas leyes con relación al caso de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, véase López Velarde, *supra*, nota 1.

194 Morton, Collen y Greenwald, Joseph, *A Preliminary Analysis of the North America Free Trade Agreement*, documento elaborado por el Consejo estadounidense del Comité Comercial Estados Unidos

El capítulo X incluye no sólo las compras y arrendamientos que haga el sector público mexicano, sino también, los servicios que contraten las dependencias y entidades públicas mexicanas,¹⁹⁵ cuyo amplio vocablo incluye todo tipo de contratos mercantiles internacionales.

Los llamados contratos administrativos, locución jurídica arraigada en la doctrina mexicana, son aquellos acuerdos de voluntades que efectúan las dependencias y entidades del sector público.¹⁹⁶ Concretamente, una significativa parte de estos contratos que realiza la administración pública federal, se encuentran regulados por el ámbito material y personal de validez del artículo 134 constitucional. Entre éstos se incluye, por supuesto, a estos contratos mercantiles internacionales.

Para tales efectos, nuestra legislación cuenta con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles (en adelante la Ley de Adquisiciones),¹⁹⁷ y la Ley de Obras Públicas.¹⁹⁸ Las citadas leyes, además de fijar reglas especiales en materia de derecho internacional privado,¹⁹⁹ establecen el marco normativo relativo a los contratos, convenios y actos jurídicos que versen sobre la materia descrita en su propia denominación y que sean realizados por las dependencias y entidades de la administración pública federal.²⁰⁰ Entre ellos

de Norteamérica-México, agosto 21, 1992, p. 13.

¹⁹⁵ Véase el artículo 1001(l)(a)(b) del TLCAN.

¹⁹⁶ Véase Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, S.A., (19ª ed., 1979), pp. 398-399, Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 9ª ed., México, Porrúa, 1979, vol. II, pp. 448-479.

¹⁹⁷ Publicada en el *Diario Oficial* el 8 de febrero de 1985; reformada según el *Diario Oficial* del 18 de julio de 1991; véase también su Reglamento, publicado en el *Diario Oficial* el 13 de febrero de 1990 y reformado según el *Diario Oficial* del 18 de julio 1991.

¹⁹⁸ Véase, *supra*, nota 116. Cabe destacar que como parte del proceso de instrumentación del TLCAN, y con el propósito de modernizar las leyes mexicanas, el Ejecutivo Federal presentará una iniciativa de ley por medio de la cual la Ley de Adquisiciones y de Obras Públicas quedarán abrogadas a partir del uno de enero de 1994, a través de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Según el texto de la iniciativa, no sólo se fusionan dichas legislaciones y se conserva parte de lo que hasta la fecha, se tiene regulado por las todavía vigentes leyes de adquisiciones y de obras públicas, sino también se adicionan una serie de nuevas disposiciones. De una lectura preliminar se puede observar que la nueva ley tiende a imponer un mayor control de las adquisiciones y obras públicas que realizan las dependencias y entidades de la administración pública federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de la Contraloría General de la Federación y la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Ello a todas luces resulta paradójico con la autonomía de gestión que supuestamente se le quiere inyectar a las empresas paraestatales, contrario al interés de muchas de estas entidades e, inclusive, incompatible con el propio TLCAN y demás legislación que está a punto de promulgarse.

¹⁹⁹ Al respecto véase López Velarde, Rogelio, "El sometimiento al derecho extranjero por medio de la Cláusula de Derecho Aplicable", *Jurídica* 23, México, Universidad Iberoamericana, 1994.

²⁰⁰ Respecto al objeto de dichos ordenamientos jurídicos, véase artículo lo. de la Ley de Adquisicio

tenemos a los llamados contratos de servicios y de obra pública para la exploración, perforación y explotación de pozos petroleros y de gas cuyas modalidades pueden ser muy variada índole, como es el caso de la modalidad de contrato riesgo que, como se sabe, se encuentra proscrita por ministerio de ley.

Así pues, con el capítulo X de Compras del Sector Público, las dependencias y entidades del sector público, incluyendo a los organismos subsidiarios de Petróleos Mexicanos, tendrán que sujetar todas sus licitaciones públicas a un ámbito internacional en un periodo que no puede exceder de 10 años,²⁰¹ lo que va a motivar que empresas norteamericanas y canadienses puedan ofertar y realizar contratos de servicios y de obra pública en materia de exploración y explotación petrolera.²⁰² Esta apertura ha sido calificada como muy positiva por la industria norteamericana de los servicios petroleros de perforación y equipamiento, la cual ha venido sufriendo una fuerte inactividad en sus negocios.²⁰³

B. Servicios transfronterizos

Dentro del capítulo XII relativo al comercio transfronterizo de servicios, México acordó otorgar trato nacional, trato de la nación más favorecida y presencia local, a los proveedores de servicios de los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.²⁰⁴ Se reputa como servicio transfronterizo la pro-

nes; artículo 20 de la Ley de Obras Públicas.

201 De acuerdo al presente capítulo, las preferencias para adquisiciones nacionales serán gradualmente eliminadas hasta el décimo año donde se tendrá una completa apertura en las llamadas compras gubernamentales. Al respecto véase Grundy, *supra* nota 152, pp. 8-13; Barshefsky & Lichtenbaum, "Government Procurement Provisions of the North American Free Trade Agreement: its Scope and Implications for North America's Lawyers, Businesses and Policymakers", en la conferencia organizada por la American Bar Association, Washington, D.C., enero 27-28, 1993.

202 Ciertamente, un significativo número de contratos de perforación marina llave en mano se han otorgado a sociedades norteamericanas como el caso de Triton, Sonat, Smith, entre otras. Concretamente, Pemex-Exploración y Producción se ha encargado en hacer las convocatorias para la adjudicación de contratos de obra pública como el que se comenta. Véase *supra* nota 117, donde se citan diversos artículos de periódicos y revistas especializadas donde se comenta la apertura del sector exploración y explotación vía contratos.

203 Véase McLelland, *supra* nota 20, p. 8.

204 Véase los artículos 1202(1)(2), 1203, 1204 y 1205 del TLCAN. No hay que olvidar que a México le tocó negociar con uno de los más importantes países del mundo en la industria de los servicios, como lo es los Estados Unidos de Norteamérica. En nuestro vecino país del norte, de cada 10 trabajos más de

ducción, distribución, comercialización, venta y la prestación de un servicio; la compra, uso o el pago de un servicio; el acceso y uso de sistemas de distribución y transporte relacionados con la prestación de un servicio; la presencia en nuestro territorio de un proveedor de servicios de otra parte; y el otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera, como condición para la prestación de un servicio.²⁰⁵

Como se podrá observar, existe una vinculación inmediata entre los contratos mercantiles internacionales que Pemex, la CFE y demás dependencias y entidades gubernamentales realizan y deben de abrir a concursos públicos internacionales conforme al capítulo de compras del sector público, respecto a lo estipulado en este capítulo y el capítulo de energía y petroquímica básica. Por consiguiente, los organismos subsidiarios de Pemex y la CFE deberán de conceder trato nacional y trato de la nación más favorecida, a los proveedores y contratistas de los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá respecto a un gran cúmulo de contratos de servicios y de obra pública que constantemente son celebrados y que deberán de sujetarse a un ámbito internacional después de transcurridos 10 años, entre ellos, los llamados contratos de exploración y producción de pozos petroleros.

No obstante la adopción de los anteriores compromisos, es pertinente advertir que México realizó diversas reservas al capítulo de servicios transfronterizos,²⁰⁶ en específico, México se reservó el derecho de adoptar o mantener cualquier medida relativa a los servicios asociados con la energía y productos petroquímicos básicos.²⁰⁷

siete son servicios; el 66% del producto interno bruto de esa nación se le atribuye precisamente a los servicios. Véase Barton, John y Fisher, Bart, *International Trade and Investment*, Little, Brown and Company (2ª ed., Boston, 1986), p. 3.

²⁰⁵ *Ibid.*, artículo 1201(1)(a)(b)(c)(d)(e). La presente definición no abarca servicios financieros, servicios aéreos, entre otros. Véase artículo 1201(2)(a)(b)(i)(ii).

²⁰⁶ *Ibid.*, artículo 1206.

²⁰⁷ La reserva es aplicable al principio del trato nacional, trato de la nación más favorecida y presencia local. Véase Anexo II del TLCAN, "Lista de México, Sector Energía".

C. *Contratos riesgo*

Entre los contratos de servicios que prevalecen en el mundo del negocio petrolero, se encuentran los llamados contrato riesgo.²⁰⁸ El tema de los contratos riesgo sigue motivando discusión y debate dentro de todos los sectores involucrados en la industria del petróleo. La presión de la industria petrolera norteamericana es insistente y vehemente, inclusive, a efecto de lograr que se legalice en México el uso de esta modalidad dentro de los contratos de servicios y de obra pública relacionados con exploración y explotación del petróleo.²⁰⁹

La modalidad de contrato riesgo es comúnmente utilizada para contratos de exploración, perforación y explotación de recursos naturales. Consiste en asignar la carga y responsabilidad de las inversiones, así como todos o parte de los riesgos del contrato, a la empresa contratista que ha accedido prestar el citado servicio. Dependiendo del éxito que se tenga en la exploración y producción del hidrocarburo, dependerá la posibilidad de que este contratista pueda recuperar sus inversiones y demás costos, más un premio que se le conoce como *risk fee*, es decir, una prima que equivale a un porcentaje o parte de lo extraído, la cual puede ser remunerada a través del pago equivalente en divisas de dicho porcentaje o la entrega de dicho porcentaje del hidrocarburo extraído como dación en pago (*royalty in kind*).²¹⁰ En la mayoría de los casos se otorga los derechos de propiedad al contratista respecto al porcentaje estipulado y la producción de petróleo obtenida.

Se trata de una contraprestación que depende de un acontecimiento futuro y algunas veces incierto en cuanto a la existencia y volumen de los yacimientos. El atractivo es evidente: entre más localice, extraiga y produzca el contratista independiente, mayor será su beneficio. Su fórmula aleatoria promueve una sinergia irresistible para los contratistas privados: a mayor riesgo mayor beneficios; a mayor extracción, mayor ganancia.

²⁰⁸ Véase, *supra*, nota 50.

²⁰⁹ "Lo que es más, cuando Pemex intenta atraer extranjeros para invertir, la Constitución y las leyes mexicanas le impiden ofrecer la compensación que atraería grandes inversiones y tecnología por parte de las compañías petroleras estadounidenses. Las compañías vendrían, lo han hecho ver muy claro, si el pago por su riesgo es una participación del petróleo que encuentren y produzcan". Véase Uchitelle, "Pemex: Mexico's Hesitant Oil Giant", *N.Y. Times*, marzo 4, 1993.

²¹⁰ Véase Williams & Meyers, *Manual of Oil and Gas Terms*, Matthew Bender, 8ª ed., 1991, p. 1079.

No se trata de un contrato o convenio *per se*, sino de una modalidad que puede adoptar el contrato de exploración y explotación petrolera. El contrato de explotación y exploración petrolera puede revestir, además, distintas denominaciones, características y modalidades como el de contrato de exploración y localización, contrato de explotación, contrato de producción compartida, convenios de inversión petrolera, contratos de perforación marina estándar o llave en mano, contrato de asociación en participación, por mencionar algunos. Dentro de estos contratos es usual que se pueda encontrar una estipulación de riesgo como contraprestación al servicio prestado por el contratista. Para efectos de la legislación mexicana, empero, este tipo de contratos y convenios se sitúan dentro del género de contrato de obra pública,²¹¹ y su instrumentación se encuentra regulada por la Ley de Obras Públicas,²¹² sin perjuicio de la aplicación y observancia de otras leyes mexicanas.²¹³

En ese sentido, la disposición de orden público que prohíbe la estipulación de un contrato riesgo proviene de la Ley del Petróleo, que a la letra dice:

*Petróleos Mexicanos podrá celebrar con personas físicas o morales los contratos de obras y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiera. 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.*²¹⁴

Resulta claro que los organismos subsidiarios de Pemex no pueden pactar dentro de estos contratos de exploración y explotación, una contraprestación por medio de la cual se pacte como contraprestación un porcentaje de los productos obtenidos o una participación en los resultados de dichas explo-

211 Véase Canals, Jorge, *El contrato de obra pública*, 1ª ed., México, Trillas, 1991, pp. 93-100; Martínez Alfaro, Joaquín, *Los contratos derivados del artículo 134 constitucional*, México, Porrúa, 1ª ed., 1993).

212 La fracción I del artículo 2º de la Ley de Obras Públicas establece: “[p]ara los efectos de esta Ley... quedan comprendidos: I. ...los trabajos de exploración, localización, perforación, extracción y aquellos similares que tengan como objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo”. Se destaca que la iniciativa de Ley de Adquisiciones y Obras Públicas conserva la misma posibilidad.

213 Como la propia Ley de Adquisiciones, Código Civil y Mercantil, Ley del Petróleo, Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, por citar algunas.

214 Véase el artículo 6º de la Ley del Petróleo. El énfasis con cursivas es nuestro.

taciones. No pueden, por tanto, conceder regalías o realizar una dación en pago a través de los productos extraídos, ni permitir que el contratista independiente participe en los resultados que se obtengan con motivo de dichas explotaciones, aún en el caso de que se pague su equivalente en efectivo. La única forma de remuneración que se puede establecer en este tipo de contratos de exploración y explotación es el pago en dinero.

Esta limitación es considerada por la industria petrolera norteamericana, como una cortapisa que inhibe la inversión y el traspaso tecnológico que Pemex y sus organismos subsidiarios requieren para continuar con sus metas de desarrollo.²¹⁵ Les sorprende, además, que siendo México un país que invariablemente depende de divisas de fuerte convertibilidad internacional, y pudiendo realizar pagos en especie a través del petróleo como lo hacen mundialmente muchos países en vías de desarrollo (como es el llamado *barter y countertrade*), se tenga una disposición que obliga a dichas entidades paraestatales el pagar en efectivo sus contratos de exploración y explotación. Es considerado a su vez, como un claro desincentivo legal para los contratistas que realizan dichos contratos de obra y servicios, lo que eventualmente se puede traducir en demoras en tiempos y mayores costos.

La prohibición de los contratos riesgo, sin embargo, va más allá de un análisis económico. Se trata de una disposición que busca evitar que se otorgue mediante contratos la propiedad de los hidrocarburos localizados en el subsuelo del territorio nacional.²¹⁶ Con los contratos riesgo, normalmente se otorga al particular un derecho real latente sobre los hidrocarburos ubicados en el terreno donde se va a realizar el trabajo exploratorio y de explotación.

La proscripción de la modalidad de los contratos riesgo proviene de una interpretación extensiva del artículo 27 constitucional que hiciera el legislador en 1958, a instancias de la iniciativa que presentara el presidente Adolfo Ruiz Cortines, cuando se promulgó la Ley del Petróleo. En efecto, paradójicamente y muy a pesar de muchas otras opiniones, la prohibición

²¹⁵ Véase prácticamente todos los artículos de procedencia de los Estados Unidos de Norteamérica y que se citan en este ensayo, donde ponen en relieve la presente restricción de los contratos riesgo.

²¹⁶ Ello no significa, empero, que Pemex y sus organismos subsidiarios no puedan hacer pagos en especie con los hidrocarburos. El impedimento legal consiste y surge cuando se trate de remunerar los servicios prestados por contratistas independientes, por medio de una dación en pago que tome parte del petróleo extraído o a través del pago con el uso de alguna fórmula que vincule el trabajo realizado con los resultados de las explotaciones. Ello no implica tampoco que los organismos subsidiarios de Pemex no puedan incentivar de otra forma a sus contratistas.

de los contratos riesgo proviene de la Ley del Petróleo de 1958 y no de las leyes del petróleo que le antecedieron.²¹⁷ Por el contrario, durante la vigencia de estas leyes y aún en tiempos del presidente Lázaro Cárdenas, Pemex pactaba contratos riesgo. De hecho, las leyes del petróleo de 1940 y 1941 expresamente permitan la presente modalidad.²¹⁸

Habida cuenta que la *ratio legis* del artículo 6º de la Ley del Petróleo es evitar que se concedan derechos reales a los particulares mediante la suscripción de contratos de servicios y obras públicas, y de conservar la propiedad y control de los hidrocarburos nacionales en favor de la nación, tanto el Reglamento de la Ley del Petróleo como la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, paralela e indirectamente reiteran por su parte dicha premisa jurídica.

El artículo 19 del Reglamento de la Ley del Petróleo reza como sigue:

Mientras el petróleo no sea extraído de los yacimientos no podrá ser objeto de enajenación, embargo, gravamen o compromiso de cualquier especie. Los actos que se celebren con violación de este artículo, serán nulos de pleno derecho y no producirán efecto alguno.

La Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, por su parte, en su artículo 4º establece:

Petróleos Mexicanos y sus organismos descentralizados, de acuerdo a sus respectivos objetos, podrán celebrar con personas físicas y morales toda clase de actos, convenios y contratos y suscribir títulos de crédito; manteniendo en exclusiva la propiedad y control del Estado mexicano sobre los hidrocarburos, con sujeción a las disposiciones legales aplicables.²¹⁹

²¹⁷ Véase Ortega San Vicente, *supra* nota 31, pp. 52-53.

²¹⁸ Véase el artículo 7º de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada en el *Diario Oficial* el 9 de noviembre de 1940, y el artículo 8º de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de junio de 1941, ambas abrogadas por la Ley del Petróleo. Véase Cuadro Comparativo de Leyes Petroleras, *supra* nota 102.

²¹⁹ La recientemente promulgada Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, abrogó el anterior Estatuto Orgánico de 1971 que contenía disposiciones mucho más contundentes sobre la propiedad y control de los hidrocarburos. El artículo 7º, *in fine*, establecía "...[e]n ningún caso podrá quedar comprendido en las enajenaciones, el petróleo o el gas natural contenidos en los yacimientos, ni el derecho para explotar éstos". El artículo 16º, por su parte, establecía que "[e]n ningún caso Petróleos Mexicanos concederá regalías, porcentajes o participaciones en el petróleo, el gas natural o en sus derivados, ni en los resultados de la explotación de los mismos". Se podría inferir que las anteriores disposiciones fueron abolidas por ser éstas redundantes a la luz de la Ley del Petróleo y su Reglamento. Sin embargo, lo único que quedó fuera son los derivados del petróleo y del gas natural; a *contrario sensu* se podría

D. Cláusulas de desempeño

Vinculadas con los contratos riesgo se encuentran las cláusulas de desempeño. Dentro del capítulo de energía y petroquímica básica, y no en los apartados relativos a los servicios transfronterizos y de compras gubernamentales, se estipuló que “[c]ada una de las Partes permitirá a sus empresas estatales negociar cláusulas de desempeño en sus contratos de servicios”.²²⁰

Sin duda, esta disposición tenía una dedicatoria para México; sin embargo, cuesta trabajo determinar o esclarecer su propósito o bondad.²²¹ Los llamados *performance contracts* (cláusulas de desempeño según la traducción oficial), no es un término jurídico cuya definición podamos encontrar en alguna ley en específico, a fin de que nos auxilie a entender su naturaleza y objeto. Nos encontramos entonces con un problema interpretativo.²²²

En la práctica, sabemos de que se trata de una modalidad parecida a la de los contratos riesgo, esto es, en la medida de que el contratista independiente se desempeñe y cumpla con sus obligaciones contractuales, dependerá la remuneración a la que se haga acreedor. El presente compromiso consiste en que México deberá permitir que sus paraestatales puedan pactar cláusulas de desempeño en sus contratos de servicios, cuando sabemos que ello no está prohibido conforme al derecho positivo mexicano. Conforme al principio consensual que campea en la legislación mercantil nacional, Pemex y sus organismos subsidiarios se encuentran facultados para libremente estipular una cláusula de desempeño que premie al trabajo mediante el pago en dinero. Repetimos, lo que se encuentra proscrito en materia exploración y explotación petrolera es el conceder como contra-

interpretar que los organismos subsidiarios de Pemex sí pueden conceder porcentajes o participaciones de los derivados del petróleo y del gas, toda vez que dicha restricción no fue reiterada en la nueva Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, ni encontramos su incorporación en la Ley del Petróleo y su Reglamento. Véase, *supra*, nota 27.

²²⁰ Véase artículo 602.3(4) del TLCAN.

²²¹ “El uso de las cláusulas de desempeño acercaría la práctica contractual mexicana a estándares mundiales y haría que los contratos con Pemex fueran más atractivos para las compañías extranjeras”. Véase Grundy, *supra* nota 152, p. 12 [la traducción es nuestra].

²²² Hay algunos resueltos, inclusive, que argumentan que México accedió finalmente la modalidad de los contratos riesgo a través del presente compromiso. Suponiendo sin conceder que esa fuera la interpretación adecuada, dicha estipulación no podría tener efectos derogatorios sobre el artículo 6° de la Ley del Petróleo, en virtud del principio de autoridad formal de la ley establecido en el inciso (f) del artículo 72 de nuestra Constitución, amén que el Senado no podría otorgar su respectiva aprobación por ser violatorio de nuestra norma fundante.

prestación una parte de lo extraído o una participación de los resultados de la producción obtenida, más no que se pueda establecer una cláusula dentro del contrato de servicios o de obra pública que incentive y premie al contratista por su desempeño. Este tipo de premios al desempeño, empero, deben de ser mediante el pago en dinero y que la fórmula que se utilice para medir o determinar el desempeño del contratista, no provenga o dependa de los resultados obtenidos por dicho trabajo exploratorio y de explotación.

La cláusula de desempeño, su conceptualización y alcance, dependerá del derecho doméstico de cada país. Más aún, dependerá de la definición que las partes le quieran atribuir, dada la consensualidad que subyace en toda cláusula de desempeño.

V. EL CAPÍTULO DE ENERGÍA Y PETROQUÍMICA BÁSICA

Después de haber discutido aquellos capítulos del TLCAN que mantienen una cercana interrelación con el capítulo de energía y petroquímica básica, procederemos finalmente a analizar su contenido y alcance.²²³

El capítulo sobre la energía y petroquímica básica del TLCAN comienza con una declaración donde las partes confirman su mutuo respeto a sus constituciones. De perogrullo y no obstante su redundancia, el objetivo de esta manifestación tiene una significación netamente política dada la sensibilidad del tema abordado en el capítulo VI. Igualmente, dentro del capítulo

223 Insistimos en la necesidad de que el análisis del capítulo VI del TLCAN requiere de la particular comprensión de los anteriores apartados, a fin de que podamos dimensionar con la acuciosidad requerida el impacto y marco regulatorio de la energía y la petroquímica básica dentro del TLCAN. Y ello es necesario, en virtud del lesivo desconocimiento que puede llegar a crearse si sólo se revisa el capítulo de energía y petroquímica básica. Véase, e.g., "...de las miles de hojas que contiene el texto del TLCAN, sólo 13 páginas son para la energía y la petroquímica básica", palabras de Christopher Whalen, "Nissing Oil Chapter in NAFTA", *J. Com.*, febrero 26, 1993, p. A6, citado por Kirksey, *supra* nota 18, p. 557, cita 119. Se destaca que con la conclusión del TLCAN, Norteamérica contará con uno de los bloques comerciales más importantes del mundo dentro del sector energético, si consideramos a los Estados Unidos de Norte-américa, segundo productor de petróleo del planeta, México quinto y Canadá como décimo tercero. Pemex, por ejemplo, es la cuarta empresa petrolera del mundo, sólo después de Shell, Exxon y British Petroleum. Pemex es la tercera compañía del mundo en términos de su base capital, sólo después de Shell e IBM. Mundialmente, es la décimo sexta empresa en términos de activos, y la quinta en el sector petrolero, sólo después de Shell, Exxon, British Petroleum y ENI de Italia. Véase *Fortune Magazine*, julio 29, 1991. Pemex ocupa el tercer lugar mundial si tomamos en cuenta reservas, producción, capacidad de refinación y ventas por volumen. Véase *Petroleum Intelligence Weekly*, diciembre 23, 1991.

VI se reiteraron las reservas que México formulara con relación a los capítulos de Inversión y de Comercio Transfronterizo de Servicios.²²⁴

Como se señaló anteriormente, el capítulo VI del TLCAN regula lo relativo al intercambio comercial de bienes energéticos y petroquímicos básicos entre los países²²⁵ los cuales se encuentran identificados dentro de las partidas y subpartidas del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. Para los efectos del capítulo VI, se entiende por bienes energéticos y petroquímicos básicos los siguientes:

a) la subpartida 2612.10 (minerales de uranio y sus concentrados);

b) las partidas 2701 a 2706 (hullas; briquetas, ovoides y combustibles sólidos similares, obtenidos de la hulla; 2701.11; hullas, incluso pulverizadas pero sin aglomerar: antracitas, hulla bituminosa; 2703; turba; 2704; coques, semicoques de hulla, de lignito o de turba, carbón de retorta; 2705; gas de hulla, gas de agua, gas pobre y gases similares, excepto el gas de petróleo y demás hidrocarburos gaseosos; 2706; alquitranes de hulla, de lignito o de turba y demás alquitranes minerales, incluidos los deshidratados o descabezados, y los reconstituidos);

c) la subpartida 2707.50 (las demás mezclas de hidrocarburos aromáticos que destilen 65% más de su volumen incluidas las pérdidas a 250 grados °C., según la norma ASTM D 86);

d) la subpartida 2707.99 (únicamente nafta disolvente, aceite extendedor para caucho y materia prima para negro de humo);

e) las partidas 2708 y 2709 (brea y coque de brea de alquitrán de hulla o de otros alquitranes minerales, aceites crudos de petróleo o de minerales bituminosos);

f) la partida 2710 (aceites de petróleo o de minerales bituminosos, excepto los aceites crudos; preparaciones no expresadas ni comprendidas en otra parte, con un contenido de aceites de petróleo o de minerales bituminosos, en peso, superior o igual al 70% y en las que estos aceites constituyen el elemento base, excepto las mezclas de parafinas normales de C9 a C15);

g) la partida 2711 (gas de petróleo y demás hidrocarburos gaseosos, excepto etileno, propileno, butileno y butadieno, con grados de pureza superiores a 50%);

²²⁴ *Ibid.*, artículo 602.3; artículo 602.3.

²²⁵ "Bienes Energéticos y Petroquímicos Básicos" es la forma que así se le denomina dentro del TLCAN, según la traducción elaborada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

h) las partidas 2712 a 2716 (vaselina, parafina, cera de petróleo microcristalina, "Slack Wax", ozoquerita, cera de lignito, cera de lignito, cera de turba y demás ceras minerales y productos similares obtenidos por síntesis o por otros procedimientos, incluso coloreados; 2713; coque de petróleo, betún de petróleo y demás residuos de los aceites de petróleo o de minerales bituminosos; 2714; betunes y asfaltos naturales; pizarras y arenas bituminosas; asfaltitas y rocas asfálticas; 2715; mezclas bituminosas a base de asfalto o de betún naturales, betún de petróleo, de alquitrán mineral o de brea de alquitrán mineral, por ejemplo, mastiques bituminosos y "cutbacks"; 2716; energía eléctrica);

i) las subpartidas 2844.10 a 2844.50 (uranio natural y sus compuestos; aleaciones, dispersiones, incluidos los "cermets", productos cerámicos y mezclas que contengan uranio natural o compuestos de uranio natural; 2844.20; uranio enriquecido en U235 y sus compuestos; plutonio y sus compuestos; aleaciones, dispersiones, incluidos los "cermets", productos cerámicos y mezclas que contengan uranio enriquecido en U235 y sus compuestos; plutonio o compuestos de estos productos; 2844.30; uranio empobrecido en U235 y sus compuestos, torio y sus compuestos; aleaciones, dispersiones, incluidos los "cermets", productos cerámicos y mezclas que contengan uranio empobrecido en U235, torio o compuestos de estos productos; 2844.40; elementos e isótopos y compuestos radiactivos, excepto los de las partidas 2844.10, 2844.20 ó 2844.30; aleaciones, dispersiones incluidos los "cermets", productos y mezclas que contengan estos elementos, isótopos o compuestos; residuos radiactivos; 2844.50; elementos combustibles, "cartuchos" agotados "irradiados" de reactores nucleares);

j) la subpartida 2845.10 (agua pesada "óxido de deuterio"), y

k) la subpartida 2901.10 (únicamente etano, butanos, pentanos, hexanos y heptanos).²²⁶

Así pues, el ámbito material de aplicación del capítulo VI consiste en el intercambio de estos bienes energéticos y petroquímicos básicos, así como la inversión y los servicios transfronterizos vinculados a éstos.²²⁷

²²⁶ Véase artículo 602(2) del TLCAN.

²²⁷ *Ibid.*, artículo 602(1).

A. Restricciones a la importación y exportación de bienes energéticos y petroquímicos básicos

No obstante que uno de los principales objetivos del capítulo VI es la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias respecto al comercio de bienes energéticos y petroquímicos básicos, los tres países reconocieron, empero, el carácter excepcional y especial que tienen dichos recursos naturales y bienes energéticos para cada nación. Para tales efectos, las partes ratificaron la aplicación de las disposiciones del GATT relativas a las prohibiciones y restricciones aplicables al comercio de dichos bienes.²²⁸ Su confirmación resultaba necesaria en virtud de la sensibilidad y trascendencia que tienen para cada país sus recursos naturales.²²⁹ Por consiguiente, y sujeto a las reservas que se tienen en el GATT respecto a la conservación, manejo y tráfico de recursos naturales,²³⁰ las partes acordaron eliminar restricciones cuantitativas, los requerimientos mínimos o máximos de precio-exportación y, excepto en la medida de que sea permitido para el cumplimiento de órdenes y compromisos en materia de derechos compensatorios y antidumping, también quedaron proscritos los requerimientos mínimos y máximos de precio-importación.²³¹ Así pues, si una de las partes desea imponer una restricción a la importación de algún bien energético o petroquímico básico, las partes deberán de consultarse a solicitud de una de éstas, con el ánimo de evitar una interferencia o una indebida distorsión en el precio, comercialización y distribución de dichos bienes.²³² Adicionalmente, los países involucrados en el TLCAN, se reservaron el derecho de eventualmente establecer como condición para exportar algún bien energético o petroquímico básico, que el mismo sea necesariamente consumido en ese país que lo importó,²³³ amén que se reservaron limitar o prohibir la importación de alguno de estos bienes cuando provenga de un país que no sea parte del TLCAN.²³⁴ De igual manera, las partes se reservaron el derecho de establecer un sistema de permisos de exportación e importación aplicable para parte o la totalidad de los bienes energéticos y petroquímicos básicos

228 *Ibid.*, artículo 603.1. Véase los artículos XI, XII, XIX y XX del GATT.

229 Véase *supra* notas 7-10.

230 *Ibid.*, véase también Conine, *supra*, nota 147, p. 675.

231 Véase el artículo 603.2 del TLCAN.

232 *Ibid.*, artículo 603.4.

233 *Ibid.*, artículo 603.3 (b).

234 *Ibid.*, artículo 603.3 (a).

regulados por el presente capítulo; ello será factible, siempre y cuando su instrumentación sea compatible con los principios fundamentales del TLCAN y, en especial, con relación en lo establecido en el capítulo de monopolios y empresas de Estado,²³⁵ que más adelante comentaremos.²³⁶ Para tales efectos, México expresamente se reservó el derecho de restringir el otorgamiento de permisos de importación y exportación de determinados bienes energéticos y petroquímicos básicos,²³⁷ con el propósito de dejar al gobierno federal el comercio exterior de estos productos.²³⁸

Las partes acordaron otorgarse recíprocamente trato nacional con relación a dichos bienes energéticos y petroquímicos básicos,²³⁹ lo que va permitir una gradual armonización y unificación de los precios de dichos productos dentro del continente norteamericano.²⁴⁰ En ese sentido, ninguna de las partes podrá imponer alguna medida reguladora en materia de energía, que vaya interferir o distorsionar las relaciones contractuales entre los miembros de los tres países.²⁴¹ Las partes no podrán imponer arancel,

²³⁵ *Ibid.*, artículo 603.5.

²³⁶ Véase, *infra*, notas 260-268.

²³⁷ De acuerdo con el Anexo 603.6 del TLCAN, los bienes energéticos y productos petroquímicos sujetos a permiso de importación y exportación, quedando reservado su comercio exterior al gobierno federal mexicano, son los siguientes: (i) partida 2707.50. Las demás mezclas de hidrocarburos aromáticos que destilen 65% o más de su volumen, incluidas las pérdidas, a 250 grados centígrados, según la norma ASTM D 86; (ii) partida 2707.99. Nafta solvente, aceite extendedor para caucho y materia prima para negro de humo; (iii) partida 2709. Aceites crudos de petróleo o de minerales bituminosos; (iv) partida 2710. Gasavión, gasolina y componentes para la elaboración de gasolinas para motores (excepto para gasavión) y reformados, cuando sean utilizados como componentes para la elaboración de gasolina para motores; keroseno, gasóleo y aceite diesel; éter de petróleo, combustóleo, aceites parafínicos que sean los que se utilizan para la elaboración de lubricantes; pentanos, materia prima para negro de humo, hexanos, heptanos y naftas; (v) partida 2711. Gases de petróleo y demás hidrocarburos gaseosos, salvo propileno, etileno, butileno y butadieno con grados de pureza superiores al 50%; (vi) partida 2712.90. Parafinas en bruto con un contenido de aceite superior a 0.75 % en peso, sólo cuando se importen para su refinación ulterior; (vii) partida 2713.11. Coque de petróleo sin calcinar; (viii) partida 2713.20. Betún de petróleo, excepto cuando se utilice para revestimiento de carreteras; (ix) partida 2714. Los demás residuos de los aceites de petróleo o de minerales bituminosos; (x) partida 2714. Betunes y asfaltos naturales, pizarras y arenas bituminosas, asfáltitas y rocas asfáltitas, excepto cuando se utilicen para revestimiento de carreteras; y (xi) partida 2901.10. Etano, butanos, pentanos y hexanos y heptanos.

²³⁸ Respecto al tema del comercio exterior de los bienes energéticos y petroquímicos básicos, véase *supra* notas 143-156.

²³⁹ Véase artículo 606(a) y artículo 301 del TLCAN.

²⁴⁰ Los Estados Unidos de Norteamérica, según comenta George Baker, insistía en por lo menos crear un mercado común en materia de gas natural, lo que fue evidentemente rechazado por México. Véase Baker, *supra* nota 118, p. 44.

²⁴¹ *Ibid.*, artículo 606.2; en este sentido, véase la Comisión Reguladora de Energía recientemente creada por el Ejecutivo federal, *supra* notas 175-182.

impuesto o gravamen alguno respecto a los bienes energéticos y petroquímicos básicos destinados a la exportación de otro país parte del TLCAN, a no ser que dicho impuesto se aplique domésticamente.²⁴²

Como se esperaba, el capítulo VI conserva ciertas analogías con el capítulo IX del Tratado Bilateral de Libre Comercio entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.²⁴³ Como antecedente inmediato para el TLCAN, este tratado bilateral de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos de Norteamérica entró en vigor el 1 de enero de 1989²⁴⁴ y, de hecho, estas dos naciones acordaron dentro del mismo TLCAN continuar observando los anexos 902.5 y 905.2 de dicho convenio internacional.²⁴⁵

B. Garantía de suministro

Uno de los aspectos que causó mayor controversia entre México y los Estados Unidos de Norteamérica es lo relativo a la garantía de suministro

²⁴² *Ibid.*, artículo 604(a)(b).

²⁴³ Véase Conine, *supra*, nota 147, p. 678; Murphy, *supra*, nota 12, pp. 268-269.

²⁴⁴ Al igual que el Tratado Bilateral entre estos dos países, no se espera que el capítulo VI del TLCAN produzca algún efecto espectacular en el comercio de bienes energéticos y petroquímicos básicos. Véase Conine, *supra*, nota 147, pp. 677-678, citando a la International Trade Commission de los Estados Unidos; Kirksey, *supra*, nota 18, pp. 557-558; Murphy, *supra*, nota 12, pp. 264-269; Baker, *supra*, nota 118, pp. 43-45. Estos autores representan tan sólo un vasto grupo de personas de los Estados Unidos de Norteamérica que consideran que el capítulo VI del TLCAN tendrá efectos nugatorios por no haber permitido la inversión extranjera directa en la explotación y desarrollo de la industria petrolera mexicana. Otra de las razones que se atribuyen respecto a lo poco espectacular que resultará el comercio de estos productos, radica en que desde mucho antes Norteamérica ha mantenido un tráfico energético y de recursos naturales dentro de un ambiente intensamente competitivo. Véase Dworkin, Judith, *North America Free Trade in Energy*, manuscrito, p. 71-72. A ello se suma que los aranceles que serán eliminados con la puesta en vigor del TLCAN, no son muy altos. Estados Unidos mantiene un arancel promedio de 0.5% sobre petróleo crudo, 1.1% sobre refinados, y no impone arancel en gas natural. México, en cambio, conserva un arancel promedio de 4.9% sobre petróleo crudo y gas natural, así como un arancel del 8.6% sobre productos refinados. Véase Kirksey, *supra*, nota 18, pp. 557-558, citando al American Petroleum Institute, cita 126. Sin embargo, la supresión de estos aranceles y barreras no arancelarias, y los demás compromisos arriba indicados, coadyuvará a la creación de un flujo de bienes energéticos y petroquímicos básicos estable y sostenido que permitirá una atmósfera de seguridad energética entre los países, atemperado por reglas de mercado no obstante las reservas formuladas, capaz de facilitar y fortalecer la industria manufacturera de los tres países. Véase Richy, Gilbreath; Hurlburt, David, "Free Trade with Mexico: What's in it for Texas?", *Informe de Política, núm. 1, Programa de Estudios Políticos México-Norteamericanos*, Lyndon B. Johnson School of Public Administration, University of Texas, pp. 6-7; Kirksey, *supra*, nota 18, pp. 558-559; Conine, *supra*, nota 147, p. 681. Adicionalmente, la disparidad de precios domésticos e internacionales será gradualmente eliminada.

²⁴⁵ Véase el artículo 608.2(1) del TLCAN.

del petróleo.²⁴⁶ Para Estados Unidos de Norteamérica es vital contar con una fuente segura de suministro de crudo. A pesar de ser uno de los más importantes productores de petróleo, su dependencia respecto a este recurso natural por parte de fuentes externas de aprovisionamiento, lo expone a una seria vulnerabilidad energética. Por ello, los Estados Unidos de Norteamérica han buscado obtener la certeza en dicho abastecimiento por medio de acuerdos internacionales inclusive, incorporando una garantía de suministro cuando las condiciones de emergencia del mercado así lo ameriten. Como corolario de esta necesidad, existe el Programa Internacional de Energía que fuera elaborado bajo los auspicios de la Agencia Internacional de Energía, de la cual Estados Unidos de Norteamérica y Canadá son estados parte.²⁴⁷ Consiste en un mecanismo compartido de emergencia que institucionalmente se utiliza en el evento de que uno de los países miembros sufran una reducción en sus suministros de crudo equivalente al 7% o más de su consumo actual.²⁴⁸ Este importante antecedente entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, fue ratificado dentro de la llamada cláusula de acceso proporcional del capítulo IX del Acuerdo de Libre Comercio de estos países.²⁴⁹

México, por razones de soberanía y por no ser parte de dicha agencia internacional, no accedió el garantizar el suministro de petróleo a los otros dos estados firmantes,²⁵⁰ a pesar de la insistencia de los Estados Unidos de Norteamérica.²⁵¹ Por consiguiente, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, por su parte, acordaron continuar aplicando dicha obligación de

²⁴⁶ Véase Cádena, *supra*, nota 2, p. 331-339.

²⁴⁷ Dentro del seno de la Organization for Economic Cooperation and Development, orillados por los problemas de suministro y el embargo petrolero impuesto por el mundo árabe a través de la Organization of Arab Petroleum Exporting Countries, y a petición de los Estados Unidos de Norteamérica, trece países importadores de petróleo se reunieron en 1974 para realizar la Conferencia de Energía en la ciudad de Washington, D.C. Fruto de esta conferencia fue la creación en París, Francia, de la Agencia Internacional de Energía en ese mismo año, así como la puesta en operación de un Programa Internacional de Energía. Actualmente 19 son los Estados parte de dicha Agencia multinacional: Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Alemania, Italia, Japón, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Austria, España, Suecia, Suiza, Turquía y Grecia. Francia y Nueva Zelanda mantienen una membresía especial dentro de la agencia. Véase Willrich, Mason y Conant, Melvin, "The International Energy Agency: an Interpretation and Assessment", *American J. Int'l L.*, 71, (1977), pp. 199-201.

²⁴⁸ Véase Vargas, *supra*, nota 2, p. 70; véase también *Id.* p. 201.

²⁴⁹ Véase Dworkin, *supra*, nota 244, p. 77.

²⁵⁰ El acceder a tal compromiso, condicionaría la política energética nacional y el manejo soberano que México mantiene sobre sus recursos naturales, amén que resulta legalmente ineficaz el comprometer el petróleo cuando éste todavía no se haya extraído. Véase artículo 19 del Reglamento de la Ley del Petróleo.

²⁵¹ Véase Baker, *supra*, nota 118, p. 44.

aseguramiento en el abastecimiento, además de ratificar la vigencia del Programa de Energía Internacional acordado dentro del seno de la Agencia Internacional de Energía.²⁵²

En virtud de lo anterior, y a partir del entendimiento de la postura mexicana en materia de suministro del petróleo y la aplicación concomitante de las distintas disposiciones que en materia de recursos naturales mantiene vigentes el GATT,²⁵³ Estados Unidos de Norteamérica y Canadá decidieron otorgarle un tratamiento especial a estas disposiciones del GATT a efecto de asegurar el suministro de dichos productos.²⁵⁴ Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, por otro lado, estipularon un artículo especial respecto a las medidas de seguridad nacional.²⁵⁵ Estas medidas no se aplicables a México;²⁵⁶ se conservan incólumes las disposiciones relativas a seguridad nacional contenidas en el artículo XXI y en el artículo 2102 del TLCAN.²⁵⁷

VI. LIBRE COMPETENCIA, MONOPOLIO Y EMPRESAS DE ESTADO

Para finalizar, resulta indispensable por lo menos poner de relieve y resaltar la trascendencia que tendrá en el capítulo de energía y petroquímica básica, el capítulo de política de competencia, monopolios y empresas del Estado del TLCAN.

Como ya se dijo, gran parte del sector energético, la propiedad y explotación de los recursos naturales y el desarrollo de las industrias estratégicas que generan energía en nuestro país, se encuentra exclusivamente reservada al Estado mexicano, quien las desarrolla a través de organismos públicos descentralizados.²⁵⁸ Se trata de paraestatales sujetas a un régimen excepcional conforme a nuestro derecho positivo mexicano. Son, bajo una denominación más sociológica que jurídica, empresas de Estado.²⁵⁹

252 Véase el artículo 608.2(2) del TLCAN.

253 Concretamente respecto a la aplicación del artículo XI.1(a) y XX(g)(i)(j) del GATT, relativos a las restricciones aplicables a la exportación de bienes energéticos y productos petroquímicos. Véase el artículo 603 (1).

254 Véase el artículo 605 que no aplica a México, según lo dispuesto en el Anexo 605 del TLCAN.

255 Véase el artículo 607.

256 *Ibid.*, Anexo 607.2(1).

257 *Ibid.* Anexo 607.2.

258 Véase, *supra*, notas 51-194.

259 Curiosamente, el capítulo XV definió empresa de Estado como una entidad que sea detentada o controlada por el gobierno mediante participación accionaria (artículo 1505 del TLCAN). Ello descar-

Dado el régimen especial que nuestro derecho ha ex profeso diseñado respecto a las llamadas entidades paraestatales, en la inteligencia que en ellas se encuentra depositado un monopolio estatal, y en virtud de que uno de los principios rectores del TLCAN es precisamente la libre competencia, resultaba necesaria la incorporación de un apartado que regulara de manera global el comportamiento de dichas entidades públicas.²⁶⁰ Por tal virtud, el capítulo XV busca como un acuerdo angular entre las partes que las empresas estatales de éstas sean dirigidas y administradas bajo criterios comerciales, cuyo comportamiento no sea contrario a la libre competencia.²⁶¹ Ciertamente, México ya había accedido manejar a sus empresas estatales conforme a criterios comerciales, cuando nuestro país se adhirió al GATT.²⁶² Empero, como una diferencia fundamental con el propio GATT, conforme al TLCAN los inversionistas extranjeros podrán contar con un mecanismo de solución de controversias en caso de incumplimiento de una de las partes. En efecto, cuando un inversionista extranjero perteneciente a los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá sufra una pérdida o menoscabo en sus inversiones con motivo del incumplimiento al capítulo en comento,²⁶³ éste podrá utilizar el mecanismo de solución de controversias del capítulo de inversión del TLCAN.²⁶⁴

No obstante que la idea monopolio estatal y libre competencia resultan ser aparentemente atinómicas, el compromiso consiste en dirigir a las empresas estatales como si fueran entidades privadas, bajo un talante netamente mercantilista.²⁶⁵ Indistintamente de la bondad que pudiera tener

taría a los organismos públicos descentralizados los cuales no tienen acciones, partes sociales o títulos representativos de capital o propiedad. Conforme al régimen paraestatal mexicano, la definición tan sólo incluiría a las sociedades de participación Estatal mayoritaria y minoritaria. Véase los artículos 45, 46 y 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

260 Obvia puntualizar que esta necesidad era más de los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá que de los Estados Unidos Mexicanos.

261 Véase el artículo 1501 del TLCAN.

262 Véase el artículo XVII del GATT.

263 Concretamente en lo que respecta a los artículos 1502 y 1503(2) del TLCAN.

264 Véase Heftye, *supra*, nota 11, p. 38.

265 Independientemente de la opinión del autor, en México todavía no se ha superado la discusión en torno al tratamiento y los objetivos que debe de tener cada empresa pública dentro del sector económico que jurídicamente se le haya designado dentro de nuestro país. Para muchos sociólogos, políticos y abogados, la empresa pública no necesariamente debe de estar enfocada bajo un criterio netamente mercantilista. Su manejo y la política que deba seguir dichas empresas paraestatales en México, en gran medida dependen de la voluntad de la administración que se encuentre en el poder. Conforme al capítulo XV del TLCAN y el XVII del GATT, sin embargo, las empresas estatales en México deberán de estar conducidas bajo una pauta que no sea incompatible con la libre competencia o que atente o trastoque la

esto, resulta imprescindible el vincular y destacar la irrefutable trascendencia que tendrá este capítulo con los principales actores del capítulo de energía y petroquímica básica por parte de México: Pemex y la CFE.²⁶⁶

premisa mayor del TLCAN: libre mercado.

²⁶⁶ “Ha habido un movimiento muy claro encabezado por los principales países latinoamericanos (Chile, Argentina, Bolivia, México y Brasil), hacia la restructuración de las empresas estatales dedicadas a la explotación de los recursos naturales, con el objeto de hacerlas menos politizadas, más parecidas a las sociedades privadas, bajo un enfoque comercial, con autonomía y competitividad”. Véase Walde, Thomas, “Recent Developments in Negotiating International Development Contracts”, “Derecho Internacional para los Energéticos”, *Suplemento Especial del Petroleum Economist*, julio 1992, p. 3. Véase también López Velarde, *supra* nota 1 [la traducción es nuestra].