

LA PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN EL SECTOR ENERGÉTICO

**Sergio Olivar
Marissa Orozco**

Noriega y Escobedo, A.C.

Como parte de las reformas estructurales que está realizando el país, destaca la del sector energético, sobre todo, porque surgen muchas interrogantes respecto de la forma en que participará el sector privado, hasta en tanto, se cuente con las diversas leyes secundarias que detallen los principales aspectos de la reforma constitucional que fue publicada el 20 de diciembre de 2013 y en virtud de la cual, se reformaron y adicionaron los artículos 25, 27, 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹

El Congreso de la Unión deberá realizar las adecuaciones del marco jurídico que resulte necesario para la adecuada implementación de la reforma a más tardar el 21 de abril del 2014.

Esta reforma representa una gran oportunidad para atraer inversiones y conocimientos de parte del sector privado a un sector como el energético, que requiere gran dinamismo e innovación para enfrentar los retos de los próximos años.

En cuanto al nuevo régimen de contratación pública, será interesante observar, la manera en la cual, éste se armonizará con el reciente marco jurídico con el que cuenta el país en materia de asociaciones público privadas, el cual, sirve como un gran marco opcional que permite que el sector privado preste servicios al sector público o al usuario final en los que se utilice infraestructura provista, total o parcialmente por el primero.

A continuación las principales características y algunas de sus implicaciones para la inversión privada en México:

Transformación de PEMEX y CFE

Los organismos descentralizados denominados Petróleos Mexicanos (PEMEX) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE), se convertirán en Empresas Productivas del Estado (EPE's) a más tardar el 20 de diciembre de 2015.

El objeto principal de estas empresas, será la creación de valor económico e incrementar los ingresos de la Nación. Su organización, administración y estructura corporativa serán acordes con las mejores prácticas a nivel internacional y contarán con un régimen especial en materia de contratación de sus empleados, así como en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, presupuestaria, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto.

La anterior modificación implicará un cambio importante en las características que distinguen los regímenes de contratación gubernamental, puesto que será necesario dotar de mayor flexibilidad a los diferentes tipos de contratación e innovar y modernizar el régimen de responsabilidad de servidores públicos, de manera tal, que todas las decisiones que afecten el régimen interno de estas empresas así como; su actuación en el mercado, sea lo más similar al actual que se da en el sector privado. Esto implicará seguramente un cambio total en la estructura corporativa de estas dos empresas, que podría implicar su adelgazamiento y la eliminación de muchas de las trabas burocráticas con las que hoy difícilmente funcionan, con la intención de incorporarlas de manera eficiente a un mercado altamente competitivo.ⁱⁱ

Asignaciones y celebración de contratos

En tanto se lleve a cabo la transición, PEMEX y sus organismos subsidiarios tienen la facultad para recibir asignaciones (concesiones entre entes públicos), por parte de la Secretaría de Energía (SENER) y celebrar contratos con la Nación, o bien, con particulares en materia de exploración y extracción de hidrocarburos.

Una vez que PEMEX reciba dichas asignaciones, que constituyan el título jurídico originario para la realización de las actividades señaladas anteriormente, podrá proponer la migración de las mismas al régimen de contratos, y en tales casos, si decide contratar con particulares, deberá sujetarse a un procedimiento licitatorio conducido por la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH).

Para que a PEMEX le sean asignadas las actividades de exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, deberá acreditar a la SENER que cuenta con capacidad técnica, operativa, financiera y de ejecución para realizar la actividad de que se trate, de manera eficiente y competitiva. La solicitud deberá ser presentada a la SENER a más tardar el 21 de marzo de 2014 a fin de que ésta emita su resolución en un plazo de 6 (seis) meses a partir de la fecha de la solicitud.

Por su parte, la CFE podrá celebrar contratos con particulares en todas las actividades distintas a transmisión y distribución de energía eléctrica, entre las que se encuentran su generación y comercialización.

Como podrá advertirse, en cuanto se cumpla el régimen transitorio tanto PEMEX como la CFE pueden iniciar con la celebración de contratos con particulares en las actividades en las que ahora se permite su participación; exploración y extracción tratándose de hidrocarburos y todas las actividades distintas a transmisión y distribución tratándose de energía eléctrica. En este sentido, se estima que para agilizar la celebración de los procedimientos licitatorios, así como, de la celebración y ejecución de los contratos respectivos, podría utilizarse el régimen previsto en la Ley de Asociaciones Público Privadas, sin perjuicio que las nuevas leyes de la materia prevean la utilización de este régimen o, en su caso, establezcan un régimen especial cerrado en el que incluso estos mecanismos sean excluidos y por tanto solo se apliquen los previstos en las leyes secundarias.

Modalidades de contratación y pago

Las modalidades de contratación para llevar a cabo las actividades de exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, ya sean sólidos, líquidos o gaseosos serán, entre otras: (i) de servicios, (ii) de utilidad o producción compartida, o bien, (iii) de licencia, en el entendido que la Nación se reserva en todo momento la propiedad sobre todos los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en el subsuelo.

Este es uno de los temas que ha causado debate entre los interesados en el sector, puesto que, dependerá en gran medida de lo que se pacte caso por caso, para determinar si la utilización de estas modalidades incrementa los ingresos de la nación, cuestión que seguramente tendrá que ser analizada en perspectiva después de varios años de aplicación de los modelos.

Cabe señalar que las contraprestaciones que pagará el Estado por dichas actividades, ya sea, a sus EPE's, o bien, a los particulares serán, entre otras (i) en efectivo para contratos de servicios, (ii) con un porcentaje ya sea de la utilidad o de la producción obtenida para los contratos de utilidad y de producción compartida, respectivamente; (iii) con la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez extraídos del subsuelo para los contratos de licencia o (iv) cualquier combinación entre las anteriores.

Es importante destacar que estas no serán las únicas fórmulas de contraprestación, por lo que podrían usarse otros mecanismos para cubrirlas, basadas en estándares de cumplimiento en materia de calidad y oportunidad en la prestación del servicio, lo que coadyuvaría a contar con las mejores empresas del sector privado en la realización de estas actividades.

Iniciativas de Proyectos por parte del sector privado

Una de las innovaciones con las que cuenta la Ley de Asociaciones Público Privadas, es la posibilidad de que sea el sector privado quien presente una propuesta al sector público para desarrollar un proyecto (propuesta no solicitada) para que, una vez analizada por el ente público de que se trate, se determine su viabilidad y proceder a convocar un procedimiento licitatorio, en el que el particular contará con una ventaja en su propuesta económica establecida en ley, respecto del resto de las propuestas, en virtud de su aportación innovadora.

Lo anterior sin duda, incentivará al sector privado para detectar nuevos proyectos que por ahora no se han encontrado o no se cuenta con la suficiente información por parte del sector público, en algunas ocasiones, incluso, por falta de recursos, por lo que, esto asegurará y fomentará la unión de esfuerzos entre ambos sectores para hacer frente a más y nuevos proyectos.

Órganos Reguladores Coordinados en materia energética

La CNH y la Comisión Reguladora de Energía (CRE) serán los órganos reguladores y se coordinarán en materia energética; la primera se encargará de prestar asesoría técnica a la SENER, así como de la recopilación de información geológica y operativa, y de la

realización de licitaciones y suscripción de contratos para actividades de exploración y extracción de hidrocarburos.

Por su parte, la CRE se encargará de la regulación y el otorgamiento de permisos para el almacenamiento, transporte y distribución por ductos de petróleo, gas, petrolíferos y petroquímicos, así como de la regulación de acceso de terceros a ductos de transporte y almacenamiento de hidrocarburos y sus derivados, así como de la regulación de las ventas de primera mano de dichos productos. En materia de electricidad, se encargará de la regulación y el otorgamiento de permisos para la generación, así como las tarifas de porteo para la transmisión y distribución.

Creación del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo

En virtud de la reforma constitucional durante el 2014, se creará un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, en el cual, actuará como fiduciario el Banco de México (titular de todos los recursos aportados a dicho fideicomiso) y deberá iniciar operaciones en 2015.

En este fondo se recibirán administrarán y distribuirán todos los ingresos que correspondan al Estado derivados de las asignaciones y contratos en materia de exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, con la finalidad de no solo generar estabilidad al país, si no, un crecimiento direccionado, ya que, sus recursos se destinarán no solo a realizar los pagos establecidos en las asignaciones y contratos, si no a generar ahorros de largo plazo; destinar fondos a investigación en materia de hidrocarburos, sustentabilidad energética y fiscalización petrolera; contribuir al presupuesto de egresos de la federación; y en casos especiales, contribuir al fondo para el sistema de pensión universal, financiamiento de proyectos de inversión de ciencia, tecnología e innovación y energías renovables, fondeo de un vehículo de inversión especializado en proyectos petroleros e incluso, becas para la formación de capital humano en universidades y posgrados, proyectos de mejora a la conectividad y desarrollo regional de la industria.

El fondo contará con un Comité Técnico integrado por los titulares de las Secretarías de los ramos en materia de Hacienda (quien fungirá como presidente del comité) y Energía, así como, el Gobernador del Banco de México y cuatro miembros independientes nombrados por el Ejecutivo Federal con aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República.

Creación del Centro Nacional de Control de Gas Natural (CNCGN) y del Centro Nacional de Control de Energía (CNCE)

Tanto el CNCGN como el CNCE serán organismos públicos, deberán ser creados en un plazo de 12 (doce) meses contados a partir de la entrada en vigor de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y de la Ley Reglamentaria de la Industria Eléctrica, respectivamente.

El CNCGN se encargará de la operación del sistema nacional de ductos de transporte y almacenamiento, y por su parte el CNCE se encargará del control operativo del sistema eléctrico nacional; de operar el mercado eléctrico mayorista; del acceso abierto y no

indebidamente discriminatorio a la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución, entre otras.

Creación de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente

La Agencia será un órgano desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y se encargará de la regulación y supervisión de las instalaciones y actividades del sector de hidrocarburos en materia de seguridad industrial, operativa y protección al ambiente.

Reportes contables

Tanto las EPE's que cuenten con asignación o celebren un contrato con el Estado para actividades de exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, como los particulares que celebren contratos ya sea con el Estado o con alguna de sus EPE's, podrán reportar para efectos contables y financieros, la asignación o contrato respectivo y sus beneficios esperados, lo cual constituye un régimen intermedio entre el existente en algunos países en el que las empresas encargadas de la exploración y extracción se les considera propietarias de esos recurso y aquellos otros regímenes en donde la restricción es absoluta.

Consideraciones generales

Seguramente el período de sesiones del Congreso que inicia en el mes de febrero, será intenso por la cantidad de leyes secundarias que deben aprobarse, no solamente en este sector, sino, en otros tan delicados como el de las telecomunicaciones, por lo que, una vez que se cuente con los textos ya aprobados podremos entender las particularidades que regirán la participación de la iniciativa privada en el sector energético.

Fin de la primera parte

ⁱ La reforma constitucional entró en vigor al día inmediato siguiente de su publicación.

ⁱⁱ El artículo 10 de la Ley de Asociaciones Público Privadas que entró en vigor en enero de 2012, señala que los esquemas de asociaciones público-privadas previstos en dicha ley, son opcionales y podrán utilizarse en relación con actividades cuya legislación específica prevea la libre participación del sector privado.