

**LA COMISIÓN
NACIONAL DE
HIDROCARBUROS**
Y EL DEBATE DE LAS AUTONOMÍAS
¿NECESARIAS?

.....

JOSEFINA CORTÉS CAMPOS

México 2013

D.R. 2013, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.
(CIDAC)

Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso
Col. Los Morales Polanco, 11510 México, D.F.
T. +52 (55) 5985 1010
www.cidac.org

Diseño por Magdalena Lara Monroy

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

El documento en formato digital se encuentra disponible en: <http://www.cidac.org> <http://reddecompetencia.cidac.org>

“Este documento ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos a través de la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID). Su contenido es responsabilidad del autor y no refleja necesariamente el punto de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.

ACERCA DEL CIDAC

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es un *think tank* independiente, sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazo. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad. El CIDAC cuenta con un patronato responsable de la supervisión de la administración del Centro y de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como sus publicaciones, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

ACERCA DE LA RED MEXICANA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

La Red mexicana de Competencia y Regulación es un proyecto que reúne a destacados profesionales de varias instituciones que comparten su interés por el análisis de las cuestiones de competencia y regulación de la economía mexicana.

LA COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS Y EL DEBATE DE LAS AUTONOMÍAS ¿NECESARIAS?

JOSEFINA CORTÉS CAMPOS^{1*}



¹ * Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora e Investigadora del Departamento de Derecho del ITAM. Agradezco el análisis, las precisiones y los comentarios que realizaron a lo largo de este trabajo los abogados especialistas del sector Dr. David Enríquez Rosas y Mtro. Rogelio López Velarde.

1. RESUMEN INSTITUCIONAL

En los próximos meses se discutirá de nueva cuenta en nuestro país la reforma energética teniendo al sector de los hidrocarburos como protagonista. Tal y como ha ocurrido en las reformas recientes de telecomunicaciones y competencia económica, y de la misma forma en que se implementó la reforma de 2008 para el sector energético, uno de los ejes de discusión será sin lugar a dudas el relativo al marco institucional y a la necesaria autonomía de los órganos reguladores (específicamente la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos –CNH-). En este trabajo se analiza si efectivamente es preciso recurrir al reforzamiento de la CNH otorgándole mayor autonomía; lo anterior, como condición de eficacia de la reforma sectorial.

Una de las conclusiones centrales que se obtienen de este estudio es que en 2008 la CNH nace ya como un órgano desconcentrado con autonomía reforzada, de tal forma que no puede aplicarse a este órgano una adecuación normativa como la que ocurrió en telecomunicaciones y competencia, a través de la cual los reguladores de esos sectores se transformaron en órganos constitucionales autónomos; en sentido distinto, debe procederse en primer término a modificar el modelo y la visión regulatoria con la que ha ejercido sus atribuciones la CNH, un modelo que fue fincado de manera atípica bajo la idea de “Un regulador para un único regulado”, propiciándose con ello sobre regulación, inseguridad jurídica e ineficiencia operativa para Pemex; y redundancia de atribuciones respecto de la Secretaría de Energía; contribuyendo todo a generar un difícil escenario de legitimación para la CNH en su carácter de regulador técnico.

Algunas de las recomendaciones que se formulan parten de la consideración de que las estrategias de “reordenación” de las atribuciones de la CNH, ya sea con el propósito de precisar el alcance de sus competencias, o bien con el objetivo de variar el modelo institucional del regulador, no pueden quedar referidas a un único plano normativo o de política pública. Se requiere de una estrategia multidimensional que considere cuando menos el plano legislativo; el plano de normación administrativa-reglamentaria; concretos mecanismos de coordinación interinstitucional; y también la dimensión presupuestal.

SUMMARY

In the forthcoming months, energy reform will be discussed once more in our country, focusing on hydrocarbons. As was the case of the recent reforms in the fields of telecommunications and economic competition, or in the implementation of the 2008 energy reform, one of the main topics of discussion will undoubtedly be the regulatory framework and the necessary autonomy of regulatory entities (namely, the Energy Regulatory Commission and the Mexican National Hydrocarbons Commission, NHC). In this paper, we question whether it is necessary to reinforce the NHC - by granting it further autonomy - in order to have an effective energy reform.

A central conclusion of this study is that, since the NHC originated as a decentralized entity (“órgano desconcentrado”) with reinforced autonomy, a reform similar to those in tele-

communications and economic competition is inapplicable. In those cases, the regulatory bodies were transformed into constitutionally autonomous entities. Instead, NHC's whole model and regulatory approach will have to be modified. This model was established under the principle of "one supervisor for one supervised," originating overregulation, juridical uncertainty, and the operative inefficiencies for PEMEX. In addition, there was a supervisor's redundancy with respect to the Secretary of Energy. All this contributed to weaken NHC's position as a regulatory entity.

Some recommendations presented here are based on the premise that the reorientation of the NHC's role, whether to specify its scope or modify its regulatory framework, cannot be produced by a single law reform or a change in public policy. A multidimensional strategy is called for, taking into account the legislative, regulatory and administrative field, as well as some specific mechanisms for inter-agency coordination, and budgetary aspects.

2. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, las reformas recientes sobre sectores claves de la economía nacional como los de telecomunicaciones, energía, y competencia económica, han operado sobre distintas dimensiones: a) la sustantiva: que suele asociarse a un catálogo de nuevos derechos tutelados que surgen a raíz del cambio estructural; b) la adjetiva: dirigida a operar sobre los procedimientos administrativos, judiciales y, en algunos casos, sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos, a fin de garantizar eficazmente la tutela de los derechos de los agentes económicos involucrados en los procesos y, con ello, resguardar también la naturaleza de orden público que le es inherente a estos últimos; c) la regulatoria: que pretende incidir a través de distintos mecanismos de regulación a fin de garantizar *ex ante* y *ex post* que los sectores económicos funcionen en competencia (P/e eliminación de barreras de entrada, regulación asimétrica, regulación de precios, sanciones, etc.); d) la institucional: cuyo objetivo central consiste en lograr el fortalecimiento de los órganos reguladores que ejercen atribuciones en tales sectores a fin de blindarlos políticamente y asegurar que el ejercicio de sus competencias sea desplegado con fundamento en su capacidad técnica; y e) la de política pública: orientada a señalar acciones y metas concretas de corto, mediano y largo plazo que han de incorporarse como medidas de acompañamiento de la política de reestructuración sectorial.

De los cinco ejes antes señalados, es necesario para este trabajo referirse particularmente al que se ocupa del marco institucional para abundar en la forma en la que éste puede condicionar el éxito de las reformas estructurales. Lo anterior, puesto que tal y como se señala en la literatura especializada de los últimos treinta años, a fin de garantizar el adecuado desenvolvimiento de los procesos de apertura sectorial y defensa de la competencia siempre será indispensable un ambiente institucional fuerte que pueda incidir en industrias monopolizadas y verticalmente integradas.

Fundamentalmente son dos los tipos de instituciones que resultan centrales en los procesos de reestructuración sectorial y que ejercen atribuciones ya sea como "policías" o,

bien, como “jueces” del mercado. Por un lado las comisiones reguladoras (de los sectores que son desregulados y en lo que se ha procedido a la apertura de inversión privada) y, por otro lado, los órganos de defensa de la competencia; en ambos casos las decisiones de los órganos deberán estar dotadas al mismo tiempo de racionalidad técnica y firmeza política².

Al respecto, se hace notar que existe consenso entre los especialistas en que los reguladores, si bien son necesarios, deben comprometerse a un no-intervencionismo y a una política de fomento a la competencia³; así, resultará indispensable contar con órganos públicos neutrales, respetuosos del mercado y de las iniciativas económicas sociales.

La relevancia y la necesidad de considerar siempre a la dimensión institucional, cuando de reformas estructurales se trata, no ha pasado inadvertida en nuestro país y puede corroborarse al analizar las reformas constitucionales que en el marco del “Pacto por México” han ocupado el debate legislativo más reciente; por ejemplo, la reforma de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia; y, en los próximos meses, la de energía.

Así, por ejemplo, el Pacto por México señala como parte de los Compromisos 37 y 40, respectivamente, el fortalecimiento de la Comisión Federal de Competencia y el reforzamiento de la autonomía de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Tales compromisos políticos se tradujeron en un texto normativo, de rango constitucional, que configura a los citadas Comisiones como órganos constitucionales autónomos, solución normativa que ha generado un intenso debate entre los especialistas respecto de su justificación y pertinencia puesto que, como se ha señalado en otras contribuciones, la creación de autonomías tanto legales como constitucionales, especialmente de órganos administrativos, puede no resultar en el conjunto una arquitectura institucional adecuada para una operación eficaz del Estado mexicano y sí puede comprometer, en cambio, la gobernabilidad.⁴

Es precisamente a partir del antecedente constitucional referido, de las reflexiones que se generaron en diversos debates públicos, y de considerar que también como parte del Pacto (Compromiso 58) se señala el objetivo de fortalecer a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, que es necesario reflexionar sobre si efectivamente la citada Comisión requiere ser fortalecida y, de ser el caso, cuáles serían las vías sugeridas; son estos los objetivos del presente estudio.

² Vid. Ariño Ortiz, G. (1996:74 y ss.).

³ Fignon Dominique (1998), “Why divertitisy will persist in the European Electricity System?”, II Conferencia Internacional de Organización Industrial: La liberalización del sector eléctrico, Universidad Carlos III de Madrid. El autor; utiliza como caso paradigmático al modelo inglés cuyas características institucionales han posibilitado la consolidación de las reformas estructurales experimentadas en diversos sectores: Así, los derechos de propiedad de los activos del sistema estaban en manos del gobierno; a su vez, los poderes regulatorios y legislativos estaban centralizados, y sin la interferencia de los gobiernos regionales; y finalmente, se contó con un poder judicial en el que no existe un mecanismo para apelar una ley a través de los tribunales.

⁴ Vid. CORTÉS CAMPOS, J. (2006). «←La descentralización de funciones y la eficacia de la administración pública→», en El Derecho administrativo en México: tendencias actuales, *Documentación Administrativa*, No. 273, septiembre-diciembre 2006, p. 41-60, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Madrid, España. Véase también, LÓPEZ AYLLON, S.; ROLDÁN XOPA, J.; CORTÉS CAMPOS, J., “Documento que sobre el impacto jurídico e institucional de la reforma en materia de telecomunicaciones se presenta a los Foros Públicos del Senado de la República para analizar la minuta en telecomunicaciones”, abril 2013.

3. LA COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS. DATOS RELEVANTES DE SU CREACIÓN COMO ÓRGANO DESCONCENTRADO

En el marco de la reforma energética de abril de 2008, en materia de hidrocarburos, se consideró necesaria la creación de un órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, dotado de autonomía técnica y operativa, a fin de garantizar en el mediano y largo plazos la seguridad energética del país y proveer el apoyo indispensable para fortalecer al Estado como rector de la industria petrolera. Fue así que el 28 de noviembre de ese mismo año, a través de una Ley que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, se creó la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH).

De acuerdo a la Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (LCNH), artículos 1 y 2, las competencias de tal órgano desconcentrado se dirigen a regular y supervisar la exploración y extracción de carburos de hidrógeno que se encuentren en mantos o yacimientos, cualquiera que fuere su estado físico, incluyendo los estados intermedios, y que compongan el aceite mineral crudo, lo acompañen o se deriven de él, así como a regular y supervisar las actividades de proceso, transporte y almacenamiento que se relacionen directamente con los proyectos de exploración y extracción de hidrocarburos.

En términos generales, para la consecución de su objeto, la CNH deberá ejercer sus funciones, procurando que los proyectos de exploración y extracción de Petróleos Mexicanos y de sus organismos subsidiarios se realicen en congruencia con las siguientes directrices (artículo 3):

- Elevar, a largo plazo y en condiciones económicamente viables, el índice de recuperación, así como la obtención del volumen máximo de petróleo crudo y de gas natural de los pozos, campos y yacimientos abandonados, en proceso de abandono y en explotación.
- Reponer paulatinamente las reservas de hidrocarburos, como garantes de la seguridad energética de la Nación, a partir de los recursos prospectivos, con base en la tecnología disponible y conforme a la viabilidad económica de los proyectos.
- Utilizar la tecnología más adecuada para la exploración y extracción de hidrocarburos, en función de los resultados productivos y económicos.
- Proteger el medio ambiente y lograr la sustentabilidad de los recursos naturales en exploración y extracción petrolera.
- Realizar la exploración y extracción de hidrocarburos, cuidando las condiciones necesarias para la seguridad industrial.
- Reducir al mínimo la quema y venteo de gas y de hidrocarburos durante su extracción.

En una primera revisión de los fines y las competencias señalados, y más allá de que se pueda coincidir en la relevancia de los funciones y fines atribuidos a la CNH, es factible señalar que no estamos frente a un órgano regulador tradicional, cuando menos en los términos descritos en la primera sección de este trabajo, puesto que no sólo se trata de un órgano que

no regula a un sector desde la perspectiva del mercado y la competencia económica -de hecho no podría hacerlo en la medida en que está regulando a un solo operador que desarrolla sus actividades productivas en un segmento señalado por la Constitución mexicana como área estratégica; se trata de un regulador, para un solo regulado-, sino que además ejerce múltiples funciones regulatorias en áreas como los de medioambiente, seguridad industrial, tecnología, proyectos de exploración y extracción de hidrocarburos, reservas; etc. Todo bajo la etiqueta organizativa de la “desconcentración administrativa”.

Tal escenario impide, en primer término, referirse a este órgano en los mismos términos que otros reguladores como los de telecomunicaciones y el de competencia –recientemente reformados- y exige, en consecuencia, una revisión más detallada de su naturaleza jurídica, de sus competencias y, particularmente, de la forma en que se han venido ejerciendo tales atribuciones. Por esta vía, afirmar que la autonomía de la CNH requiere ser reforzada o no, será una cuestión de resultado y no de principio.

3.1 EL DEBATE LEGISLATIVO: UNA CUESTIÓN DE “ETIQUETA”

Si bien el análisis del proceso legislativo a la luz de los debates parlamentarios y de lo señalado en las exposiciones de motivos que acompañaron a los diversos proyectos de Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (LCNH) no tiene fuerza vinculante, sí permite extraer algunos elementos para el análisis de autonomía del citado órgano.

En primer lugar, puede afirmarse que la LCNH vigente es resultado del “pacto político” del PRI y el PAN que si bien permitió sacar adelante las reformas, dejó también zonas de incertidumbre normativa (abiertas a interpretación) en lo relativo al alcance de la autonomía y de las atribuciones de la CNH lo que, como se verá más adelante, opera en detrimento de la seguridad jurídica del regulado (Pemex y, particularmente, Pemex Exploración y Producción –PEP-).

La propuesta presentada por el Ejecutivo Federal tenía como objetivo crear un órgano que, utilizando en su forma tradicional a la desconcentración administrativa, sirviera de apoyo técnico para la Secretaría de Energía (Sener). En contraste, la iniciativa presentada por el grupo parlamentario del PRI, en ese entonces partido de oposición, contenía diversas facultades que concebían a la CNH como un órgano regulador con mayor independencia del poder central y que estaría dotado de facultades de sanción, mayores facultades de emisión de normas, así como atribuciones de verificación, revisión y control.⁵

El acuerdo político al que nos referimos antes consistió en establecer a la CNH como un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal (APF); lo anterior pretendiéndose adoptar un punto medio entre la creación de un órgano de apoyo técnico y un órgano regulador sectorial. Sin embargo, tal y como anticipamos el denominado “punto medio”, útil como acuerdo político, resultaría un riesgo desde la perspectiva de la legalidad y en tanto fueran generadas zonas de incertidumbre por “indeterminación normativa” que podrían operar previsiblemente en detrimento de la seguridad jurídica del ente regulado.

⁵ Puede afirmarse que el proyecto del PRI, a la luz de las competencias que fueron asignadas a la CNH, fue el que tuvo mayor influencia sobre el proyecto finalmente aprobado por el Congreso; de hecho, es notorio que en el ejercicio de tales competencias, e incluso en ausencia de norma expresa, la CNH parece tener como fundamento o memoria histórica de su actuación el proyecto legislativo del PRI. Esto se puede corroborar, por ejemplo, cuando la CNH pretende regular en materia de certificación de reservas las características para calificar a los terceros independientes, en ausencia de norma escrita.

Más concretamente, respecto del tema de la autonomía y la forma en que la desconcentración administrativa podría garantizarla, los legisladores de uno y otro partido, desafortunada, pero previsiblemente, no entraron al análisis respecto del tipo de facultades que esperaban que la misma ejerciera. En sentido diverso, se enfocaron en discutir la posición que la Comisión tendría dentro de la Administración Pública Federal (APF) quizá influidos por el debate judicial que tuvo lugar respecto del alcance de las atribuciones de Cofetel y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) y en el que la Suprema Corte de Justicia confirma a través de diversos criterios la autonomía técnica y de gestión de ese órgano respecto de la SCT.

En suma, en el debate legislativo no se hizo mención a facultades en especial, sino solamente al hecho de si la CNH debería ser un órgano desconcentrado o un órgano descentralizado del Gobierno Federal, una cuestión “de meras etiquetas”.

En las condiciones descritas, es claro que a partir del proceso legislativo y de la Exposición de Motivos de la Ley de la CNH no puede delimitarse ni el alcance de la desconcentración administrativa que caracteriza a la CNH, ni el de las atribuciones con las que cuenta tal órgano, lo que exige un análisis complementario.

3.2 LA DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA COMO CATEGORÍA NORMATIVA ¿UN PARÁMETRO DE REFERENCIA?

La Constitución mexicana, en su artículo 90, establece lo siguiente:

Artículo 90.- La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado.

A partir de los límites constitucionales señalados, se observa en primer término que la actividad administrativa puede desempeñarse por dos vías. A través de una organización sistematizada bajo la línea de jerarquía, poder de mando y centralización —bajo este esquema el Ejecutivo y los Secretarios de Estado ejercen el control directo de las actuaciones de los órganos administrativos subordinados—; o bien, mediante diversas organizaciones que podrían clasificarse como *autonomías graduables* —autonomía constitucional, descentralización, no sectorización, y, en ciertos casos, desconcentración— en las que suelen romperse, en mayor o menor medida, las líneas de jerarquía respecto del poder central⁶. Analicemos más de cerca a la *desconcentración administrativa*⁷.

⁶ Un dato adicional que es pertinente señalar es que, bajo el modelo de organización administrativa determinado por la Constitución, a la APF la caracterizarán relaciones interorgánicas entre la Administración Pública Centralizada y la Paraestatal; lo anterior significa que el modelo de organización administrativa, para su mayor eficacia, operará bajo esquemas de convergencia de atribuciones y mecanismos de coordinación interinstitucional; es al legislador a quien corresponderá determinar “las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado”.

⁷ Los elementos y características que se explican en este apartado derivan del estudio titulado, *Mejora Regulatoria y Orden Jurídico*

En primer lugar, deben distinguirse los ámbitos en que se discute el tema, esto es si el discurso de referencia es doctrinal, o bien si es normativo. Lo anterior, toda vez que la confusión de ambos niveles y la traslación de los conceptos y las categorías puede conducir a resultados erróneos.

La Doctrina explica, por ejemplo, desde un plano funcional, que “En los regímenes intensamente centralizados se han suscitado numerosos problemas con la actuación de ciertos organismos administrativos a los cuales es necesario dotar de una útil libertad de movimiento y responsabilidad. La complejidad creciente de los problemas económicos, el aumento de la burocracia y de la población, las exigencias desorbitadas de las leyes administrativas y el creciente intervencionismo de Estado, obligan al poder público a un desplazamiento o desprendimiento de facultades o poderes de los propios órganos centralizados”⁸.

A la luz de los diversos planteamientos doctrinales (como los de Serra Rojas, Acosta Romero, Sayaguez Lazo, y Delgadillo y Lucero) es factible señalar que la desconcentración parece cumplir la función de atenuar los inconvenientes de la centralización cuando se requiere mayor efectividad de actuación con fundamento en consideraciones de carácter técnico⁹. Bajo tal consideración podría pensarse entonces que en nuestros días, a propósito de la desconcentración administrativa, no hay mayor novedad si se toma en cuenta que desde los años 70's la desconcentración ha existido como forma de organización de la Administración Pública; en otras palabras si lo que ocurre es sólo un incremento en el número de órganos desconcentrados, no habría mayor novedad que relatar por los estudiosos de la materia.

Sin embargo, la doctrina citada no alcanza a registrar el fenómeno más reciente derivado precisamente de la desconcentración administrativa y que se trata fundamentalmente de una transformación de las características tradicionales de los órganos desconcentrados, que no es nominativa, ni cuantitativa, sino que plantea una reforma en la gestión de los asuntos públicos, en la forma de estructuración y organización de la Administración Pública, en el ejercicio de las funciones administrativas por el Ejecutivo, en la conformación de la relación entre el tipo de personas o élites que integran los órganos y los sectores a los que se regulan; y, en definitiva, en el arreglo constitucional de los poderes públicos.

El término que mejor podría expresar y sintetizar el fenómeno anotado es el de “autonomía potenciada de los órganos” que logra debilitar las típicas relaciones de jerarquía que caracterizan a la administración pública centralizada. Una autonomía, sin embargo, gradual y casuística, pero que permite marcar distancias con los típicos órganos desconcentrados que, a lo largo del desarrollo de la Doctrina administrativista, han sido caracterizados por la subordinación jerárquica respecto de la dependencia (Secretaría de Estado) en cuya estructura se encuentren.

La autonomía a la que nos referimos, se muestra claramente como una tendencia en el modo de organizar la función administrativa de los últimos regímenes gubernamentales (las

Administrativo Federal, ITAM-COFEMER, *Revista Este País*, VVAA., noviembre de 2002.

⁸ Vedel, *Droit administratif*, cit. por Serra Rojas, A., op. cit., p. 517.

⁹ En los regímenes intensamente centralizados se han suscitado numerosos problemas con la actuación de ciertos organismos administrativos a los cuales es necesario dotar de una útil libertad de movimiento y responsabilidad [...] La complejidad creciente de los problemas económicos, el aumento de la burocracia y de la población, las exigencias desorbitadas de las leyes administrativas y el creciente intervencionismo de Estado, obligan al poder público a un desplazamiento o desprendimiento de facultades o poderes de los propios órganos centralizados. Cfr. Vedel, *Droit administratif*, cit. por SERRA ROJAS, A., op. cit., p. 517.

presidencias de Carlos Salinas, Ernesto Zedillo, Vicente Fox y Felipe Calderón) y particularmente se presenta para órganos para hacerse cargo de la regulación y vigilancia de sectores claves de la economía nacional (Comisión Nacional Bancaria y de Valores –CNBV-, Comisión Reguladora de Energía –CRE-, COFETEL, Comisión Federal de Competencia –CFC-, y como se verá más adelante la propia CNH).

En los casos citados es posible apreciar como constante la idea de que para el mejor funcionamiento de las instituciones públicas, para una actuación más eficaz y eficiente de la Administración Pública¹⁰, debe garantizarse un ámbito de actuación de los órganos que permita llevar a cabo sus tareas en condiciones de ausencia o menor injerencia de la “política”, y, por el contrario, un espacio de libertad que permita que la “técnica” sea el ámbito de decisión administrativa¹¹. Sin embargo, se hace notar que los órganos desconcentrados con autonomía potenciada no son uniformes puesto que responden a distintas formas de relación con los órganos centralizados y adquieren un cúmulo de atribuciones –también variables- que no se explican ya por una relación de “delegación” de atribuciones de los poderes centrales a los desconcentrados, sino que se les ha dotado *ex novo* de atribuciones que no correspondían a los órganos centrales y que van reuniendo, también gradualmente, atribuciones legislativas, jurisdiccionales y administrativas de carácter originario, lo que en muchos casos les permitirá ejercer sus competencias sin habilitación previa del poder central (P/e Secretaría de Estado).

Frente a este escenario es pertinente plantearse la pregunta de ¿Qué explica que bajo una misma fórmula de organización administrativa (la desconcentración) puedan agruparse órganos de diversa índole por lo que a su autonomía se refiere? La respuesta a tal pregunta la da el derecho positivo.

La desconcentración administrativa se incorporó como figura del derecho positivo con la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) en 1976. El artículo 17 del citado ordenamiento, hoy vigente, señala lo siguiente:

Artículo 17.- Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, Las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos, podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

¹⁰ Al respecto, conviene señalar que la gestión eficaz de un Gobierno, depende en gran medida de su Administración Pública, porque es precisamente a la organización administrativa a la que, como principal instrumento de la función del Estado, y como soporte primario de prestaciones, se encomienda la ejecución de los postulados constitucionales y de las políticas públicas de origen legislativo; de ahí que en diversos estudios generados en el marco de cambios sexenales que impactan en la administración central, y que suelen responder a la denominada *Reforma del Estado*, se ha afirmado que el fracaso de la transición a un escenario democrático está garantizado cuando se propician sistemas administrativos autoritarios, intervencionistas y plenamente centralizados. Vid. VVAA, COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA REFORMA DEL ESTADO, México 2001; y Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «La Administración Pública en la llamada crisis del Estado Social de Derecho», en *Fragments de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 203-216.

¹¹ Nótese que si bien es cierto que la elección de fórmulas organizativas debe orientarse por una política pública adecuada para propiciar la eficiencia y eficacia de las acciones de Gobierno, a la luz de las relaciones inter e intra administrativas podría resultar inviable proceder, tanto a una descentralización irreflexiva de las funciones administrativas, como a una centralización rígida de funciones administrativas. En los extremos, lejos de conducir a la Administración Pública Federal a niveles de máxima eficacia se potenciaría una ruptura de la lógica normativa que inspira a las diversas formas de organización administrativa, conduciendo a la Administración Pública, y a cada uno de los órganos que la conforman, a la inoperancia y a la dilución de las políticas públicas administrativas.

Del análisis de la norma citada, se advierte que la única nota distintiva que la LOAPF asigna a los órganos desconcentrados es la subordinación jerárquica; el resto de los elementos son comunes a cualquier órgano administrativo en tanto que lo propio de tales entes debiera ser operar eficaz y eficientemente, con facultades específicas para resolver sobre cierta materia, en cierto territorio y conforme a las disposiciones legales aplicables.

En otras palabras, el legislador por la vía de la desconcentración administrativa diseñó una categoría organizativa estándar –por no decir hueca– y altamente maleable propiciando que aun cuando una variedad de órganos puedan agruparse bajo una etiqueta organizativa de “desconcentración”, en sentido estricto pueden existir claras diferencias entre los mismos. En tales condiciones la sólo etiqueta de *órgano desconcentrado* no ofrece tampoco un parámetro cierto para medir la autonomía del órgano que se analiza, en este caso la CNH.

4. EL TEST DE AUTONOMÍA A LA LUZ DE LOS PODERES DERIVADOS DE LA SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA

Una vía alternativa para evaluar la autonomía que cualifica a la CNH, más allá de los debates legislativos, de la doctrina y de la sola calificación jurídica de “órgano desconcentrado” por parte del derecho positivo, resulta de analizar a la luz del derecho positivo, y con apoyo en criterios generados por la doctrina administrativa, cada uno de los poderes derivados de la relación de jerarquía para detectar el grado de autonomía que a dicho órgano le fue atribuido por el legislador. Con ello se descarta el mero análisis terminológico evitando que la discusión se cierre en los conceptos como “autonomía técnica”¹², “autonomía operativa”¹³, o “autonomía funcional”¹⁴; así el significado de los términos anteriores será el resultado del análisis y no su presupuesto.

Los criterios con los que la doctrina administrativa realiza tradicionalmente el análisis orgánico al que nos referimos son los siguientes¹⁵:

1. Nombramiento/Remoción: La designación de los titulares es uno de los elementos más importantes puesto que a través de ellas se van integrando los canales o cauces en el ejercicio del gobierno. Quien tiene el poder de nombramiento cuenta con la posibilidad de integrar las éli-

¹² Se encuentra presente en los casos de la Comisión Federal de Competencia (art. 23 LFCE), Comisión Reguladora de Energía (artículo 1o. de la LCRE), COFETEL (Artículo 1o. de la Ley Federal de Telecomunicaciones), CONSAR.

¹³ Se encuentra en los casos de la CFC, CRE, COFETEL, CONSAR.

¹⁴ En el caso de la CONSAR la considera como un órgano con “competencia funcional propia”.

¹⁵ Para esta sección Víd. Cortés Campos, J. *La descentralización de funciones y la eficacia de la administración pública*, en *El Derecho administrativo en México: tendencias actuales*, Documentación Administrativa, No. 273, septiembre-diciembre 2006, p. 41-60, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Madrid, España.

tes que ejercen el poder estatal; por esta vía se señalan a las personas que habrán de ejecutar, orientar o decidir las políticas, las regulaciones, los actos de administración pública; además, se integran los equipos, se afianzan los compromisos, se pactan acuerdos, etc.

El poder de nombramiento tiene su máxima expresión cuando quien lo ejerce tiene una libertad absoluta para decidir quién ocupa el cargo, cuáles son sus características personales (edad, profesión, sexo, nacionalidad, etc.) y tiene además un poder absoluto para removerlo; un poder así establecido es el terreno de la más absoluta discrecionalidad. Si bien existen casos en donde la situación anterior se presenta (normalmente en los casos de Delegaciones de las Secretarías de Estado en los estados de la federación o regiones del país), también se presenta una tendencia a limitar el poder de nombramiento a través de diversas formas llegando a eliminar, incluso, el poder para designar a la totalidad de los integrantes de los máximos órganos de gobierno. Los criterios de nombramiento más comunes son: nombramientos por cualidades o características personales, nombramientos sujetos a ratificación o aprobación, remoción limitada por temporalidad en el nombramiento o sujeto al caso de causas graves que la justifiquen.

2. Limitaciones en atención a características personales: Se presentan dos situaciones:

A) Aquéllas en donde no se requiere de algún requisito: Este supuesto se presenta cuando el ordenamiento que establezca o regula a los órganos desconcentrados no establece específicamente la necesidad de que el titular o integrantes de los cuerpos colegiados del órgano cumplan con algún requisito personal. En tales casos se aplican limitaciones generales, que en el caso federal son las señaladas en la Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos, en particular destacan los casos de prohibición del nepotismo¹⁶.

B) Aquéllas en donde se requiere del cumplimiento de requisitos expresamente señalados. En estos casos pueden referirse a nacionalidad, edad, profesión o experiencia en la materia.

3. Poder de decisión o mando: Una de las características particulares de la organización administrativa es la existencia de la regla de la instrucción existente entre órganos superiores e inferiores. De esta suerte, el órgano superior instruye, ordena, manda, decide, acerca de la actuación de los órganos inferiores, éstos últimos tienen pues una situación subordinada.

El diseño de los órganos desconcentrados cuyo fundamento es el artículo 17 de la LOA-PF es precisamente ese, tales órganos se encuentran subordinados jerárquicamente al titular de cada Secretaría de Estado. Lo anterior significa que el Secretario correspondiente cuenta con atribuciones para instruir a los titulares de los órganos desconcentrados acerca de su actuación. El poder de mando se expresa así, en el proceso de creación de los actos de la administración en los cuales la instrucción decide el sentido de los mismos. Otra faceta se

¹⁶ El artículo 47 de la Ley señala:

XVII.- Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII.

XIII.- Excusarse de intervenir en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellos de los que pueden resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte”

da después de la emisión del acto a través de la revisión, revocación o disciplina.

El poder de instrucción o mando se rompe cuando se otorgan atribuciones a los órganos desconcentrados para decidir sus propias resoluciones sin estar sujetos a las instrucciones de los órganos superiores de la dependencia o entidad de la cual forman parte. El fenómeno anterior se presenta con el otorgamiento de competencias propias cuyo ejercicio y decisión compete a los mismos. Así pues, mientras los órganos desconcentrados típicos “funcionaban” con atribuciones correspondientes a las propias Secretarías a las cuales la ley les otorgaba su competencia, en los órganos desconcentrados de nuevo tipo sus atribuciones provienen de una fuente originaria: la ley. Su fundamento pues, no es ya el artículo 17 de la LOAPF, sino, generalmente, una norma del mismo rango (LCNH). Tales disposiciones no contienen la regla expresa de subordinación como sí lo hace la LOAPF.

4. Poder de Revisión: Este poder se expresa en dos momentos: previo al acto y posterior al acto. En el primer caso se expresa sometiendo a consideración el proyecto de decisión al superior, o bien cuando éste lo requiera, y una vez que éste lo haya aprobado el órgano estaría en posibilidad de emitirlo; en el segundo caso, la revisión del acto una vez emitido puede ser revisado por el superior, sea por vía de recurso o incluso de manera oficiosa. En ambos casos el facultamiento del superior debe ser expreso.

En el caso de la desconcentración administrativa típica los reglamentos interiores sujetaban las decisiones de los órganos desconcentrados a la revisión de los órganos centrales; sin embargo, bajo la nueva categoría de órganos desconcentrados autónomos, la revisión en sede administrativa ya no la hace el poder central sino el propio órgano desconcentrado (LFPA), para después aplicar la vía contenciosa administrativa.

5. Poder disciplinario: En cuanto al régimen de responsabilidades de los servidores públicos de la administración pública deben distinguirse, para efectos de este trabajo, aquéllos que se resuelven en sede administrativa y aquéllos que se tratan en sede legislativa, que por no derivar de la relación jerárquica quedan fuera del presente estudio¹⁷.

En cuanto al régimen de responsabilidad en sede administrativa, el examen abarca los órganos administrativos competentes para conocer de responsabilidades de los servidores públicos y cuál es la ubicación de los órganos de vigilancia y fiscalización.

6. Poder de información: El asunto es relevante por dos razones; en primer término lo propio de los órganos desconcentrados de nueva creación, particularmente los reguladores, están facultados de amplios poderes de requerir información a las distintas entidades y dependencia de su sector; adicionalmente, y en su relación con el Ejecutivo, resulta que en la medida en que el Presidente de la República tiene la obligación de informar por escrito anualmente al Congreso del estado general que guarda la administración pública del país (artículo 69 de la Constitución), debe estar en condiciones de hacerlo y para ello debe requerir información tanto a la adminis-

¹⁷ En términos generales, el caso de procedimientos disciplinarios en sede legislativa, los Comisionados, vocales, de órganos colegiados, Presidentes o directores generales de órganos desconcentrados no están comprendidos dentro de los funcionarios sujetos a juicio político, como sí lo están los directores generales y sus equivalentes de organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos y que pueden llegar a ser sancionados con la destitución e inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público (artículo 110 constitucional, párrafos primero y tercero).

tración pública central como la paraestatal, los funcionarios de ésta están obligados a proporcionársela (salvo aquélla que esté específicamente tutelada por algún deber de confidencialidad)¹⁸. Así pues, si es el caso de que no haya disposición específica en las leyes que regulan a los órganos en cuanto al deber de informar, el deber derivaría directamente del precepto constitucional en cuanto norma que obliga, pero también faculta al ejecutivo para requerirla.

7. Poder presupuestal: La asignación presupuestaria es también una de las decisiones a cargo del Presidente de la República y del Secretario de Hacienda, respecto de los órganos de la APF. Sin embargo, se observa una tendencia a establecer ciertas garantías de carácter presupuestario a los órganos desconcentrados consistentes, por ejemplo, en concebirlas como unidades de gasto autónomo o dotarlas de un presupuesto con base en porcentajes del presupuesto de la Secretaría de Estado del ramo en el que operen.

A partir de los criterios señalados, y con base en el análisis de la LCNH, los resultados del test son los siguientes:

¹⁸ Así, por ejemplo, en el caso de la CFC establece el artículo 3o. del RICFC que "Los servidores públicos que laboren en la Comisión estarán obligados a guardar confidencialidad respecto de la información y documentación que por razones de su trabajo manejen y que estén relacionadas con la tramitación de los procedimientos radicados ante la misma, observando estrictamente las disposiciones internas que en esta materia expida la Comisión", disposiciones similares se localizan en los casos de la CNBV en los casos de secreto bancario y fiduciario. Una cuestión de la mayor importancia es de la determinación de los alcances del secreto sobre información a cargo de los órganos desconcentrados y hasta qué punto es información que están obligados a dar no solamente al Ejecutivo, sino al Legislativo (este es el punto a debate en la negativa de la CNBV a dar información al Congreso para que este investigue el quebranto bancario) A nuestro juicio la información que están obligados a dar a los órganos estatales es aquella que sea necesaria y suficiente para que estos cumplan con sus funciones. En tal caso si el Congreso está facultado para revisar la cuenta pública, esto es el destino de recursos públicos y en el rescate se involucraron tales, la CNBV está obligada a proporcionar la información de cómo se gastó hasta el último centavo. En caso de contradicción con el secreto bancario, o fiduciario, deja de operar por no constreñirse solamente a intereses privados sino involucrar fondos públicos que actualizar la cláusula del interés público como limitación del privado.

Norma de Creación: Ley**		INDICADOR DE AUTONOMÍA
1. Nombramiento y requisitos del cargo público	<ul style="list-style-type: none"> • El ejecutivo designa a los comisionados y a su Presidente. El nombramiento de los Comisionados requiere de la ratificación del Senado.¹⁹ • Los comisionados deben ser de nacionalidad mexicana. • Se requiere ser mayor de 35 años y menor de 70. • Se requieren conocimientos de la industria petrolera [10 años]. Artículos 5 y 6 	√
2. Poder de decisión o mando	La CNH es un órgano desconcentrado con autonomía técnica y operativa para emitir sus propias resoluciones en los términos de la ley. Artículo 3 del RICNH	√*** ²⁰
3. Remoción y Continuidad de políticas	<ul style="list-style-type: none"> • Los comisionados servirán por periodos de 5 años renovables por una única vez. • Sólo podrán ser removidos por causas graves (pérdida derechos civiles y políticos, sanción penal corporal, faltas graves del orden administrativo). • Renovación de forma escalonada. Artículo 6 y 7 	√
4. Poder de revisión	La LCNH prevé recursos administrativos ante el propio pleno. Conforme a la LFPCA sería aplicable la jurisdicción contenciosa administrativa. No procede el recurso ante el titular de Secretaría de Energía. Artículo 4, fracción XXII de la LCNH, y artículo 13, fracción V, inciso i, del RICNH.	√
5. Poder Disciplinario	<ul style="list-style-type: none"> • Aplica régimen general de responsabilidades administrativas (Contraloría Interna y Secodam). • Régimen de incompatibilidades. Artículos 7 y 13	-
6. Poder de Información	<ul style="list-style-type: none"> • Amplias facultades para requerir directamente información al ente regulado y a terceros. Artículo 4, fracciones IX, XI, XII y Transitorio Séptimo	√
7. Poder Presupuestal	Su presupuesto y su ejercicio se sujetan a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, su Reglamento, la Ley de la Comisión, la Ley Federal de Derechos y demás normativa aplicable. El presupuesto no podrá ser objeto de transferencia a otras unidades de la Secretaría de Energía (artículo 4o. del RICNH). ²¹ Los ingresos que se generen por concepto del derecho para regular y supervisar la exploración y explotación de hidrocarburos se destinarán a cubrir el presupuesto de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.	√

¹⁹ La reforma constitucional del 9 de agosto de 2012, señala en el artículo 89, en relación con el artículo 76, fracción II, como facultad del Ejecutivo Federal, la siguiente: III. Nombrar, con aprobación del Senado, a los embajadores, cónsules generales, empleados superiores de hacienda y a los integrantes de los órganos colegiados encargados de la regulación en materia de telecomunicaciones, energía y competencia económica. Del análisis del debate del constituyente, se advierte que la CNH, no fue señalada expresamente en el debate legislativo, a diferencia de otros órganos del sector como la CRE. Así, por ejemplo, se tienen las siguientes expresiones legislativas: "El vicepresidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, Jesús María Rodríguez Hernández (PRI), comentó que con la reciente reforma política se estableció que la ratificación de los miembros de los órganos reguladores como la Cofetel, la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Federal de Competencia (COFECO), los deberá aprobar el Senado, por lo que se evitará que haya influencia política para beneficiar a concesionarios." "En los años recientes, por muy distintas razones, han ido tomando una importancia impresionante los órganos reguladores de sectores estratégicos para el desarrollo nacional. Me refiero a órganos como la Comisión Federal de Competencia, la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Federal de Telecomunicaciones."

No obsta lo anterior para considerar que es factible contar entre los órganos reguladores a los que se refiere la reforma constitucional a la CNH; lo anterior, no sólo por su ámbito de competencia, directamente asociado al sector de energía, sino también por su integración colegiada, y sus funciones de regulador sectorial.

²⁰ Se hace notar que el reconocimiento expreso de la autonomía técnica y operativa de la CNH, deriva del RICNH; lo anterior, podría dar lugar a interpretar que el reglamento atribuye, en exceso de la LCNH, tal nota organizativa; sin embargo, del análisis del sistema de fuentes que rige en esta materia se deriva lo siguiente: a) La autonomía de la que goza la CNH debe entenderse relacionada también con lo dispuesto por la LDAPF, ordenamiento que atribuye expresamente a los órganos desconcentrados autonomía técnica y de gestión; b) El artículo 4, fracción XXII, de la LCNH refuerza tal atributo organizativo en tanto que otorga a la CNH la facultad de resolver por sí misma los recursos de revisión que se sean interpuestos en la sede administrativa; tal atributo legal no puede entenderse desligado de la autonomía técnica que distingue a este órgano para dictar y resolver sobre sus propias determinaciones.

²¹ La Ley de la CNH se refiere en sus numerales 4, fracción XXVI, y 10, fracción IV a la aprobación de un anteproyecto de presupuesto. Por otra parte, el artículo 254 Quáter de la Ley Federal de Derechos establece que los ingresos generados por concepto del derecho para

El cuadro anterior muestra de manera sencilla que la CNH, conforme a su Ley, fue diseñada como un órgano desconcentrado con autonomía potenciada (a diferencia de la desconcentración típica); tal afirmación se soporta particularmente al considerar que su creación, mediante ley, le garantiza la posibilidad de contar con competencias no delegadas, sino originarias; asimismo, la facultad de ejercer sus atribuciones sin que medie recurso de revisión ante la Sener, sus amplias facultades de requerir información, y ciertas notas de blindaje institucional (régimen presupuestal, nombramiento, y mecanismos de remoción), confirman tal conclusión.

Si llegados a este punto del estudio se coincide en que la CNH ya cuenta con autonomía potenciada, podría entonces afirmarse que no es necesario dotar de mayor autonomía al citado órgano. Sin embargo, para reforzar tal conclusión, y para estar en condiciones de señalar algunas alternativas de política pública que merecen considerarse en el marco de la próxima reforma energética, es preciso incorporar al análisis la dimensión competencial y funcional.

5. ANÁLISIS DE COMPETENCIAS

En este apartado será indispensable analizar la competencias de la CNH, no sólo a partir de la LCNH, sino de las diversas normas que resulten convergentes (por ejemplo: Reglamento Interno; Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional, y su Reglamento; Ley de Petróleos Mexicanos y su Reglamento, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal). Antes de presentar los resultados de la delimitación competencial, a continuación se señalan algunos hallazgos que constituyen ejes de análisis relevantes:

Primera. El legislador a través de los artículos 2 y 3 de la LCNH, asigna una facultad genérica de “regulación y supervisión” a la CNH. A partir de tal “competencia eje”, el marco básico de actuación de la CNH puede construirse a partir de cuatro subconjuntos normativos:

- A) Los ámbitos de regulación expresamente asignados
- B) Los ámbitos de la industria petrolera que están fuera o excluidos de las facultades de regulación y supervisión de la CNH.
- C) Los límites que la CNH deberá observar al ejercer sus facultades de regulación y supervisión a través de instrumentos de política energética.
- D) Los lineamientos o bases de actuación de la CNH mismos que, en realidad, junto con establecer los objetivos que debe perseguir en su actuación la CNH, también le fijan una base material de la actuación de la CNH (recuperación y reposición de reservas; protección al ambiente y efectividad tecnológica; seguridad industrial y reducción de quema y venteo).

Véase el siguiente esquema:

regular y supervisar la exploración y la explotación de hidrocarburos se destinarán a cubrir el presupuesto de la CNH. El Reglamento Interno de la CNH remite en su artículo 4º, a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria para efectos de la regulación y ejercicio del presupuesto de la Comisión, este ordenamiento, en el artículo 5, fracción, señala que aquellos órganos desconcentrados con autonomía presupuestaria por disposición ley aprobarán sus anteproyectos, y lo enviarán a la SHCP, por conducto de la dependencia de sector (Sener), para finalmente someterse al documento de Proyecto de Presupuesto de Egresos que el Ejecutivo somete a la consideración de la Cámara de Diputados. Si se considera que tal ejercicio de presupuestación está sujeto tanto a los criterios Generales de Política Económica, como a los topes Generales de Gasto establecidos por el Ejecutivo Federal (SHCP), puede afirmarse que la autonomía presupuestaria que parece otorgarse a la CNH no es absoluta y abriendo paso a un escenario de negociación entre la Comisión y la SHCP.



Segunda. Debe señalarse que el conjunto de atribuciones asignadas por el legislador a la CNH es de naturaleza originaria lo que, en principio, otorga a tal órgano en el ejercicio de sus funciones la posibilidad de no estar sujeta a una relación de jerarquía respecto de la Sener (en razón de la competencia otorgada en forma directa por una norma con rango de ley). Lo anterior exige, en consecuencia, un análisis caso por caso, y por excepción, en la búsqueda de atribuciones respecto de las que la Sener pudiera tener una decisión definitiva.

Tercera. Se hace notar que la posibilidad normativa de controlar la actuación de la CNH, en los términos señalados por la LCNH, esto es a partir de normas programáticas (planes, programas y estrategias del sector energético) deviene compleja. Tal afirmación resulta de considerar que el contraste, en términos de validez, entre atribuciones tan amplias o escasamente detalladas, como las que se contienen en la LCNH, y las normas de corte programático podría derivar en un ejercicio extraordinariamente técnico y de filigrana normativa, con resultados inciertos (prácticamente habría imposibilidad de invalidar actuación de CNH por contravenir normas programáticas)²².

Cuarta. Es notoria la atribución de facultades generales demasiado amplias a cargo de la CNH. Lo anterior, no desconoce que lo propio de los ordenamientos legales, aparte de su obligatoriedad y vocación de permanencia, es su generalidad y abstracción. Sin embargo,

²² El artículo 33, fracción I, de la LOAPF, señala como prioridades de la planeación la seguridad y diversificación energéticas, el ahorro de energía y la protección del medio ambiente; asimismo, la fracción V, señala como criterios de la política energética: la soberanía y la seguridad energéticas, el mejoramiento de la productividad energética, la restitución de reservas de hidrocarburos, la reducción progresiva de impactos ambientales de la producción y consumo de energía, la mayor participación de las energías renovables en el balance energético nacional, la satisfacción de las necesidades energéticas básicas de la población, el ahorro de energía y la mayor eficiencia de su producción y uso, el fortalecimiento de las entidades públicas del sector energético como organismos públicos, y el apoyo a la investigación y el desarrollo tecnológico nacionales en materia energética.

desde un punto de vista de certidumbre jurídica para el agente regulado (PEP), atribuciones tan amplias (como son, por ejemplo, la emisión de disposiciones técnicas, los requerimientos de información, las facultades de supervisión, verificación y control, la seguridad industrial, y la protección al ambiente) plantean un escenario particular de incertidumbre normativa; lo anterior, se potencia especialmente ante la ausencia de un reglamento de la LCNH que, a partir de la voluntad del Ejecutivo Federal (en su carácter de titular de la APF) cumpla la función de establecer los lineamientos para la ejecución del mandato legal. Tal escenario, propicia también un análisis complejo en la determinación de la ilegalidad de los actos administrativos que emita la CNH (análisis de fundamentación y motivación) puesto que ante atribuciones tan amplias cabría la impresión de que “todo” le es permitido a tal órgano regulador. En la siguiente sección veremos casos concretos que ejemplifican de tal afirmación.

A partir de los elementos antes señalados, a continuación se identifican los ámbitos de competencia que conforme al marco jurídico vigente tiene la CNH:

A) Asignaciones petroleras

Por lo que se refiere al otorgamiento, modificación o revocación de asignaciones petroleras, se puede afirmar que el acto administrativo final (definitivo en la sede administrativa) corresponde a la Sener; en ese sentido el artículo 33 de la LOAPF, en su fracción VIII, señala que corresponde a esa dependencia “Otorgar, rehusar, modificar, revocar y, en su caso, cancelar asignaciones para exploración y explotación de hidrocarburos, tomando en consideración los dictámenes técnicos que emita la Comisión Nacional de Hidrocarburos”. Lo que, en otras palabras, significa que el dictamen técnico de la CNH, no debiera ser vinculante para la Sener. De ahí que, el artículo 4, fracción XV, de la LCNH se refiera sólo a la opinión en esa materia de la CNH (Art. 4, 12,14, 16, 17, 18 RLR27).

Sin embargo, también del análisis de las disposiciones aplicables, se advierte que el artículo 16 del RLRA27 otorga la posibilidad a la Sener de “rehusar el otorgamiento o la modificación de una Asignación Petrolera cuando: I. El dictamen de la Comisión Nacional de Hidrocarburos sea negativo”. En otras palabras, si bien la opinión de la CNH en esta materia no es vinculante para la Sener, sí puede ser en sí misma un factor de decisión en sentido negativo; lo anterior, tiene al menos dos consecuencias: la primera, que se reduzca de manera importante la posibilidad de cambiar la determinación de la Sener, por la vía de un recurso de revisión, cuando la decisión se fundamenta expresamente en la opinión negativa de la CNH.

B) Aprobación sobre proyectos de E&P:

En el mismo sentido que lo que se explica en el numeral anterior, corresponde a la Sener “Aprobar los principales proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos que elabore Petróleos Mexicanos con base en los lineamientos de la política energética y con apoyo en los dictámenes técnicos que emita la Comisión Nacional de Hidrocarburos” (artículo 33, fracción IX); lo que no significa que el dictamen técnico de la CNH (artículo 4, fracción VI LCNH) sea vinculante para la Sener, puesto que esta última, en los términos del artículo citado, deberá considerar como base los lineamientos de la política energética. (artículos 12, 16, fracción III, RLR27). Sin embargo, para este caso, la legislación vigente no señala que la no aprobación de proyectos pueda tener como único fundamento

la opinión no favorable de la CNH.

Un aspecto a considerar respecto de esta competencia es el posible exceso competencial que podría presentarse en caso de que la CNH interpretara que existe en su ámbito competencial, no sólo la atribución de aprobar proyectos que tiene relación directa con la solicitud de asignaciones petroleras (supuesto previsto en el artículo 4, fracción VI LCNH) sino que, adicionalmente, y con fundamento en el artículo 33, fracción IX, de la LOAPF, puede emitir dictámenes técnicos a fin de que la Sener apruebe los *principales proyectos* de exploración y explotación de hidrocarburos que elabore Petróleos Mexicanos (concepto que de suyo abre a la interpretación al no estar resuelto en la LCNH).

Se hace notar que la norma contenida en la LOPAF, resulta imprecisa e indeterminada y genera incertidumbre jurídica para el regulado; no sólo en la medida en la que no está claramente determinado en qué proyectos puede emitir dictamen la CNH (si son sólo los de asignaciones o son todos), sino además porque a partir de la Ley no es posible precisar cuáles son los “principales” proyectos y cuáles no lo son. Una forma de interpretar tal atribución sería mediante la aplicación de un criterio de especialidad de leyes, el que operaría en el sentido de limitar tal competencia del regulador a los proyectos asociados a la solicitud de asignaciones; sin embargo, tal interpretación tendría en contra otras competencias previstas en el artículo 4 de la LCNH a favor de la CNH, en donde no se distingue el tipo de proyectos (P/e la fracción V que se refiere a la emisión de lineamientos técnicos para el diseño de proyectos sin distinguir tampoco si éstos se refieren o no a la solicitud de asignaciones petroleras).

C) Permisos para el reconocimiento y la exploración superficial:

Los permisos para el reconocimiento y la exploración superficial, a efecto de investigar las posibilidades petrolíferas, constituyen un acto administrativo que será sólo un insumo para la decisión definitiva de Sener relativa a la aprobación de proyectos; lo anterior en términos de lo dispuesto por los artículos 4, fracción XVI de la LCNH, en relación con 7o. de la LRA27 y 11 del RLRA27).

D) Emisión de Normas Administrativas Generales

En este segmento se identificaron dos atribuciones respecto de las que la Sener pudiera tener una decisión definitiva:

- I. El artículo 33, fracción XV, LOAPF señala como competencia de la Sener “establecer la regulación en materia de asignación de áreas para la exploración y explotación petrolera y de permisos de reconocimiento y exploración superficial, así como supervisar su debido cumplimiento”; en tanto que existe subordinación jerárquica de la CNH a la Sener, se considera que en caso de conflicto normativo y ante la necesidad de determinación de criterios interpretativos en esta materia, las determinaciones técnicas de la Secretaría tendrían jerarquía superior sobre las determinaciones del órgano regulador.
- II. El artículo 4º, fracción XVIII, de la LCNH, otorga la competencia a la CNH de “Expedir las normas oficiales mexicanas del ámbito de su competencia, en los términos de la Ley Federal de Metrología y Normalización”; al igual que en el numeral anterior, es factible derivar un límite competencial para la CNH, particularmente en materia de seguridad industrial, en tanto que el artículo 33, fracción XIX, de la LOAPF otorga a Sener la facultad de “ Regular y, en su caso, expedir Normas Oficiales Mexicanas en materia de seguridad industrial del sector de hidrocarburos, así como supervisar su

debido cumplimiento; en tal escenario, la emisión de NOM por parte de la CNH, en materia de seguridad industrial podría exceder la competencia de la Sener.

E) Medidas de Seguridad:

El conjunto de ordenamientos analizados (LCNH, LRA27 y su Reglamento, capítulo X y XI) reconoce a favor de la CNH la atribución de aplicar medidas de seguridad industrial y protección ambiental (artículo 15 Ter LRA27 –precautorias-). El sistema de seguridad que prevén las leyes, de manera general, se describe en el artículo 32 del RLRA27:

“En los términos que disponga la Secretaría, los siniestros, accidentes, incidentes, emergencias y derrames de hidrocarburos de Petróleos Mexicanos o de sus Organismos Subsidiarios, serán informados de inmediato a dicha dependencia y, en su caso, a la Comisión Reguladora de Energía o a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, según corresponda. Asimismo, se dará vista a las autoridades que, por su competencia, deban tener conocimiento de los hechos, para los efectos a que hubiere lugar. De manera simultánea, los Organismos Descentralizados iniciarán una investigación interna y, concluida ésta, remitirán un informe pormenorizado a la Secretaría, así como a la Comisión Reguladora de Energía o a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, según corresponda. La Secretaría podrá solicitar a sus Órganos Desconcentrados realizar una investigación para determinar la eventual responsabilidad de alguno de los Organismos Descentralizados y, en su caso, calcular el valor de la pérdida de hidrocarburos por fugas, derrames y diferimiento de producción, entre otros”.

Concretamente, a cargo de la CNH, corresponderá aplicar medidas de suspensión, clausura, o aseguramiento (artículo 15 Ter. LRA27 y artículo 43, 44,45 RLRA27).

F) Visitas de verificación:

También como parte del sistema de seguridad industrial, las leyes y el reglamento de la materia (LCNH artículo 4, fracción XIII, XIV, artículo 33, fracción XXII, de la LOAPF, así como los artículos 35, 40, 41 RLRA27) establecen como facultad de la CNH la práctica, de oficio o a petición de Sener de visitas de verificación, no sólo respecto de la ejecución de proyectos, sino también a fin de verificar el cumplimiento de sus disposiciones.

G) Control-Rendición de cuentas:

Como parte de sus competencias de control y supervisión, la CNH tiene la atribución requerir la comparecencia de los servidores públicos de los Organismos Descentralizados, así como del titular del permiso o de su representante legal (artículo 34, fracción V, RLRA27).

H) Reservas:

En este segmento de competencias, se advierte que en la mayoría de los casos la decisión de la CNH operará como un insumo de la Sener en materia de recuperación, restitución, y propuesta de zonas de reserva. En ese sentido:

I. El artículo 33, fracción XVIII, de la LOAPF, señala la competencia de la Sener de “Establecer la *política de restitución de reservas de hidrocarburos*”; en ese sentido, la LCNH, sólo asigna a la CNH una función de “participación” no de determinación (artículo 4, fracción II); la competencia de formular propuestas técnicas, que deben entenderse no vinculantes, para optimizar los factores de recuperación en los proyectos de ex-

tracción de hidrocarburos (artículo 4, fracción VII) y, finalmente, la facultad de evaluar la eficiencia operativa en exploración y explotación (fracción VIII, artículo 4 de la LCNH); para el caso de esta última atribución, el ordenamiento analizado no muestra con certeza cuál es la consecuencia de una evaluación negativa por parte de la CNH. En relación con las atribuciones antes citadas, el artículo 33 LOAPF, fracción XX, señala que corresponde a la Sener “Registrar y dar a conocer, con base en la información proporcionada por la Comisión Nacional de Hidrocarburos, las reservas de hidrocarburos, conforme a los estudios de evaluación y de cuantificación, así como a las certificaciones correspondientes” (Artículo 4, fracción X LCNH).

El establecimiento de zonas de reservas (incorporación y desincorporación) a través de decreto presidencial (Artículo 8 LRA27, artículo 33 fracción XVI LOAPF, artículo 4, fracción XVII LCNH) tendrá lugar a propuesta de Sener quien a su vez operará a propuesta de la CNH. (Art. 7 del RLRA27)

I) Registro Petrolero

Esta atribución, encuentra su razón de ser en el marco general del denominado, “Sistema nacional de información de hidrocarburos” (previsto en el artículo 5 del RLRA27), el cual tendrá por objeto sistematizar y mantener actualizada la información relevante en la materia en los registros administrativos de naturaleza declarativa (Registro Petrolero y el Registro de Información Geológica –a cargo de CNH-; Catastro Petrolero y Registro de Reservas de Hidrocarburos –a cargo de Sener).

Como regla general, corresponde a la Sener establecer los mecanismos y criterios para que el público en general tenga acceso a la información y documentación, de conformidad con lo establecido en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

En sentido convergente con las disposiciones antes citadas, el artículo 4, fracción XXI, de la LCNH dispone que corresponde a la CNH “Establecer y llevar un Registro Petrolero, que será público, en el que por lo menos deberán inscribirse:

- A) Sus resoluciones y acuerdos.
- B) Los dictámenes, disposiciones y normas que expida.
- C) Los convenios, contratos y actos jurídicos que deban constar en el Registro.
- D) Los Decretos de ocupación provisional, de ocupación definitiva o de expropiación de terrenos que se requieran para la industria petrolera, que obren en el Catastro Petrolero.
- E) Las asignaciones de áreas para los efectos del artículo 5o. de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, que obren en el Catastro Petrolero.
- F) Los Decretos Presidenciales que establecen zonas de reservas petroleras, que incorporan o desincorporan terrenos a las mismas, que obren en el Catastro Petrolero, y
- G) Los demás documentos que señalen otros ordenamientos.

Asimismo, el artículo 60, de la LPEMEX, artículo 60 LPemex señala que Petróleos Mexicanos enviará a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, para su registro, los contratos que sean materia de su competencia. La Comisión deberá observar, en todo momento, la legislación relativa a la confidencialidad y reserva de la información.

J) Requerimientos de Información:

Se trata de una de las facultades que presenta escasas limitaciones. Al respecto, el artículo

4, fracción XI, de la LCNH, señala que corresponde a la Comisión “Solicitar y obtener de Petróleos Mexicanos y de sus organismos subsidiarios toda la información técnica que requiera para el ejercicio de sus funciones establecidas en esta Ley, conforme a los instructivos que emita al efecto (fracción XII). Por su parte, los artículos 15, 15 Bis, LR27 y 6 y 34 RLR27, dispone que “Para efectos de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Reglamentaria, los Organismos Descentralizados tendrán la obligación de garantizar el acceso remoto o en sitio a las bases de datos y sistemas de tecnología de información con que cuenten y que les sean requeridas, por escrito o por vía electrónica, por la Secretaría o sus Órganos Desconcentrados.

Una facultad tan escasamente detallada, ubica en una precaria situación jurídica al ente regulado y prácticamente exige que sea éste el que vaya definiendo “a través de los distintos requerimientos de información” el alcance de lo que efectivamente puede ser materia de entrega a la CNH. Con carácter general, la CNH está sujeta a las normas de transparencia y acceso a la información (P/e artículo 10 del RI CNH)

K) Facultades de interpretación:

Esta atribución se establece en el artículo 3º, del RLRA27, en los términos siguientes: “Corresponde a la Secretaría y a sus Órganos Desconcentrados, en el ámbito de sus respectivas competencias, la emisión de criterios de aplicación y la interpretación para efectos administrativos del presente reglamento (RLA27)”. Tal disposición obliga a precisar, a través de un análisis normativo, cuáles son las materias sobre las que la CNH tiene tal atribución; el resultado es el siguiente:

- Dictámenes técnicos en materia de asignaciones (artículo 4, 12, 14 16 RLRA27)
- Acceso remoto a bases de datos y sistemas de tecnologías de información (Artículo 6 RLRA27)
- Permisos de exploración superficial (art. 11RLR27)
- Registro Petrolero, Reportes de estimación de reservas y Registro de información geológica (artículo 5 RLRA27)
- Requerimientos de información (art. 34 RLRA27)
- Visitas de verificación (art. 34 RLRA27)
- Dictámenes, reportes, informes de pruebas, laboratorios de certificación (Art. 34 RLRA27)
- Comparecencia de servidores públicos de los organismos descentralizados (Art. 34 RLRA27)
- Zonas de reserva (art. 8 RLRA27)
- Certificación de reservas (art. 10RLRA27)
- Medias precautorias y de seguridad (art. 44 RLRA27)
- Sanciones (Art. 51 RLRA27)
- Recurso de revisión (art. 52 RLRA27)

Como podrá advertirse fácilmente, se trata prácticamente de la totalidad de competencias asignadas a la CNH por los distintos ordenamientos analizados (LCNH, LRA27, LPE-MEX, y reglamentos).

Este segmento de atribuciones también ejemplifica claramente que estamos en presencia

A partir del cuadro anterior, si bien puede afirmarse que a partir de la convergencia normativa de la LCNH, LRA27, y LPemex, es posible derivar el sistema de sanciones que aplicará la CNH, no puede obviarse la posible dificultad en la aplicación de las mismas cuando se trate de ámbitos en los que respecto de tal facultad tienen competencias, tanto la Sener, como la CNH.

En otras palabras, y a la luz del cuadro anterior, si bien pueden derivarse ámbitos sancionatorios propios de la CNH (tales como los incumplimientos a las disposiciones sobre quema y venteo; aún cuando en estos casos podrían derivarse también responsabilidades ambientales competencias de las autoridades del ramo); existen supuestos en los que, de reconocer la competencia sancionatoria genérica de la Sener, prevista en el artículo 33, fracción XXIV, y de considerar que el artículo 15 Bis de la LRA27, que se refiere de manera indeterminada a la “facultad sancionadora en el ámbito de las competencias” de Sener, CRE y CNH, podrían plantearse problemas interpretativos ante la convergencia de atribuciones, teniendo como único límite constitucional el del *non bis in idem*.

M) Recurso de Revisión.

Finalmente, por lo que se refiere al recurso de revisión administrativa, el artículo 4º. de la LCNH, fracción XXII, señala que corresponde a la Comisión la facultad de “Instaurar, tramitar y resolver los procedimientos administrativos de toda índole, que con motivo de sus atribuciones se promuevan”. Al respecto, el artículo 34 y particularmente el 52 del RLRA27 señala que “Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso administrativo de revisión en los términos previstos en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo [ordenamiento que en sí mismo determina la supletoriedad general en los procedimientos administrativos de la APF] o, cuando proceda, demandar su nulidad en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Si se opta por interponer el recurso administrativo de revisión, el interesado podrá demandar la nulidad de la resolución que recaiga sobre dicho recurso. En los casos de los servicios que el Estado presta de manera exclusiva a través de los Organismos Descentralizados y de los contratos que los terceros sólo puedan celebrar con aquéllos, el recurso de revisión sólo podrá interponerse en contra de actos y resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, siempre y cuando no se haya optado por el arbitraje previsto en la Ley Reglamentaria”.

Es pertinente señalar que, aún cuando existe una competencia general a favor de la CNH para sustanciar en el ámbito de sus competencias el procedimiento administrativo de revisión, en algunos casos tal recurso puede corresponder a la Sener (artículo 33, fracción XXIV, LOAPF); por ejemplo, en aquéllos casos en los que el acto definitivo proviene de la Secretaría (P/e Asignaciones, permisos).

Hasta aquí se han presentado los resultados del análisis de competencias a cargo de la CNH, conforme al marco jurídico vigente. Podrá coincidirse en un punto: el catálogo de competencias de tal órgano desconcentrado es bastante amplio. Desde luego la afirmación anterior no pretende reducir el problema a un tema cuantitativo – más o menos competencias- sino que pretende dar cuenta además de problemas que fueron señalados en cada

uno de los apartados anteriores y que se refieren a problemas de indeterminación normativa; excesiva generalidad en la atribución de competencias; conflictos competenciales; traslapes regulatorios en temas de política energética; entre otros. Son precisamente tales componentes los que confirman la necesidad de reflexionar si efectivamente la CNH requiere ser reforzada por la vía de una mayor autonomía o, más bien, y esa es nuestra posición, requiere revisarse el marco normativo de la CNH no sólo bajo el tradicional principio de legalidad sino también en relación con los de eficacia, eficiencia y transparencia gubernamental.

6. ALGUNOS CASOS QUE CONFIRMAN LA NECESIDAD DE REVISAR EL MARCO JURÍDICO DE LA CNH

En esta última sección se presentan brevemente algunos casos que permiten corroborar la hipótesis de que más que proceder a un reforzamiento irreflexivo de la CNH por la vía de la autonomía, es necesario y urgente analizar y redefinir el modelo institucional de tal órgano mediante la revisión de su marco normativo²³.

A) Facultades de la CNH sobre terceros: A propósito de la certificación de reservas a la que aluden las disposiciones antes analizadas, se advierte que podría darse un posible exceso competencial de la CNH respecto de las funciones que como regulador puede ejercer en la esfera jurídica de terceros ajenos a la relación normativa entre regulador y regulado. Así, por ejemplo, de pretender regular la relación contractual entre PEMEX/Pemex Exploración y Producción (PEP) y el tercero independiente; en otras palabras PEMEX y/o PEP podrían no encontrarse obligados a incorporar en sus contratos con terceros las obligaciones que le indique la CNH; pues en los ordenamientos citados no se faculta a la CNH a modificar o establecer los lineamientos para los contratos que celebre PEMEX y/o PEP con terceros. En el mismo sentido, y por lo que hace a las atribuciones de la CNH de requerir a un tercero independiente o certificador la entrega de información que PEP le haya proporcionado para llevar a cabo una certificación, resulta conveniente señalar que la misma no se prevé en el marco legal que regula a dicho órgano por lo que en caso de existir un requerimiento de esta naturaleza resultaría excesivo y el particular no estaría obligado a cumplirlo (Art. 10 y 13 RLRA27, 33, XX LOAPF; 33 RLR27, 60 LPEMEX).

²³ En la selección y análisis de los casos agradezco el análisis, las aportaciones y los comentarios que en esta sección realizaron los abogados especialistas del sector Dr. David Enríquez Rosas y Mtro. Rogelio López Velarde.

- B) La atemporalidad de procedimientos y el cumplimiento regulatorio incierto:** La CNH ha emitido una variedad de resoluciones que pueden clasificarse por género (proyectos de E&P en general); por especie (proyectos de E&P sobre aguas profundas); y también por agrupación de proyectos. Así, al coexistir esta variedad de resoluciones por tiempo, por materia y por proyecto; y no estar claramente determinada la duración (inicio/fin) de los requerimientos; así como las diferencias entre los requerimientos de resoluciones genéricas o de especie, respecto a las individualizadas, el regulado está sujeto a un cierto margen de incertidumbre y, por tanto, queda expuesto a procedimientos de revisión y sanción por parte de la CNH que pueden traslaparse generando incertidumbre permanente respecto del cumplimiento regulatorio. Tal es el caso, por ejemplo, de los denominados *talleres* que en sí mismos constituyen mecanismos de revisión de la información de la perforación de nuevos pozos en aguas profundas pero que se sustancian como si de un procedimiento administrativo adicional se tratara (Resolución CNH.03.006/12).
- C) Dictámenes técnicos y condicionalidad:** El régimen de condicionalidad con el que la CNH ha venido ejerciendo sus atribuciones respecto de dictámenes técnicos (DT) relacionados con asignaciones petroleras es otro claro exceso en el ejercicio de atribuciones por parte de este órgano. Tal y como se explicó en la sección precedente el DT debe interpretarse exclusivamente como un insumo de la CNH para la decisión de SENER en materia de asignaciones petroleras; no como un acto administrativo que vincule en sí mismo e imponiéndole obligaciones al regulado con CNH. Véase por ejemplo la resolución de la CNH en el caso de Perdido (aguas profundas), en el que incluso llega a solicitarse al regulado mecanismos de seguros –en ausencia de competencias expresas en esta materia por parte del órgano regulador– (CNH.E.06.001/12).
- E) Planes de cumplimiento y sanciones en el caso de quema y venteo de gas:** En esta materia en la que incluso se ha llegado, en el marco de recursos de revisión administrativos, a la determinación de imponer sanciones, pero en los hechos a su no ejecución, se presentan interesantes problemas: a) es recurrente que el regulador no acepte los planes correctivos de quema y venteo sin dar oportunidad al regulado para expresar su posibilidad de cumplimiento de normas complementarias impuestas; lo anterior puede cuestionar en términos de debido proceso la validez del acto administrativo que llegue a emitirse (P/e la sanción); b) En materia de sanciones, la CNH no desarrolla un análisis en términos de costo de oportunidad a fin de establecer que la inversión operativa de PEP, en contraste con la quema y venteo de gas es tal, que ocasiona o puede ocasionar un perjuicio al propio PEP, y por tanto al erario federal. Es conveniente señalar que el análisis de costo de oportunidad aquí mencionado no se refiere al procedimiento sancionatorio en sí mismo, sino al análisis de fondo sobre la inversión operativa contrastada con la quema y venteo. En otras palabras, el procedimiento administrativo instaurado por la CNH sobre quema y venteo, no es propiamente uno de naturaleza ambiental sino que se refiere al aprovechamiento, recuperación y destrucción controlada de gas, de tal forma que podría entenderse como un procedimiento de valoración primordialmente económica en el que no analizar el costo de oportunidad entre la necesaria inversión operativa de PEP, en función con la quema y venteo previa a tal inversión, haría cuestionable que la CNH esté en condiciones de concluir la existencia de un daño patrimonial (Resoluciones CNH.04.001/11, CNH.02.001/11 y CNH.05.001/11).

7. ¿LA CNH UN TÍPICO REGULADOR DEL SECTOR DE E&P?

Para cerrar este estudio y fortalecer por una vía adicional las conclusiones que en aquí se han señalado recurriremos brevemente al análisis de modelos comparados.

En las primeras páginas de este estudio se señaló que la CNH no es un órgano regulador tradicional, en tanto que no sólo se trata de un órgano que no regula a un sector desde la perspectiva del mercado y la competencia económica (se trata de un regulador, para un solo regulado), sino que además el citado órgano ejerce múltiples funciones regulatorias en áreas como los de medioambiente, seguridad industrial, tecnología, proyectos de exploración y extracción de hidrocarburos, reservas; etc. Situación que lo diferencia de otros reguladores del mismo sector.

En general, la legislación comparada suele distinguir tres ámbitos de regulación: a) manejo y gestión de los recursos; b) seguridad industrial; y c) medioambiente. En algunos casos el manejo y la gestión de los recursos junto con la materia de seguridad industrial, quedan a cargo de un regulador, para dejar en manos de otro órgano la regulación medioambiental, tal es el caso de Estados Unidos, Inglaterra, Brasil, Australia y Colombia, países que cuentan con dos reguladores; en sentido distinto Noruega opera con tres reguladores, uno por cada ámbito de regulación señalado.

A pesar de las diferencias citadas, se hace notar que en la mayoría de los modelos analizados, la determinación de la política energética queda nítidamente separada de las funciones de regulación técnica –lo que no ocurre en México-. Adicionalmente, y como dato notorio, se observa que a diferencia de otros reguladores, la CNH es prácticamente el único regulador que a través de sus competencias puede incidir en materias como las de riesgo geológico, rentabilidad del proyecto, tecnologías y estrategias de exploración. Finalmente, llama la atención que a pesar de la gran concentración de competencias que distingue a la CNH, esta no cuenta con la capacidad de aprobar por sí misma los planes y proyectos de exploración y explotación, lo que sí se da para el resto de los reguladores analizados. Lo anterior confirma la atipicidad del regulador nacional. Véanse los siguientes cuadros comparativos:

División de actividades regulatorias por país	Estados Unidos	Noruega	Inglaterra	Brasil	Australia	Colombia	México
Planeación de política energética	Interior	MPE	DECC	Energy Min	Min Energía	Pet Min	+Sener
Administración de recursos	BOEM	NPD	DECC	ANP	NOPTA	ANH	+Sener
Regulador en seguridad y salud	BSEE	PSA	HSE	ANP	NOPSEMA	ANH	CNH +Laboral
Regulador ambiental	BSEE	Enviro Min	DECC	IBAMA	NOPSEMA	ANLA	+Ambiental

■ Administración de recursos

Estados Unidos
 Interior: Department of Interior
 BOEM: Bureau of Ocean Energy Management
 BSEE: Bureau of Safety and environmental enforcement
Noruega:
 MPE: Ministry of Petroleum & Energy
 NPD: Norwegian Petroleum Directorate
 PSA: Petroleum Safety Agency

Inglaterra:
 DECC: Department of Energy and Climate Change
 HSE: Health and Safety Executive
Brasil
 ANP: National Agency of Petroleum
 IBAMA: Brazilian Inst. of Environment and Renewable Natural Resources

Colombia
 ANH: Agencia Nacional de Hidrocarburos
 ANLA: Autoridad Nacional de Licencias Ambientales
Australia
 NOPSEMA: National Offshore Petroleum Safety and Environmental Management Authority
 NOPTA: National Offshore Petroleum Titles Administrator

FUENTE: REGULATORY BENCHMARKING, WOOD MACKENZIE, OCTUBRE 2012

Alcance de las actividades regulatorias por país	Estados Unidos	Noruega	Inglaterra	Brasil	Australia	Colombia	México
Riesgos ambientales	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Sistemas de seguridad	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Plan de contención de derrames	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Compromiso de trabajo		✓	✓	✓		✓	✓
Mejores prácticas en la industria		✓	✓	✓	✓	✓	✓
Riesgo geológico							✓
Rentabilidad del proyecto							✓
Estrategia de exploración							✓
Aprobación de planes	✓	✓	✓	✓	✓	✓	

8. RECOMENDACIONES

A partir del análisis que en este trabajo se ha realizado es factible afirmar que la CNH, conforme al marco jurídico vigente, cuenta ya con autonomía reforzada para el ejercicio de sus atribuciones. En ese sentido, no es por la vía de una mayor autonomía como debe reforzarse sino que es indispensable generar mecanismos normativos que logren equilibrar las funciones y las competencias de los distintos órganos administrativos que operan en el sector hidrocarburos (particularmente Sener y CNH) para evitar que la aplicación incorrecta de la normas, derivada de su indeterminación, y la generación de decisiones discrecionales que no contribuyen a generar un espacio de certidumbre jurídica para el regulado, sean los “detractores silenciosos” de cualquier intento de reformar al sector.

En consideración a lo antes señalado, y ya sea porque la próxima reforma energética tenga como uno de sus propósitos abrir espacio a la inversión privada en el segmento de Exploración y Producción, o porque la decisión consista en mantener a un único operador público, será indispensable proceder a la revisión del marco jurídico de la CNH, no sólo como un tema de certeza jurídica para el regulado, sino también como una condición de mayor eficacia y eficiencia de la industria y de los mandatos que le impone la legislación (la empresa pública está llamada por mandato legal a la generación de valor, pero también a la sustentabilidad energética, la seguridad industrial y la protección ambiental).

Las consideraciones anteriores derivan de atender lo que al día de hoy parecen lugares comunes en el sentido de que la eficacia y la eficiencia del marco regulatorio constituye uno de los elementos centrales de toda política económica de desarrollo. En esta línea de pensamiento los especialistas señalaban, en la segunda mitad del siglo XX, que aún cuando la mayoría de las naciones se centran en promover políticas de desarrollo económico, los planes de gobierno muy pocas veces prestaban atención sobre el efecto del sistema legal en el desarrollo económico; desde entonces y hasta nuestros días organizaciones mundiales de desarrollo como el Banco Mundial y la OCDE afirman que la reforma regulatoria —entendida como los cambios que mejoran la calidad regulatoria, es decir, mejoran el desempeño, el costo o la calidad jurídica de las regulaciones y los correspondientes trámites gubernamentales— es un vehículo capaz de estimular el aumento en la productividad y el crecimiento económico²⁴.

¿Por dónde empezar entonces?

Las estrategias de “reordenación” de las atribuciones de la CNH, no pueden quedar referidas a un único plano normativo o de política pública. Se requiere de una estrategia multidimensional o integral que considere cuando menos los siguientes ejes de acción: a) Plano Legislativo; b) Plano de normación administrativa-reglamentaria; c) Mecanismos de coordinación interinstitucional, y d) Soporte presupuestal

En el plano legal la reformas deberán evaluar la pertinencia del modelo regulatorio incorporado en las reformas de 2008 en el que se concibió a la CNH como un órgano “regulador” con mayor independencia del poder central y con facultades de sanción, de emisión de normas, así como atribuciones de verificación, revisión y control. Lo anterior no implica dar marcha atrás respecto de la autonomía otorgada a la CNH, pero sí exige una revisión de la legislación con distintos objetivos: a) Acotar el alcance de aquéllas atribuciones que en la LCNH fueron establecidas con un carácter notoriamente abierto y con escasa densidad normativa (P/e emisión de normas técnicas, facultades de verificación, control, sanción, requerimientos de información; etc.); b) Precisar aquéllos espacios en los que corresponde, y puede ser incluso más conveniente, que quede a cargo de la Sener la decisión definitiva; así, deberá distinguirse claramente entre las competencias propias de la definición de política y aquéllas inherentes al regulador técnico; y c) Reubicar atribuciones según se trate de las materias propias de seguridad industrial, medioambiente, o atribuciones de carácter financiero – P/e seguros- estableciendo mecanismos de coordinación interinstitucional que armonicen la concurrencia de diversas autoridades administrativas.

Por lo que se refiere a los poderes de normación general en el sector deben considerarse dos planos distintos:

A) El reglamentario: A la fecha –después de casi 5 años- no se ha emitido el Reglamento de la LCNH lo que impide contar con un instrumento normativo que típicamente tiene la función de detallar a la Ley, precisando el alcance de las atribuciones de la CNH y el conjunto de procedimientos que a ellas se asocian (lográndose, por ejemplo, su

²⁴ Véase, por ejemplo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Reforma Regulatoria en México*, Vol. 1 y 2 ; *OECD Policy Recommendations on Regulatory Reform 1997*; *APEC-OECD Co-operative Initiative on regulatory Reform*, 2003-

estandarización y aplicación uniforme como una condición indispensable de certeza jurídica); por la vía del Reglamento se contribuiría a generar un ambiente normativo de mayor certidumbre para el regulado y, en su caso, para los nuevos participantes en la industria;

B) El de las normas administrativas generales: La ausencia de un Reglamento del Ejecutivo ha propiciado la emisión “no controlada” de normas administrativas generales por parte de la CNH; de ahí que con el objetivo de encauzar los poderes de normación general de la CNH se propongan algunos mecanismos que tienen en cuenta no sólo el principio de legalidad, sino también los de eficacia, eficiencia, y transparencia:

I) De comparar la atribución de las CNH relativa a la emisión de normas administrativas generales, con las de otros reguladores, y la forma en la que tales normas son “controladas”; es notoria la ausencia de dos elementos que tendrían que preverse por las leyes aplicables (LFPA y LCNH); el primero, como un elemento de eficacia y cooperación interinstitucional, relativo a la participación obligatoria del regulado en el proceso de confección de las normas; el segundo, referido a la aplicación del proceso de mejora regulatoria (Título tercero A de la LFPA) a este tipo de normas (control costo-beneficio) y que podría evaluar las decisiones del regulador en el contexto de las mejores prácticas internacionales.

II) Desde la perspectiva de la transparencia gubernamental y la certidumbre jurídica, podría establecerse la obligación al regulador de emitir un Plan Regulatorio con base en el cual ejercerá sus atribuciones, así como la información a ser requerida; lo anterior, bajo criterios de transparencia, publicidad, claridad y acceso a la información

Finalmente, también podría considerarse una dimensión institucional en la que mediante el respaldo presupuestal se garantice no sólo que la CNH ejerza sus atribuciones de manera oportuna sino que además, mediante la inclusión de especialistas del sector en su *staff* y en el órgano de gobierno, se logre la eficacia y la calidad técnica de las resoluciones y, con ello, se construya un sólido camino de legitimidad para la CNH.