

## **Los contratos de prestación de servicios múltiples**

**Miguel A. Rosillo Sánchez**

El autor es profesor de asignatura en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (uia).

El 23 de noviembre el secretario de Hacienda en entrevista radiofónica concedida a la periodista Carmen Aristegui señaló que a través del esquema contractual de "contratos de prestación de servicios múltiples" se podía esperar una inversión cercana a los 5 mil millones de dólares para el año 2002. El referido funcionario señaló que el presidente Fox, el secretario de Energía Ernesto Martens y él mismo habían verificado ya una extensa promoción de este esquema en el extranjero. Y que, a su entender, a través de estos esquemas contractuales no era necesario verificar una reforma constitucional para permitir la inversión privada en el mercado estatizado de gas natural.

Por la trascendencia de la declaración conviene examinar con cuidado los ya referidos contratos de prestación de servicios múltiples y analizar sus repercusiones a la luz de nuestro orden jurídico vigente.

La Constitución de la República es, como todo texto jurídico, una estructura lógica. De tal manera que en las normas que la componen, se establecen principios y excepciones, los cuales se incorporan al texto jurídico siguiendo las mismas reglas que aplican en lógica. Así, es que el "principio" es una regla universal que aplica a todos los casos que en ella se comprenden y la "excepción" señala los pocos casos en que la regla general o universal no opera.

Asimismo, en derecho, como en lógica, tanto el principio como la excepción deben constar expresamente. De tal suerte, que una regla de conducta universal no es tal si no se contiene en un precepto legal e igualmente, la excepción a esa regla de conducta universal no se reconoce como existente si no se contiene en una norma de igual jerarquía. Se insiste en que el rango de la norma que contiene la excepción debe ser igual al que impone la regla universal, pues otro principio lógico jurídico previene que sea de inferior jerarquía. Ya que una norma jurídica sólo puede ser modificada o extinguida siguiendo el mismo procedimiento de su creación.

Las afirmaciones o verdades anteriores aplican por igual a la más modesta de las normas municipales que a la supremacía del texto constitucional. Por tal razón cuando el legislador constituyente expresa, en un dispositivo constitucional, un principio universal, ese principio aplica a todas las conductas y a todas las situaciones imaginables en su hipótesis normativa. Y si ha de operar una excepción a esa regla universal, ha de ser porque la misma está contemplada de forma expresa en el mismo texto y no por inferencia o de manera implícita.

Conviene destacar que la expresión del caso o situación de excepción debe constar en una norma de igual rango constitucional y no en normas jurídicas de inferior jerarquía, como podrían ser excepciones contenidas en tratados internacionales, leyes federales, etc., por no mencionar excepciones contempladas en leyes estatales o en el extremo en normas no creadas por el poder público sino por particulares. Por todo ello, lo que una norma de rango constitucional restringe u otorga de manera exclusiva al gobierno del Estado no puede ser conferido a otros por una simple norma contractual.

La Constitución, en su artículo 28, párrafo cuarto, contempla el principio general que opera en relación con el petróleo nacional. De manera expresa el legislador constituyente señaló que el petróleo y los hidrocarburos que de él derivan, como el gas natural, solamente pueden ser explotados por el gobierno del Estado. Esto significa que sólo un ente estatal puede verificar actos de extracción, refinación, transportación o comercialización de esos bienes o productos, lo que obviamente implica la exclusión de la actividad particular en la verificación de cualesquiera de esos actos o actividades.

Siendo ese el principio admite excepciones, pero con la restricción apuntada de que las mismas deben constar en el propio régimen constitucional y no en otra norma de inferior jerarquía.

Sin embargo, del examen del propio texto constitucional se advierte que el legislador constituyente no contempló ningún caso de excepción a la regla universal antes apuntada; por lo tanto en seguimiento al razonamiento lógico jurídico arriba expuesto debe concluirse que no opera ninguna, sin que pueda alegarse que de una correcta interpretación de la norma constitucional sí derivan algunas, porque como quedó señalado, las excepciones no pueden ser implícitas si no que deben constar expresamente.

Por tal razón, en el caso a estudio, se puede realizar la siguiente aseveración: el principio constitucional contenido en el párrafo cuarto del numeral 28, apunta a que la extracción, transportación y comercialización del gas natural contenido en el subsuelo mexicano sólo puede ser realizado por un ente estatal mexicano, con exclusión de la participación directa o indirecta de cualesquier otro agente económico nacional o extranjero.

Incluso, de que los contratos de prestación de servicios múltiples no estén expresamente prohibidos por la norma constitucional no se sigue que por ello están autorizados. Porque en materia jurídica, si la norma constitucional establece una autorización restringida o limitada a favor de alguien se entiende que todos los demás no están autorizados y no lo contrario. Esto es, si la autorización expresa aplica a uno, la prohibición implícita aplica a todos los demás. Y si se pretende hacer alguna excepción en ese régimen universal de prohibición es menester incluirlo como tal en la misma norma que autoriza.

En otras palabras, de que algo no esté expresamente prohibido no se sigue que esté permitido. Porque con estricto apego a las reglas de la lógica no es necesario identificar a todos y cada uno de los sujetos, actos, actividades o conductas en general que quedarían incluidas en la prohibición universal.

Por lo tanto, si la norma constitucional contenida en el numeral 28 de nuestra carta fundamental contiene una autorización a favor del Estado mexicano para que éste explote de manera exclusiva el petróleo y sus derivados como el gas natural, se sigue que hay una prohibición universal para que el resto de los agentes económicos públicos o privados, nacionales o extranjeros intervenga directa o indirectamente en su explotación. Y obviamente no es necesario que los contratos de prestación de servicios múltiples que autorizan la intervención indirecta de los particulares en la explotación de los yacimientos de gas natural se encuentren expresamente identificados y prohibidos por la norma constitucional. De hecho, como ha quedado demostrado lo opuesto es lo correcto. Y dado que el legislador constituyente no incluyó a los contratos de prestación de servicios múltiples entre los vehículos legalmente autorizados para que los particulares intervinieran en el mercado de gas natural, entonces los mismos están afectados de la prohibición universal que opera en esa materia.

Queda un último punto por resolver y es el referido a si la prohibición universal de participar en la explotación de gas natural afecta o incluye tanto a la intervención directa como la indirecta. Lo primero que viene a la mente es que donde el legislador no distingue el intérprete no debe distinguir. Y por tanto, basta que el legislador constituyente no haya incluido la distinción entre la explotación directa e indirecta para que la prohibición universal se entienda aplicable a las dos.

Pero además, de acuerdo con nuestro régimen constitucional, los mercados nacionales de bienes y servicios pueden ser libres, regulados o estatizados. Son libres cuando los particulares pueden participar en ellos como resultado de la mera existencia de su esfera de libertades y derechos. Es decir, cuando no es necesaria la existencia o verificación de un acto de autoridad previo a la realización de la actividad económica particular, como podría ser el caso de la actividad que desarrollan los plomeros, los electricistas, etcétera.

La situación es distinta cuando el mercado es regulado, pues en ese supuesto es menester que previo al ejercicio de la actividad económica, haya un acto de autoridad que lo permita o autorice. Tal y como ocurre para ejercer de abogado, para abrir un restaurante, o en un caso extremo, para explotar un estación de televisión. En todos esos casos se requiere que haya un acto autoritario permisionario para que la actividad se desempeñe legalmente. Y la diferencia entre ellos estriba esencialmente en la existencia o inexistencia del derecho preexistente a desempeñar la actividad económica. Si se trata de un permiso, autorización o licencia, el derecho considera que el particular ya tiene el derecho preconstituido a participar en dicha actividad pero por seguridad o conveniencia pública es necesario que acredite cubrir los requisitos de ley para que se le autorice. En el caso de la concesión el derecho es originalmente del Estado pero por razones de conveniencia administrativa se autoriza a los particulares a intervenir en la explotación del bien o del servicio público, pero sin que pueda alegarse, conforme a derecho, que el particular tiene un derecho preconstituido.

Finalmente están los mercados estatizados en los cuales los particulares nacionales o extranjeros no pueden intervenir de una forma u otra, incluso en el caso en que haya un evidente ventaja económica o administrativa en la intervención de esos agentes económicos. En ellos el legislador constituyente antepuso, a las consideraciones económicas o administrativas, el reflejo de los valores históricos y políticos de una nación. Consecuentemente, en esos casos, el particular no puede participar aunque su participación sea deseable. Y no podría hacerlo nunca si antes no se modifica el texto de la Constitución de la República.

Desafortunadamente para los proponentes de los contratos de prestación de servicios múltiples éste es precisamente el caso del gas natural, ya que el artículo 28 constitucional estatuyó un régimen estatizado cuando se refirió al petróleo y sus derivados como el gas natural. Por ende, la prestación directa o indirecta de los particulares es constitucionalmente un imposible jurídico.

En suma, los denominados contratos de prestación de servicios múltiples son violatorios del orden constitucional. Primero, porque lo que una norma de rango constitucional restringe u otorga exclusivamente al gobierno del Estado, no puede ser conferido a otros por una simple norma contractual. Segundo, porque no puede inferirse que los mismos están autorizados sólo porque la norma fundamental no los prohíbe expresamente. Jurídicamente esto significa que lo que la Constitución no regula expresamente no constituye una laguna legal sino una regulación implícita. Finalmente, porque los mercados, desde el punto de vista jurídico, pueden ser libres, regulados o estatizados y en estos últimos la iniciativa privada no puede constitucionalmente participar bajo ningún esquema legal o contractual.

Contra todo lo anterior el razonamiento expuesto por quienes proponen de los contratos de prestación de servicios múltiples ha sido esencialmente que la iniciativa privada sí puede participar en la celebración de los denominados contratos de prestación de servicios múltiples, sin violentar el orden constitucional, porque a través de los mismos los agentes económicos privados no participan en el mercado estatizado sino tan sólo en el fondeo de la actividad monopólica del Estado. Además, señalan que en la materia de derechos económicos de los particulares estos pueden, por mandato constitucional, realizar todo aquello que no les esté expresamente prohibido, y que no conviene olvidar que económicamente hablando los referidos contratos le representan a la economía nacional el ingreso de divisas frescas del orden de 5 mil millones de dólares en un momento en que la misma se encuentra en recesión.

Por desgracia para los que creemos que sí es necesario buscar y encontrar nuevos esquemas que permitan apoyar las actividades productivas de Pemex y a la economía nacional en lo general, los criterios antes expuestos son legalmente inaceptables. Los contratos de prestación de servicios múltiples, como se demostró líneas arriba, sí son contrarios a nuestros dispositivos constitucionales aplicables. Y la actividad económica desplegada por los particulares en cualquier mercado requiere de actos de financiamiento. El hecho de que parte de la actividad privada consista en absorber de manera directa aunque diferible los costos que se generan, no excluye que se estén verificando actos de participación directa o indirecta en un mercado restringido. Por último, la máxima de que los particulares pueden realizar todo lo que no les está expresamente prohibido (y las organizaciones públicas sólo aquello que les está expresamente permitido) sólo aplica en mercados libres o no regulados; cuando el mercado relevante es de los denominados regulados o estatizados, incluso los particulares que en ellos participan sólo pueden hacerlo siguiendo los lineamientos que marca la ley aplicable. Esto excluye la aplicación en dichos mercados del repetido principio libertario.

Aceptémoslo, nos guste o no, los obvios beneficios económicos de una operación no la legalizan, así como el botín de un fraude no legitima esa conducta