

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A. C.



"LA ADMISIÓN DE CONSEJEROS INDEPENDIENTES
EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE PEMEX"

T E S I N A

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

GERARDO ENRIQUE RODRÍGUEZ AGUILAR

DIRECTOR

DR. GUSTAVO JAVIER FONDEVILA

MÉXICO, D.F.

ABRIL 2007

INDICE

I.- Introducción	5
1.- ¿Qué es el Gobierno Corporativo?	7
2.- Marco histórico del Gobierno Corporativo.	12
3.- Gobierno Corporativo en las entidades paraestatales.	16
II.- La admisión de Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX.	20
1.- Antecedentes.	20
2.- La actualidad del Consejo de Administración de PEMEX.	24
3.- La viabilidad Constitucional de la propuesta.	28
3.1.- Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	29
3.2.- Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	33
3.3.- Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	36
4.- La viabilidad de la propuesta en la legislación ordinaria.	41
4.1.- Ley Federal de Entidades Paraestatales y su Reglamento.	41

4.2.- Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.	44
III.- Análisis orgánico de los Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX.	46
1.- Composición del Consejo de Administración de PEMEX.	46
1.1.- Propuesta.	47
1.2.- Composición del Consejo.	47
1.3.- Características de los Consejeros Independientes.	53
1.4.- Fundamentación de la propuesta.	55
2.-Nombramiento de los Consejeros Independientes.	58
2.1.-Disposiciones aplicables al nombramiento de los Consejeros Independientes.	59
2.2.-Proceso para la selección de candidatos a ocupar los cargos de Consejeros Independientes.	65
2.3.- Duración y remoción en el cargo.	70
IV.- Conclusión.	71
V.- Bibliografía	73

AGRADECIMIENTOS

Las razones por las que tengo para agradecer no se refieren al hecho de haberme mantenido en esta ciudad y en esta Universidad, sino al esfuerzo en cada palabra de aliento, la dedicación de cada una de las llamadas lejanas, pero sobre todo por hacerme sentir lo orgullosos y felices que estaban por mí.

Por lo anterior quiero dedicar el siguiente trabajo a mi hermano por ser un ejemplo como estudiante y profesionista, a Mauricio por convertirse en mi hermano con sus consejos y su apoyo incondicional, a mi tía Rocío, quien siempre me ha protegido y querido a tal grado que la considero mi otra mamá.

Quiero realizar una mención especial para Juárez y Priego y agradecerles por acompañarme y sufrir conmigo este camino, pero sobre todo porque lograron que olvidara las distancias y me hicieron sentir en casa.

También quiero dejar plasmado el enorme agradecimiento que les tengo a la Maestra Pazos y al Doctor Fondevila por haber sido tan considerados y haberme ofrecido su apoyo para el desarrollo del presente trabajo, en especial quiero agradecerle a Estanislao Sandoval por haber sido un excelente Maestro sin siquiera haberme dado clases.

Cinthia, gracias por confiar y animarme siempre, por ser mi compañera de vida, y por ser la mejor amiga con la que se puede contar.

El agradecimiento más grande es para mis padres, a quienes quiero dedicarles el cierre de esta etapa, a mi Papá, quien sigue siendo mi héroe por sus enseñanzas de nobleza y humildad, y a mi Mamá, quien me ha enseñado tanto que tendría que escribir en más de un millón de hojas para mencionar todo, gracias Doris por enseñarme a reír y a ser fuerte.

Finalmente quiero agradecer a toda mi enorme familia por su atención en mí, así cómo a todas aquellas personas que hicieron menos difícil este camino y que por alguna caprichosa razón su nombre no llega a mi mente.

I.- INTRODUCCIÓN

En vista de los recientes desastres financieros y contables ocurridos en empresas líderes que se distinguían en el mundo por el éxito de su administración dentro de su ramo, los distintos agentes interesados con el eficiente manejo de las empresas, es decir, los órganos reguladores, los inversionistas y los directores de éstas, se han dado cuenta que cumplir únicamente con la regulación impuesta por las agencias públicas o privadas encargadas de revisar su adecuada y transparente administración, resulta insuficiente e incluso puede llegar a ser dañina para la misma empresa, por tal motivo se ha buscado implementar reglamentación interna que cuente con controles más estrictos para cada uno de los participantes en el funcionamiento de la empresa, es decir, para los inversionistas, los administradores y los trabajadores, con la única finalidad de hacer más transparente el manejo de ésta, y que esto mismo contribuya a que se generen más beneficios para cada uno de los mencionados.

Cómo una solución al problema anterior, surgen diferentes medidas de control que buscan regular la composición, el funcionamiento y las atribuciones de los órganos que se encargan de administrar a las empresas con la finalidad de otorgarle un mayor valor a esta; la aplicación en conjunto de estas medidas es conocida como la implementación de un *Gobierno Corporativo*.

Una de las prácticas contenidas en este modelo de administración, creado para proteger a de forma integral a cada uno de los grupos de interés que participan en el desarrollo de una empresa, consiste en admitir Consejeros Independientes en los Consejos de Administración de dichas empresas. Las principales razones para incluir Consejeros Independientes son las siguientes:

1.- Tener una mayor autonomía en el manejo de la compañía, es decir, que el consejero actúe con el finalidad de generar valor en la empresa, en vez de sólo buscar mejores resultados para un determinado grupo de interés.

2.- La profesionalización del Consejo de Administración; al contar con Consejeros Independientes se buscará que quienes estén al frente de estos cargos sean expertos y cuenten con una trayectoria exitosa en el área de su gestión.

La razón para proponer que PEMEX comience a sumarse a esta nueva ola de prácticas corporativas, corresponde a la necesidad de estar a la par de las nuevas gestiones de diversas empresas petroleras de clase mundial, toda vez que traen consigo un conjunto de beneficios en términos de eficiencia (operativa y financiera). Además, es relevante mencionar que en los países en los que operan estas compañías ya se empiezan a implementar leyes espejos de la afamada ley estadounidense *Sarbanes-Oxley*.

La propuesta que se estudiará a través de la presenta tesina consiste en ver cuáles son las ventajas de contar con Consejeros Independientes dentro del Consejo de Administración y una vez analizado lo anterior se estudiará la viabilidad legal que ofrece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las demás leyes ordinarias aplicables al régimen jurídico de PEMEX.

El motivo de estudiar esta práctica, se debe a la gran importancia que tienen los Consejeros dentro del Consejo de Administración de una empresa, así como a la ineficiente manera en que el está conformado el Consejo de PEMEX (integrado por Secretarios de Estado y miembros del Sindicato del organismo descentralizado). La necesidades de contar con nuevos Consejeros Independientes, se debe a que en el mencionado Consejo se olvidan de tomar decisiones en función de todos los grupos de interés y se preocupan únicamente por cumplirle al sector para el cual trabajan.

1.-¿Qué es el *Gobierno Corporativo*?

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha definido al Gobierno Corporativo como “el sistema por el cual las compañías son dirigidas y controladas. La estructura del Gobierno Corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los distintos participantes de la sociedad: los accionistas, el directorio, la administración y los terceros relacionados (acreedores, proveedores, clientes,

etc.), aclarando las reglas y procedimientos para la toma de decisiones de los asuntos sociales. Además proporciona la estructura que permite establecer los objetivos de la sociedad, determinando los medios para alcanzarlos y cómo supervisar su cumplimiento”¹.

Partiendo de la definición anterior podemos mencionar que los objetivos buscados por el Gobierno Corporativo son la objetividad, la transparencia, la equidad en el trato de los accionistas de una sociedad, así como la responsabilidad frente a los terceros que aportan recursos. La gobernabilidad corporativa responde a la búsqueda que tendrá la empresa para mostrarse rentable, competitiva y con la plena seguridad de ofrecer garantías a todos los grupos de interés. En resumen podemos decir que el Gobierno Corporativo se relaciona con el ejercicio de la autoridad en la toma de decisiones que afectan los intereses de las diferentes partes.

De lo mencionado anteriormente se observa que en la teoría, el concepto de Gobierno Corporativo ofrece un amplio conjunto de beneficios que han provocado la creciente implementación de estas medidas, toda vez que están logrando crear empresas más competitivas, ya que al transparentar su administración y al revelar suficiente información, se vuelven más atractivas para los inversionistas, porque generan un pleno conocimiento del funcionamiento de la empresa en la que desean invertir.

¹ OCDE, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises, a survey of OECD countries*, OECD publishing. 1era edición, París Francia, 2004, pag. 23.

Existe una gran cantidad de medidas implementadas en el Gobierno Corporativo las cuales son muy distintas una de otra, éstas se pueden clasificar dependiendo el problema del órgano de gobierno de la empresa que se quiera solucionar, sin embargo las recientes soluciones que se le han dado a los retos que enfrentan los órganos de gobiernos, han permitido realizar una división en tres grandes conjuntos, los cuales consisten en:

1.- *Cumplimiento a los regímenes regulatorios nacionales y extranjeros.* Un primer paso para cumplir con las medidas de Gobierno Corporativo, es dar seguimiento y obedecer cada una de las disposiciones que prevén las leyes de los países en los que se tiene actividad o los instrumentos en los que se apoyan los organismos reguladores.

Para el caso que nos ocupa habría que considerar dar cumplimiento a los ordenamientos nacionales, así como extranjeros, toda vez que PEMEX es una empresa que opera dentro del país, pero además emite deuda en mercados internacionales.

En el plano nacional aún no contamos con una buena implementación de medidas de Gobierno Corporativo en ninguna de las leyes aprobadas por el Congreso de la Unión, sin embargo existe el Código de Mejores Prácticas Corporativas en el que se establecen recomendaciones para un mejor Gobierno Corporativo en las sociedades mexicanas, cabe aclarar que la adopción de lo dispuesto por este código no es obligatorio, simplemente conforma un conjunto de recomendaciones apoyadas en lo estipulado por la ley que inició

esta serie de medidas (Ley Sarbanes-Oxley) y en donde cada una de las empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores, cuenta con la única obligación de reportar su nivel de adherencia a dicho Código.

2.-Administración del riesgo de fraude. Los grandes desarrollos de tecnologías en los que han invertido una gran cantidad de empresas, se han vuelto una falsa ventana de oportunidad para que alguno de los participantes en el funcionamiento de la empresa busque cometer algún daño o ilícito contra la empresa.

Entender los fraudes, así como los riesgos asociados a los mismos es fundamental cuando se está buscando una estrategia de negocio. El mejorar el desempeño del negocio a través de aplicaciones corporativas de una estrategia de administración del riesgo de fraude es la esencia de un buen Gobierno Corporativo.

Lograr una buena administración en las áreas más vulnerables a sufrir un posible fraude se vuelve tarea de los Consejos de Administración, ya que aquí convergen las dos grandes aplicaciones del Gobierno Corporativo, el primero consistirá en tener la mayor cantidad de información de cada uno de los agentes que participan en el desarrollo de la empresa, y el segundo buscará contar con una mayor transparencia en el órgano de gobierno, con el efecto de tener un continuo y específico control en el desempeño del Consejo de Administración.

3.- Órgano de Gobierno. La administración de la empresa, así como de los riesgos a los que se puede enfrentar, requiere de un Consejo de Administración que cuente con los conocimientos necesarios para definir la visión estratégica y desempeñe exitosamente la gestión conferida por los accionistas que representan.

El diseño, la composición y las atribuciones del Consejo de Administración se han convertido en uno de los puntos más relevantes a la hora de implementar medidas de Gobierno Corporativo, toda vez que a través de este órgano de Gobierno se estará desempeñando la gestión de la empresa, por lo que uno de los factores más relevantes para el exitoso funcionamiento de la empresa consistirá en que se tenga un pleno conocimiento de la composición de cada uno de los miembros del Consejo de Administración, la forma en como son designados, las atribuciones con las que cuentan y la posibilidad de contar con los suficientes controles para dar seguimiento a su gestión.

El presente trabajo se concentrará en la implementación de medidas de Gobierno Corporativo de este tipo, ya que como se demostrará más adelante, una de las principales medidas que tiene una reacción rápida y efectiva dentro del funcionamiento de una empresa, consiste en una reestructuración de diseño en el Consejo de Administración de una empresa. Parece ser que abordar el análisis de la reestructuración del Consejo de Administración como medida de Gobierno Corporativo se presentaría como un tema muy acotado, sin embargo se ha decidido realizar el presente análisis dada la complejidad legal que puede causar la adopción de la medida a estudiar.

Explicado lo anterior es procedente mencionar que el punto central de este trabajo consistirá en mencionar las ventajas con las que contará Consejo de Administración de PEMEX al funcionar con Consejeros Independientes, y una vez que se compruebe lo anterior se demostrará la viabilidad Constitucional de contar con Consejeros Independientes en PEMEX.

2.- Marco histórico del Gobierno Corporativo

Parece un poco extraño hablar de la implementación de un Gobierno Corporativo en un organismo descentralizado, ya que los inicios de la adopción de estas medidas nos remonta exclusivamente a su aplicación en empresas privadas, dado a que son éstas quienes exclusivamente debían mostrarse seguras y rentables frente a los inversionistas.

Para entender cómo el concepto de Gobierno Corporativo ha ido sufriendo transformaciones sobre el marco en el que actúa es conveniente realizar una breve reseña sobre la historia del concepto del Gobierno Corporativo.

La historia del Gobierno Corporativo entendiéndolo en sus inicios como un medio para controlar el manejo de una empresa se remonta a 1940, año de emisión de la “Investment Act”, primer documento formal emitido por el la New York Stock Exchange (NYSE), en el que fue recomendado implementar un Comité de Auditoria, dentro del Comité de Directores. El segundo documento formal fue la “Investment Advisers Act of 1940”, en la

cual la Security Exchange Commission (SEC) recomendó que un comité de miembros externos al directorio nominara a los auditores independientes y se ocupara de los detalles relativos a la auditoría.

De forma posterior a los documentos mencionados se continuaron elaborando diversas regulaciones y a la par se fueron desarrollando un conjunto de conocimientos que ayudaron a construir la base del Gobierno Corporativo.

Uno de los pilares que ayudó en gran medida a construir las bases del Gobierno Corporativo es el problema de “Agencia”, al presentarse como una falla de mercado derivada de la asimetría de la información entre los accionistas de una empresa (principal) y los administradores de la misma (agente). Tomando en cuenta lo anterior se empezaron a realizar una serie de estudios para ejercer un mayor control sobre el agente sin que se incrementaran los costos que provocan los controles. Uno de estos estudios fue el realizado en 1976 por “Jensen y Meckling, ahí formalizan el problema de agencia y dan origen a la investigación moderna sobre Gobierno Corporativo en el ámbito económico. En su artículo, Jensen y Meckling establecen que un gerente (agente) cuya propiedad sobre la empresa que orienta es inferior al 100% tiene conflictos de interés con el propietario (principal) puesto que existen beneficios privados de control que son obtenidos por el gerente en perjuicio de la riqueza de los propietarios.”²

² KPMG, *Historia del Gobierno Corporativo*, 1era Edición. México, D.F., 2004, pag 33.

Posteriormente, los esfuerzos por seguir desarrollando investigaciones en esta área se fueron incrementando, al mismo tiempo los grupos empresariales comenzaron a notar los beneficios que traía implementar estas medidas, toda vez que observaron la seguridad y confianza que otorgaban estas practicas a los inversionistas que deseaban participar en estas empresas. Diversas asociaciones y bolsas de valores en Estados Unidos de América comenzaron a adoptar medidas de control en los órganos de gobierno de las empresas, la National Association of Securities Dealers y la American Stock Exchange, adoptaron la obligatoriedad de los comités de Auditoria para las compañías listadas en la bolsa, con fecha posterior a abril de 1988. De manera casi inmediata al hecho anterior el Congreso Norteamericano promulgó la reforma legislativa al Federal Deposit Insurance Corporation, que tiene como misión mantener la estabilidad de la confianza pública en el sistema financiero nacional, la reforma hizo obligatorio la creación de comités de Auditoria Independientes para el sector bancario.

Las ideas desarrolladas en Norteamérica comenzaron a cobrar fuerza en Europa. En 1992 el gobierno del Reino Unido crea el Cadbury Committee, quien desarrolló “The Code of Best Practice” el cual recomendaba a la Junta de Directores de las corporaciones del Reino Unido incluir al menos tres directores externos y que la posición del Chairman y CEO (Chief Executive Officer) sea mantenida por diferentes individuos

En los últimos años el perfeccionamiento del Gobierno Corporativo ha sido una de las mayores tendencias en el escenario financiero mundial, lo anterior se observa toda vez que se han desarrollado mas de 25 códigos de “Buenas Prácticas Corporativas”, en 14 diferentes países, entre los que destacan los siguientes: “Admision Rules” de la European

Association of Securities Dealers Automatic Quotation (octubre de 1996), “Principles of good practice for Board of Directors” de la Commonwealth Association for Corporate Governance (abril de 1998), “Brazilian code of best Practices” del Brazilian Institute of Corporate Directors (abril de 1997), “El Gobierno de las Sociedades Cotizadas” en España, también conocido como Informe Olivencia (1998) y recientemente en México bajo la iniciativa del Consejo Coordinador Empresarial se creó el Código de Mejores Prácticas Corporativas (2002).

Cabe mencionar que uno de los grandes avances en esta materia fue la creación en el 2002 de la Ley Sarbanes-Oxley, la cual intencionalmente no fue incluida en el listado anterior dada la relevancia que adquirió ésta. La Ley Sarbanes-Oxley ha sido considerada como uno de los instrumentos más fuertes en materia de Gobierno Corporativo, toda vez que fue una creación *ex professo* a dar respuesta a los desastres financieros de empresas como ENRON y Worldcom; la Ley en comento fue proveída de una gran cantidad de herramientas que garantizan el endurecimiento de los controles de las empresas y devuelven la confianza perdida en todas las empresas que cotizaban en la New York Stock Commission (NYSE) y en la National Association of Securities Dealers by Automatic Quotation. (NASDAQ).

De todo lo expresado anteriormente se puede observar que la implementación de este tipo de medidas es exclusiva de las empresas privadas, dada la asimetría de información que existe entre el órgano administrador y los inversionistas, ya que los intereses de cada grupo son distintos entre sí. Lo que se busca con el Gobierno Corporativo es contar con mecanismos de control más amplios sobre los administradores que facilite un manejo

transparente de la empresa, de tal forma que cada inversionista cuente con la mayor cantidad de información que le permita conocer todos los posibles escenarios que se le puedan presentar en caso de invertir en una sociedad.

Por lo ante mencionado parece fuera de contexto proponer instaurar medidas de Gobierno Corporativo en un organismo descentralizado, sin embargo las nuevas operaciones de un organismo descentralizado y las necesidades de hacer mas atractiva dicha entidad paraestatal frente a la competitiva atracción de inversiones nacionales y extranjeros han hecho inevitable la adopción de estas practicas.

3.- ¿Gobierno Corporativo en las Entidades Paraestatales?

En el capitulo anterior quedó demostrado que desde los inicios de la implementación del Gobierno Corporativo ha sido empleado de forma exclusiva en empresas privadas toda vez que existía la necesidad de contrarrestar, a través de diversas instituciones y/o contratos, la asimetría de información que existe entre los accionistas e inversionistas y el órgano de gobierno de una empresa. Partiendo de lo anterior suena lógico que las grandes empresas, donde los órganos de gobierno son una entidad distante de los accionistas de una empresa, cuenten con una gran adopción de medidas de Gobierno Corporativo. Tomando en cuenta lo anterior no es tan clara la racionalidad para implementar este tipo de medidas en empresas en las que el accionista principal es el Estado y el Consejo de Administración también esta conformado por funcionarios públicos.

Derivado de esta distinción, entre empresas públicas y privadas, resulta relevante mencionar que también existen incentivos dentro de las empresas del Estado para no implementar medidas que las hagan más eficiente, lo anterior es conocido en la teoría de las políticas públicas como la falla de gobierno de la agencia gubernamental³.

“Las empresas del Estado muestran dificultades específicas en lo referente a su órgano de gobierno. En primer lugar cabe destacar que las empresas que son propiedad del Estado están efectivamente protegidas en dos aspectos que son esenciales en el comportamiento de dichas empresas, estos aspectos son la administración y la quiebra de una empresa Estatal. Lo anterior se debe a que el órgano de gobierno de un organismo descentralizado puede contar con mas discrecionalidad que una empresa privada. En lo referente al problema de quiebra de un organismo descentralizado es importante destacar que estas empresas no están sujetas al usual procedimiento de quiebras e incluso sólo en casos excepcionales un organismo descentralizado llegará a la quiebra.”⁴

El problema de la discrecionalidad en la administración de un organismo descentralizado surge debido “a que no es claro quien es el propietario de la empresa, sin embargo existe un conflicto de objetivos entre los propietarios y los distintos grupos de interés. ¿Quiénes son los principales en un organismo descentralizado? ¿Qué objetivos deben seguir estos? El principal debe ser un agente político, sin embargo pueden existir situaciones en las que se presenten varios principales; algunas veces pueden ser los Secretarios de Estado o algunas

³ La falla de gobierno definida como de agencia gubernamental consiste en que dado que las entidades y dependencias, en la mayoría de las veces, realizan de manera monopólica determinados servicios, éstas no cuentan con los incentivos necesarios para actuar de manera eficiente.

⁴ OCDE, *óp cit.*, pag 128.

otras el Congreso”⁵, por lo tanto, velar por los intereses de cada uno de los grupos y hacerlos convergentes, se vuelve una tarea difícil, sin embargo, lo anterior debe considerarse otro de los problemas en los que son notorias las necesidades de contar con medidas de Gobierno Corporativo.

El estudio de la OCDE respecto de los problemas constantes en las empresas que son propiedad del Estado, generan una gran aportación a la descripción del porqué las entidades paraestatales encuentran tantas dificultades para adoptar medidas de Gobierno Corporativo.

La forma en la que se llevarán las quiebras para una organismo descentralizado resulta muy ejemplificativo para lo que se intenta demostrar; PEMEX al ser una empresa que emite deuda, debería estar sujeta a muchas presiones del mercado o debería estar resignada a aceptar calificaciones bajas en sus bonos, toda vez que no cuenta con un Gobierno Corporativo, sin embargo esto no es así, ya que el mercado y las calificadoras de bonos saben que estos bonos siempre serán pagados, debido a que el Estado Mexicano respalda éstos. Por todo lo anterior y con la finalidad de agravar el panorama, es claro que tampoco hay una constante exigencia por parte del mercado para que PEMEX cambie su órgano de gobierno.

No obstante lo anterior, hoy en día existen razones reales que nos demuestran la necesidad de adoptar las medidas de Gobierno Corporativo para esta entidad paraestatal. Además de todos los beneficios que genera la implementación de un Gobierno Corporativo dentro de

⁵Ibidem, pag 129.

una empresa, las siguientes razones particulares nos demuestran el acierto de contar con dicha práctica:

1.- La realización de nuevas operaciones por parte del organismo descentralizado. Desde sus inicios y hasta hace apenas algunos años, PEMEX se dedicaba exclusivamente a actividades propias de la exploración y producción de petróleo, refinación, elaboración de productos petrolíferos y derivados del petróleo, al procesamiento del gas natural y sus líquidos, sin embargo, debido a las nuevas exigencias comerciales, PEMEX ha decidido buscar nuevos canales para financiar sus operaciones, lo anterior condujo a la paraestatal a la emisión de deuda, lo cual implica la obligación de que PEMEX presente un buen comportamiento corporativo, administrativo, financiero y operacional, con la finalidad que la clasificación que emitan las calificadoras sobre el riesgo de invertir en dichos bonos sean aún mejores.

2.- La necesidad de hacer más atractiva dicha empresa frente a la competitiva atracción de inversiones nacionales y extranjeros. Esta razón está muy relacionada con la anterior, toda vez que se hace referencia a la necesidad de mostrar un buen desempeño para obtener buenos resultados de las calificadoras, ya que en caso de no ser así, la demanda de bonos será enfocada a otra petrolera o hacia otro mercado, dado que varias empresas empiezan ya a mostrar signos de contar con medidas de Gobierno Corporativo, mandando señales positivas a inversionistas y calificadoras.

3.- Autonomía de gestión. Tener una mayor autonomía en el manejo de la compañía permite que el consejero actúe con la finalidad de buscar beneficios para toda la empresa y

no para un grupo de interés en específico, lo cual se traduce, en última instancia, en una generación de mayores de ingresos para el país. Lo anterior permitiría que los ingresos generados por PEMEX, no estuvieran atados exclusivamente a la alza en los precios del crudo, sino que también se contara con ingresos derivados una agenda de operaciones bien planeadas.

4.- Profesionalización del Consejo de Administración. Al contar con Consejeros Independientes se buscará que las personas que ocupen estos cargos, sea gente experta y con una trayectoria exitosa en el área en la que se necesita contar con su gestión para una adecuada administración y aumenten la generación de ingresos de la petrolera.

II.-LA ADMISIÓN DE CONSEJEROS INDEPENDIENTES EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE PEMEX

1.-Antecedentes

Cabe hacer mención que la idea que motiva la realización del presente trabajo no se debe, exclusivamente a los beneficios que genera en una empresa el contar con Consejeros Independientes dentro de los órganos de gobierno de éstas. El otro elemento que dio origen al desarrollo del presente trabajo se debe a la propuesta que realizó al inicio de su gestión el ex-Presidente de México, Vicente Fox Quesada, quien en el 2001 presentó a los empresarios, Carlos Slim Kuri -empresario mexicano, quien cuenta con negocios diversificados en áreas de telefonía fija y móvil, bancaria y desarrollo de infraestructura-, Lorenzo Zambrano Treviño -regiomontano al frente de la tercera cementera mas grande en

el mundo-, Rogelio Rebollar –ex CEO de la embotelladora más grande de PEPSICO en el país-, y Alfonso Romo Garza –empresario que ha diversificado su portafolios en empresas dedicadas a diversos áreas enfocadas a la agricultura, como Consejeros Independientes del Consejo de Administración de PEMEX, sin embargo dicha propuesta no prospero dado los conflictos de intereses que los empresarios tenían con la petrolera.

Después del nombramiento realizado por el ex-Presidente de la República surgieron algunos comentarios sobre la viabilidad legal y constitucional de dichos nombramientos. En virtud de lo anterior el 21 de febrero de 2001, el diputado Carlos Aceves del Olmo a nombre de los grupos parlamentarios de los Partidos Revolucionario Institucional y de la Revolución Democrática, presentó ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, una proposición con Punto de Acuerdo sobre los nombramientos hechos por el Presidente de la República, para integrar el Consejo de Administración de PEMEX.

En virtud de lo dispuesto por la Ley Orgánica del Congreso de la Unión a la Primera Comisión de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia de la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión (“La Primera Comisión”), le fue turnada para su análisis y dictamen la Proposición con Punto de Acuerdo sobre los nombramientos hechos por el entonces Presidente de la República, para integrar el Consejo de Administración de PEMEX.

De la discusión sobre los nombramientos hechos por el Presidente de la República, para integrar el Consejo de Administración de PEMEX, realizada por La Primera Comisión el 27 de febrero 2001, así como de los anteproyectos de dictamen y del dictamen aprobado no se desprende que se hayan analizado los beneficios de contar con medidas de Gobierno Corporativo en PEMEX, sino solamente se observa un análisis sobre la viabilidad constitucional y legal del mencionado proyecto. La solución a la que se llegó fue que dichos nombramientos transgredían lo dispuesto por los párrafos cuarto y quinto de los artículos 25 y 28 de nuestra Ley Fundamental, respectivamente, así como el artículo 7 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, por las siguientes razones:

“Interpretados de manera integral, tales párrafos [de los artículos 25 y 28 constitucionales], no hay duda de que la participación conjunta del Estado y los particulares no incluye las áreas estratégicas sobre las que el Estado tiene el dominio directo. Afirman los legisladores que hacen suya la proposición en estudio, que no puede ser representante del Estado quien llega a una institución u organización pública desde el sector privado, para convertirse en parte del órgano de gobierno de una empresa del Estado dirigida a la explotación de un recurso natural sobre el que la Nación tiene el dominio directo. Bajo estas circunstancias, los órganos de gobierno de las empresas que tienen a su cargo funciones relacionadas con áreas estratégicas, sólo pueden constituirse por representantes del sector estatal que participan en el proceso productivo correspondiente; naturaleza que le concierne al Consejo de Administración de Pemex. Por consiguiente, no pueden los particulares ser miembros del Consejo de Administración de Pemex, en calidad de representantes del Estado, pues no basta la

designación o nombramiento que haga de ellos el Presidente de la República, si su designación carece de sustento legal.”⁶

Cabe recalcar que los legisladores en ningún momento analizaron otras cuestiones relevantes como la realidad del Consejo de Administración de PEMEX, los beneficios que traería para PEMEX el contar con Consejeros Independientes o incluso realizar un análisis comparativo con diferentes países que han implementado medidas de un Gobierno Corporativo en empresas petroleras que son propiedad del Estado; lo anterior deja un poco limitado el análisis realizado por los legisladores, ya que las razones que exponen para no aprobar la proposición con Punto de Acuerdo sobre los nombramientos hechos por el Presidente de la República, para integrar el Consejo de Administración de PEMEX, son exclusivamente jurídicos.

No se continuará con el estudio de las consideraciones legales respecto de la propuesta toda vez que en el siguiente capítulo se realizará un análisis jurídico detallado en el que se explicará la posibilidad que ofrece la CPEUM de contar con Consejeros Independiente, así como las restricciones legales a los que están sujetos dichos nombramientos.

⁶ Dictamen sobre *Proposición con Punto de Acuerdo sobre los nombramientos hechos por el Presidente de la República, para integrar el Consejo de Administración de PEMEX*. Realizada por la Primera Comisión de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia de la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, el 27 de febrero de 2001.

2.-La actualidad del Consejo de Administración de PEMEX.

La razón para comenzar con la implementación de medidas de un Gobierno Corporativo dentro del Consejo de Administración de PEMEX se debe a que éste es el máximo órgano de control dada su importancia en la dirección y operación que tiene dentro del organismo descentralizado, lo anterior se observa a través del artículo 7 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, el cual menciona que *“Petróleos Mexicanos será dirigido y administrado por un Consejo de Administración, que será el órgano superior de gobierno de la industria petrolera, sin perjuicio de la autonomía de gestión de los organismos...”*. De lo anterior se observa que este órgano de control tendrá a su cargo la conducción central y la dirección estratégica de todas las operaciones que realice esta empresa.

La conformación del Consejo de Administración de PEMEX es de once miembros: seis representantes del Estado designados por el Ejecutivo Federal, incluyendo el presidente del Consejo de Administración, y cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana.

Actualmente los representantes del Estado designados por el Ejecutivo Federal son el Secretario de Energía, el Secretario de Hacienda y Crédito Público, el Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Secretario de Comunicaciones y Transportes, el Secretario de Relaciones Exteriores y el Secretario de Economía. El presidente del Consejo

de Administración de PEMEX es el Secretario de Energía. Asimismo, los representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana deben ser miembros de dicho Sindicato y deben ser trabajadores de planta de PEMEX.

Debido a la actual composición del Consejo de Administración, el funcionamiento de éste presenta algunos problemas en el desempeño de sus actividades, en gran medida se ha reconocido que existe una gran dificultad para la toma de decisiones, toda vez que cada uno de los Consejeros realiza su gestión teniendo muy presente los intereses del Sindicato o los de cada una de las Secretarías a las que tienen a su cargo. Sin embargo, este problema no es atribuible a la manera en cómo se presentan las pugnas por el poder de esta empresa, sino que es una falla que se presenta en varias de las empresas que son propiedad del Estado y en las que únicamente se cuenta con consejeros que son funcionarios públicos, tal como lo señala la OCDE, al decir que “Varias de las empresas en las que los Estados miembro de la OCDE son accionistas mayoritarios continúan teniendo Consejos de Administración grandes, con muchos representantes del Estado, con una escasa visión de negocios y con poca independencia. Finalmente la presencia de trabajadores (en el caso de PEMEX, sindicalistas) transforman los Consejos de Administración de estas empresas en arenas para la negociación política, mas aún si este sector resulta ser el más organizado.” Lo anterior se adecua de manera perfecta al caso de PEMEX, toda vez que los Secretarios de Estado que participan en el Consejo tienen escaso o poco conocimiento del mercado de petróleo, mientras que el Sindicato aprovecha este derecho corporativo para negociar situaciones que no deberían llevarse a la discusión de las sesiones propias de un Consejo de Administración.

Cabe hacer mención que según los estudios realizados por la OCDE⁷, México es el único país miembro de esta organización, en el que los representantes del Estado en el Consejo de Administración del organismo descentralizado superan el 50% del total de los miembros del Consejo.

A pesar de que se busca modificar la composición del Consejo de Administración, no se propone desaparecer ni la participación del Estado ni mucho menos la de los trabajadores. La participación de los trabajadores en el Consejo resulta relevante toda vez que con esta medida se les permite a los representantes de los trabajadores tener un canal de comunicación con los niveles directivos de la empresa. Reviste de igual importancia contar con representantes de diversas Secretarías de Estado que puedan tener cierta afectación por el funcionamiento de estas empresa.

La propuesta para la composición del Consejo de Administración consiste en sumar a la actual organización de dicho consejo, la participación de los Consejeros Independientes, toda vez que “esa medida es una factor clave para asegura que los Consejos de Administración de las empresas funcionen de manera efectiva y eficiente.”⁸ Es relevante hacer mención que de la totalidad de los países miembros de la OCDE cuentan con una

⁷ OCDE, *óp cit.*, pag.125.

⁸ Joint Committee of Public Accounts and Audit, Australian Government, *Report 372 Corporate Governance and Accountability Arrangements for Commonwealth Government Business Enterprises*” Sidney, Australia, 1999, pag 53.

fuerte presencia de Consejeros Independientes dentro de los Consejos de las empresas propiedad del Estado, cabe mencionar que son solo España, Turquía y México los únicos Estados miembro de la OCDE que no cuentan con disposiciones legales para contar con una considerable presencia de Consejero Independientes.

Es relevante mencionar que las únicas dos entidades paraestatales en México que han adoptado la admisión de Consejeros Independientes en sus Consejos de Administración son las bancas de desarrollo, Nacional Financiera, S.A. y el Banco de Comercio Exterior, S.A.

Por todo lo hasta ahora mencionado se propone modificar la composición del Consejo de Administración de PEMEX, de tal forma que se pueda adoptar en la empresa petrolera la figura de los Consejeros Independientes. A pesar de que este tema será tratado a lo largo del capítulo III, se hará una breve explicación del modelo de admisión de Consejeros Independientes con la finalidad de poder entender lo posibles conflictos de constitucionalidad que traería dicho modelo. El presente modelo estará compuesto de quince Consejeros, ocho representantes del Estado, seis del Sindicato y dos Consejeros Independientes. Los cambios en cuanto al número de Consejeros, así como el aumento de los representantes del Estado se deben a la necesidad de no traspasar lo dispuesto en nuestra CPEUM.

La presente propuesta ha sido muy discutida en relación con su viabilidad en materia Constitucional y respecto de las demás leyes que regulan a este organismo. Por lo anterior a continuación se presenta un análisis de la CPEUM y de las demás leyes ordinarias que regulan el comportamiento de PEMEX.

3- La viabilidad de la admisión de Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien PEMEX realiza actividades consideradas como estratégicas conforme a los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM, la designación de mexicanos que no son funcionarios públicos en el Consejo de Administración no viola en lo absoluto tales preceptos. Este hecho no cambia la naturaleza jurídica de PEMEX, es decir, de un organismo descentralizado de la Administración Pública, encargado de una actividad estratégica exclusiva del Estado. En consecuencia, en caso de admitir a dichos Consejeros Independientes se seguirían cumpliendo cabalmente las disposiciones constitucionales que exigen al Estado contar con organismos pertenecientes al sector público para manejar la respectiva área estratégica. En todo caso lo que violentaría lo dispuesto en la Constitución sería permitir que empresas privadas adquirieran parte del patrimonio de PEMEX, puesto que, en efecto, la propia Constitución ha reservado de manera exclusiva estas actividades al Estado.

Para realizar un estudio exhaustivo de la posibilidad que ofrece la CPEUM de admitir a los Consejeros Independientes a continuación se presenta un análisis de cada uno de los artículos constitucionales de los que La Primera Comisión consideró que de su redacción se desprendía la prohibición a esta medida.

3.1.- Artículo 27 de la CPEUM.

Para entender la redacción de estos artículos en discusión es importante conocer las causas históricas que motivaron dicha redacción, ya que nos permitirá demostrar que estos artículos se redactaron en virtud del temor a un intervencionismo que se vivía en aquel momento, además se comprobará que el Constituyente no tenía la intención de imponer una restricción como la que interpretó La Primera Comisión.

La motivación por las restricciones que impone este artículo se remonta al “año de 1822 que fue cuando se descubrieron los primeros yacimientos de petróleo en el país, las compañías inglesas, norteamericanas, holandesas, francesas, etcétera, inmediatamente pusieron los ojos en la riqueza petrolera mexicana, aunque el auge petrolero no se iniciaría hasta inventarse el motor de combustión interna.”⁹ La apropiación de este bien fue en un primer momento exclusivo de los extranjeros, incluso el gobierno mexicano, durante la administración de Porfirio Díaz, se limitó a regular el otorgamiento de concesiones sobre los terrenos nacionales a las compañías que se establecieran en el país. Tras la salida de

⁹ Madrazo, Jorge, *Reflexiones Constitucionales*, tercera edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, pag. 82.

Díaz, “el señor Madero quiso impedir que el saqueo del petróleo mexicano continuara y estableció el primer impuesto a la industria petrolera. Carranza desde luego también se preocupó por restablecer para la Nación su riqueza petrolera y sujetar a las compañías a un régimen de concesión y obligarlas a pagar impuestos. Las respuestas de las compañías petroleras no se hicieron esperar y patrocinaron el levantamiento en armas de Manuel Peláez en la zona petrolera del Golfo de México.”¹⁰

A pesar de que las compañías petroleras adoptaron en un primer momento la utilización de canales extralegales para hacer valer sus pretensiones, también decidieron agotar las vías legales que ofrecía el país y “promovieron un amparo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra de los tres decretos expedidos por Venustiano Carranza. Este alto tribunal en la resolución que recayó a este amparo, así como en las cuatro que le siguieron con el fin de formar jurisprudencia, adoptó una decisión claudicante, entreguista e ilegítima, pasando por alto los efectos del principio de supremacía constitucional, toda vez que declaró que el artículo 27 en su párrafo cuarto no podía estimarse retroactivo ni por su letra, ni por su espíritu, pues no vulneraban los derechos adquiridos.”¹¹

Con todos estos antecedentes “resulta muy explicable las determinaciones que asumió el Constituyente mexicano de 1916-1917 sobre la naturaleza y régimen del subsuelo mineros y petrolero. No puede ser más cierta la afirmación de que las disposiciones del artículo 27

¹⁰ Idem.

¹¹ Madrazo Jorge, *óp cit.*, pag 87.

en materia de subsuelo son categorías jurídicas que se impusieron bajo las exigencias de un momento histórico de nuestro país.”

Como respuesta al conjunto de acciones señaladas anteriormente, se pensó en la redacción de un artículo representativo del régimen de propiedad que tendrían recursos naturales, tales como los yacimientos minerales, los combustibles minerales, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos entre otros. De lo anterior se desprende la redacción del artículo 27 de la CPEUM (*en virtud de lo extenso del artículo, únicamente se transcribirán los párrafos relevantes al presente análisis*):

“**Artículo 27.-** La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

(...)

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y sustancias a que se refiere el párrafo cuarto: regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que, en su caso, se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva. Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

(...)"

De las transcripciones de los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 27 de la CPEUM, se pueden desprender principalmente las siguientes aseveraciones:

- La propiedad de las tierras y aguas ubicadas dentro de los límites territoriales corresponden en un primer momento a la Nación, sin embargo pueden ser transmitidas a los particulares.

- La Nación tiene el dominio directo del petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólido, líquido o gaseoso.
- Los recursos en los que la Nación tiene el dominio directo no pueden prescribir a favor de un tercero, y tampoco se podrán transmitir los derechos sobre este, sino mediante concesiones otorgadas por el Presidente de la República de acuerdo con lo establecido en las leyes.
- Pese a lo mencionado anteriormente, no se otorgarán concesiones ni contratos respecto del petróleo, los carburos de hidrógeno sólido, líquido o gaseoso o de minerales radioactivos.
- La Nación llevará a cabo la explotación del petróleo, en los términos que señale la Ley reglamentaria respectiva.

De todos los puntos hasta ahora mencionados se entiende que este artículo constitucional, en lo que respecta al ámbito petrolero, únicamente hace referencia a que la propiedad le pertenece exclusivamente a la Nación, además, de que bajo ninguna circunstancia se le podrá transmitir ningún derecho sobre este recurso a los particulares.

El hecho de admitir a Consejeros Independientes en el Consejo de Administración no realiza ninguna interferencia con el presente artículo toda vez que a los Consejeros Independientes no se les otorgará ningún tipo de derecho patrimonial sobre el petróleo o sobre PEMEX, por tal motivo, el hecho de admitir a estos Consejeros no pondría en riesgo la propiedad única y exclusiva que tiene el Estado sobre estos bienes.

3.2.- Artículo 28 de la CPEUM.

Otro de los artículos constitucionales en los que La Primera Comisión se basó para mencionar que la admisión de Consejeros Independientes dentro del Consejo de Administración de PEMEX era inconstitucional fue en el artículo 28 Constitucional, cabe hacer mención que este artículo cuenta con dos objetivos principales, el primero consiste en declarar la prohibición de los monopolios, los estancos y las exenciones de impuestos, así como todas las demás prácticas que impidan la competencia y la libre concurrencia, el segundo objetivo consiste en señalar cuáles son las áreas en las que pese a la prohibición anterior el Estado las podrá ejercer de manera exclusiva. Los Legisladores de esa Primera Comisión consideraron que en este segundo objetivo del artículo en comento existía una prohibición en lo referente a la admisión de Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX, al respecto el artículo 28 Constitucional en sus fracciones cuarta y quinta mencionan lo siguiente:

“Artículo 28.- (...)

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz

manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario, donde de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

(...)"

De la transcripción anterior se pueden desprender las siguientes aseveraciones:

- Las facultades que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas de petróleo, demás hidrocarburos y petroquímica básica entre otros, no constituirán ningún tipo de monopolio.
- Para el eficaz manejo de estas áreas estratégicas el Estado contará con los organismos y empresas que requiera.

De las anteriores aseveraciones no se desprende que el admitir Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX sea contrario a lo dispuesto en este artículo, ya que en ningún momento se está mencionando que dichas empresas, necesarias para el manejo de estas áreas estratégicas, ya no serán parte del Estado o que el Estado venderá parte de estas empresas al sector privado.

La admisión de Consejeros Independientes incluso tiende a cumplir de mejor forma lo expresado en la quinta fracción del artículo 28 Constitucional, toda vez que la implementación de medidas de Gobierno Corporativo en PEMEX tenderá a hacer más eficaz el manejo del Estado respecto a esta área estratégica.

Es importante hacer énfasis en que el hecho de que se cuente con Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX, no significa que el Estado ya no tendrá el manejo de esta área estratégica, tal como lo intentó hacer valer La Primera Comisión. Lo anterior es totalmente falso por las siguientes razones: i) El Estado continuará teniendo el control eficaz de la empresa, ya que seguirá formando parte de la Administración Pública Federal como parte de los organismos descentralizados; así como tampoco se transmitiría alguno de los derechos patrimoniales de PEMEX , y ii) La cantidad de Consejeros Independientes es mínima, es decir, éstos no podría conformar una mayoría dentro del Consejo de Administración.

Por lo hasta ahora expuesto se entiende que la admisión de los Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX de ninguna manera violentaría lo dispuesto en el artículo 28 de la CPEUM.

3.3.- Artículo 25 de la CPEUM

Al momento de realizar el dictamen sobre la Proposición con Punto de Acuerdo sobre los nombramientos hechos por el ex-Presidente de la República, para integrar el Consejo de Administración de PEMEX, La Primera Comisión puso mayor énfasis en que dicha propuesta violentaba a todas luces lo dispuesto por en el artículo 25 de la CPEUM. Al respecto dicho artículo menciona lo siguiente.

Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno

ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

(...)"

Antes de iniciar la discusión es importante recordar que tal como se señaló en el análisis del artículo 28 de la CPEUM, el petróleo y los demás hidrocarburos pertenecen a la áreas estratégicas en las que el Estado ejercerá sus funciones de manera exclusiva, por tal motivo será en estas mismas áreas donde el Gobierno Federal mantendrá siempre la propiedad y el control de PEMEX.

En lo que respecta a la propiedad que el Gobierno Federal ejercerá sobre PEMEX, no existe discusión alguna en que la admisión de Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX pueda interferir con dicha parte la disposición, toda vez que la propuesta de Gobierno Corporativo que se quiere implementar no pretende ceder parte de

las acciones o del patrimonio de PEMEX a los Consejeros Independientes o a alguna empresa.

A pesar de que la implementación de la medida de Gobierno Corporativo tampoco implicaría la pérdida del control de PEMEX, es importante hacer algunas precisiones respecto a este punto, toda vez que la Primera Comisión empleó un mayor énfasis en esta parte para demostrar la inconstitucionalidad de la propuesta.

Al respecto dicha Comisión mencionó que *“el artículo 25 constitucional determina que el sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28 de la Constitución, manteniendo el control sobre los organismos que en su caso se establezcan. No queda pues ninguna duda de que la participación conjunta del Estado y los particulares no incluye las áreas estratégicas, limitándose esta acción concurrente a todas las demás, incluidas las de carácter prioritario”*.

Lo que la Primera Comisión expresó en dicho argumento fue que en las áreas estratégicas el Gobierno Federal deberá, de manera exclusiva, mantener la propiedad y el control de dichas áreas, mientras que para las áreas prioritarias del desarrollo, el sector público podrá participar con los sectores sociales y privados con el fin de impulsar dichas áreas.

Si bien es cierto la Primera Comisión mencionó de forma exacta lo dispuesto por el artículo 25 de la CPEUM, esto no es argumento válido para hacer valer la inconstitucionalidad de la admisión de Consejeros Independientes, incluso la diferencia que la Primera Comisión hace valer entre área estratégica y área prioritaria de desarrollo es bastante acertada, ya que

como bien señala, la primera deberá ser exclusiva para la propiedad y el control del sector público, mientras que en la segunda se abre la posibilidad a que las empresas privadas en conjunto con el sector público puedan adquirir derechos patrimoniales.

Una de las probables razones por las cuales, la Primera Comisión trató de utilizar el párrafo anterior para mencionar que la medida que se trata de implementar es inconstitucional se debe a la ambigüedad del término “control sobre los organismos”. Con el objeto de demostrar que el hecho de contar con Consejeros Independientes no lleva a la inconstitucionalidad de la propuesta se realizará un análisis de lo que debe entenderse por “control sobre los organismos”.

Si bien en México no existe teoría, doctrina o disposición legal alguna que nos ayude a determinar la manera para determinar la existencia del control que un accionista o que una empresa puede tener sobre otra, la lógica nos indica que siempre que una persona o una empresa tenga más del 50% de las acciones de otra empresa se puede decir que cuenta con el control sobre dicha empresa.

No existe ley alguna en materia administrativa o incluso en materia mercantil que contenga lo expresado en el párrafo anterior, la única ley que contiene una disposición en la que se pronuncie lo anterior es la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la cual menciona en su artículo 65 lo siguiente:

“**Artículo 65.-** Para los efectos de esta Ley se consideraran sociedades controladoras las que reúnan los requisitos siguientes:

(...)

II.- Que sean propietarias de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras propiedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad controladora.

(...)"

A pesar de que la disposición transcrita no le es aplicable a PEMEX, solamente se decidió utilizar la disposición anterior como un referente que indique bajo que condiciones se puede considerar que una empresa tiene control sobre otra.

Tomando en cuenta este criterio se puede observar que la admisión de Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX no influye sobre el control que el Estado tendrá en esta área estratégica, toda vez que en la presente propuesta el Estado seguirá teniendo más del 50% de las acciones de PEMEX, lo que le permitirá seguir contando con el control sobre esta organismo descentralizado.

Por todo lo expresado hasta ahora se entiende que el hecho de contar con Consejeros Independientes no interfiere en nada con el control que el Estado, por mandato constitucional, deberá ejercer en esta área estratégica, toda vez que continuará ejerciendo el control sobre dicha empresa, ya que la llegada de los Consejeros Independientes en nada afectaría esto.

4.- Viabilidad de la propuesta frente a la legislación ordinaria.

Una vez que se ha demostrado que no se transgrede ninguna disposición constitucional, es procedente realizar el análisis al amparo de la legislación ordinaria que le resulta aplicable a este organismo descentralizado.

4.1.- Ley Federal de Entidades Paraestatales y su Reglamento.

Toda vez que PEMEX es un organismo descentralizado le es aplicable la Ley de Entidades Paraestatales (LFEP), así como el Reglamento a la Ley Federal de Entidades Paraestatales (RLFEP). En lo referente al tema, ambos ordenamientos se expresan de forma positiva frente al presente tema.

La LFEP en su artículo 34 dispone lo siguiente:

Artículo 34.- Los Consejos de Administración o sus equivalentes de las entidades de participación estatal mayoritaria, se integrarán de acuerdo a sus estatutos y en lo que no se oponga con sujeción a esta Ley.

Los integrantes de dicho órgano de Gobierno que representen la participación de la Administración Pública Federal, además de aquéllos a que se refiere el Artículo 9o. de este ordenamiento, serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal, directamente a través de la Coordinadora de Sector. Deberán constituir en todo tiempo más de la mitad de los miembros del Consejo, y serán servidores públicos de la Administración Pública Federal o personas de reconocida calidad moral o prestigio, con experiencia respecto a las actividades propias de la empresa de que se trate.

El RLFEP en su artículo 17, el cual se encuentra inmerso dentro del Capítulo V, titulado “Del Órgano de Gobierno,” dispone lo siguiente:

“ARTICULO 17.- Serán miembros del Órgano de Gobierno:

I. El presidente del mismo;

II. Los representantes de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Programación y Presupuesto;

III. Los representantes de las dependencias o entidades cuyo ámbito de competencia o funciones se relacione con el objeto de la entidad, y

IV. También podrán fungir como miembros del Órgano de Gobierno, representantes de los sectores privado o social que por su experiencia vinculada con la producción de los bienes o la prestación de los servicios, objeto de la entidad, puedan contribuir al logro de los objetivos de la misma. En tales casos, éstos constituirán una minoría significativa en el seno del Órgano de Gobierno.

Los mencionados integrantes del Órgano de Gobierno acreditarán ante el mismo a sus respectivos suplentes, los que fungirán como miembros en las ausencias de aquéllos.

Con el propósito de asegurar la adecuada toma de decisiones en las reuniones del Órgano de Gobierno, los representantes de las dependencias o entidades deberán tener reconocida capacidad o experiencia vinculada con la naturaleza y tipo de operaciones o servicios que realiza la entidad.

Quienes tengan la responsabilidad de designar a los miembros de los Órganos de Gobierno deberán considerar las demás obligaciones que éstos deban cumplir en función de su cargo, a efecto de que cuenten con la disponibilidad necesaria para atender con diligencia y oportunidad los asuntos inherentes a su representación.

El nivel jerárquico de los servidores públicos que integren el Órgano de Gobierno deberá corresponder, cuando menos, al de Director General de la Administración

Pública Centralizada o su equivalente, en el caso de los miembros propietarios, y al de Director de Área, en tratándose de los suplentes.

El número de miembros del Órgano de Gobierno no podrá ser menor de 5 ni mayor de 15, para el caso de los organismos descentralizados. En lo que se refiere a las demás entidades, se integrará de acuerdo a lo previsto en sus estatutos, en su contrato constitutivo o en las disposiciones aplicables.”

De lo dispuesto en estos dos ordenamientos se desprende que no existe prohibición alguna para que los Consejeros Independientes no sean funcionarios públicos pertenecientes a la Administración Pública Federal, los únicos requisitos que se deberá acreditar para nombrar a esos Consejeros Independientes consistirán en que sean:

- Personas de reconocida moral o prestigio.
- Personas con experiencia respecto a las actividades propias de la empresa de que se trate.
- Representantes de los sectores privado o social que por su experiencia vinculada con la producción de los bienes o la prestación de los servicios, objeto de la entidad, puedan contribuir al logro de los objetivos de la misma.
- Minoría significativa en el Órgano de Gobierno.

Sí el Consejero Independiente cumple con estas mínimas características, no existirá ninguna contradicción con lo dispuesto en la LFEP ni en el RLFEP, para que estos Consejeros sean admitidos en el Consejo de Administración PEMEX.

2.- Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.

Toda vez que este ordenamiento se encarga de regular el funcionamiento del organismo descentralizado resulta conveniente poner un énfasis especial en lo que dispone la presente Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (LOPEMEX).

El artículo que se encarga de regular el funcionamiento del Consejo de Administración de PEMEX, es el artículo 7, el cual dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 7º.- El Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos se compondrá de once miembros propietarios, a saber: seis representantes del Estado designados por el Ejecutivo Federal, entre los que deberá estar el Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales; y cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, que deberán ser miembros activos de dicho sindicato y trabajadores de planta de Petróleos Mexicanos.

El Presidente del Consejo será el titular de la coordinadora del sector al que esté adscrito Petróleos Mexicanos y tendrá voto de calidad.

Por cada uno de los consejeros que se designe se nombrará un suplente. Los suplentes de los consejeros que representan al Estado serán designados por los respectivos titulares y los de los consejeros sindicales serán designados por el Sindicato, debiendo reunir los mismos requisitos exigidos para los propietarios.

Dicho artículo no menciona ningún requisito especial que deban de cumplir los miembros del Consejo representantes del Estado. Ello significa que el Presidente de la República

puede designar, apegándose a lo dispuesto por la LFEP y su reglamento, a las personas que considere que sean las más aptas para el cargo. Debido a que la propia LOPEMEX no exige requisito alguno para el cargo, ni establece impedimentos para ocupar el mismo, puede actuar como miembro representante del Estado un trabajador de PEMEX, un servidor público o bien alguna persona física que cumpla con los requisitos que señala la LFEP y su Reglamento.

A pesar de lo anterior se considera necesario realizar un cambio en la LOPEMEX con la finalidad de cumplir con dos objetivos, el primero es para hacer más evidente que no existe restricción alguna para la admisión de los Consejeros Independientes. El segundo es con el objeto de dejar plasmados los cambios que se pretenden realizar en cuanto al número de Consejeros con los que contarán los representantes del Estado, los del Sindicato y los Consejeros Independientes.

No obstante que lo mencionado hasta ahora permite concluir que la regulación ordinaria no presenta prohibición legal alguna para que Consejeros Independientes formen parte del Consejo de Administración de PEMEX, se considera conveniente realizar algunos cambios en la LOPEMEX que permitan hacer observable:

- i) La armonía que guarda la LOPEMEX respecto de las disposiciones constitucionales antes mencionadas.

- ii) Una expresa posibilidad de admitir Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX.
- iii) Un aumento en el número de Consejeros que conforman el órgano de Gobierno.

III.- ANÁLISIS ORGÁNICO DE LOS CONSEJEROS INDEPENDIENTES EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE PEMEX

A pesar de que en el capítulo anterior se hizo mención sobre la composición del Consejo de Administración de PEMEX, para considerar viable (legal y constitucionalmente) la propuesta de admitir a los Consejeros Independientes, será a lo largo de este capítulo donde se explicará de forma detallada las dos opciones viables para admitir a los Consejeros Independientes, además se realizará un análisis sobre la manera en la que estará compuesto y la forma en la que funcionara de dicho Consejo, de igual forma se detallará el proceso de nominación de los Consejeros Independientes.

1.- Composición del Consejo de Administración de PEMEX.

En líneas anteriores se ha tratado de dejar en claro que el Consejo de Administración de PEMEX se ha convertido en una pugna de intereses políticos, sectoriales y gremiales, y es que lo anterior resulta obvio si los Consejeros están representados por seis Secretarios de Estado y por cinco miembros del Sindicato, por tal motivo el bienestar de la paraestatal queda rezagada al último de punto del orden del día. “Este rezagado distorsionado modelo de gestión lleva a que PEMEX se le exija cualquier cosa: generar recursos para el presupuesto, crear empleo y fomentar la industria petroquímica, subvencionar los

energéticos (el subsidio al gas natural fijado por el Ejecutivo en agosto tendrá un costo de 600 millones de dólares para la compañía); incluso, en 2000 la empresa le dio de manera irregular 1,100 millones de pesos al sindicato, 500 de los cuales fueron usados para financiar la campaña presidencial del PRI.”¹² Dado lo anterior y considerando las restricciones legales y constitucionales que trae consigo la implementación de dicha propuesta, a continuación se presenta un modelo sobre la composición del Consejo de Administración del organismo descentralizado, con la finalidad de ofrecer una solución viable al problema surgido en el Consejo de Administración.

1.1.-Propuesta:

Nombrar a dos Consejeros Independientes dentro del Consejo de Administración de PEMEX; para hacer viable la propuesta a la luz de la Constitución y las legislaciones ordinarias aplicables a este órgano descentralizado, será necesario incrementar el número de Consejeros, además este aumento será con la finalidad de incrementar el número de los representantes del Estado en dicho órgano de gobierno.

1.2.-Composición:

El total de Consejeros en el Consejo de Administración sería de quince, de los cuales ocho serían representantes del Estado, cinco del Sindicato y dos más independientes.

¹² Martínez Baños, Ernesto, Cinco soluciones para PEMEX, *Expansión*, 12-26 octubre 2005, Número 145, pags 85-92.

En lo referente a quienes integrarían el presente Consejo, habría que tomar en consideración algunas de las disposiciones establecidas en las legislaciones ordinarias aplicables a esta paraestatal.

i) Representantes del Estado.

En el presente modelo el número de Consejeros representantes del Consejo será de ocho miembros, sin embargo la legislación ordinaria aplicable a este organismo descentralizado designan al Secretario de Energía, al Secretario de Hacienda y Crédito Público y al Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales *ipso jure*, toda vez que el artículo 7 de la LOPEMEX, dispone que lo siguiente:

“ARTICULO 7o.- El Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos se compondrá de once miembros propietarios, a saber:

Seis representantes del Estado designados por el Ejecutivo Federal, entre los que deberá estar el Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales; y cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, que deberán ser miembros activos de dicho sindicato y trabajadores de planta de Petróleos Mexicanos.

El Presidente del Consejo será el titular de la coordinadora del sector al que esté adscrito Petróleos Mexicanos y tendrá voto de calidad.

(...)”

Mientras que los artículos 16 y 17 del RLFEP, disponen lo siguiente:

“ARTICULO 16.- El órgano de Gobierno será presidido conforme a los siguientes criterios:

I.- En las entidades consideradas como estratégicas y en las prioritarias que determine, el Ejecutivo Federal, el titular de la coordinadora de sector deberá presidir el órgano de gobierno

(...)"

“ARTICULO 17.- Serán miembros del órgano de gobierno:

I.- El presidente del mismo.

II.- Los representantes de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público y de Programación y Presupuesto. [Secretaria extinta]

(...)

Con el propósito de asegurar la adecuada toma de decisiones en las reuniones del órgano de gobierno, los representantes de las dependencias o entidades deberán tener reconocida experiencia vinculada con la naturaleza y tipo de operaciones o servicios que realiza la entidad. Quienes tengan la responsabilidad de designar a los miembros de los órganos de gobierno deberán considerar las demás obligaciones que estos deben cumplir en función de su cargo, a efecto de que cuenta con la disponibilidad necesaria para atender con diligencia y oportunidad los asuntos inherentes a su representación.

El nivel jerárquico de los servidores públicos que integren el órgano de gobierno, deberá corresponder, cuando menos, al de Director General de la Administración Pública Centralizada o su equivalente en el caso de los miembros propietarios y al de director de área en tratándose de los suplentes.

(...)” [énfasis añadido]

De lo dispuesto anteriormente se puede concluir que por disposición de las legislaciones en comento, el Secretario de Energía (coordinadora de sector), El Secretario de Hacienda y Crédito Público, así como el Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales, deben pertenecer al Consejo de Administración, incluso se dispone que el Secretario de Energía presidirá dicho Consejo.

En cuanto a los otros cinco lugares restantes, la legislación en mención no hace referencia a que ninguna otra Secretaría en específico debe ocupar dicha silla, por lo tanto sólo se deben cumplir con los requisitos antes expresados (art. 17 RLFEP), o sea:

- i) Tener reconocida experiencia vinculada con la naturaleza y tipo de operaciones o servicios que realiza la entidad.
- ii) Contar con la disponibilidad necesaria para atender con diligencia y oportunidad los asuntos inherentes a su representación.
- iii) Nivel jerárquico de los servidores públicos, cuando menos, de Director General de la Administración Pública Centralizada.

Pese a lo anterior, a la actual composición del Consejo de Administración también se le suman los titulares de las Secretarías de Comunicaciones y Transportes, de Relaciones Exteriores y de Economía. Tomando en cuenta que todos los demás Consejeros son Secretarios de Estado, sería conveniente que los dos nuevos lugares en el Consejo fueran ocupados también para titulares de Secretarías que entre sus despachos y objetos tuvieran actividades relacionadas con PEMEX, por mencionar algunas: Secretaría de la Función Pública, Secretaría de Gobernación, Secretaría del Trabajo y Previsión Social. A pesar de lo anterior no hay que descartar la posibilidad de que otro de los sitios en el Consejo de Administración sea ocupado por el titular de algún órgano desconcentrado que cuente, entre sus objetos el despacho de de asuntos relacionados con la actividad de PEMEX, o que de cierta forma puedan generar una labor de apoyo para esta última.

Cabe mencionar que otra opción viable sería contar con titulares de otras entidades, ya sea de organismos descentralizados o de empresas de participación estatal mayoritaria, toda vez que entre el objeto de estas se pueden encontrar actividades que serían de mucho más apoyo, que los de una organismo desconcentrado perteneciente a la Administración Pública Centralizada..

ii) Representantes del Sindicato.

Toda vez que en la presente propuesta no se prevé realizar un cambio en cuanto al número de los representantes del Sindicato en el Consejo de Administración de PEMEX, no se abordará el tema correspondiente.

Cabe hacer mención que no se propone aumentar el número de Consejeros representantes del Sindicato, ya que de otra forma no se podría cumplir con el hecho de que el Estado contara con un control sobre el Consejo de Administración y por lo tanto no se le podría dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 25 constitucional

A pesar de que no se hará mención del tema, es relevante manifestar que el porcentaje de representantes del Sindicato en el Consejo de Administración de PEMEX se verá disminuido, ya que con el aumento de los representantes del Estado, la presencia del Sindicato pasa de ser de un 45.45% a un 33.33% en la totalidad del Consejo de Administración de la petrolera.

Se consideró relevante hacer mención del presente dato, ya que la disminución de la presencia del Sindicato podría generar un conflicto gremial relevante dentro de la petrolera, toda vez que los sindicalizados verían mermada su representación dentro del Consejo, lo que también se traduce en una disminución en la capacidad de influencia del Sindicato en el principal Órgano de Gobierno de PEMEX, lo anterior resulta relevante ya que dicha baja seguramente generaría reacciones negativas dentro de dicho gremio y en caso de no obtener

un buen arreglo con dicho grupo, se podría poner en peligro la viabilidad de dicha propuesta, toda vez que es bien conocido el peso que tiene el Sindicato de Trabajadores dentro de PEMEX.

iii) Representación de los Consejeros Independientes.

El número de Consejeros Independientes que se ha propuesto en el presente modelo es de dos, lo anterior se debe a las restricciones legales en torno al número de los Consejeros y a los requisitos con la que deben un cumplir éstos (un máximo de 15 Consejeros y el Estado debe contar con más de la mitad de los miembros de los Órganos de Gobierno en el que se desempeñen áreas estratégicas para el país).

1.3.-Características de los Consejeros Independientes:

A pesar de que el número de Consejeros Independientes en el Consejo de Administración sería mínimo, la ventaja del presente modelo consistiría en que éstos gozarían de los mismos derechos con los que cuentan lo otros Consejeros representantes del Estado y del Sindicato, por lo que la calidad del voto de éstos sería la misma que la de aquellos.

En cuanto al tema de que requisitos deben cumplir las personas que ocupen dichos asientos, son muchos los aspectos que se deben tomar en cuenta; a continuación se comenzará a revisar cuales son las restricciones que las legislaciones han impuesto.

Los únicos requisitos legales previstos para este tipo de Consejeros se encuentran en el antes mencionado artículo 17, fracción IV del RLFEP, el cual dispone:

“ARTICULO 17.- Serán miembros del órgano de gobierno:

(...)

IV.- También podrán fungir como miembros del órgano de gobierno, representantes de los sectores privado o social que por su experiencia vinculada con la producción de los bienes o la prestación de los servicios, objeto de la entidad, puedan contribuir al logro de los objetivos de la misma. En tales casos, éstos constituirán una minoría significativa en el seno del órgano de gobierno.

(...)”

De lo antes dispuesto por el artículo 17 del RLFEP, se desprende que la legislación únicamente dispone como únicos requisitos para que un ciudadano proveniente de la iniciativa privada o de algún sector social pueda ser un Consejero Independiente, los siguientes:

- a) Cuento con experiencia vinculada a la producción de los bienes o la prestación de servicios objeto de la entidad, y
- b) Constituyan una minoría en el seno del órgano de gobierno.

Cabe hacer mención que al no encontrarse ninguna disposición expresa en la LOPEMEX, en cuanto al presente tema, será necesario realizar algunas modificaciones que permitan la admisión expresa de Consejeros con dichas características.

En lo que respecta al nombramiento de los Consejeros Independientes, habrá ciertos requisitos con los que deberán cumplir quienes deseen actuar en dicho cargo, algunos de estos ya se encuentran contemplados en los artículos 19 de la LFEP, y 7 de la LOPEMEX, mientras que otros deberán agregarse a estos ordenamientos con la finalidad de resolver problemas relacionados con el perfil del Consejero Independiente, así como para evitar el conflicto de intereses de éste con PEMEX. No se abundará más en este tema, toda vez que será materia del próximo numeral de este capítulo.

1.4.-Fundamentación de la propuesta.

i) La primera restricción a tomar en cuenta es el artículo 25 Constitucional, ya que en virtud de la interpretación que se le dio al presente artículo en relación con el tema de los Consejeros Independientes, es necesario que el Estado cuente el control sobre el Consejo de Administración, dado el rango constitucional que se le da a la actividad regulada. Independientemente de las características con las que cuenten los demás consejeros, será necesario que los representantes del Estado sumen en el Consejo más del cincuenta por ciento de la representación de éste.

Con la finalidad de que el presente modelo no transgreda el artículo 25 de la CPEUM, se ha decidido proponer un Consejo de Administración en el que la mayoría de los Consejeros aun siga recayendo en los representantes del Estado. Dado que la incorporación de los Consejeros Independientes afecta la composición del Consejo, se ha decidido incrementar el número de los representantes del Estado, de tal forma que dichos consejeros sumen el 53.33 % de la composición del Consejo de PEMEX.

ii) Tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 17 del RLFEP en su último párrafo, el número de Consejeros propuestos es el máximo admitido para los Órganos de Gobierno por este reglamento.

Si bien es cierto que la tendencia en las medidas de Gobierno Corporativo adoptadas en la mayoría de los países miembros de la OCDE es tratar de reducir el número de miembros en los Consejos de Administración de las empresas propiedad del Estado (véase cuadro 1), en el presente caso es necesario realizar tal modificación, dada las restricciones constitucionales.

Cuadro 1

Limites de Consejeros en los Consejos de Administración de las empresas propiedad del Estado

	Limite Mínimo	Límite Máximo
Grecia	7	13
Corea	-	15
México	5	15
Nueva Zelanda	2	9
Suiza	2	9

Fuente: Cuestionarios de la OCDE sobre Gobierno corporativo en empresas con activos del Estado.

Incluso, el presente modelo actúa de forma contraria a las recomendaciones de la OCDE, ya que esta Organización menciona que uno de los principales problemas de los Consejos de Administración de las empresas propiedad del Estado, consisten en que estos órganos “tienden a contar con muchos miembros representantes del Estado, con poca visión de negocios y escasa independencia”.¹³

No obstante que este modelo podría ser considerado como una medida que no cumple de forma adecuada las medidas buscadas en un Gobierno Corporativo, toda vez que se aumenta el número de Consejeros e incluso se incrementa el número de Consejeros

¹³ OCDE, *óp cit.*, pag. 122.

representantes del Estado, la presente es una propuesta que permite, aunque sea de manera escasa, contar con Consejeros Independientes con igualdad de derechos que los demás Consejeros, sin contravenir ninguna disposición de orden constitucional ni de legislación ordinaria.

2.- Nombramiento de los Consejeros Independientes.

Uno de los principales puntos (y recomendaciones) estudiados por la OCDE, en el presente tema ha sido el “asegurarse que las empresas propiedad del Estado cuenten con Consejos de Administración calificados, toda vez que es una tarea relevante y una prioridad en la mayoría de los países miembros de la OCDE. En la realidad el nombramiento de los Consejeros es algunas veces complicado y con poca transparencia. Debido a lo anterior varios países han tenido que implementar un claro y definido proceso de nombramiento de Consejeros”¹⁴

Partiendo de lo dictado por la OCDE, el nombramiento de los Consejeros es uno de los puntos más importantes de la presente propuesta, sobre todo porque los Consejeros que se nombrarán en este modelo no tienen que cumplir con la condición previa de ser funcionarios públicos, esto abre el marco para crear un proceso de selección en el que se traten de contar con Consejeros con conocimientos, experiencia y habilidades previamente definidas.

¹⁴ OCDE, *óp cit.*, pag 130

2.1.- Disposiciones aplicables al nombramiento de los Consejeros Independientes

Antes de empezar a proponer las posibles reglas del juego, hay que tomar en cuenta las disposiciones existentes para el nombramiento de los Consejeros Independientes. Pese a que la legislación no es expresa, ya que no se cuenta con este tipo de Consejeros, en cuanto al nombramiento de dichos Consejeros, se tratará de prever cual sería el escenario en caso de realizar estos nombramientos al amparo de las legislaciones aplicables.

2.1.1.- Nombramiento al amparo de la CPEUM.

El primer análisis a realizar será al amparo de nuestra Carta Magna, ya que uno de los principales objetivos de este trabajo es demostrar que existe la posibilidad de adoptar medidas de Gobierno Corporativo sin la necesidad de realizar cambio alguno a nuestra Constitución.

El único artículo de nuestra constitución que puede afectar al nombramiento de los Consejeros de la petrolera, es el artículo 89 en su fracción II, que al respecto dispone:

“Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

(...)

II.- Nombrar y remover libremente a los Secretarios del despacho, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a **los demás empleados de la Unión**, cuyo nombramiento o remoción no éste determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes;

(...)” [énfasis añadido].

No obstante que el precepto constitucional antes citado no hace referencia expreso al nombramiento de los Consejeros, distintos órganos jurisdiccionales han interpretado la frase “los demás empleados de la Unión”, extensiva a cualquier otro funcionario de la Administración Pública, ya sea centraliza o paraestatal. Lo anterior se observaba a través del siguiente criterio judicial:

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 267 DE LA LEY RELATIVA QUE FACULTA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA NOMBRAR A SU DIRECTOR GENERAL, ES CONSTITUCIONAL. La circunstancia de que el citado precepto establezca la facultad del presidente de la República para nombrar al director general del Instituto Mexicano del Seguro Social, no es violatoria de la Constitución Federal, si se toma en consideración que, por un lado, el mencionado instituto es un organismo descentralizado que se halla incluido, como paraestatal, en el artículo 90 de la propia Carta Magna y, por tanto, forma parte de la administración pública federal, la cual está encomendada al Ejecutivo Federal y, por el otro, la facultad del presidente de la República para nombrar, entre otros, a los directores de los organismos descentralizados se encuentra prevista en el artículo 89, fracción II, constitucional, el cual incluye la atribución que tiene aquél para "... nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes.", por lo que es inconcuso que al no estar señalado el nombramiento del aludido director en otra norma jurídica, su designación corresponde al jefe del Ejecutivo. Amparo en revisión 1175/2000. Pedro Muñoz Martínez. 24 de enero de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Página: 280, Tesis: 1a. XXXI/2001, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Administrativa

De lo anterior se ha concluido la existencia de un criterio consistente en que es facultad del Ejecutivo Federal nombrar y remover libremente a todos los representantes de la Administración Pública Federal, sin importar que sean dependencias centralizadas o entidades paraestatales.

Pese a que la facultad del Presidente de la República no es expresa en torno a la designación de los Consejeros del principal Órgano de Gobierno de PEMEX, se considera conveniente que, en virtud de los criterios judiciales, el nombramiento de los Consejeros Independientes recaiga finalmente a decisión del Titular del Poder Ejecutivo.

En apoyo a lo anterior hay que tomar en cuenta lo que dispone la última oración de la fracción II del artículo 89 Constitucional, ya que ahí se menciona que la facultad del Presidente de la República de nombrar a los demás trabajadores de la Unión esta sujeta a la condición de que este “nombramiento o remoción no este determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes”, en función a esta frase del artículo es procedente realizar el análisis, en virtud de lo que dispone la legislación secundaria aplicable a PEMEX.

2.1.2.- Nombramiento al amparo de lo dispuesto en la legislación ordinaria.

Lo que dispone la LOPEMEX en referencia al presente caso no hace más que apoyar el criterio sostenido por los criterios judiciales arriba mencionados, toda vez que el artículo 7 de la LOPEMEX, disponen lo siguiente:

“ARTICULO 7.- El Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos se compondrá de once miembros propietarios, a saber:

Seis representantes del Estado designados por el Ejecutivo Federal, entre los que deberá estar el Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales; y cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, que deberán ser miembros activos de dicho sindicato y trabajadores de planta de Petróleos Mexicanos

(...)” [énfasis añadido].

De lo anterior se concluye que será facultad expresa del Presidente nombrar a los Consejeros representantes del Estado, con lo cual se ratifica el criterio judicial que encuentra su fundamentación en el artículo 89, fracción II de la CPEUM.

No hay que perder de vista que a los representantes del Sindicato son elegidos por este mismo, por lo que se presenta la incertidumbre sobre si, ¿la facultad que tiene el Presidente de la República de nombrar a los Consejeros de un organismo descentralizado es sólo en cuanto a los representantes del Estado? o si ¿la frontera de dicha facultad es el sector al que represente el Consejero? Las anteriores preguntas ponen de manifiesto la manera en la que se deberían designar a los Consejeros Independientes.

Uno de los criterios que apoyan la idea de que sea el Presidente de la República quien designe a los Consejeros Independientes, es el empleado en el nombramiento de los Consejeros Independientes de Nacional Financiera y en el Banco de Comercio Exterior, ya que a pesar de ser Empresas de Participación Estatal Mayoritaria, estas cuentan con dos Consejeros Independientes que son designados por el Presidente de la República por conducto del Titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Lo expuesto anteriormente debe entenderse como razones que apoyan una interpretación armónica con lo dispuesto en nuestra CPEUM, por tal motivo se propone que la designación de los Consejeros Independientes recaiga en manos del Presidente de la República.

Cabe mencionar que la anterior propuesta atiende principalmente a la búsqueda de su viabilidad constitucional, sin embargo hay que estar conscientes que dicha medida estaría haciendo a un lado las mejores prácticas buscadas a través del Gobierno Corporativo, toda vez que habría una clara influencia política, “la cual podría degenerar dicho proceso en una interferencia política, creando una compleja negociación entre los diferentes grupos de interés o una designación extremadamente discrecional por parte del facultado para elegirlo.”¹⁵

¹⁵ OCDE, *óp cit.*, pags, 130 y 131.

La OCDE ha identificado el problema anterior cómo una de las principales debilidades de gobierno en las empresas propiedad del Estado, “toda vez que se ha detectado que los Órganos de Gobierno de la empresas propiedad del Estado están compuestas con personas nombradas por sus alianzas políticas más que por sus habilidades en los negocios”¹⁶

En alusión a lo anterior la OCDE ha identificado un problema con dichos nombramientos, el cual consiste en que en “el peor de los casos, aun cuando el nombramiento es referente a los Consejeros que no son representantes del Estado, este resultará de una negociación entre los distintos servidores público involucrados. Por el contrario en algunos países como Noruega, tienen explícitamente prohibido que los miembros del Parlamento o los ministros del Estado participen en dichos Consejos”¹⁷

La presente propuesta colocaría al nombramiento de los Consejeros Independientes en el Consejo de PEMEX, alejado de lo buscado por las practicas de Gobierno Corporativo, sin embargo, se estaría evitando un posible conflicto de carácter Constitucional y que pondría en peligro el presente acercamiento de la paraestatal a las practicas de Gobierno Corporativo.

¹⁶ Simon Wong, “Improving Corporate Governance in SOEs: An integrated Aproach”, *Corporate Governance Internacional*, Vol. 7, Issue 2, June 2004, pag 34.

¹⁷OCDE, *óp cit.*, pag 131.

Toda vez que la anterior designación presenta ciertas controversias, e incluso incongruencias con las prácticas buscadas a través de un Gobierno Corporativo, a continuación se presenta un modelo que trata de subsanar dichas fallas.

2.2.- Proceso para la selección de candidatos a ocupar los cargos de Consejeros Independientes.

Algunos países miembros de la OCDE han tratado de eliminar la interferencia política en el nombramiento de los Consejeros Independientes a través de diversos métodos, uno de ellos consistió en realizar grandes reformas en la legislación con el objeto de reducir los asientos asignados para los representantes del Estado, sin embargo esta medida no ha sido bien recibida por diversos grupos representantes del Estado ni por los sindicatos. La complicada experiencia de algunos países miembros de la OCDE hace pensar sobre el difícil panorama que se presentaría si decidiera adoptar una política similar para PEMEX.

Dada la dificultad de lo anterior, “algunos otros países han adoptado la implementación de un proceso genérico tendiente a eliminar la interferencia política, dicho proceso debe tener la finalidad de proponer algunos candidatos para que ocupen algunos asientos en organismos públicos.¹⁸” En el Reino Unido los nombramientos de los miembros del Consejo de Administración de las empresas propiedad del Estado son realizados por un Secretario de Estado, “sin embargo el proceso de nombramiento es realizado en virtud de lo

¹⁸ OCDE, *óp cit.*, pag 132.

que dispone el *UK Government's Code of practice for Ministerial Appointments*, el cual es un manual para realizar nombramientos públicos, enfocado en la transparencia y consistencia de dicho procedimiento.”¹⁹

Tomando en cuenta la restricción constitucional en torno al nombramiento de los Consejeros y considerando que la anterior es una buena práctica de Gobierno Corporativo que tiende a mitigar la influencia política, a continuación se presenta un proceso que deberá cumplir exitosamente cada uno de los candidatos que desee ser designado como Consejero Independiente.

De los estudios realizados por la OCDE en referencia a la manera en que suelen ser designados los Consejeros Independientes, se concluyó que en pocas circunstancias dicho proceso se encuentra plasmado en una ley, la mayoría de las veces la designación de dichos consejeros se debe “a un sucesión de decisiones individuales, en las que no se toma en consideración un balance total de las habilidades y experiencias requeridas para ocupar un asiento en los respectivos Consejos.”²⁰ Además de la interferencia política, el resultado de no contar con un adecuado proceso para el nombramiento se traduce en una pérdida de habilidades necesarias para operar los distintos Órganos de Gobierno.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

En virtud de lo antes mencionado lo que se propone es un proceso que funcionará a manera de filtro, toda vez que el principal criterio de selección será la capacidad que tenga cada uno de los aspirantes a formar parte del Consejo de Administración de PEMEX. El presente proceso funcionaría de la siguiente forma:

1.- A través de una convocatoria nacional, la Secretaría de Energía, al ser coordinadora de sector (en representación del Presidente de la República) dará a conocer el proceso mediante el cual se designarán a los candidatos a ser Consejero Independiente dentro del Consejo de Administración de PEMEX, el objetivo de la convocatoria es en primer lugar, que se conozcan cuales son los requerimientos para poder aspirar a ser candidato del Consejo de PEMEX, mientras que el segundo objeto consiste en que todos aquellos académicos, investigadores, analistas independientes, o incluso directivos de empresas privadas (no relacionados con la paraestatal) se inscriban en el mencionado proceso.

2.-Una vez que la Secretaría de Energía haya recibido todas las inscripciones, se conformará un Comité de Nombramiento integrado por investigadores de alguno de los Centros de Investigación Pública, quienes se encargarán de poner en marcha dicho proceso, así como evaluar a los aspirantes y elegir a los seis candidatos con las más altas calificaciones.

3.- Antes de que se inicie el proceso, el Comité de Nombramiento revisará que los aspirantes cuenten con un perfil académico necesario, que será previamente definido por dicho Comité; las características estarán enfocadas a factores como el grado académico, la experiencia y el conocimiento de la materia.

4.- Una vez que el Comité haya determinado que los aspirantes que continúan en el proceso cumplen con el perfil mínimo solicitado, el mismo Comité de Nombramiento deberá comprobar que cada uno de los aspirantes no tenga conflicto de intereses con PEMEX, para lo cual el Comité de Nombramiento podrá emplear todos los medios de convicción posibles para comprobar que los aspirantes no se encuentran en ninguno de los siguientes supuestos:

- a) Contar con un nexo o vínculo laboral con el organismo descentralizado;
- b) Contar con un nexo patrimonial importante y/o vínculo laboral con persona física o moral que sea acreedor, deudor, cliente o proveedor del organismo descentralizado;
- c) Conflicto de intereses con el organismo descentralizado, por ser clientes, proveedores, deudores, acreedores, importantes o de cualquier otra naturaleza, y
- d) La representación de asociaciones, gremios, federaciones, confederaciones de trabajadores, patrones, o sectores de atención que se relacionen con el objeto del órgano descentralizado o sean miembros de sus órganos directivos.

4.- Después de haber comprobado que los aspirantes no cuentan con algún conflicto de interés con el organismo descentralizado, el Comité aplicará un examen de conocimientos técnicos sobre el objeto de la empresa petrolera, así como de conocimientos en áreas que

son relevantes para una buena gestión en el Consejo de Administración (finanzas, contabilidad, jurídicas, entre otras).

5.- Quienes hayan obtenido un grado aprobatorio en el examen anterior podrá acceder a realizar una prueba en el que se observaran las habilidades gerenciales con las que cuenta cada una de los aspirantes. Cabe mencionar que en esta última prueba no existirán calificaciones aprobatorias o reprobatorias, sino simplemente se utilizará lo mencionado en esta prueba para verificar su congruencia con la forma en que se conducirán en la última etapa.

6.- La última etapa de dicho proceso consistirá en una reunión de cada uno de los aspirantes con el Comité de Nombramiento, en la que se simulará el desarrollo de una sesión del Consejo de Administración para ver el desempeño de los aspirantes ante diversos conflictos dentro de éste.

Finalmente el Comité de nombramiento tomará en cuenta todo el desarrollo del proceso y le propondrá dos ternas al Presidente de la República, quien será finalmente el que designe a dichos Consejeros Independientes.

2.3.- Duración en el Cargo y Remoción

Por último, resulta relevante mencionar que con la finalidad de dotar de una mayor independencia a dicho Consejero, el tiempo de su gestión en el Consejo de Administración de PEMEX será de diez años.

Con el objeto de reforzar lo anterior, se deberá agregar en la LOPEMEX, que los Consejeros Independientes sólo pueden ser removidos por las siguientes razones:

- a) La incapacidad mental, así como la incapacidad física que impida el correcto ejercicio de sus funciones durante más de seis meses;
- b) No cumplir los acuerdos del Consejo Directivo o actuar deliberadamente en exceso o defecto de sus atribuciones;
- c) Utilizar, en beneficio propio o de terceros la información confidencial de que disponga en razón de su cargo, así como divulgar la mencionada información sin la autorización del Consejo Directivo, y
- d) Someter a sabiendas a la consideración del Consejo Directivo, información falsa.

IV.- CONCLUSIÓN

La situación financiera y operativa de PEMEX parece agravarse año tras año, debido a que “la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y otras Secretarías han funcionado como un ente controlador que regula las actividades, de precios, de inversión, etc. Este mecanismo ha permitido el manejo de la deuda de estas empresas dentro de límites permisibles. Sin embargo, este tipo de restricciones afecta el funcionamiento eficiente de estas empresas.”²¹

Los problemas de falta de eficiencia así como de transparencia han sido resueltos en el mundo empresarial a través de la implementación de medidas de Gobierno Corporativo, toda vez que es un sistema de administración de una empresa en el que se busca que las voces de todos los que tengan un interés en una empresa se vean representadas. Tomando en cuenta los buenos resultados que traído la implementación de dichas medidas en las empresas propiedad del Estado, se consideró contar con un modelo que tomará algunas de estas practicas dentro de sus órganos de gobierno con el fin de ayudar al buen desempeño de estas.

Lo analizado en este trabajo nos permite concluir que la principal barrera para que PEMEX trate de implementar un modelo de Gobierno Corporativo en su Consejo de Administración se debe a su situación en la CPEUM.

No obstante que se demostró la viabilidad constitucional de contar con Consejeros Independientes dentro del Consejo de Administración de PEMEX, también se comprobó

²¹Kessel, Georgina y Castañeda Alejandro, *Autonomía de Gestión de PEMEX y CFE*, CIDE, Documento de Trabajo número 255. México, D.F., 2002, pag 10.

que al poner en practica dicho modelo se incurrirían en situaciones (aumento en el número de Consejeros, minoría en los Consejeros Independientes y posible influencia política en la designación de dichos Consejeros) que parecen no estar en armonía con la correcta aplicación de un modelo de admisión de Consejeros Independientes, con el objeto de que se presente en el órgano de gobierno una gestión transparente que favorezca la rentabilidad y el crecimiento de la empresa.

Por todo lo analizado hasta ahora se puede mencionar que la CPEUM permite la admisión de Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de PEMEX, sin embargo hay que tomar en cuenta que dicha admisión no cumpliría a todas luces el objeto por el cual resulta conveniente contar con Consejeros Independientes en el Consejo de Administración de una empresa del Estado.

V. - BIBLIOGRAFÍA

Arye Bebhuck, Lucian, *A rent protection theory of corporate ownership and control*, National Boureau of Economic Research, Inc, Working Paper 7203, Cambridgre, MA. E.UA. 2000.

Bech Marco, Bolton, Patrick y Röel Alisa, *Corporate Governance*, National Boureau of Economic Research, Inc, Working Paper 9371, Cambridgre, MA. E.UA. 2002.

Filatotchev, Igor, *The Lyfe cycle of Corporate Governance*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Washington, D.C., E.U.A. 2005.

Joint Committee of Public Accounts and Audit, Australian Government, *Report 372 "Corporate Governance and Accountability Arrangements for Commonwealth Government Business Enterprises"* Sidney, Australia, 1999.

Kessel, Georgina y Castañeda Alejandro, *Autonomía de Gestión de PEMEX y CFE*, CIDE, Documento de Trabajo número 255.México, D.F., 2002.

Madrazo, Jorge, *Reflexiones Constitucionales*, Editorial Porrúa, 3ra edición México, D.F., 1999.

Martínez Baños, Ernesto, Cinco soluciones para PEMEX, *Expansión*, Número 145, octubre 2005.

Simon Wong, “Improving Corporate Governance in SOEs: An integrated Approach”, *Corporate Governance Internacional*, Vol. 7, Issue 2, June 2004.

OCDE, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises, a survey of OECD countries*, OECD publishing, París Francia, 2005.