

Derecho de la infraestructura eléctrica; ¿derecho público o privado?

Rodríguez Galán, Claudio

2008

<http://hdl.handle.net/20.500.11777/1156>

<http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>

DERECHO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA; ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

Claudio Rodríguez-Galán⁹

1. INTRODUCCIÓN. 2 PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA ENERGÉTICA 3. ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?4. CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCION

Frente a los novedosos esquemas de financiamiento para proyectos de infraestructura energética en lo general y eléctrica en lo particular, y las tendencias dictadas por los organismos internacionales y las necesidades del sector en nuestro país y en el mundo, es cada vez más común presenciar esquemas donde la participación privada tenga una injerencia más directa e importante en proyectos que, anteriormente, competían de forma exclusiva a los Estados.

Así, surgen los esquemas genéricos PPP's ("*Public Private Partnerships*") o APP's (Asociaciones Públicas Privadas) por virtud de los cuales se pueden crear un sinnúmero de instrumentos legales y financieros particulares, que permitan establecer sinergias entre el sector público y privado para la consecución de un fin común que, de otra manera, no hubiera podido concretarse o, en el mejor de los casos, hubiera podido concretar pero en condiciones menos favorables para las partes involucradas.

Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Maestro en Derecho de los Negocios Internacionales por la University of Exeter (Inglaterra). Doctorando en Derecho por la Universidad

Panamericana. Catedrático en Derecho de la Universidad La Salle y de la Universidad Iberoamericana.

Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, de la International Bar Association y de la British

Chevening Scholars Association. Abogado en energía e infraestructura.

Ejemplo de dichos esquemas lo constituyen, en el caso de nuestro país, los proyectos

PIDIREGAS¹, a través de los cuales, la financiación de las etapas de construcción y operación inicial de proyectos eléctricos, entre otros, son fondeados por instituciones financieras internacionales hasta en tanto el proyecto logre su fecha de operación comercial, demuestre su capacidad y produzca o preste el servicio para el cual fue contratado por la paraestatal involucrada.

¹ La palabra “Pidiregas” es una abreviación de “*Proyectos de Impacto Diferido en el Registro del Gasto*”, término acuñado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) a partir de 1996, para designar a las inversiones en proyectos de infraestructura productiva de largo plazo prioritarios para México, así como a los pasivos correspondientes. -Como lo explica Victor Manuel García de la Vega-, en diciembre de 1995, el Congreso de la Unión reformó la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, así como la Ley General de Deuda Pública en sus artículos 30 y 18, respectivamente. Estas reformas dieron lugar a los proyectos Pidiregas. Es importante mencionar que las inversiones Pidiregas solamente son llevadas a cabo por Petróleos Mexicanos (Pemex) y por la Comisión Federal de Electricidad (CFE). Bajo el esquema Pidiregas de financiamiento, la ejecución de las obras se encarga a empresas privadas, generalmente internacionales, previa licitación pública. Tales empresas llevan a cabo las inversiones respectivas, por cuenta y orden de Pemex y CFE, y obtienen financiamiento con el cual cubren el costo de los proyectos durante el período de construcción. A la entrega de la obra (ya operando), tanto Pemex como CFE liquidan el costo de la misma a la entidad privada, haciendo uso de su presupuesto Pidiregas. Dicho presupuesto no consiste en recursos financieros que el Congreso haya otorgado físicamente (a través de la SHCP) a Pemex y CFE, sino simplemente es una autorización que el Congreso dio a estas dos entidades paraestatales para obtener los recursos mediante créditos nacionales (sólo Pemex) e internacionales (Pemex y CFE). La clave de los proyectos Pidiregas es que el flujo de efectivo generado por tales proyectos debe ser al menos suficiente para cubrir las amortizaciones de capital y el pago de intereses (en la jerga hacendaria, los gastos financieros se conocen como gastos no programables) que generen estos créditos, así como los gastos de operación y mantenimiento (gastos programables) que dichos proyectos generen durante su vida útil. Para los conocedores de estructuras financieras, los proyectos Pidiregas siguen el mismo principio que el mecanismo de project finance , financiamiento de proyectos que se pagan solos. (fide GARCIA DE LA VEGA, Victor Manuel, *Pidiregas; Situación Actual y Perspectivas*, Revista Energía en Debate, México, D.F., octubre 2005)

Es justamente de la nomenclatura de dichos esquemas de financiamiento que pudiera surgir la duda respecto a su naturaleza jurídica administrativa, motivo por el cual, consideramos es necesario aclarar en el presente ensayo.

Más aún, si bien los proyectos son fondeados por recursos privados, es claro que siendo el sector eléctrico un área regulada por el Estado por su cada día mas aparente natural escasez, su creciente demanda o dificultad de generación,² ello nos conlleva a señalar que, si bien las sociedades privadas involucradas no pueden juzgar como suyos los bienes públicos, y solo éstos, no los privados, el objeto de la rama administrativa-, por un lado, pero que la infraestructura eléctrica conlleva en fin último la relación con el Estado, por el otro lado, todo ello no debe implicar en estos esquemas PPP's, que ambas partes se encuentran confundidos, porque aquéllos no se hallan comprendidas en éstos.

² TOMAIN, Joseph, *Energy Law*, Ed. West, Minneapolis, 2002, p. 65

Así, debemos por empezar a distinguir la naturaleza de los bienes involucrados a efecto de determinar si dichos esquemas afectan bienes públicos. Empezaremos por señalar que el conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones, constituye el dominio o patrimonio del propio Estado, dividiéndose este a su vez en bienes de dominio público de la Federación y bienes de dominio privado de la Federación.³

Para efectos del presente estudio – Gabino Fraga-, nos indica que dentro de los primeros se incluyen a los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, motivo por el cual es menester identificar la naturaleza del servicio público bajo el Derecho Administrativo mexicano. Así, -es el mismo Gabino Fraga- quien nos señala que *“lo que distingue al servicio público es que la satisfacción del interés general constituye el fin exclusivo de su creación”*.⁴ Así, en base al principio doctrinal arriba señalado, la construcción de infraestructura eléctrica en nuestro país pudiera considerarse un servicio público.

Finalmente, para responder a esta pregunta entonces, tenemos que analizar a continuación la naturaleza de los esquemas PPP's y cual es el espacio de clasificación que el sistema jurídico les debe otorgar o les ha otorgado.

2. PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA ENERGÉTICA

Un estudio de la calificadora internacional Fitch Ratings⁵, señala que los gobiernos locales, en asociación con bancos de desarrollo y agencias de ayuda internacional,

³ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, D.F. 1999, p. 342.

⁴ LAUBADÉRE, *Droit Administratif*, 4ª Edición, pag. 538. *fide* FRAGA, *op.cit.*, 243.

⁵ Fitch Ratings, Special Report, *Public-Private Partnerships; the Next Generation of Infrastructure*

han descubierto lentamente que, al conjuntar los riesgos de crédito ("*credit risks*") del proyecto a través de la banca de infraestructura y al añadir capas de capacidad crediticia (pagos iniciales o deuda del proyecto a cargo de usuarios mediante cuotas o impuestos, seguidos por la habilidad de interceptar apoyo gubernamental, fondos de reserva y garantías parciales de riesgo de crédito de fuentes externas), es posible el captar capital privado para proyectos energéticos.

Así, las proporcionar esquemas de crecimiento a su rol respecto a su capital, la coalición público – privado es capaz de obtener fondos de forma más ágil, mientras que los inversionistas privados se beneficiarían de una diversificación gradual de sus portafolios de inversión.

En esta nueva generación de PPP's, el rol del sector privado se enfoca a los ingenieros financieros que trabajan en conjunción con las autoridades gubernamentales, así como con bancos multilaterales y de desarrollo para crear vehículos de inversión que se vuelvan atractivos para el capital privado. En efecto, para la canalización de la inversión, existen un sinnúmero de figuras contractuales que pueden y son usadas por la comunidad financiera a efecto de establecer y estructurar sus vínculos con otras firmas, sea esto a nivel nacional o transnacional.

Es claro que, en la actualidad, el mercado mundial energético convierte el esquema de cooperación internacional en un elemento esencial en la búsqueda de estructuras que permitan cumplir con las necesidades que impone el sector. Por ello, toda compañía incorporada a un mercado mundial, necesariamente tendrá que afrontar de manera permanente el problema del crecimiento y necesidades de infraestructura, para lo cual, requerirá de fomentar su presencia doméstica e internacional.

No obstante su creciente importancia, las nueva generación de PPP's parecieran ser un tema reservado a las grandes transnacionales y esto no puede estar mas lejos de la realidad. Así, la instrumentación de los negocios energéticos, si bien complejos por la multitud de aspectos que se tienen que cuidar, son más claros de lo que se cree y por supuesto, más flexibles de lo que pretenden las legislaciones proteccionistas y nacionalistas.

Para ello, primero se tiene que entender la atmósfera administrativa, burocrática, económica y de aspectos públicos que giran en torno a los PPP's. En consecuencia, si existen restricciones a la inversión, control de cambios, inestabilidad fiscal, judicial, política o económica, o inclusive, si existen sentimientos nacionalistas o regionalistas en el área geográfica donde se instrumentará un negocio transnacional, los recursos que requiere la infraestructura pudieran verse entorpecidos, por lo cual, dichos factores tendrán que ser valorados, primero, y mitigados después (*"risk mitigation"*).

Entre los factores que sirven para apoyar una decisión de tal o cual mecanismo de contratación, participación, asociación o inversión, se cuentan la importancia relativa de dirección administrativa, costo de mano de obra, facilidad y disponibilidad de los canales de distribución y sobre todo, de la trascendencia del ahorro de tiempo para penetrar en un mercado extranjero o de adelantarse a otras empresas e implementar innovaciones técnicas⁶

Otra elección racional, *"se refiere en parte de las capacidades y necesidades de la corporación transnacional; cuando tales empresas consideran que sus propias capacidades de organización son limitadas y que la rapidez es importante."*⁷ Es justamente este escenario el que impera en el sector energético en nuestro país, ya que es claro que las propias capacidades de las paraestatales a cargo han sido ya rebasadas por sus propias necesidades, por lo que esta consideración de servicio público, debería ser un elemento de decisión adicional a ser tomado en cuenta por la entidad en estudio para admitir nuevos mecanismos de contratación, participación, asociación o inversión.

Por otro lado, la globalización de las estructuras de negocios energéticos y los cambios en las conductas competitivas han creado la necesidad de nuevos acercamientos y estrategias para la mayoría de las empresas multinacionales del sector.

⁶ ROBINSON, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966., p. 71

⁷ BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Inversión Extranjera*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002, p. 113

De hecho, al desencadenar un veloz y completo proceso de reingeniería operativa, logística, técnica y accionaria, las nuevas estrategias de racionalización organizativa, decisoria y productiva han llevado a las empresas energéticas a promover con amplitud transnacional un sinnúmero de asociaciones de unidades productivas hasta entonces autónomas, por medio de un ambicioso proceso de incorporaciones, fusiones, adquisiciones, transferencias de activos, formación de "joint ventures", creación de "holdings" y constitución de grupos de sociedades, las cuáles fueron especialmente diseñadas para asegurar y maximizar la sinergia financiera, patrimonial, económica, tecnológica, industrial y comercial.⁸

Todo esquema de participación pública o privada en el sector energético entonces, deberá considerar, como requisito "*sine qua non*" para su existencia y factibilidad, diversos factores legales, sociales y económicos, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

- a. El grado de control ejercido¹⁸
- b. Grado de elasticidad de la organización pública
- c. Aspectos fiscales y efectividad de costos.
- d. Facilidad para contratar empréstitos y regulación financiera local
- e. Efectos de la reglamentación de controles de cambio
- f. Facilidad para proteger derechos de propiedad industrial de la entidad privada
- g. Restricciones locales sectoriales (energéticos)
- h. Facilidades para la liquidación y fusiones.
- i. Facilidades de repatriación de utilidades
- j. Ubicación de las personas autorizadas para la toma de decisiones
- k. Regulación relativa a gobierno corporativo
- l. Grado de riesgo a que se exponen los activos

⁸ FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 57-58. Así las cosas, las formas que puede adoptar una empresa tiende a reflejar la estrategia de mercado tomadas para ello de acuerdo con la tesis de "estrategia y estructura" de Alfred Chandler (Cfr con CHANDLER, A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, Ed. MIT Press, Massachusetts, 1962. También, para un análisis de los procesos de toma de decisión respecto del tipo de estructura a utilizar para canalizar la inversión de las empresas multinacionales se sugiere CHANNON, D. & JALLAND, M., *Multinational Strategic Planning*, Ed. MacMillan Press, Nueva York, 1978; ROBOCK, S. & SIMMONS, K., *International Business and Multinational Enterprises*, Ed. Irwin, 1989; DUNNING, J.H.,

- m. Grado de vulnerabilidad respecto de las leyes antimonopolios.
- n. Bases para determinar la nacionalidad y por consiguiente jurisdicción aplicable.

Como vemos de la lista arriba señalada, los factores de factibilidad de un proyecto PPP involucra tanto al sector público y privado pues, así como existen elementos que competen clara y únicamente a los tres poderes en sus tres niveles de gobierno, existen factores que se derivan de factores de mercado, mercantiles y económicos privados como pudiera ser la

Multinational Enterprises and the Global Economy, Ed. Addison Wesley, 1992; AUGUST, Ray, *International Business Law*, Ed. Prentice Hall, Nueva Jersey, 2000; PORTER, Michael, *Competition in Global Industries*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1986)

¹⁸ El control puede ser definido como el conjunto de relaciones y dispositivos creados para cerciorarse de que los funcionarios autorizados son los que toman decisiones de índole estratégica (o relativas a la política de la empresa); y de que las decisiones de índole táctica (o de operación) se amoldan a las medidas estratégicas elegidas” (*fide* ROBINSON, Robert, *op.cit.*, p. 203) La cuestión de quién controla a una corporación y con que finalidad, es un punto importante para todas las naciones industrializadas, y los mecanismos en que puede ser contestada ha servido tradicionalmente para distinguir dos estilos muy distintos de capitalismo. “Uno es el estilo Anglo-Sajón de los Estados Unidos e Inglaterra que ven a la corporación como una institución del mercado, controlado por fuerzas del mercado externas y cuya principal obligación es frente a los “dueños” o accionistas. El otro es el estilo dominante en Alemania y Japón (“*keiretsu*”) y en la mayoría de los países Europeos continentales. A pesar de importantes variantes en el control y gobierno corporativo, este sistema en donde el sistema de capitalismo es ejercido por un control interno o directamente, por un grupo dominante de accionistas o accionista y las obligaciones de la corporación se deben frente a un grupo mucho mas grande que solamente los accionistas”. (*fide* WHITMAN, Marina, *op.cit.*, p. 101; *cfr* con MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The Company; A Short History of a Revolution*, Ed. Weidenfeld & Nicolson, Londres, 2003, p. 161 y ss)

regulación sobre gobierno corporativo (“*corporate governance*”), riesgo y exposición de los activos y competencia.

3. ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

Recapitulando entonces. En los esquemas PPPs, la participación privada y pública forma un todo lo cual nos conllevó a analizar e identificar su naturaleza. Si tomamos en cuenta que; (i) el financiamiento se canaliza generalmente para la construcción de infraestructura que formará parte de bienes del dominio público

de la nación, (ii) el sector energético, en adición, se encuentra restringido (salvo algunas excepciones que analizaremos mas adelante) a la inversión privada, pudiéramos considerar que dichas actividades forman parte en efecto, del sector público.

No obstante lo anterior, si consideramos que el financiamiento proviene de instituciones privadas y que, inclusive el proceso de construcción lo ejecutan entidades del sector privado bajo diversos mecanismos de contratación, pudiéramos señalar que el derecho de la infraestructura energética, conlleva necesariamente al derecho privado.

Pero, ¿tiene alguna utilidad ésta clasificación paralela a la meramente académica?. La práctica de esta disciplina nos dicta que si.

Veamos. Frente a la intrincada red de contratos, partes relacionadas, indirectas, subcontratistas, partes financieras, acreedores, deudores y el propio Estado, el Derecho de la infraestructura eléctrica requiere de una clara distinción dentro de dicha red entre lo que es público y lo que es privado a efecto de determinar, entre otros factores, las vías de solución de controversia y la legislación aplicable en supletoriedad. Pongamos el siguiente caso que, por obvias razones, se omiten las denominaciones verídicas:

- a. La “Comisión Federal de Electricidad” decide contratar un esquema de Productor Independiente de Energía al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y bajo el esquema de PIDIREGAS.
- b. Para ello emite unas bases de Licitación Pública Internacional al amparo de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento.
- c. Seguido el proceso, el contrato es adjudicado a “Energía Inglesa, S.A.” una entidad filial mexicana de un grupo empresarial británico con amplia experiencia en el sector de generación.

- d. Las bases exigen que el licitante ganador deberá de constituir una sociedad de objeto específico ("SOE") quien será la administradora del contrato y responsable de toda su ejecución, incluyendo la construcción y operación del proyecto.
- e. Energía Inglesa, S.A. acude a esquemas de financiamientos de proyectos ("*Project Finance*") para tener los fondos suficientes para cumplir con las bases de licitación y construir y operar la planta.
- f. En base a ello, Energía Inglesa, S.A., constituye a "Energía Inglesa del Pacífico, S.A.". quien será considerada la SOE. En base a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, se exige que sea Energía Inglesa del Pacífico, S.A., la que, como Productor Independiente de Energía, celebre el Contrato de Compromiso de Capacidad y Compraventa de Energía Eléctrica Asociada (comúnmente conocidos como PPA⁹) con la Comisión Federal de Electricidad.
- g. A su vez, Energía Inglesa del Pacífico, S.A. contrata a una empresa constructora mexicana para llevar a cabo la construcción del proyecto de infraestructura energética. La llamaremos "Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A.". La modalidad de contratación entre ambas empresas se denomina EPC (siglas en inglés de Ingeniería, Aprovechamiento y Construcción o "*Engineering, Procurement and Construction*") y que, en esencia, es un contrato de obra.
- h. En el proceso de ejecución del contrato Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., contrata a un sub-contratista para ciertos hitos constructivos, a la cual denominaremos "Subcontratista del Norte, S.A.."
- i. Derivado de ciertas diferencias, Subcontratista del Norte, S.A. demanda ciertas prestaciones por la vía ordinaria mercantil a

⁹ Siglas en inglés de "*Power Purchase Agreement*" por virtud del cual la entidad privada produce energía eléctrica a través de un proyecto de infraestructura propio y vende su capacidad de generación y la energía eléctrica asociada a la empresa pública ("*utility*") encargada de la distribución y comercialización de la electricidad.

Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., utilizando como argumentos de supletoriedad de la ley, a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, aduciendo que, toda vez que el origen de su contratación, según el actor, proviene de dichas disposiciones, pues las bases de licitación (público) solicitan que la SOE lleve a cabo la construcción y operación del proyecto, entonces dichas legislaciones administrativas son aplicables al caso.

- j. Más aún, Subcontratista del Norte, S.A. alega que sus prestaciones deben valorarse bajo la óptica del principio de “orden publico”, lo cual implica que no quedaba al arbitrio del demandado Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., el determinar la procedencia o no de sus reclamos durante la fase de construcción, pues por encima de ellos y de la posición contractual de las partes, se encontraba un bien superior (disponibilidad y oportunidad de infraestructura energética nacional).

No obstante lo anterior, es claro que las conclusiones de Subcontratista del Norte, S.A., son erróneas y la demanda incoada tiene únicamente un carácter meramente privado-mercantil, no obstante que el origen de toda la “cadena de contrataciones”, tenga como origen a un proceso licitatorio de contratación pública. Así, es imprescindible determinar la naturaleza de este esquema de infraestructura, pues de ello depende, entre otros temas, la procedencia de la vía, las excepciones procesales y la procedencia de la supletoriedad de las leyes aplicables al caso.

Primero, es importante tener en cuenta el principio contractual “*res inter alios acta*” por virtud del cual las relaciones contractuales creadas entre dos partes, obligan y vinculan únicamente a esas partes y no a terceras ajenas a dicha relación. En consecuencia de dicho principio fundamental, es claro que el EPC entre Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A. y Subcontratista del Norte, S.A. (aún suponiendo que no exista cláusula de ley aplicable), es regida por el Código de Comercio por celebrarse entre dos comerciantes constituidos al amparo de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por referirse a actos de

comercio en términos de la fracción VI del artículo 75 del Código de Comercio. De forma supletoria, claro, aplicaría la legislación común.¹⁰

A su vez, la relación jurídica creada entre Energía Inglesa del Pacífico, S.A. y Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., (aún suponiendo también que no exista tampoco una cláusula de ley aplicable), es regulada también por el Código de Comercio y, en supletoriedad por la legislación común.

Por su parte, la relación entre Energía Inglesa del Pacífico, S.A. y la Comisión Federal de Electricidad se rige por la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, debiéndose señalar, y no obstante la naturaleza del servicio público ya analizada, que en el caso de estudio, dicha ley señala expresamente en su artículo tercero que no se considera servicio público a las actividades de los Productores Independientes de Energía y, por lo tanto, esta clara exclusión limita el hecho de que puedan interponerse argumentos de “orden público”, “interés público” o cualquier otro concepto administrativo análogo, que pudieran confundir al juzgador respecto de la naturaleza real de la litis.

Veamos;

“Artículo 3.- No se considera servicio público

I.- La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción;

¹⁰ Existe un caso internacional que contraría a esta posición, sin embargo, dicho caso involucra una cláusula arbitral que expresamente señalaba que dicha cláusula arbitral no se encontraba limitada a las partes del contrato lo cual implica, naturalmente, una renuncia expresa a la aplicación del principio “*res inter alios acta*”. (Abbott Chemicals, Inc., v. ASEA AB, Civ. No. 86-1305 (RLA) (D.P.R. Feb 19, 1988, *fide* HOFFMAN, Scott, *The Law and Business of International Project Finance*, Ed. Kluwer Law International, Minneapolis, 2002, p. 640).

II.- La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad;

III.- La generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de cogeneración, producción independiente y pequeña producción;

IV.- La importación de energía eléctrica por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios; y;

V.- La generación de energía eléctrica destinada al uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica”.

Así entonces, bajo este ejemplo ilustrativo podemos señalar que si bien la naturaleza entre lo público y lo privado en el Derecho de la Infraestructura Energética se encuentran interrelacionados de forma por demás estrecha, es claro e identificable el punto donde empieza uno y termina el otro. Por ello, como señalamos, tal delimitación es importante en este caso, pues de ello depende el éxito que cada una de las partes en litigio busca.

Ello no debe confundirse, con los esquemas de contratación pública bajo los esquemas de Obra Pública Financiada a Precio Alzado los cuales, la relación entre lo público y lo privado es mas estrecha pues, a diferencia de los esquemas de contratación de PPA, la infraestructura construida por la entidad privada, sí que formará parte de los inmuebles de una paraestatal para la prestación de un servicio público o, dicho de otra forma, formará parte de los bienes de dominio público de la Federación. Ello en adición a que la fracción III del artículo cuarto de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica sí hace una distinción respecto a este tipo de contratación al señalar lo siguiente:

“Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley, la prestación del servicio público de energía eléctrica comprende:

I.- La planeación del sistema eléctrico nacional;

II.- La generación, conducción, transformación y venta de energía eléctrica y;

III.- La realización de todas las obras, instalaciones y trabajos que requieran la planeación, ejecución, operación y mantenimiento del sistema eléctrico nacional”

De hecho, -como nos explica García de la Vega-, es en virtud de lo anterior por el cual existen dos tipos de PIDIREGAS. Los primeros son denominados “PIDIREGAS de inversión indirecta o condicionada” y los segundos “PIDIREGAS de inversión directa”.¹¹ Como el nombre y esquema administrativo descrito lo explican, los primeros se denominan así ya que el flujo del gasto público al productor, está condicionado a lograr la fecha de operación comercial del proyecto, mientras que los segundos, implican una contratación directa de la entidad pública para la construcción de su infraestructura y los valores de obra se van descontando conforme el proceso constructivo de obra pública financiada, se vaya ejecutando por el particular.

No obstante lo explicado en esta segunda categoría, donde la permeabilidad de lo público es mucho mas clara, ello no debe implicar, nuevamente, que las relaciones jurídicas válidamente creadas entre la entidad privada encargada de la construcción y sus sub-contratistas, se rijan por disposiciones del orden público ya que, nuevamente, se estaría violentando el principio contractual ya citado anteriormente.

¹¹ GARCÍA DE
LA VEGA,
op.cit.

4. CONCLUSIONES

Empezaremos por señalar bajo el punto de vista académico, -como lo señala Dávalos Mejía-,

“que la centenaria clasificación del Derecho público y privado en todas las áreas, en la que todavía se insiste en México y otros países, lejos de auxiliar obstaculiza el desarrollo de la materia”. Dicho doctrinario añade que esta distinción básica se ha convertido en el nivel docente en un deficiente fundamento académico y doctrinal, y en el nivel profesional en un arma ruinosa e inútil que provoca confusión,¹² distinción que arranca en el Derecho Romano, del famoso fragmento de Ulpiano (*“Huius studii duae sunt positionem publicum et privatum.”*)¹³

Es entre los autores modernos, -Hans Kelsen- el que formula la crítica más directa de esta clasificación, considerándola “imprecisa y funesta”, al mismo tiempo que destruye la unidad esencial del Derecho.¹⁴ De hecho, -como lo señala por su parte Ledesma-, *“de la concepción romana no se infiere que el Derecho público no interese a los particulares o que el privado no atañe a la comunidad”*, señalando que son *“sólo posiciones posibles para su estudio que de ninguna manera son opuestas, sino que resultan ser expresiones diversas de un mismo todo”*.¹⁵

No obstante tales aseveraciones académicas, y aún cuando Dávalos Mejía considera a la distinción *“a nivel profesional en un arma ruinosa e inútil que provoca confusión”*, con el caso expuesto, se deja en claro que tal distinción sí que es importante para efectos prácticos ya que, frente a una diversidad de vías, principios, excepciones, legislación supletoria y otras incidencias procesales, el identificar la verdadera naturaleza de una operación típica de Derecho de infraestructura eléctrica es no solo valioso sino de imperiosa necesidad a efecto de lograr una resolución veraz y justa.

¹² DÁVALOS MEJÍA, Carlos F., *Títulos de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000, p. 25

¹³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., p. 14

¹⁴ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Económico*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002, p. 7

¹⁵ BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos*

Neorromanistas, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 40

Respondiendo a la pregunta toral de este estudio, respecto a si el Derecho de la infraestructura eléctrica es Derecho Público o Privado, debemos de concluir que en realidad, es ambos pues se complementan a la perfección y nunca existe un elemento de oposición, o como bien lo describe el Dr. José de Jesus Ledesma Uribe-, “*de ninguna manera son opuestos sino resultan ser expresiones diversos de un mismo todo*”, más la práctica nos impone la obligación de distinguirlos para y delimitarlos a efecto de que la justicia fluya correctamente.

Finalmente, debemos dejar clara la distinción que, dentro del Derecho de la infraestructura eléctrica, existe entre aquella ejecutada para fines de constituir la infraestructura de un Productor Independiente de Energía y aquella directamente contratada por la Comisión Federal de Electricidad bajo esquemas de Obra Pública Financiada para la construcción de su propia infraestructura.

En efecto, a diferencia de la primera, el carácter de “servicio público” sí que está presente en la segunda, lo cual no debe implicar sin embargo, que toda la red de contrataciones privadas que se derivan entre el contratista de la Comisión Federal de Electricidad por un lado y los subcontratistas del primero, por el otro, se encuentren reguladas por el derecho público.

Bibliografía

AUGUST, Ray, *International Business Law*, Ed. Prentice Hall, Nueva Jersey, 2000.

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989.

BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Inversión Extranjera*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

CHANDLER, A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, Ed. MIT Press, Massachusetts,

DÁVALOS MEJÍA, Carlos F., *Títulos de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000

FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999. FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, D.F. 1999

HOFFMAN, Scott, *The Law and Business of International Project Finance*, Ed. Kluwer Law International, Minneapolis, 2002.

MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The Company; A Short History of a Revolution*, Ed. Weidenfeld & Nicolson, Londres, 2003.

PORTER, Michael, *Competition in Global Industries*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1986.

ROBINSON, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Económico*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

TOMAIN, Joseph, *Energy Law*, Ed. West, Minneapolis, 2002.