



**PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LAS “ACCIONES DE ORO” EN EL
RÉGIMEN JURÍDICO MEXICANO, COMO OPCIÓN PARA LA
PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO DENTRO DE LAS ÁREAS
ESTRATÉGICAS Y/O EXCLUSIVAS DEL ESTADO**

TESIS EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

EMILIO JUAN PAZZI ESTÉVEZ

ASESOR DE FONDO Y FORMA

MTRO JOSÉ ROBLE FLORES FERNÁNDEZ

Santa Catarina, Nuevo León

23 de octubre de 2024

A mi hermano



Índice

I	Introducción	7
II	La Libertad de Empresa y el Estado	9
	A. Naturaleza del Estado	10
	1. Derechos de las personas frente al Estado	11
	2. Rectoría del Estado para el fomento del desarrollo nacional	13
	3. El Estado Empresario	15
	4. Iniciativa de Reforma a los artículos 25, 27 y 28 Constitucionales en materia de industrias estratégicas, creación de la Empresa Pública	20
	B. La libertad de empresa	32
III	La injerencia de la iniciativa privada en el desarrollo nacional	34
	A. La privatización de Empresas Públicas en México	34
	1. Formas de privatizar	36
	i Régimen jurídico	37
	B. Su participación en áreas prioritarias y áreas exclusivas	37
	1. Entidades Paraestatales	38
	i Organismos descentralizados	39
	ii Empresas de Participación Estatal Mayoritarias	39
	iii Fideicomisos Públicos	40
	2. Otras formas jurídicas de participación.	41
	i Contrato de obra pública	41
	ii La concesión Administrativa	41
	iii Los Proyectos de Inversión Diferidos en el Gasto (PIDIREGAS)	42
	iv Contratos de llave en mano	43

v Asociaciones Público Privadas	43
IV Las Acciones de Oro	45
A. Las Acciones de Oro, su aplicación dentro de la Unión Europea	46
1. El derecho a la libertad de movimientos de capital	48
2. Restricciones al derecho de libertad de movimientos de capital decretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	49
V La Acciones de Oro su implementación en el régimen jurídico mexicano	51
A. Propuesta de implementación	52
VI Conclusiones	62
VII Bibliografía	65



Resumen

La Acción de Oro ha sido un instrumento público utilizado en el mundo por los gobiernos para efectos de privatizar empresas en control del Estado sin perder el control e injerencia total sobre dichas empresas, siendo que, mediante este instrumento, se conceden prerrogativas o facultades a favor del Estado como vetos, elecciones de integrantes de órganos, entre otras. El mayor uso o implementación de esta figura se ha dado dentro de los países de la Unión Europea, ello permitió que exista un acervo jurídico más amplio respecto a las implicaciones y límites para su uso, al causar su implementación inconformidades por los estados miembros que permitieron, a la Comisión Europea y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, realizar el análisis que deviniese en los criterios definitivos respecto a la naturaleza y uso de la figura. Dentro del estado mexicano, por su trascendencia social, económica, pública y nacional, se reconocen ciertas áreas o actividades con el carácter de estratégicas, donde, derivado de la encomienda social de conducción económica y financiera, su control y dirección está completamente en manos del Estado, limitándose la participación del sector privado, bajo el parámetro del interés general y nacional. En términos del derecho humano a la libertad de empresa, el ser humano debe tener plena injerencia dentro de la economía de mercado en contra posición al Estado, el cual solo debería tener una injerencia puntual en la economía sin tener control totalitario sobre las actividades y servicios que dentro de la misma se puedan generar; buscándose por ello implementar la Acción de Oro al régimen jurídico mexicano permitiéndose que el sector privado tenga acceso a todas las actividades y servicios que se pueden ofrecer dentro del mercado, mediante la injerencia directa dentro de estos sectores estratégicos, ello sin que el Estado pierda su facultad natural de resguardar el equilibrio social que exige el comportamiento dentro del mercado, incluyéndose por ello dentro de la propuesta el listado de prerrogativas o facultades que tendrá el Estado, para no perder su poder decisorio sobre los aspectos que pudieran impactar al país y a la sociedad misma.

Palabras clave: Acción de Oro, sectores estratégicos, derecho a la libertad de empresa, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedad anónima promotora de inversión.

Abstract

The Golden Share has been a public instrument used worldwide by governments to privatize companies controlled by the State without losing control and total interference over such companies, being that, through this instrument, prerogatives or powers are granted in favor of the State such as vetoes, elections of members of bodies, among others. The greatest use or implementation of this figure has taken place within the countries of the European Union, which has allowed the existence of a broader legal *acquis* with respect to the implications and limits for its use, as its implementation caused disagreements by the member states that allowed the European Commission and the Court of Justice of the European Union to carry out the analysis that resulted in the definitive criteria regarding the nature and use of the figure. Within the Mexican State, due to their social, economic, public and national importance, certain areas or activities are recognized as strategic, where, derived from the social task of economic and financial management, their control and direction is completely in the hands of the State, limiting the participation of the private sector, under the parameter of the general and national interest. In terms of the human right to freedom of enterprise, the human being must have full interference within the market economy against the State, which should only have a punctual interference in the economy without having totalitarian control over the activities and services that can be generated within it; Therefore, the implementation of the Golden Share in the Mexican legal system is sought, allowing the private sector to have access to all the activities and services that can be offered within the market, through direct interference within these strategic sectors, without the State losing its natural power to safeguard the social balance required by the behavior within the market, thus including within the proposal the list of prerogatives or powers that the State will have, so as not to lose its decision-making power over the aspects that could impact the country and society itself.

Keywords: Gold share, strategic sectors, freedom of enterprise, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedad anónima promotora de inversión.

Introducción

El presente trabajo pretende demostrar la posibilidad de la implementación de la figura jurídica denominada acciones de oro como herramienta que permita la participación del sector privado dentro de áreas estratégicas y/o exclusivas, sin que el Estado pierda injerencia en la administración y conducción de las mismas.

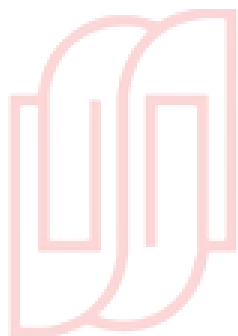
Para desarrollar dicho objetivo primeramente se hará una somera referencia a los orígenes del Estado, porqué y para qué es creado este ente artificial, se delimitará cuáles son sus fines y cómo se justifica su creación; a su vez, se hará énfasis en los lineamientos básicos y esenciales que limitan la vida y el actuar de este ente ante los derechos fundamentales; por otra parte, y derivado de la concordancia con el tema, se hablará a grandes rasgos de la rectoría que tiene el Estado sobre la conducción económica y financiera del país, así como las herramientas jurídicas con las que cuenta para el desarrollo de dicho objetivo, ello desde su faceta como Estado Empresario. Por su parte, en vinculación directa con estas herramientas con las que cuenta el Estado, analizaremos la Iniciativa de Reforma a los artículos 25, 27 y 28 Constitucionales en materia de industrias estratégicas que fuere presentada por el Ejecutivo Federal el pasado 5 de febrero de 2024, toda vez que dentro de ellas se crea una nueva herramienta que vendría a sustituir una de las figuras jurídicas mediante la cual interviene el Estado en la economía del país, propuesta de reforma que, como se detalla dentro del respectivo apartado, se analiza ante su reciente aprobación. Para finalizar el capítulo se hará alusión a una de las libertades consagradas en el capítulo económico de la Constitución, la libertad de empresa, misma sin la cual no sería posible la organización y creación de empresas privadas, ni la participación de los individuos en el sector económico.

Establecido el panorama anterior, se realizará un análisis de la normativa vigente en nuestro país, a fin de reconocer las diferentes formas con las que el sector privado tiene injerencia en el desarrollo nacional, detallando un poco el marco normativo de aquellas figuras a las cuales se haga alusión y mediante las cuales el sector privado puede participar en el desarrollo económico y financiero del país.

Posteriormente se referenciará someramente a la Acción de Oro, ello analizando su origen y características principales, para finalmente hacer el análisis del resultado que ha generado su implementación en diversos países de la Unión Europea, ello desde la

perspectiva del derecho a la libertad de movimientos de capital y según el análisis efectuado por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Conocidos los elementos con los cuales el Estado cuenta para efectos de permitir la injerencia del sector privado, así como del análisis a la naturaleza y a la implementación de las Acciones de Oro en la Unión Europea y cómo se ha resuelto sobre la aplicación de aquella a la luz del derecho a la libertad de movimientos de capital, se procederá a efectuar una posible propuesta, para la utilización o implementación de esta figura dentro del sistema jurídico mexicano.



Capítulo I

La Libertad de Empresa y el Estado.

El hombre desde su existencia es un ser libre e igual entre los suyos, como todo ente se encuentra sujeto a las leyes universalmente válidas, por lo que en ese sentido tiende a la perfección y a la búsqueda de la misma. Al encontrarse con la variedad de intereses e ideologías reconoce de entre ellas aquella misma finalidad, por lo que, enfocado en su naturaleza y en sus prerrogativas decide organizarse y mediante su voluntad crear un ente artificial ajeno y superior a ellos mismos, el Estado, esperando que éste garantice y permita el pleno desarrollo del conjunto de seres humanos conforme a su inherente naturaleza, pero siempre sujeto a la protección de su propio creador.

El Estado presenta sus orígenes en los hechos históricos, nace con el tiempo y por el tiempo, deriva de aquella voluntad humana, sin la cual no sería posible concebirlo, puesto que del fruto de la propia actividad humana, de la necesidad de encauzar las diversas necesidades y los diversos deseos, se objetiviza ese factor común, mismo que se presenta al crearse un fin general, un bien superior al individual, un bien público; es allí donde surge la necesidad de crear un ser universalmente perfecto, una estructura organizada y dotada de facultades y prerrogativas, que mediante su control y protección permita alcanzar el fin común a todos, la perfección.

El Estado puede ser concebido como una corporación, como una persona jurídica, incluso como una unidad artificial. Está constituido por un conjunto de normas que regulan el comportamiento de los individuos mediante la sujeción de estos a las mismas, es dotado de competencia, facultades y prerrogativas, tiene una actuación autónoma e independiente, en el sentido de que es una voluntad ajena a la de cada individuo en particular.

Así, plasmada la razón de la organización entre individuos y los medios para ello, así como para tener una mejor perspectiva del objetivo del presente capítulo, es necesario aunar un poco más en este ente artificial originado con base en la búsqueda del perfeccionamiento, para con ello delimitar el concepto que para efectos del presente trabajo utilizaremos. De la misma manera particularizaremos lo relativo a la libertad de empresa, derecho de carácter

económico y de envergadura símil a cualquier otro derecho humano, a los cuales nos referiremos posteriormente.

A. Naturaleza del Estado.

Como se ha venido mencionando el Estado nace para un fin determinado, la satisfacción de su creador desde ámbitos de desarrollo humano, social y económico; para lograr la comprensión del mismo debemos tener en mente la funcionalidad de éste, es decir, el Estado tiene una función meramente objetiva, la cual nunca o pocas veces será (ni debería serlo) coincidente con los fines subjetivos de los individuos que lo integran, esta función es inherente a la propia naturaleza del Estado, en ella descansa el fin en si mismo, por ello es fácil diferenciarla de aquellos fines personalísimos o de las funciones que adscriben las ideologías de una parte de sus miembros, pues la misma, he aquí la diferencia, viene a ser la voluntad de los individuos que lo crearon y que lo integran, voluntad que se encamina a exigir una ordenación unitaria de las relaciones sociales, es decir, el fin consiste en la organización y activación autónomas de la cooperación social y territorial, armonizando la variedad de oposiciones de interés y equilibrando las diferentes finalidades dentro de una zona geográfica, en razón del bien general y para alcanzar ese perfeccionamiento natural.

Pero lo anterior no debe de ser confundido con el sentido universalmente válido, verdadero o justo del Estado, es decir, con su justificación. Ésta es esa idea del todo ordenado, de la necesidad de organización como principio universal de la existencia humana, de esa búsqueda de perfección humana, pues tal como Aristóteles lo señaló: *el hombre solo puede alcanzar su perfección en el Estado*. Esta justificación surge de la reunión de las notas que el Estado encuentra en su naturaleza y que derivan en su validez permanente, siguiendo esta idea el Estado se justifica en la manera que es necesaria su existencia para alcanzar y lograr los cometidos de la humanidad, pero en el sentido del todo universal y no de la particularización de aquellos¹.

Amanera de visualizar el contexto anterior, el Estado, en palabras del Maestro Galindo, “*existe para procurar el mejoramiento integral de la sociedad defendiendo los intereses de la misma, tanto internamente como externamente*”.

¹ Es oportuno mencionar que existen teorías, como los precursores del agnosticismo del Estado, que niegan la justificación de la existencia del Estado desde esta perspectiva, empero para efectos del trabajo se debe de considerar desde el punto de vista aquí planteado, evitando así discusiones ajenas.

Por su parte el Estado tiene una finalidad propia, la cual no debe de confundirse con lo antes señalado, ya que aquí hablamos desde la perspectiva propia del Estado, desde ese ser autónomo e independiente, no desde la idea de fin ajeno por el cual se crea.

Dicha finalidad u objetivo propia del Estado es favorecer y proteger el desarrollo de los individuos que lo integran, esto se encuentra ligado a las personas mediante una relación de interdependencia, pero nunca en interés de las mismas, nunca en el sentido de seres individuales, sino que lo hace realizando los intereses propios del Estado, desde su autonomía e independencia, procurando siempre el bien de cada miembro integrante, es por esto que no se debe confundir los fines concretos del Estado con aquellos fines determinados, de un momento en particular o de un gobierno determinado, o con los fines propios del elemento humano, pues aunque parte sustancial del Estado, la finalidad de éste se debe considerar de una manera abstracta.

No obstante, el Estado, como ser dotado de independencia y soberanía, necesita varias herramientas para lograr su finalidad, una de ellas es el orden jurídico, el cual adquiere suma importancia para la vida de aquel, empero siempre va a estar delimitado y deberá ser creado con base en el criterio de validez universal.

1. Derechos de las personas frente al Estado

El Estado en su independencia y soberanía representa un valor absoluto; empero la esfera de los derechos naturales primarios de la persona humana significa a su vez un valor absoluto, este último, y con base en lo analizado anteriormente, tiene un valor de primer orden en la jerarquía de valores estatales, es esencial respetar y proteger el segundo para la conservación del primero, ya que, como bien lo declaró Cicerón, *“Si no las respeta, se destruye a sí mismo”*.

Este ente soberano no puede ser justificado en el sentido de su actuar sin una separación de lo jurídico y lo antijurídico, por lo cual debemos de considerar un criterio jurídico superior al Estado, superior a su propio derecho positivo. Ese criterio de justificación jurídica proviene de la naturaleza propia del ser humano, es decir, los derechos inherentes al ser humano, y serán la base de la finalidad del Estado por lo que deberán estar reconocidos y prescritos por éste.

Al criterio jurídico se le debe otorgar un valor superpositivo, de distribución y medida, como instrumento ordenador de la vida social, como exhorto al actuar de forma recta, justa, equilibrada... perfecta. Este criterio será el parámetro obligatorio para la atribución de las facultades y obligaciones del Estado y de los propios miembros del mismo, siempre supondrán la referencia a un todo y delimitarán las relaciones, de entre sus actores, de manera justa. A su vez debe lograr la estabilidad social, teniendo como máxima la justicia y la objetividad, puesto que no puede partir para su determinación del miembro que afirma como valioso, ni menos aun partiendo de un todo supraindividual, sino que debe prevalecer la premisa del todo como parte unitaria.

Ahora bien, este criterio jurídico, para su perfecta adecuación y seguimiento, debe plasmarse en algún medio, y que mejor que en el máximo ordenamiento normativo, la Constitución, pues únicamente de esta forma adquieren perfecta consolidación, eficacia y fortalecimiento. Esta magna norma debe de ser pensada en el concepto jurídico liberal y garantista, proclamado por la primacía del individuo sobre la sociedad, lo que implica un modelo de estado de derecho basado en el principio de división de poderes, que pretenda garantizar y respetar los derechos y libertades de sus ciudadanos, de forma que esta Ley máxima constituya la estructura social.

La Constitución puede ser vista como aquel conjunto de reglas de gran envergadura que rigen la organización y el funcionamiento del Estado, ésta siempre debe pensarse, tal como se mencionó anteriormente, partiendo del pueblo y los mismos ciudadanos.

En este orden de ideas la Constitución, considerando el criterio anterior y ante aquella exigencia ética y jurídica de máxima importancia, reconoce los derechos fundamentales humanos como medio de defensa y protección de la vida, así como determina las garantías para su perfecto ejercicio, ya que los derechos y obligaciones que implica o genera la relación existente entre los miembros del Estado y éste, tienen como esfera de actuación las prerrogativas sustanciales del individuo, por tanto, esta ley fundamental proscribire los parámetros mínimos que las autoridades deben respetar, limitando material, formalmente o procedimentalmente a las mismas.

Cabe apuntar que para una mejor aplicación y observación de lo anterior se pormenoriza la norma superior y sus principios en ordenamientos inferiores a esta norma, siempre evitando que dichos derechos sean limitados o trastocados, puesto que el

reconocimiento de estos no sólo implica eso, sino que debe de procurarse la plena y perfecta observancia para su efectivo ejercicio.

Finalmente, estos derechos, como parte indisoluble de la persona, presentan características similares, por lo que son designados como derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos, teniendo, todos y cada uno de ellos, el mismo estatuto legal de importancia y urgencia.

Dentro de dichas herramientas que permiten la realización de la persona y recordando que el Estado nace para permitir la satisfacción del individuo desde diversos ámbitos, como lo es el económico, nos encontramos que, para lograr un perfeccionamiento desde un ámbito económico, el ser humano cuenta con diversos derechos, dentro de los cuales encontramos a la llamada “libertad de empresa”.

Esta libertad de empresa, como se verá más adelante, refiere al establecimiento de un modelo global del sistema económico-social, mediante la coexistencia garantista de la libre empresa y del proteccionismo de la productividad.

Es oportuno señalar que el Estado, pretendiendo garantizar y otorgar una mayor protección a este derecho, y por las propias facultades y prerrogativas que le concede la Magna Carta, ha utilizado diversos medios para participar en el ámbito económico de los particulares e interviniendo directamente en el mercado como un sujeto más del mismo, es decir, haciendo de empresario.

2. Rectoría del Estado para el fomento del desarrollo nacional.

A partir de las guerras mundiales, se modificaron las funciones primordiales del Estado estableciéndose como una de ellas el desarrollo económico con el fin de generar estabilización y equilibrio en las condiciones del país; de igual forma, en nuestro país, esa función se debe principalmente a la tradición constitucional mexicana de “*atribuir al Estado la responsabilidad de organizar y conducir el desarrollo nacional*”².

En ese sentido, nuestro máximo ordenamiento, procurando esa búsqueda de perfección humana y partiendo del reconocimiento y respeto a los derechos humanos de los gobernados, dentro de los numerales 25, 26, 27 y 28 le otorga al Estado la rectoría en el

² Tépatch Marcial, Reyes. “La rectoría económica del Estado y la planeación del desarrollo nacional”. Disponible en línea: Estudio Diputados. <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/se/SIA-DEC-ICS-07-05.pdf>> (Consulta: Abril 13, 2018).

fomento del desarrollo nacional, es decir, otorga al Estado la “... *facultad de planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, así como la regulación y fomento de las actividades que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga...*”³ la propia Constitución, con lo cual, partiendo de esa premisa de la voluntad del pueblo y de la protección a los derechos humanos, dentro de ellos el derecho a la libre empresa, se garantiza el desarrollo integral y sustentable del crecimiento económico y financiero del Estado como un todo, es decir, considerando su propia subsistencia y la de sus miembros.

La rectoría referida se establece específicamente en el arábigo 25 Constitucional, donde dentro de su primer párrafo se otorga formalmente esa conducción económica al Estado, para dentro de su segundo párrafo establecer las actividades a realizar, es decir, la planeación, conducción, coordinación y orientación de esa actividad⁴.

Ahora bien, entre otros aspectos, la rectoría económica delimita la participación del capital público, privado y social en las actividades estratégicas y prioritarias del país, así, para que el Estado este en posibilidad de ejercer la rectoría del desarrollo nacional, nuestra magna carta:

“...le otorga el monopolio de los recursos naturales de la nación (artículo 27 constitucional); el monopolio de las actividades estratégicas, define los criterios de participación del sector privado y social en las actividades prioritarias (artículo 28 constitucional); permite la existencia de las entidades paraestatales para explotar las actividades estratégicas y prioritarias (artículos 90 y 134) y proporciona los instrumentos de política económica (Múltiples artículos constitucionales)...”⁵

Esas prerrogativas son materializadas con base en lo determinado por el artículo 26 de nuestra Magna Carta, dentro del cual se establece que el Estado, para efectos de ejercer su facultad de conducción económica y financiera, deberá de organizar un sistema de planeación de dicho desarrollo nacional⁶, la cual, a grandes rasgos, parte de las consultas y propias

³Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos COMENTADA, (1998)”. Tomo I. UNAM-Porrúa. Décimo segunda edición. México, DF. Página 321

⁴ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, 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.

Éstas, según el párrafo segundo del mencionado precepto, consisten en planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, y llevar a cabo la regulación y fomento de las actividades que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución”

⁵ Ídem. Pag. 12

⁶ Regulado por la Ley de Planeación (D.O. Enero 5, 1983/Mayo 8, 2023)

opiniones económicas, políticas, sociales y culturales que se efectúen a diversos individuos pertenecientes a los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se establecen conclusiones que formaran el Plan Nacional de Desarrollo.

Cabe señalar que en esta función de conducción económica y financiera que se plasma en el Plan Nacional de Desarrollo, participan tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, donde: el Ejecutivo Federal es el elaborador del plan de desarrollo, al ser encargado y obligado de la planeación pública federal; y el Poder Legislativo participa desde dos perspectivas: 1) emitiendo opiniones y formulando observaciones relacionadas con la ejecución, revisión y adecuación al plan; y 2) en la expedición de las normas jurídicas que serán base de dicha planeación, participa expidiendo las leyes que constituyen la base jurídica de la planeación nacional, así como en la aprobación de documentos esenciales para el plan de desarrollo (Ley de Ingresos de la Federación, el Presupuesto de Egresos de la Federación y la Cuenta de la Hacienda Pública Federal).

Finalmente, es de señalarse que, si bien no se especifica textualmente dentro del marco normativo de la conducción del desarrollo nacional, implícitamente se deduce que, el encargado de instrumentar y ejecutar el Plan, a nivel Federal, son las Secretarías del Ejecutivo y las entidades paraestatales.

3. Estado Empresario.

En un primer término es importante conceptualizar que se entiende por “empresario” para efectos del desarrollo del presente trabajo, dado que esto será el punto de partida para efectos de buscar alcanzar el objetivo de utilizar, con base en nuestro sistema jurídico, la figura Acción de Oro para la privatización de las actividades que el Estado efectúa dentro de las áreas estratégicas.

En términos lingüísticos, el uso del adjetivo empresario se hace con la intención de, a su vez, hacer referencia a la palabra “empresa”, la cual, de conformidad con la Real Academia Española, refiere a aquella “*Organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*”; conceptualización que deviene limitada, dado que, de considerarse ello, se dejaría de lado a todas aquellas organizaciones que se crean sin un fin de lucro.

Desde una perspectiva económica, la empresa es “...una unidad de control y decisión... una combinación de factores fijos que determinan su existencia...”⁷ la cual “en el desarrollo de la actividad comercial, actúa... desde el mundo de la producción hasta el mundo del consumo...”⁸.

Desde un punto de vista jurídico, si bien existen una diversidad de concepciones, la que se consideró más atinada es la del profesor Sandoval, quien señala que la empresa es “...el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios”⁹.

En esa tesitura, acorde a las definiciones previas, se puede concluir que el Estado Empresario será aquella organización o unidad en la que el Estado tiene control y decisión respecto de la actividad económica que desarrolla dentro del mercado de bienes y servicios profesionales o industriales. Por tanto, al hablar de Estado Empresario no nos estamos refiriendo a aquellas actividades que se vinculan directamente con la propia naturaleza y existencia del Estado, aquellas que se ejercen desde los parámetros de la justificación del propio Estado y cuya ejecución debe ser exclusiva del Estado, al tener como punto de partida y fin el propio interés general, logrando con ello, el Estado, favorecer y proteger el desarrollo individual de los integrantes del mismo, tal sería el caso de actividades relacionadas a la impartición de justicia, la defensa nacional, la seguridad pública, las relaciones con otros Estados, las finanzas públicas, la economía monetaria del país, entre otras.

Ahora bien, derivado de contextos políticos, económicos y/o financieros, así como de ciertos factores o condiciones externas, las cuales no siempre son de envergadura económica, el Estado se ve obligado a entrometerse en la economía del país mediante la ejecución de actividades empresariales, con el objetivo de satisfacer intereses públicos/colectivos o intereses de mercado. Siendo los primeros aquellos encaminados a lograr el desarrollo de la vida cotidiana de los individuos, aquellas actividades que permiten la continuidad de la vida misma y de la operatividad de las estructuras requeridas por el conglomerado social, de forma que se logre el bienestar y la convivencia de entre los integrantes; aquel mínimo vital que es requerido por cada persona para su desarrollo como ser humano, satisfaciendo directa o

⁷ Madrazo, Jorge. “Empresa”. En: **Enciclopedia Jurídica Mexicana**. (T. III). México, Porrúa, 2002. (pp. 724–728).

⁸ Loc. cit.

⁹ Arteaga Echeverría, Ignacio. “En busca del concepto jurídico de empresa”. s/m, 2002. Disponible en línea: **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 29, No. 3, 2002. (pp. 611) < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650242> > (Consulta: Sep. 29, 2024).

indirectamente el interés general, tal sería el caso del alumbrado público, el desarrollo de caminos, la obtención de servicios de salud, la posibilidad de tener una vivienda, el servicio de agua o energía eléctrica, entre otros. Por su parte, el interés de mercado refiere propiamente a la economía de mercado, a aquellas necesidades que el conglomerado social busca satisfacer, sin que sean necesariamente básicas para el desarrollo individual o dentro del propio Estado, tal sería el caso de la obtención de combustible, la explotación de los recursos del Estado, el control de tráfico (aéreo, marítimo o vehicular), telecomunicaciones, entre otras.

Por tanto, ante la necesidad fáctica de participar en la economía del país, no sólo por problemas de soberanías sobre determinadas materias, como recursos naturales y actividades económicas, sino también por: la necesidad de ordenar la economía, debido a las actividades dispersas y escasas de principios de siglo; y/o por la necesidad de mitigar las diferencias sociales; y/o por la necesidad de prestar servicios que las fuerzas del mercado por sí solas no podrán desarrollar, el Estado comienza a participar directa y activamente como un sujeto más de la economía del país. En este orden de ideas, las razones históricas que han justificado esta participación económica en el mundo podrían ser resumidas en las razones siguientes:

“estratégicas y de defensa; monopolios fiscales y minería pública como recursos de la hacienda; bancos públicos para financiamiento del estado; monopolios naturales, infraestructura y los servicios públicos de redes de transporte comunicaciones; establecimiento de empresas para sustituir la iniciativa privada; causas ideológicas (nacionalismo para reducir la dominación extranjera); demandas sociales y presiones públicas (de grupos empresariales)”¹⁰.

En nuestro País, esta injerencia estadual dentro del orden económico se estipula dentro de los artículos 25 y 27 constitucionales, mediante ellos el constituyente determina el régimen para la explotación de recursos materiales, la producción de bienes y la prestación de servicios, estas dos últimas actividades mediante la estipulación de las conocidas áreas estratégicas o prioritarias; las primeras, de exclusividad para el Estado, estarán encaminadas a lograr o condicionar comportamientos generales de la economía nacional, desde el enfoque de los intereses económicos, sociales o políticos del País¹¹; y las segundas, las prioritarias,

¹⁰Russo Palmaz, Cintia Nelly. “**El Estado Empresario y sus Motivaciones**”. Disponible en línea: Economía UNAM; Simposio: Globalización y empresas en América Latina. <http://www.economia.unam.mx/cladhe/listado_ponencias.php?iSimposio=18&NomSimposio=Globalizaci%C3%B3n%20y%20empresas%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina> (Consulta: marzo 7, 2016)

¹¹ Osornio Corres, Francisco Javier. “*Significado Constitucional de la Rectoría Estatal del Desarrollo*”. En: **Serie B. Estudios comparativos - Instituto de Investigaciones Jurídicas**. México, UNAM, 1990 Núm. 24. (pp. 823-840). Disponible en línea: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3343/19.pdf>> (Consulta: Sep. 29,2024)

como aquellas en las que podrán intervenir los sectores privados y sociales, en conjunto o no con el Estado, y tendrán la finalidad de satisfacer intereses nacionales o necesidades generales¹².

Por su parte, para la ejecución práctica de esta intervención, aunque sin orden o un fundamento particular y específico, se ejerce mediante instrumentos¹³ de política económica de los cuales hace uso el Estado y que son creados por el propio ordenamiento Constitucional, por mandato de ley o por un acto especial, tomando la forma de entidades jurídicas que presentan diferentes características derivadas del control o influencia total o parcial que tiene el Estado sobre éstas. Estos instrumentos públicos pueden ser:

- i. Empresa productiva del Estado, ente jurídico que es creado por los párrafos quintos de los artículos 25 y 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para efectos exclusivos del desarrollo y ejecución de las actividades estratégicas en materia de energía eléctrica, específicamente la transmisión y distribución, y en materia de petróleo e hidrocarburos, específicamente la extracción; transformando a los otrora organismos descentralizados, Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, en este tipo de empresas, a fin de proveerlos de una naturaleza empresarial. Estos organismos son de propiedad y control exclusivos del Estado, mantienen un régimen normativo y parámetros de actuación propios, mediante la creación de ordenamientos específicos que regulan el ámbito especial de cada uno de ellos.¹⁴

Estos organismos públicos son de completo control del Estado, contando con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como autonomía técnica, operativa y de gestión. Denotando que, en este caso, al otorgar un tinte

¹² Tal como lo estipula el artículo 6° de la Ley Federal de Entidades Paraestatales (D.O. Mayo 14, 1986/Mayo. 8, 2023).

¹³ Cabe señalar que se opta por el término “instrumento” dado que el Estado no solo puede hacer uso de empresas para sí intervención, sino que a su vez lo realiza mediante sus propios órganos internos, organizaciones de carácter social/civil o fideicomisos.

¹⁴ Romero Gudiño, Alejandro. “¿Qué son y cómo funcionan las Empresas Productivas del Estado?”. Enero-junio, 2015. Disponible en línea: **Buen Gobierno**. Fundación Mexicana de Estudios Políticos y Administrativos A.C. .No. 18, enero-junio, 2015, (pp. 34-46) <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=569660539002>> (Consulta: Consulta: Sep. 27, 2024)

empresarial a este ente, el régimen mercantil y civil son supletorios a su normatividad.¹⁵

- ii. Órgano u organismo desconcentrado, entidades creadas por ley, reglamento, decreto o por delegación administrativa derivada de un acuerdo general o particular¹⁶, su existencia tiene como origen el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dependen directamente de la administración central, por lo que tienen la misma personalidad que las dependencias a las que pertenecen y se encuentran sujetas a control jerárquico.
- iii. Organismos descentralizados, creados por ley o decreto para efectos de lograr una atención eficiente a los asuntos competencia de las secretarías de Estado, presentan personalidad jurídica propia, sujeta a mecanismos de control y orientación, así como patrimonio propio, representado total o parcialmente por bienes o fondos públicos.
- iv. Instituciones u organismos nacionales de crédito, de seguros y fianzas; entes que, si bien son tratados en detalle específico al margen de sus particularidades, en su naturaleza jurídica son propiamente empresas de participación estatal mayoritaria dentro de las cuales se establecen prerrogativas especiales de decisión para uso del Estado, como lo es la selección y nombramiento de la mayoría de los integrantes del órgano de administración de la sociedad, así como facultades exclusivas para la votación en las asambleas de socios, accionista y/o del consejo, como lo es el poder de veto o incluso la facultad exclusiva de voto sobre ciertos asuntos.¹⁷

¹⁵ Miranda Olivo, M. "Las Empresas Productivas del Estado, Análisis de su Régimen Jurídico y Comparativo con las Sociedades Anónimas." *Amicus Curiae. Revista Electrónica De La Facultad De Derecho*, 1(3). <<https://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/49629>> (Consulta: Sep. 27, 2024)

¹⁶ Valdés, Diego. "Desconcentración". En: *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Ob. cit.* (pp. 458–460).

¹⁷ Fernández Ruiz, Jorge. "Cap. V: El Marco Administrativo. No. 26". En: *El Estado empresario*. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982. (pp. 177). Disponible en línea: UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1027/1.pdf>> (Consulta: sep. 27, 2024).

- v. Empresas de participación estatal, donde el Estado aporta o es parte del capital social o es tenedor de acciones de determinada empresa, pudiendo ser esta participación de forma mayoritaria o minoritaria, en este último caso con prerrogativas estatutarias para el Estado que permiten un control de decisión; estos instrumentos son creados con base en las normas del derecho privado.
- vi. Fideicomisos públicos, herramientas utilizadas por la administración pública para auxilio en el ejercicio de sus actividades y son aquellos constituidos por el gobierno federal (donde el Fideicomitente de este contrato deberá figurar la Secretaría de Hacienda y Crédito Público) o los constituidos por las entidades paraestatales; destacando que, en ambos casos, no se podrá considerar efectos traslativos de dominio respecto bienes del dominio público.¹⁸

El régimen aplicable a estos entes, de forma general, pues varía en cada tipo en específico, es: la Constitución, particularmente los artículos 1, 25, 27, 28, 32, 40, 73, 90, 93, 123, 131 y 134, así como sus respectivas leyes reglamentarias; las disposiciones aplicables a las empresas privadas, ámbito mercantil y societario principalmente; Inversión extranjera; transferencia de tecnología; actividades industriales; minería; aduanas; así como leyes que regulan: el control y la vigilancia de estos entes y aquellos que regulan la adquisición y los contratos en que forman parte; y finalmente, sus propios estatutos, que puede ser una Ley orgánica, un decreto o un acuerdo presidencial.

- 4. Análisis a la iniciativa de Reforma a los artículos 25, 27 y 28 Constitucionales en materia de industrias estratégicas, creación de la Empresa Pública.¹⁹

Durante el desarrollo final del presente trabajo, el Ejecutivo Federal, el pasado 5 de febrero de 2024, envió a la Cámara de Diputados un paquete de 18 reformas constitucionales para su discusión y aprobación, dentro de éstas se incluye una reforma vinculada a dos de las

¹⁸ Fernández Ruiz, Jorge. Ídem (pp. 178) (Consulta: sep. 27, 2024).

¹⁹ Ángeles Hernández, Marisol y Bolívar Meza, M- Laura. “*Análisis de la iniciativa de reformas a las industrias estratégicas del Estado: antecedentes y alcances*”. En: López Ayllón, Sergio y otros (Coords.). **Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)**. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024. (pp. 131-144) Disponible en línea: UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7483/40.pdf>> (Consulta: Sep. 27, 2024) y Hernández Ochoa, César Emiliano. “*Opinión técnica sobre la iniciativa presidencial de reforma energética del 5 de febrero de 2024*”. En: Ídem. (pp. 145-162) (Consulta: Sep. 27, 2024)

industrias de los sectores estratégicos del País y al sector económico de telecomunicaciones, planteándose con ello la modificación a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política, mediante cambios específicos en lo que corresponde a la industria eléctrica, mismos que impactan a la industria energética, y la creación de un servicio público de Internet.

La importancia de esta reforma para el presente trabajo radica principalmente en que, mediante ella, se estaría eliminando la figura jurídica de Empresa Productiva del Estado para crear un nuevo ente denominado Empresa Pública, el cual formaría parte de los instrumentos de política económica que utilizaría el Estado para su intervención dentro del ámbito económico del país. A su vez, esta relevancia se sustenta en el hecho de su reciente aprobación por parte del Poder Legislativo, donde, ante la actual composición de las cámaras de este poder (una mayoría parlamentaria, en ambas cámaras, de representantes del partido autor de la propuesta) el paquete de reformas constitucional enviado por el Ejecutivo fue aprobado sin mayor reparo, discusión de fondo y con unas ligeras adiciones que no varían la intención de la propuesta; igualmente, la composición representativa de la mayor parte de los Estados del país igualmente favorecen al partido autor de la propuesta, implicando que los cambios propuestos a los numerales 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se den tal como vienen planteados y por el solo transcurso del tiempo para que formen el nuevo sistema jurídico constitucional de la intervención en el mercado por el Estado, bastando solo el cumplimiento de los procesos formales.

En ese sentido, ante el hecho de que esta reforma será nuestro nuevo sistema normativo, pues fácticamente solo será cuestión de tramitología, por así decirlo, conviene realizar el análisis de este nuevo instrumento mediante el cual el Estado continuará ejerciendo sus actividades de injerencia económica dentro del mercado. Para comenzar con ello adelante plasmamos los artículos a modificarse, citando tanto el párrafo inicial del mismo, como el párrafo variado, pero resaltando en negritas la redacción a variar y manteniendo la redacción aún vigente del texto constitucional mediante tachado, de forma que se pueda leer, dentro del mismo texto, las modificaciones y eliminaciones que sufrirá la magna carta.

La propuesta de reforma en materia de industrias estratégicas del Estado, en los términos que quedó aprobada por el Poder Legislativo, modificará los párrafos: quinto del artículo 25; sexto del artículo 27; y cuarto del artículo 28, en los términos siguientes:

“Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, 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. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

...

(quinto párrafo) 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 y empresas **públicas productivas** del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas **públicas productivas** del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, ~~con base en las mejores prácticas,~~ y determinará las demás actividades que podrán realizar.”

(Resaltado y tachado nuestro)

Artículo 27. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, las condonaciones de impuestos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

...

(sexto párrafo) 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, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias 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 de minerales radiactivos y **litio** no se otorgarán concesiones. Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional **en los términos del artículo 28 de esta Constitución**, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, ~~sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que.~~ Las leyes determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica, **que en ningún caso tendrán prevalencia sobre la empresa pública del Estado, cuya esencia es cumplir con su responsabilidad social y garantizar la continuidad y accesibilidad del servicio público de electricidad.**

...

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la

Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas ~~productivas~~ **públicas** del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos, las empresas ~~productivas~~ **públicas** del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

(Resaltado y tachado nuestro)

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, las condonaciones de impuestos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

...

(párrafo cuarto) No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos, **litio** y generación de energía nuclear; **el servicio de internet que provea el Estado**; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, **cuyos objetivos serán preservar la seguridad y autosuficiencia energética de la nación y proveer al pueblo de la electricidad al menor precio posible, evitando el lucro, para garantizar la seguridad nacional y soberanía a través de la empresa pública del Estado que se establezca**, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que **realicen las empresas públicas del Estado** y expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles, **tanto para transporte de pasajeros como de carga**, 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 **asignaciones**, concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

(Resaltado nuestro)

De la lectura a los artículos antes transcritos y con el fin de centrarnos en los puntos que son de interés para el presente trabajo, a manera de referencia, se concluye que la reforma a los numerales 25, 27 y 28 constitucionales implicará: (1) considerar a las actividades de planeación y control del sistema eléctrico, así como a los servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica como áreas estratégicas, facultando al sector privado la injerencia en las demás actividades mediante ordenamientos secundarios; (2) se elimina la posibilidad de participación contractual de los particulares respecto de las áreas referidas dentro del punto número 1 anterior; (3) la eliminación de la “Empresa Productiva”; (4) la creación de la denominada “Empresa Pública”; (5) eliminar el parámetro de guía de mejores prácticas para la Empresa Pública; (6) considerar como área estratégica a la explotación de litio, al servicio público de Internet que sea prestado por la Empresa Pública y a las actividades que realicen las empresas públicas, es decir, la reforma, en los términos aprobados, está creando una nuevas áreas que formarán parte del sector estratégico, dentro

de ellas a las actividades que ejecutaran las empresas públicas; (7) se incluye dentro de las áreas prioritarias al servicio de transporte de pasajeros que puedan prestar las empresas ferroviarias; y (8) se amplía la protección de la seguridad y soberanía nacional, respecto a las asignaciones que se otorguen en materia de comunicación via satélite y ferrocarriles, destacando el dominio de las vías de comunicación sobre dichos actos jurídicos.²⁰

Por lo que respecta a las actividades estratégicas, este nuevo régimen implicará que el sector privado ya no podrá participar, mediante contratos, en: los servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica, las actividades de explotación de litio y en las actividades que ejecutaran las empresas públicas; empero, al conservarse el texto creado mediante la reforma constitucional de 2013²¹, se continua con la posibilidad que se dé la intervención del sector privado en actividades que no involucren la transmisión y distribución de energía eléctrica, la extracción de petróleo e hidrocarburos, la explotación de litio y las actividades a desarrollar por le empresa pública, mediante leyes secundarias, donde el punto de impacto para esta participación será la limitante, respecto a estas materias y como se detalla adelante, a no prevalecer respecto de la participación de la Empresa Pública.

El otro aspecto, que es el de trascendencia para el presente trabajo, es la creación de la Empresa Pública y la eliminación implícita, mediante substitución con la primera, de la Empresa Productiva, conllevando no solo a eliminar un mero concepto, sino crear un nuevo régimen jurídico que impacta a los instrumentos económicos que utilizaría el Estado para intervenir dentro del mercado.

En vinculación directa con lo anterior, sin entrar en un estudio de fondo en la técnica legislativa de la propuesta, en las modificaciones planteadas se olvida tratar el destino del régimen jurídico vigente que mantiene la Empresa Productiva, eliminándose únicamente el fundamento jurídico de esta figura, sin mediar normas transitorias que puedan dar luz a los

²⁰Dirección General de Apoyo Parlamentario **Análisis Técnico Preliminar. Disponible en línea:** Cámara de Diputados, México <https://sitl.diputados.gob.mx/LXV_leg/cuadros_comparativos/2PO3/0014-2PO3-24.pdf> (Consulta: Oct. 1, 2024); y Senado de la República. **DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES; DE ENERGÍA; Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, A LA MINUTA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN EL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 25, LOS PÁRRAFOS SEXTO Y SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 27 Y EL PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE ÁREAS Y EMPRESAS ESTRATÉGICAS. Disponible en línea:** Senado de la República, México <https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/66/1/2024-10-16-1/assets/documentos/Dictamen_%C3%81reas_y_Empresas_Estrat%C3%A9gicas.pdf> (Consulta: Oct. 23, 2024)

²¹ Como se recordará, en 2013, mediante la reforma a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, se creó el actual sistema jurídico que se mantiene en materia de energía, lo cual permitió el acceso de otros sectores ajenos al público para participar en las actividades de desarrollo de dicha materia.

procesos que se seguirán para la migración de la Empresa Productiva a la Empresa Pública, esto desde el punto de vista del sistema normativo que conforma a aquella empresa, tal como lo manifiesta el Dr. César Emiliano Hernández, quien, de su análisis técnico respecto a esta eliminación, indica que:

“...queda en vilo implícitamente lo dispuesto en relación con dichas empresas productivas en varios artículos transitorios de la Reforma Constitucional de 2013, en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (sic), en la Ley General de Deuda Pública, en la Ley de Petróleos Mexicanos, en la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y en las diversas disposiciones jurídico-administrativas que lo implementaron a partir de agosto de 2014.”²²

Dentro de esa omisión legislativa se incluye la ausencia a estipular un sistema jurídico transitorio que no solo determine los principios y reglas aplicables a la Empresa Pública, sino que delimite el propio concepto de ésta, lo que resulta el punto medular a escrudiñar, dado que el concepto de Empresa Pública no es acotado por algún ordenamiento jurídico actual, el mismo propiamente ha sido utilizado dentro de la doctrina para referir genéricamente a organismos que son propiedad del Estado y mediante los cuales éste presta servicios o comercia bienes, existiendo así una diversidad de conceptos discordantes entre sí, tal como lo aúna el Dr. Jorge Fernández en su libro “El Estado Empresario”, donde dentro del capítulo “La Empresa en Mano Pública” analiza diversos conceptos que han sido utilizados para referir al término “empresa pública”, concluyendo que, ante la diversidad de actividades que el Estado realiza, no solo como sujeto de poder sino como un sujeto más del mercado económico, el término empresa pública se ve rebasado y propone referirlo al de “empresa en mano pública”, título del propio capítulo²³.

En esta tesitura, a fin de lograr los objetivos del presente documento, así como para alejarnos del concepto doctrinario de empresa pública, consideramos importante determinar una propuesta de conceptualización, en la medida de lo posible, de lo que constituirá este nuevo ente estadual, en el sentido de su naturaleza jurídica y características; para ello nos apoyaremos en el propio texto modificatorio propuesto y en los razonamientos que el Ejecutivo efectúa dentro de su exposición de motivos, ello toda vez que, a nuestro juicio, la figura que pretende crear el Ejecutivo no se vincula directamente con los conceptos

²² Hernández Ochoa, César Emiliano. *Ob. cit.* (Consulta: Sep. 27, 2024)

²³ Véase Fernández Ruiz, Jorge. “Cap. VI: La Empresa en Mano Pública”. En: *Ob. cit.*

divergentes que respecto a empresa pública existen dentro de la doctrina, sino a la creación de un sujeto de derecho específico, lo que nos lleva a efectuar esta delimitación conceptual.

Previo al análisis que nos permitirá definir la naturaleza jurídica de este nuevo organismo, es importante denotar que la reforma, desde el enfoque de su propósito y con base en la textualidad de las modificaciones, pareciera que se estaría creando dos tipos de Empresas Públicas, aquella que regirá en materia eléctrica y aquella que regirá en materia de hidrocarburos; consideración que se genera dado que las propuestas de la reforma, si bien modifican en su texto aspectos inherentes al sector eléctrico, impactan directamente a las áreas de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos al eliminar la conocida Empresa Productiva mediante sustitución del término productiva por el de pública, ello al modificar el artículo 25 constitucional, el cual, al momento de referir a los órganos que se encargaran de las materias en comento, indicará: *“En las actividades citadas (refiriéndose por estas a la materia eléctrica y de hidrocarburos) la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas públicas del Estado...”*; en ese sentido, aun cuando pareciera que el énfasis modificador es respecto al sector energético, la adecuación del artículo 25 en referencia permite considerar que la Empresa Pública será un ente que desarrollará las actividades que de momento se encarga la Empresa Productiva, sin mediar alguna diferenciación entre los diversos sectores de estas áreas.

No obstante, dentro de los cambios propuestos a los artículos 27 y 28 del ordenamiento constitucional, el énfasis de las modificaciones se da respecto a actividades del sector eléctrico, así tenemos que la adición al numeral 27 constitucional, en lo que interesa, reza de la siguiente forma:

*“...los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica... **en ningún caso tendrán prevalencia sobre la empresa pública..., cuya esencia es cumplir con su responsabilidad social y garantizar la continuidad y accesibilidad del servicio público de electricidad.**”*

La lectura a la transcripción anterior muestra el punto destacado, donde pareciera que, solo para el caso del sector eléctrico, la Empresa Pública tendrá dentro de sus características, la prevalencia de participación en el mercado respecto al sector privado, así como una naturaleza eminentemente social, justificada esa prevalencia mediante el objetivo garante de

la continuidad y accesibilidad del servicio eléctrico a la sociedad, desde un parámetro de actuación de responsabilidad social.

Igualmente, por lo que respecta a la anexión propuesta por la modificación al artículo 28 constitucional, se establece que la Empresa Pública deberá actuar sin un fin de lucro y teniendo como objetivo proveer un servicio eléctrico al menor costo posible, esto se desprende del texto propuesto que establece:

“...la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, cuyos objetivos serán preservar la seguridad y autosuficiencia energética de la nación y proveer al pueblo de la electricidad al menor precio posible, evitando el lucro, para garantizar la seguridad nacional y soberanía a través de la empresa pública del Estado que se establezca...”

Como se puede leer, en una primera instancia, en términos de las redacciones propuestas se podría considerar que existirán dos tipos de empresas con ciertas particularidades como diferencia, la encaminada a desarrollar actividades eléctricas y aquella que desarrolle actividades relativas a hidrocarburos, sin embargo, creemos que, aun y cuando se detallan únicamente actividades eléctricas, la intención del Ejecutivo no es crear dos clases de Empresa Pública, sino que únicamente, habiendo elevado a rango constitucional la actividad de proveer electricidad a la ciudadanía y a la propia nación (mediante la autosuficiencia), hace énfasis de las características que tendrá la Empresa Pública respecto a esa actividad en particular, sin que ello implique que solo el sector eléctrico tendrá estas características.

Lo anterior se funda de la interpretación al sistema jurídico que existirá para la Empresa Pública una vez concluido el proceso de reforma, así como con base en la exposición de motivos; una vez que se revisa armónicamente las modificaciones estipuladas podemos concluir que el Ejecutivo está particularizando características propias de actividades secundarias, mientras que el texto constitucional también contempla actividades primarias respecto de las cuales propiamente esas características no coinciden, por lo que no cabría referir a dichas características respecto de las otras actividades, verbi gracia, las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, son actividades primarias ligadas propiamente a la generación de materias primas, donde el producto final de su ejecución no será aprovechado directamente por la sociedad o la nación, dado que esta no implica acto alguno de proveeduría a esos beneficiarios finales, lo que no da cabida a la prevalencia en el suministro de algún bien o servicio al menor costo posible, puesto que la sociedad o la nación

no se benefician de materias primas en bruto, sino del producto final que de la transformación de estos se obtendría por el sector secundario, como lo es ya la actividad en sí misma de proveer electricidad.

Esta consideración se refuerza con la adición al artículo 28 del multirreferido ordenamiento, mediante la cual no se elimina en la redacción constitucional el conector de comparación, “así como”, que se conserva del texto previo, no se establece ente lo que nos permite concluir que existe igualdad entre las actividades estratégicas respecto a los objetivos buscados mediante la reforma propuesta (la seguridad y autosuficiencia en la proveeduría de los servicios dados por el Estado, lo cual se logra con la prevalencia y los costos menores), ello aunado a que las actividades de exploración y extracción referidas en el texto se encuentran dentro del elemento de enumeración al que corresponde el sector eléctrico del listado establecido en el arábigo referido, donde su enunciación procede de una coma, no así de un punto y coma, como sí se hace para diferenciar a los demás elementos listados; esto se lee dentro del párrafo cuarto del artículo referido, cuyo texto quedaría en los términos siguientes:

*“No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; el servicio de internet que provea el Estado; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, cuyos objetivos serán preservar la seguridad y autosuficiencia energética de la nación y **proveer al pueblo de la electricidad al menor precio posible, evitando el lucro, para garantizar la seguridad nacional y soberanía a través de la empresa pública del Estado que se establezca, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos**, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente...”*

(resaltado nuestro)

En suma, no olvidemos que el planteamiento base de esta propuesta de reforma es contrarrestar lo establecido mediante la Reforma Energética de 2013, tal como se enfatiza a lo largo de la exposición de motivos, siendo el razonamiento medular de la propuesta modificar el régimen determinado en ese entonces para los sectores eléctricos y de hidrocarburos, donde se destaca la necesidad de fortalecer al estado y a sus empresas públicas, de forma que se asegure la estabilidad, suficiencia y autonomía energética, sin acotar realmente las intenciones de la reforma a solo el sector eléctrico, donde la referencia dentro de la exposición a este sector, consideramos, se hace únicamente como elemento ejemplificador del impacto que la creación del régimen legal de la Empresa Productiva provocó en estos sectores estratégicos.

Dilucidado lo anterior, se puede concluir que la Empresa Pública tendrá características y aspectos similares, independientemente del sector en el que participe, por lo que conviene pasar a escudriñar la reforma a efectos de poder establecer la naturaleza de este nuevo órgano.

El punto de partida será la propia sustitución de la palabra Productiva por Pública; en un primer término pareciera indicar que la reforma busca apartar a la Empresa Pública del enfoque de mercado, lo que incluso podría decirse se refuerza con las característica de proveer un servicio al menor costo posible y sin finalidad de lucro, sin embargo, no debemos olvidar que la función empresarial del Estado opera en similitud a la del sector privado en cuanto a su búsqueda en la optimización de los recursos para lograr objetivos al menor costo posible, donde la diferencia radica en el enfoque de esa operatividad, mientras que el sector privado buscará maximizar sus utilidades, el Estado buscará satisfacer o incluso mejorar los intereses públicos/colectivos (indirectamente beneficiando al interés general), lo que conllevará a que, en ciertos casos, sólo busque una eficiencia operativa sostenible independientemente de los resultados financieros, es decir, los órganos del Estado podrán operar en un equilibrio financiero de utilidades moderadas o incluso pérdidas controladas, donde ese actuar financiero será medido desde el cumplimiento o satisfacción a esos intereses públicos/colectivos y no propiamente desde el punto de vista económico de rentabilidad de la misma organización.²⁴

Consideración que coincide con las razones manifestadas dentro de la exposición de motivos, dentro de la cual leemos que el objetivo de crear la Empresa Pública es que el Estado cuente con una empresa que garantice la satisfacción del interés general, ello dotando a estos organismos de una “prevalencia” respecto de las empresas privadas, lo que a nuestro juicio y de la interpretación de la referida exposición, radica en que el interés privado (de rentabilidad) pase a un segundo plano y sea sustituido por el interés público y general, de forma que, previamente a cualquier beneficio financiero que se pueda tener, tanto para el sector privado como para el público y respecto a las actividades que ejecutarán las Empresas Públicas, se garantice la recepción continua e igualitaria de esas actividades, de tal suerte que en primera instancia se satisfagan las necesidades de la sociedad y se permita el desarrollo

²⁴ Fernández Ruiz, Jorge. “Cap. VI: La Empresa en Mano Pública. No. 4”. En: *Ob. cit.* (p. 185) (Consulta: Oct. 3, 2024).

nacional, para posteriormente dejar cabida a los aspectos económicos como rentabilidad o utilidad.

Cabe apuntar que observamos a la denominada “prevalencia” desde un punto de vista de actuación de mercado, por lo que consideramos se refiere a que la Empresa Pública preste sus actividades de forma poco costosa para la sociedad, de tal forma que la obtención de los servicios prestados no dependa de la capacidad económica del beneficiado, así como tampoco que el beneficio final de la ejecución de las actividades de estas empresas se vea limitado o afectado por la necesidad de requerir la participación de sujetos privados, esto es, que aquellos actos que pudiera requerir la Empresa Pública para lograr que la sociedad se beneficie de los sectores energéticos y de comunicaciones, y los cuales tenga que apoyarse con el sector privado, no impliquen el encarecimiento del servicio prestado, al dejarse sentado que estas actividades deberán prestarse al menor costo posible, sin planearse o estructurar su ejecución con un ánimo de lucro, en otras palabras, la prevalencia será ese elemento que permitirá el equilibrio financiero de la Empresa Pública, sea que se logren utilidades moderadas o incluso pérdidas controladas.

En esta tesitura, al momento podemos concluir que la Empresa Pública será un organismo del Estado que sí participará dentro del mercado, pero desde una métrica financiera que podrá arrojar utilidades moderadas o pérdidas controladas, dado que el objetivo no será el ánimo de lucro, sino satisfacer los intereses públicos/colectivos (indirectamente beneficiando al interés general) en las áreas eléctrica, de hidrocarburos y de telecomunicaciones, al menor costo posible, permitiendo que toda la sociedad tenga a su alcance estos servicios y se pueda beneficiar de ellos.

Por lo que respecta a la naturaleza de esta organización, en términos del artículo 25 constitucional que derivará de la reforma, al igual que las Empresas Productivas, el Gobierno Federal mantendría “...la propiedad y el control sobre los organismos y empresas públicas del Estado...”; empero, la eliminación a la directiva de actuación en términos de las mejores prácticas, nos permite inferir que esa propiedad y control no será mediante una organización de carácter societario, toda vez que, en términos de la propia exposición de motivos, por mejores prácticas “...se refiere a un gobierno corporativo que se constituye por accionistas

e inversionistas, lo que no aplica a la empresa pública.”²⁵; de esta forma se conserva la titularidad y propiedad total del Ejecutivo Federal respecto a estas Empresas Públicas, pero se separará a éstas de la naturaleza corporativa que actualmente tiene la Empresa Productiva.

No obstante, si bien la Empresa Pública no se registrará por la normativa societaria, consideramos que sí conservará personalidad jurídica propia y patrimonio propio, así como autonomía técnica, operativa y de gestión, ello toda vez que se conserva, salvo por el punto referido, la misma redacción que en su momento se plasmó para crear a las Empresas Productivas, lo que incluso es reforzado con los propios razonamientos del Ejecutivo, respecto que a sólo se busca la diferenciación de estas Empresas Públicas de una empresa privada, pero sin eliminar las características de individualidad que derivan del texto, pudiendo concluir que la Empresa Pública continuará interviniendo en el ámbito de mercado como de momento lo hacen las Empresas Productivas, como un sujeto independiente. Lo que se reconoce dentro de las modificaciones propuestas, donde recordando las adiciones al numeral 27 constitucional, leemos lo siguiente:

“...los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica... en ningún caso tendrán prevalencia sobre la empresa pública..., cuya esencia es cumplir con su responsabilidad social y garantizar la continuidad y accesibilidad del servicio público de electricidad.”

De dicha transcripción se observa que se mantienen la idea de que la Empresa Pública sea parte del mercado, dotándola de objetivos sociales particulares, es decir, la redacción del texto hace referencia a estos órganos como entes ajenos e independientes al sector público, al grado de establecer ciertos objetivos y características que le serán aplicables. Consideración de independencia que igualmente se denota de la exposición de motivos, donde en todo momento el Ejecutivo hace referencia a la Empresa Pública como órgano independiente, ajeno a la estructura gubernamental (dígase al mando directo de alguna de las Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos), lo que incluso nos podría permitir describir a este nuevo ente mediante los conceptos divergentes de empresa pública, esto es, como organismo en control total del Estado que desarrolla actividades comerciales productivas o de consumo.

²⁵ Poder Ejecutivo Federal. **Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de industrias estratégicas del Estado**, 5 de febrero de 2024. **Disponible en línea:** Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, México, Anexo XIV, núm. 6457-14, Febrero 5, 2024. <<https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-14.pdf#page=2>> (Consulta: Oct. 1, 2024)

Luego entonces, con base en lo anterior y en términos de la fracción I del artículo 14 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, respecto a que sólo los organismos descentralizados pueden realizar actividades respecto de áreas estratégicas, consideramos que la Empresa Pública será catalogada como órgano descentralizado, independientemente de la estructura que adopte en términos de la legislación secundaria.

En conclusiva, la Empresa Pública será un órgano descentralizado creado por norma constitucional, a fin de participar en el sector económico mediante el desarrollo de las actividades de los sectores estratégicos de electricidad, dentro de estos la transmisión y distribución, e hidrocarburos; como órgano descentralizado tendrá como titular exclusivo el Ejecutivo Federal, manteniendo personalidad jurídica propia y patrimonio propio; asimismo, dada la especialidad de estos sectores, la Empresa Pública tendrá autonomía técnica, operativa y de gestión, la cual será establecida y determinada por ordenamientos secundarios, lo que permitirá reforzar los objetivos sociales de seguridad nacional y justicia social.

B. La libertad de empresa.

Sin buscar entrar a un estudio de fondo, esta libertad, en un contexto constitucional se debe considerar desde el propio régimen de propiedad del Estado, es decir, definiéndose esta como “...la facultad de toda persona para constituir una empresa y decidir sobre distintas opciones relacionadas con la actividad económica que desempeña”, ese derecho constitutivo y de decisión siempre ira permeado de la prevalencia del interés público y su no afectación; así, la libertad de empresa es un derecho que debe ser comprendido desde la protección a la economía de mercado, entendido este último como:

“la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica.”²⁶

Esta libertad ha sido reconocida desde la Constitución de 1917, donde se consagró un modelo económico basado en la libertad de empresa y en el sistema de mercado; aunque no

²⁶ Congreso de los Diputados. **Constitución española: Sinopsis artículo 38. Disponible en línea:** Congreso de los Diputados, España <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>>: (Consulta: Marzo, 2016)

se hace mención expresa de la misma, ésta es parte y es reconocida implícitamente dentro del denominado capítulo económico de la Constitución.

Como mencionamos anteriormente, los derechos humanos se sub-clasifican en categorías, el Estado mexicano, como Estado Social y Democrático de Derecho, reconoce y determina dentro de la Constitución a los denominados Derechos Económicos, de entre estos figura la libertad de empresa, implicando ello que dicha libertad forma parte de los derechos humanos que el Estado reconoce y considera como lineamientos para su actuar, presentando las características y la validez de cualquier otro derecho fundamental.

La libertad de empresa presenta el mismo fundamento que el resto de los derechos fundamentales que tienen el carácter de libertad, “*asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales*”²⁷, para nuestro caso en particular implica una doble dualidad, la primera de ellas sería aquella limitación a la intromisión estadual, la segunda la imposición al Estado de la obligación de establecer las condiciones organizativas e institucionales para el aseguramiento del efectivo ejercicio de ese derecho.

Esta libertad, bajo la premisa de ser una libertad frente al Estado y no frente a los demás particulares, implica a grandes rasgos: “*la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios*”²⁸, por lo que el Estado deberá ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, así como ante la actuación de los particulares, permitiendo el libre desarrollo de los individuos en el ámbito económico.

Por su parte, como se refirió anteriormente, esta libertad se crea desde una emisión eminentemente social, por lo que no será absoluta e irrestricta, alcanzando su límite en los propios intereses de la sociedad, siendo posible, bajo dicho espectro social, limitarla a que: “*a. no se trate de una actividad ilícita; b. no se ataquen derechos de terceros; y, c. no se afecten derechos de la sociedad en general*”²⁹

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ Echaiz Moreno, Daniel. “La libertad de empresa en la jurisprudencia del tribunal constitucional del Perú”. 2010. Disponible en línea: **Derecho & Empresa. Bases para la moderna concepción del Derecho Empresarial**. <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/libertad-jurisprudencia-constitucional-437650118>> (Consulta: Mzo 25, 2005).

²⁹ Díez Parra, Ignacio. “La libertad de empresa, una perspectiva de Derecho Comparado. México”. Mayo, 2024. Disponible en línea: **Servicio de Estudios del Parlamento Europeo**. Biblioteca de Derecho Comparado. Bruselas. (p. 62) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762318/EPRS_STU\(2024\)762318_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762318/EPRS_STU(2024)762318_ES.pdf)> (Consulta: Oct. 5, 2024).

Capítulo II

La injerencia de la iniciativa privada en el desarrollo nacional

En el Capítulo anterior se abordó la prerrogativa que le es concedida al Estado para conducir el desarrollo nacional, ello desde la perspectiva de los derechos humanos de los ciudadanos y de la propia necesidad a la búsqueda de la perfección del hombre.

En ese sentido, se determinó cómo es que el Estado, mediante la formulación del denominado Plan Nacional de Desarrollo, establece los parámetros y lineamientos para el desarrollo económico y financiero del país y sus miembros, aspecto que se materializa o ejecuta a través de las Secretarías de Estado y las entidades paraestatales.

Ahora bien, dentro del arábigo 25 de nuestra Constitución Política encontramos la obligación social del sector público, social y privado para concurrir al desarrollo nacional, a su vez, dentro del mismo numeral, se concede la posibilidad al sector social y privado de contribuir económicamente en el desarrollo nacional, ello en apego a lo determinado en el Plan de desarrollo; asimismo, se otorga la opción al Estado de permitir la participación de estos sectores a efectos de impulsar y organizar las áreas prioritarias y estratégicas del país.

Bajo esa tesitura, el Estado tiene la posibilidad de auxiliarse de la iniciativa privada para efectos de conducir la economía y finanzas del país, es decir, dentro del mismo Plan de desarrollo es posible considerar la injerencia de la iniciativa privada.

Dicha participación privada puede ser: tanto de una cesión total del ejercicio de cierta rama o actividad; mediante la permisión de una injerencia indirecta respecto a ciertos proyectos; o la participación conjunta con el Estado en ciertas actividades. Así tenemos que el sector privado puede participar en el desarrollo nacional a través de:

A. La privatización de Empresas Públicas³⁰

La empresa pública encuentra su auge durante los sexenios de los presidentes Echeverría y López Portillo, al incrementarse de 391 empresas públicas a más de 1000,

³⁰ Overman, E. Sam. “*La Privatización China, México y Rusia: un estudio comparativo*”. Enero-Julio, 1998. Disponible en línea: **Gestión y Política Pública**. Vol. VIII, No. 1, 1998. <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.VII_No.I_1ersem/OE_Vol.7_No.I_1sem.pdf> (Consulta: Marzo 5, 2016)

culminando con la nacionalización de la banca en 1982, “su importancia se encuentra asociada tanto a los requerimientos de enfrentar los efectos de la depresión económica como a la necesidad de transitar a una fase de industrialización sustitutiva y consolidar un crecimiento económico y social estables”³¹. El inicio de la privatización de estas empresas coincide con el gobierno del presidente Miguel de la Madrid y el desprestigio de los excesos de los gobiernos anteriores.

El proceso de privatización puede ser considerado de forma general mediante las siguientes tres etapas: el comienzo, 1982 a 1988, privatizándose diversas empresas de diferentes actividades y sectores; la segunda etapa, de 1988 a 1994, se liberaliza varios sectores y con ello se privatiza diversas empresas inherentes a esos sectores, como el caso de telefonía, banca y siderurgia; y la tercer etapa, abarcando de 1995 a 2000, donde este proceso se formaliza y se efectúan cambios constitucionales para la liberalización de ciertos sectores y con ello permitir la enajenación de empresas como ferrocarriles y comunicación vía satélite³².

En 1982 el presidente en turno, Miguel de la Madrid, encontró una economía en una ruina inflacionaria y una crisis de deuda por parte del gobierno, sin duda una de las peores épocas de la historia del país. De entre las políticas para solucionar esto estaba el empeño por detener la fuga de capitales y el aumento de la inversión extranjera, así como la recuperación de la confianza de los acreedores externos, motivo por el cual inició con los esfuerzos para privatizar entidades públicas y con ello elevar ingresos públicos, equilibrar el presupuesto y pagar la enorme y creciente deuda externa, metas que han formado parte de la gran mayoría de las políticas de privatización.

“En poco más de un año, el gobierno federal vendió, fusionó y liquidó aproximadamente el 40% de las empresas públicas “no estratégicas”, al pasar de 1,115 entidades a finales de 1982, a 697 en 1986, según revelan indicadores estadísticos del Banco Nacional de Comercio Exterior (BANCOMEXT)”³³, “para el 31 de julio de 1999 el universo se redujo a tan sólo 203 (con 57 en proceso de

³¹ Hernández Oliva, Rocío Citlalli. “Primera Parte. Capítulo III: El papel del Estado y del Sector Público en México: 1940-1982”. En: **Globalización y Privatización: El Sector Público en México, 1982 – 1999**. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2001. (p. 53)

³² Sacristán Roy, Emilio. “Las Privatizaciones en México”. 2006. Disponible en línea: **Economía UNAM**, Vol. 3, No. 9, 2006. (pp. 54-64) <<http://www.ejournal.unam.mx/ecu/ecunam9/ecunam0904.pdf>> (Consulta: Marzo 5, 2016)

³³ Vargas, Alfredo. “Proceso de Privatización en la Subregión: México, Centroamérica y el Caribe”. Disponible en línea: **Gestión y Política Pública**. s/f. (pp. 92 – 101) <<http://gestionyestrategia.azc.uam.mx/index.php/articulos?format=raw&task=download&fid=326>> (Consulta: Marzo 5, 2016)

desincorporación), lo que significa que más o menos un 83% desapareció como parte integral del sector público”³⁴.

En principio las ventas de las empresas u organismos del Estado durante el sexenio madridista fueron bajas y el impacto económico de estas fue leve, empero fue un paso importante para revitalizar la economía del país de aquel entonces.

Posteriormente, a finales de 1988, con el inicio del sexenio del presidente Carlos Salinas se extendió el esfuerzo por privatizar a las empresas u organismos de mayor tamaño y/o envergadura del país, es decir, se privatizaron empresas del sector Aeronáutico; compañías del sector minero; compañías del sector comunicación; y compañías del sector financiero. Esta política se mantuvo durante todo el sexenio del presidente Salinas, continuando por su sucesor el presidente Ernesto Zedillo, ello incluso a pesar de la crisis económica que acechaba durante la época.

Actualmente existen empresas que han continuado en poder del Estado al ser empresas que desarrollan sus actividades en los sectores denominados estratégicos, evitándose con esto la privatización de las mismas, tal es el caso del petróleo, Pemex; la de la electricidad, ahora únicamente la CFE; la emisión de moneda; y los servicios postales.

1. Formas de privatizar

Derivado del llamado proceso “desincorporación del sector paraestatal” se reconocen cuatro formas de realizar este proceso: 1. La liquidación de empresas o extinción de fideicomisos; 2. La fusión de empresas; 3. Las transferencias a los gobiernos estatales; y 4. La enajenación de los organismos.

El estado mexicano ha manejado dos procesos de privatización de empresas: el primero de ellos es utilizado para aquellas empresas que pueden ser consideradas como de menor tamaño o importancia, este proceso versaba en la enajenación en subasta cerrada de la participación, completa o parcialmente, que tenía el propio Estado en las compañías u organismos públicos; y el segundo, en el caso de privatización de empresas más grandes o de mayor importancia se efectuaba por medio de un proceso que incluye a su vez dos pasos:

³⁴ SHCP. **La Jornada**. (1º. de marzo de 1999, p.24). Citado por: Hernandez Oliva, Rocío Citlalli. “Tercera Parte. Capítulo 9. 9.1. La privatización y la tecnoburocracia”. Ob. Cit. (p.170)

la precalificación, donde todos los compradores potenciales debían calificar; y la etapa de la oferta, donde se formalizaba la enajenación.

i) Régimen jurídico

Hasta el año 1990 no existía ordenamiento alguno que determinara el procedimiento de privatización de organismos públicos, estos eran enajenados mediante procedimientos espontáneos, no consignados en ordenamientos legales.

Posteriormente el procedimiento se determinaba según el Plan Nacional de Desarrollo y el programa nacional de fomento Industrial, dentro de este se definen los lineamientos generales de política económica.

No obstante, la falta de determinación normativa del proceso de privatización en los primeros años, durante la primera etapa o etapa inicial se promulgó la Ley de Entidades Paraestatales (D.O. Mayo 14, 1986/Mayo 8, 2023), dentro de ésta se clasifican los organismos públicos descentralizados y las empresas de participación estatal mayoritaria como de carácter estratégico, prioritarios y no prioritarios. De esta forma se da inicio a la privatización de aquellos organismos clasificados como no prioritarios.³⁵

Pero lo anterior no fueron los únicos ordenamientos relativos al tema, de hecho, *“entre 1982 y 1999, más del 90% del marco legal de México fue modificado para apoyar el libre mercado y la globalización, según un análisis del Centro de Estudios Económicos del Sector Privado (CEESP)”*³⁶

B. Su participación en áreas prioritarias y áreas exclusivas.

Derivado de la nacionalización de diferentes sectores efectuadas a partir de los años sesentas, mismas que el Estado plasmó en el ordenamiento constitucional para su legitimación, se crearon las denominadas áreas estratégicas y las áreas prioritarias de actividades económicas, donde en el primer caso solamente el sector público puede desarrollarlas, mientras que para las prioritarias, la realización de estas actividades pueden ser efectuadas tanto por el sector público y social, así como por el privado.

³⁵ Sacristán Roy, Emilio. Ob. Cit.

³⁶ Hernandez Oliva, Rocío Citlalli. *“Tercera Parte. Capítulo VII. 7.2. México en los procesos de globalización e integración Económica”*. Ob. Cit. (p. 128)

Ahora bien, las áreas estratégicas o exclusivas, conforme al artículo 25 constitucional, son aquellas que estarán a cargo exclusivamente del sector público, excluyendo al sector social y al privado, manteniendo el Estado el control y la propiedad sobre los organismos que se creen para atender las áreas estratégicas, estos, por lo dispuesto en la Ley Federal de Entidades Paraestatales, únicamente pueden adquirir la modalidad de organismo descentralizado, al ser los únicos que pueden establecer como objeto la realización de las actividades relativas a estas áreas³⁷. A su vez, el artículo 28 constitucional establece una lista no limitativa de estas áreas, él mismo faculta al Congreso de la Unión para incluir mediante ley otras áreas, siempre y cuando se encuentre determinado de manera expresa, de ahí el carácter no limitativo del listado.

Las áreas prioritarias son consideradas como la actividad económica encaminada al desarrollo económico nacional y las cuales se podrán efectuar por el sector público, social y privado; éstas no están determinadas en listado alguno, pero se les identifica dentro de la Ley Federal de Entidades Paraestatales como aquellas “*tendientes a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares particularmente*”. Los organismos públicos que tienen por objeto estas áreas podrán ser tanto empresas de participación estatal, organismos descentralizados como fideicomisos públicos.

En la actualidad se cuenta con diversas formas jurídicas mediante las cuales el sector privado puede participar en las áreas prioritarias y estratégicas, y de esta forma tener injerencia en el desarrollo nacional:

1. Entidades Paraestatales

Acorde a lo dispuesto por el numeral 90 de nuestra Magna Carta, la Administración Pública se clasifica en centralizada y paraestatal, mediante ésta el Estado se apoyará para efectos de llevar a cabo el Plan de Desarrollo Nacional.

Para efectos del trabajo, siendo que se analiza la conducción económica y social encomendada al Estado desde la perspectiva de la libertad de empresa reconocida por la

³⁷ Por disposición constitucional, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas no constituyen monopolios (artículo 28 de la Constitución).

Constitución Política, nos abocaremos exclusivamente a las entidades paraestatales y a su vez en aquellas entidades que permitan la injerencia del sector privado.

Las entidades paraestatales se encuentran reguladas por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (D.O. Dic. 29, 1976/Enero 4, 2024), y genéricamente podemos entender por estas a:

“...aquellos organismos o personales(sic) morales que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, que componen la Administración Pública Paraestatal y cuyo objetivo es auxiliar al Poder Ejecutivo Federal en el manejo y desarrollo de las áreas que son consideradas por el Estado como estratégicas o prioritarias.”³⁸

De conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, las entidades paraestatales serán: los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos.

i. Organismos descentralizados

Los organismos descentralizados son entidades que pierden utilidad para los objetivos del trabajo, toda vez que las decisiones y acciones de estos están vinculados directamente con las finalidades de la administración centralizada, siendo que el control de las mismas se ejerce directamente por el Poder Ejecutivo y sus órganos directivos necesariamente se integran con personas ligadas a la administración central, es decir, aun con la autonomía que les concede la Ley están subordinados indirectamente a la administración centralizada³⁹.

ii. Empresas de Participación Estatal Mayoritarias

De acuerdo con lo estipulado en el numeral 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, las empresas de participación estatal mayoritaria serán:

I.- Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica;

II.- Las Sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

³⁸ Nuñez Kaufmann, Francisco. “Consideraciones en torno al Sector Paraestatal”. Disponible en línea: Vlex. <https://app.vlex.com/#MX.profesional/search/jurisdiction:MX+basicSearchAll:1+content_type:4/entidades+paraestatales/p3/MX.profesional/vid/43099511> (Consulta: Abril 13, 2018).

³⁹ Instituto Mexicano de Estrategia. “Entidades Paraestatal”. Disponible en línea: Vlex. <https://app.vlex.com/#MX.profesional/search/jurisdiction:MX+basicSearchAll:1+content_type:4/areas+prioritarias+y+estrategicas/MX.profesional/vid/698733029> (Consulta: Abril 13, 2018).

A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.”

Como se puede leer, para la existencia de estas entidades no es necesario que exista una ley o decreto que las cree, sino que bastará que el Gobierno Federal: sea propietario del 50% o más del capital social; sea tenedor del 50% o más de las acciones de serie especial que sólo pueden ser suscritas por él; o sean quien tenga las facultades de: nombramiento del órgano directo, veto de los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo o de la junta directiva u órgano equivalente.⁴⁰

Cabe señalar que estas entidades paraestatales, además de regularse por lo estipulado en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Entidades Paraestatales, se rigen de forma general por lo estipulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles (D.O. Ago. 3, 1994/Octubre 10, 2023) y los ordenamientos especiales que en su caso le aplique a cada una de ellas.

iii. Fideicomisos Públicos

De forma similar a los organismos descentralizados, los fideicomisos pierden utilidad para el presente trabajo, toda vez que, si bien se utilizan para auxiliar al Poder Ejecutivo, los mismos se constituyen por el propio Gobierno Federal, por algún organismo descentralizado o empresa de participación estatal mayoritaria, es decir, al final, los integrantes del fideicomiso serán las entidades analizadas en los incisos anteriores o el propio Estado lo que únicamente implica una herramienta para los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria.

⁴⁰ Nuñez Kaufmann, Francisco. Ob. Cit. (Consulta: Abril 13, 2018)

2. Otras formas jurídicas de participación

En el caso de la participación de la iniciativa privada en las áreas prioritarias tenemos los esquemas de:

i. Contrato de obra pública

Figura que tiene como base constitucional el numeral 134, dentro del cual se alude a la contratación administrativa en materia de obra pública; este tipo de contratos tiene como objeto el ejecutar una determinada obra en beneficio de determinado ente público, por ello su celebración se realiza entre particulares y la administración pública.

El objeto de estos contratos será: *construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles*⁴¹; los servicios que se relacionen con la obra y que refieran a la concepción, diseño y cálculo de la estructura y demás elementos que integran el proyecto a desarrollar; así como las *investigaciones, estudios, asesorías y consultorías que se vinculen con las acciones que regule la ley; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras y los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones*⁴².

Para efectos de la realización de las obras publicas con base en esta figura, los contratos pueden ser otorgados mediante el mecanismo de licitación, invitación restringida o adjudicación directa, de conformidad con la normativa que en cada caso aplique.

ii. La concesión Administrativa

Acto administrativo mediante el cual el Estado otorga a un particular “...la prestación de un servicio público, la explotación de bienes del dominio público, o bien, la realización de ambas actividades...”⁴³; tiene un carácter mixto, siendo que para su regulación coexiste la normativa contractual, mediante los cuales se protege el derecho adquirido por el particular

⁴¹ Páez Rodríguez, Montserrat y Trejo Hernández, Irene Emilia. “CONTRATO DE OBRA PÚBLICA: Su problemática normativa”. Julio-Agosto 2013. Disponible en línea: **Revista AMICUS CURIAE**. Vol. 2. No. 4, 2013. < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YsiII6_Sum4J:www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/download/49004/44067+&cd=21&hl=es&ct=clnk&gl=mx> (Consulta: Abril 13, 2018).

⁴² Loc. Cit.

⁴³ **CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. NOCIÓN Y ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN**. Tesis aislada. Incidente de suspensión (revisión). Tribunal Colegiado de Circuito. Clave I.4o.A.73 A (SJF: 10ª Libro 1, Dic., 2013, p. 1109). Disponible en línea: SCJN < <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005171.pdf>> Registro 2005171. (Consulta: Abril. 13, 2018)

y la propia relación contractual; y la normativa reglamentaria, la cual establece los lineamientos con base en los cuales se debe prestar el servicio o explotar los bienes del dominio público.

Respecto a este punto es oportuno recordar que, en términos de la Propuesta de Reforma presentada el pasado febrero de 2024, mediante la modificación al artículo 27 de la Constitución, se estaría eliminando la posibilidad de otorgar concesiones respecto a planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, por lo cual se estaría acotando la actuación de los particulares a las demás actividades dentro de este sector.

iii. Los Proyectos de Inversión Diferidos en el Gasto (PIDIREGAS)⁴⁴.

Conocidos ahora como Proyectos de Inversión de Largo Plazo, fueron creados para atender las grandes necesidades de inversión que en materia energética se tenían, para generar la infraestructura necesaria para la generación de energía eléctrica y la extracción de petróleo. Asimismo, se previó que las entidades públicas pudiesen acudir directamente a los mercados financieros para resolver sus necesidades de financiamiento. Éstas operan de dos diferentes formas:

1) *“Inversión Directa: Existen dos categorías de Pidiregas, la primera, denominada de inversión directa, que incluye aquellos proyectos en los que, por la naturaleza de los contratos, las entidades públicas asumen una obligación directa y firme de adquirir los activos productivos construidos por empresas privadas.*

2) *Inversión Condicionada: La segunda, denominada de inversión condicionada, incluye proyectos en los que los activos son propiedad privada y que en caso de alguna eventualidad contemplada en los contratos la entidad tiene la facultad de adquirir, o no, el bien. Este es el caso de la planta de nitrógeno que PEMEX ha requerido para poder complementar sus tareas de extracción de petróleo y de varias plantas de CFE.”⁴⁵*

El procedimiento para llevar a cabo uno de estos proyectos es mediante una licitación pública internacional. Una vez concluidas las obras y en condiciones de generar ingresos, los proyectos se entregan a las empresas del sector público (PEMEX y CFE).

⁴⁴ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Pidiregas un Estudio General. Disponible en línea:** Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, México

< <http://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0722007.pdf> >; (Consulta: Marzo 3, 2014)

⁴⁵ Loc. Cit.

Una vez que los proyectos entran en operación, PEMEX y CFE inician el pago presupuestario de las obras construidas, cuyo monto se refleja anualmente en su presupuesto y en el gasto público.

iv. Contratos de llave en mano⁴⁶.

Término acuñado por vez primera por la Cámara Nacional de la Industria de la Construcción, propiamente por José Alfredo Llamas Carrasco, quien concluye se trata de una modalidad de los contratos a precio alzado; a su vez la Ley de Obras Públicas Federal y Servicios Relacionados con las Mismas (D.O. Enero 4, 2000/Mayo 20, 2021) en su numeral tercero fracción III dispone:

“Artículo 3... Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

...

III. Los proyectos integrales o llave en Mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología.”

Así mismo el Reglamento de dicha Ley establece en su numeral 199: *“Las dependencias y entidades que requieran de proyectos integrales o llave en mano, preferentemente celebrarán contratos mixtos”*.

De esta manera son aquellos proyectos donde un particular se obliga a realizar todo lo inherente a una obra o tarea, desde su invención hasta su creación.

v. Asociaciones Público Privadas

Derivada de la necesidad de unir esfuerzos entre los sectores público, social y privado para satisfacer necesidades de la colectividad mediante proyectos de infraestructura mayormente financiados por recursos de la Federación, nace la idea de crear la Ley de Asociaciones Público Privadas (D.O. Enero 16, 2012/Junio 15, 2018).

Por medio de esta Ley se pretende satisfacer las necesidades de la colectividad, con la participación conjunta del sector público y el sector privado, procurando una transferencia equitativa de riesgos entre uno y otro, así como mejorar el financiamiento de las obras de infraestructura y la promoción en la competencia en las licitaciones.

⁴⁶ Barquín Álvarez, Manuel. “El Marco Normativo de la Infraestructura”. Disponible en línea: Vlex. <<https://www.juridicas.unam.mx>> (Consulta: Abril 13, 2018).

De esta manera, el sector privado, por medio de un contrato celebrado con el Estado, se convierte en proveedor de servicios de la administración pública federal, en lugar de enajenador de activos fijos, esto con la obligación indirecta de construir la infraestructura necesaria para la prestación de tales servicios en los casos que así se requiera.

Para el caso de áreas estratégicas, aun y con la existencia de la prohibición constitucional, esta figura establece esquemas donde el sector privado puede participar de forma indirecta en el desarrollo y explotación de dichas áreas, los cuales se refieren propiamente a la realización de proyectos de infraestructura.



Capítulo III

Las Acciones de Oro

Este instrumento introducido por vez primera por el gobierno de Margaret Thatcher, fue ideado como parte de la serie de medidas de intervención que le Estado creó para mantener el control de los administradores y directores de las sociedades antes públicas.

La justificación de su existencia deriva de la necesidad de proteger el interés público que representan las áreas o servicios dentro de los cuales participaba directamente la empresa estatal, mediante la guarda o mantenimiento del control de ciertos aspectos de las ahora empresas privatizadas, ello por medio del establecimiento de ciertos mecanismos que le permita intervenir en la empresa para el resguardo del bienestar de la sociedad.

Así la acción de oro es una medida que se utiliza por los gobiernos para enajenar empresas de carácter públicas que prestan servicios en áreas estratégicas, pero ello tratando de no perder el control directo de las mismas al momento de someterlas al proceso de privatización.

En ese sentido se podría definir a la acción de oro como una herramienta pública que se encuentra constituida por *“los regímenes nacionales que reservan al ejecutivo determinadas prerrogativas de intervención en la estructura accionarial y en la gestión de empresas privatizadas pertenecientes al ámbito de la economía estratégica”*⁴⁷.

Esta herramienta pública será representada tanto por títulos dotados de prerrogativas especiales o incluso como instrumentos de participación simbólica, respecto de las empresas del sector público que se pretenden privatizar⁴⁸; donde el contenido de estos ha sido o puede ser variado, empero, en todos los casos se busca que el Estado sea quien tenga la última palabra para aquellas decisiones de carácter importante, por lo que principalmente se utilizan regímenes que consideran los siguientes mecanismos societarios⁴⁹:

⁴⁷ Apartado n.º 1 de las conclusiones del Abogado General D. Dámaso RUIZ-JARABO, de 3 de julio de 2001, presentadas en los asuntos C-367/1998 Comisión/Portugal, C-483/1999 Comisión/Francia y C-503/1999 Comisión/Bélgica. Citado por: Salazar Martínez-Conde, Laura. *“La Acción de Oro del Estado en las Empresas Privatizadas”*. En: **Revista de Derecho Bancario y Bursátil**. España, Lex Nova, Enero-Marzo, 2005, Año XXIV, número 97. (pp- 7-60)

⁴⁸ Saboia Bezerra, Helga Maria. *“La golden share como instrumento de control estatal en empresas privatizadas”*. Julio, 2010. Disponible en línea: **Seqüência estudos jurídicos e políticos**. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) Vol. 31, No. 60. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818343.pdf>> (Consulta: Oct. 8, 2024)

⁴⁹ Ídem. (pp. 108)

- Autorizaciones administrativas, previas o posteriores, a fin de que sea posible efectuar cualquier movimiento del capital social, con lo que se espera tener control respecto a la estructura accionaria y de la propia sociedad.
- Autorizaciones administrativas, previas o posteriores, para el efecto de poder tomar ciertas decisiones de gestión de la sociedad, tales como: el cambio en su objeto social; el acuerdo para escindir, fusionar o disolver la Sociedad; para la transmisión de ciertos activos; entre otras.
- Atribuir derechos corporativos especiales o exorbitantes a la administración como accionista o socio, esto siempre y cuando continúe participando dentro del capital de la sociedad, tal como la posibilidad de designar algún miembro del órgano de administración, el otorgar derechos de voto especiales o de calidad, entre otras.

Como se vio, el contenido de las acciones de oro no son mecanismos que pretendan interferir en la gestión diaria de la empresa, por lo que técnicamente hablando son poderes que anidan en el Consejo, no en el *Board of Directors*.

Lo anterior son las características comunes que durante décadas han mostrado estos instrumentos financieros, ya que estos pueden adquirir formas jurídicas variadas según el desarrollo y las características de los mercados financieros de cada país, pero siempre bajo la misma premisa u objetivo: guardar el control de las empresas después de privatizarlas.

A. Las Acciones de Oro, su aplicación dentro de la Unión Europea⁵⁰.

Durante los últimos años ochenta y primeros de los noventa, y ante la existencia de monopolios y cuasimonopolios, existió una creciente popularidad de esta figura dentro de los países que conforman la Unión Europea, los Gobiernos consideraron como la mejor fórmula que les permitiese tener ventajas de carácter económico y financieros, sin perder el control de las empresas que continuarían ejerciendo actividades vitales para las economías nacionales, la inclusión de Acciones de Oro con las cuales se continuaría con el control de las empresas privatizadas.

⁵⁰ Hernández López, Manuel. "Las Acciones de Oro y la Comisión Europea". Ago. 2006. Disponible en línea: **Revista ICE, Revista de Economía**. Vol. 1, No. 831. <<https://revistasice.com/index.php/ICE/article/view/962>> (Consulta: Abril 13, 2018).

Empero, desde la perspectiva del marco jurídico que regula las relaciones e interacciones entre los estados miembros, dicha figura jurídica amenazaba el crecimiento y el desarrollo de los negocios transfronterizos, al impactar el derecho a la libertad de movimientos de capital, lo que implicaba una incompatibilidad con la filosofía del mercado único que rige a la Unión Europea.

Ante dicha situación, la Comisión Europea, como responsable y guardián del cumplimiento de los acuerdos entre los Estados miembros, emitió una Comunicación en 1997, dentro de la cual dejaría sentada su postura respecto a la incompatibilidad de esta figura frente al marco jurídico que aseguraba la libertad de capitales dentro de la Unión Europea. Dicha postura se basaría jurídicamente en cuatro principios:

El primer principio refiere a la textual prohibición que establece el propio Tratado respecto a establecer mecanismos que impidan el correcto ejercicio de la libertad de movimientos de capital, siendo que de conformidad con este pilar base del Mercado Único, toda persona física o moral residente en los países de la Unión tiene plena libertad para mover y colocar su capital.

El segundo principio es que, no obstante la libertad de Mercado, existen ciertas excepciones enumeradas en el Tratado (artículos 45, 46 y 58) en los cuales es posible restringir ese derecho por el Estado emisor de dichas acciones, tales como: excepciones por temas de “...seguridad y defensa, salud y orden públicos, así como a las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público”⁵¹; así como ciertas medidas establecidas por el Estado emisor, que sean justificables a la luz del interés público, especialmente aquellas encaminadas a la erosión de la base impositiva de otros Estados miembros.

El tercer principio refiera a la facultad que los Estados miembros tienen para decidir sobre la propiedad de los bienes y las actividades de su Estado, es decir, será de exclusiva decisión de cada Estado, el privatizar o nacionalizar ciertos bienes o actividades; no obstante, cualquier decisión que se tome se debe de realizar siempre en estricto apego y observancia a lo determinado dentro del Tratado.

⁵¹ Hernández López, Manuel. *Ídem*. (p.162)

Finalmente, el cuarto principio, responde a esa libertad al establecimiento, implicando la prohibición respecto a afectar “...*el acceso a la constitución y la plena gestión de empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (derecho al «tratamiento nacional»)*”⁵².

A partir de ese momento y con la definición de dichos principios, se inició el debate respecto a la convivencia de las Acciones de Oro y la libertad de movimientos de capital que rige dentro de la Unión Europea, llegando el debate hasta el órgano que establece inequívocamente el Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien define el criterio que debe prevalecer y el mismo debe de ser acatado por cualquier parte sin existencia de un recurso ulterior.

1. El derecho a la libertad de movimientos de capital.

El enfoque de análisis que efectuó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea partía respecto a la intención del inversor, puesto que la intromisión de la Acción de Oro a la libertad del inversionista englobaba dos situaciones:

1. El enfoque desde la perspectiva del inversionista que desea una participación de control y efectivo ejercicio de sus derechos; y
2. El enfoque para los inversionistas minoritarios, interesados mayormente en la rentabilidad financiera de su participación.

La libertad de movimientos de capital implica una plena libertad de inversión, siendo que corresponde a aquella posibilidad de participar efectivamente dentro de la gestión y control de la empresa (inversión directa), así como a una plena libertad de establecimiento (inversión de cartera), de pagos y de compraventa.

En ese sentido, esta libertad, implica la posibilidad que toda persona pueda mover y colocar su capital “...*como quieran, donde quieran, y en cuanto y como quieran*”⁵³.

⁵² Loc. Cit.

⁵³ Loc. Cit.

2. Restricciones al derecho de libertad de movimientos de capital decretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Antes de establecer el criterio del Tribunal, es menester recordar que el mismo no emite dogmas ni teorías generales abstractas, sino que se pronuncia sobre casos específicos y concretos, en ese sentido, el Tribunal no ha decretado que la figura Acciones de Oro, de forma general, sea incompatible con la normativa de la Comunidad Europea, empero, la postura que el Tribunal ha adoptado en relación a los diversos casos analizados, deriva en una conceptualización clara respecto a los parámetros que deben de ser respetados para efectos de que esta figura coexista con el Tratado de la Unión Europea; así, las consideraciones del Tribunal afirman:

- a) Son inadmisibles, como contradictorias al Derecho comunitario, las restricciones a las inversiones directo intracomunitarias, es decir, en razón de la nacionalidad del inversor, ello por ser discriminatorias, salvo que la excepción a la prohibición de invertir este reconocida dentro del Tratado; y
- b) Sólo serán justificables las restricciones discriminatorias si atienden al interés general y orden público, sin embargo, para evitar el mal uso de la ambigüedad que dichos conceptos presentan, el Tribunal estipula concretamente las condiciones siguientes:

- “- Que no sean discriminatorias (por ende, «los nú-cleos duros» no están permitidos);*
- Que estén justificadas por las exigencias imperativas del interés general;*
- Que se basen en un conjunto de criterios objetivos, estables en el tiempo y dados a conocer públicamente;*
- Que respeten el principio de proporcionalidad; y*
- Que se adecúen al objetivo que persiguen.⁵⁴”*

Con base en dichas consideraciones y en los principios establecidos por la Comisión, así como avalando la mayoría de los casos (salvo el caso de la compañía belga Distrigaz), el Tribunal ha resuelto los diversos asuntos que se han dado por países miembros respecto al tema de privatización de empresas de propiedad pública mediante el uso de Acciones de Oro;

⁵⁴Ídem. (pp 164)

por lo que es posible reconocer que la determinación conceptual sobre la presente figura jurídica ha sido definida.



Capítulo IV

La Acciones de Oro, su implementación en el régimen jurídico mexicano

Como se expuso, las Acciones de Oro son herramientas que se han utilizado internacionalmente para dotar de derechos, facultades y prerrogativas especiales a los Estados dentro de empresas que alguna vez fuesen públicas, mediante la creación de títulos especiales, logrando el acceso al sector privado a participar en sectores estratégicos, pero sin que el Estado pierda el control decisorio de la dirección de la empresa.

Ahora bien, anteriormente se expuso que el Estado, como ente emanado de la propia voluntad de los individuos coligados, con el fin de alcanzar su plena naturaleza y perfección, es dotado de diversas prerrogativas, dentro de ellas la conducción de la economía nacional a la luz, claro está, de los derechos humanos de los individuos, tales como el propio derecho a la libertad de empresa.

Para efectos de lo anterior, el Estado cuenta con diversas órganos y organismos mediante los cuales realiza esa conducción económica y con los cuales interviene en el mercado, respecto a ellos, en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tenemos aquellos que pertenecen al régimen paraestatal, que propiamente son: Organismos descentralizados; Empresas de participación estatal mayoritaria; instituciones nacionales de crédito; organizaciones auxiliares nacionales de crédito; instituciones nacionales de seguros y de fianzas; y los Fideicomisos. De este cumulo de organismos, las Empresas de participación estatal, permiten la injerencia del sector privado, mediante la creación de Sociedades de carácter mercantil, pero siempre y cuando cumpla con alguno o varios de los requisitos siguientes:

“A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno⁵⁵”

⁵⁵ Fracción II del Artículo 46 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Lo anterior se trae a colación dado que, de los requisitos transcritos, podemos concluir que de forma orgánica es posible implementar la figura jurídica de Acciones de Oro al sistema jurídico mexicano vigente, mediante el uso de la figura jurídica empresas de participación estatal mayoritaria, al contemplar la normativa de este órgano estadual la posibilidad de que el Estado cuente con prerrogativas especiales respecto a la toma de decisiones y dirección de estos órganos estaduales, como lo es por contenido la Acción de Oro; en suma, la estructura organizacional de estos entes igualmente contempla la intervención concurrente de los sectores públicos y privados, lo cual se puede dar desde parámetros de carácter societario, implicando ello que se pueda generar la privatización de actividades inherentes al sector estratégico, pero de la mano de la vigilancia, protección y resguardo de los intereses generales, así como del propio sector, lo que justifica el uso de la figura propuesta a implementar.

A. Propuesta de implementación.

Primeramente, es menester señalar que la propuesta de implementación de la Acción de Oro sería considerando y armonizando la naturaleza de la figura respecto a los casos de su uso en la Unión Europea, ello con el fin de aprovechar los análisis jurídicos existentes y lograr que la propuesta figure, en la medida de lo que sea aplicable, desde una perspectiva de respeto a la libertad de movimiento de capital.

Ahora bien, como base para la implementación se consideran dos de las hipótesis que establece la fracción II del numeral 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal: la del inciso B, que refiere a la existencia de una serie especial que sólo puede suscribir el Gobierno Federal, donde la suscripción se podría realizar mediante las Secretarías de Estado, Empresas Productivas (en su momento por las Empresas Públicas) y por los organismos descentralizados; y la del inciso C, que establece las prerrogativas especiales para el Estado de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno, designar al presidente o director general, o el otorgamiento de facultades para vetar acuerdos del propio órgano de gobierno. En ese sentido, la Acción de Oro tendrá como fundamento de su creación el arábigo 46 de la citada Ley, de forma similar sus prerrogativas especiales se fundarán en

este mismo artículo y en la Ley del Mercado de Valores (D.O. Dic. 30, 2005/Enero 24, 2024), según se precisa adelante.

El vehículo que proponemos que sea utilizado será de carácter societario, específicamente se propone que el uso de la acción de oro sea mediante la constitución de Sociedades Promotoras de Inversión (SAPI), lo que no solo nos permitirá implementar las prerrogativas establecidas por el numeral 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sino que lograremos beneficiarnos de la flexibilidad que supone este tipo de sociedades respecto a las propias inversiones, dígame integración del capital social, lo que deviene de la propia permisibilidad de implementar series de acciones especiales que se ajusten a las necesidades de los capitales de inversión, esto sin la rigidez que la Ley General de Sociedades Mercantiles establece para los derechos inherentes a todo título accionario, v. gr., la posibilidad de crear series limitadas o excluyentes de obtención de dividendos.

Para efectos de la armonía con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el régimen normativo actual de la SAPI nos permite crear ese vehículo versátil que requeriremos para la implementación de la acción de oro, al posibilitarse, de conformidad con el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores y con la fracción VII del artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la implementación de las reglas restrictivas y prerrogativas especiales de forma que es posible estipular aspectos que: restrinjan la transmisión de propiedad o derechos, respecto de las acciones de una misma serie o clase; reglas para ejercer el derecho de retiro; creen series de acciones sin derecho a voto o con votos exclusivos, así como con derechos económicos preferentes; amplíen o limiten el derecho de preferencia; entre otros aspectos.

En ese sentido, el régimen jurídico de la SAPI nos permite crear esa herramienta exclusiva del Estado mediante la cual éste cuente con prerrogativas especiales respecto la elección de miembros de los órganos de la sociedad, para vetar acuerdos de gobierno e incluso restringir la transmisión de titularidad de acciones, denotando que, mediante los numerales 13 de la Ley del Mercado de Valores y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se nos posibilita crear estipulaciones que no sólo permearan a la acción de oro, sino a las demás series de acciones que se estipularían para este tipo de sociedades, logrando crear un sistema específico integral para las empresas que desarrollen las actividades

estratégicas, el cual estará articulado por diversidad de reglas y facultades, es decir, se tendrá la posibilidad de ir más allá de la normativa societaria, creando un sistema normativo particular para las empresas dentro de las cuales se utilice la acción de oro.

Relacionado con lo anterior, otra particularidad que nos es posible establecer mediante el uso de una SAPI, esto específicamente en términos del inciso c) de la fracción III del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, será la de crear títulos accionarios sin derecho a voto, pero con derechos económicos especiales, pudiendo con ello limitar e incluso establecer una preferencia en el pago de utilidades respecto a ciertas clases de acciones, lo que nos permitirá sumar, al sistema regulatorio de estas sociedades, incentivos para aquellas personas que solo busquen un beneficio financiero, sin intención de tener injerencia en los menesteres societarios.

En esa línea de pensamiento, se opta por la SAPI al buscarse que las empresas que participen en sectores estratégicos siempre sean administradas por órganos pluripersonales y se tenga un mayor control de vigilancia, aspectos estos últimos que consideramos redundaran en beneficio del propio interés general, mismo que, en términos constitucionales, resguarda el aprovechamiento de los sectores estratégicos. Por lo anterior, aquellas sociedades donde se utilice la acción de oro, de conformidad con el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores optará por la administración y vigilancia de una Sociedad Anónima Bursátil.

En el caso de la administración, el Director General será elegido por asamblea extraordinaria, en la intención de que este puesto sea ejercido por una persona del sector privado, pero requeriría el aval del Estado, en los términos que se establece más adelante; en el caso del consejo de administración, su integración se realizará respetando el derecho del tenedor de la Acción de Oro respecto a la designación del miembro o miembros que eviten paridad de acuerdos dentro de las asambleas de este organismo; la designación de estos miembros deberá efectuarse en los términos que establece el artículo 9 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, por lo que las designaciones deberán ser de personas pertenecientes a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de las personas integrantes de las dependencias y entidades que tenga relación con el objeto de esta entidad.

En el caso del órgano de vigilancia, igualmente como se precisa adelante, los comités deberán contar con al menos un miembro propuesto por el Estado, con el objetivo de vigilar

la congruencia de la dirección de la sociedad con respecto a los fines sociales y públicos para los cuales sea creada.

Es oportuno recordar que, en términos del artículo 25 Constitucional y la fracción I del artículo 14 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales sólo las Empresas Productivas (en su momento las Empresas Públicas) y los organismos descentralizados pueden realizar actividades inherentes a las áreas estratégicas, por lo cual la propuesta sería que estos organismos fueran los tenedores de la acción de oro de forma que el ejercicio de los derechos de este título se den por el funcionario que al efecto designen estos organismos Estaduales, ello en términos de su propia normativa.

En relación con la integración del capital social, se propone que esta SAPI cuente con los siguientes cuatro tipos de acciones:

1. Acción de Oro

Será aquel título suscrito exclusivamente por los organismos descentralizados o Empresas Productivas (o en su momento Empresa Pública) del Estado; las facultades que impliquen la titularidad de la acción de Oro serán ejercidas por el servidor público que para el efecto designen el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría Coordinadora de Sector y en el caso de las Empresas Productivas el Consejo de Administración.

Estos títulos tendrán la naturaleza de bien público, siendo inembargables e imprescriptibles, pudiendo representar el 1% del Capital Social Fijo o incluso no tener valor monetario alguno. Dado que su finalidad no será lucrativa, serán títulos con derechos patrimoniales especiales, implicando ello que las utilidades correspondientes a esta acción serán aportadas a un fideicomiso que se creará por el tenedor de la acción de oro, para posteriormente donar esos fondos a los trabajadores de la empresa, ello dentro del mismo plazo en que corresponde cumplir con la obligación de pago relativa al derecho al reparto de utilidades. En cuanto a los derechos corporativos, esta herramienta mantendrá las prerrogativas especiales siguientes:

- Facultad de designar miembros del Órgano de Administración, el cual tendrá una doble dualidad, en el caso de la designación del Director General, esta facultad

solo implicará que la designación del integrante del cargo sea avalado por el Ejecutivo Federal, ello mediante el representante del órgano titular de la acción de oro; donde el aval se deberá ejercer dentro de la asamblea de designación, limitando el veto a un uso de 2 ocasiones por nombramiento en la idea de evitar afectar las actividades de la sociedad.

Por su parte, respecto al Consejo de Administración, la facultad implicaría que el Estado tendría una especie de voto de calidad dentro de este órgano, ello al tener el derecho de designar al miembro o miembros que se requieren para asegurar que no existan votaciones de empate, de forma que se garantice que en toda sesión se logren acuerdos. En ese caso la designación de estos miembros se realizará a través de la Coordinadora de Sector, esto en términos del artículo 34 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

Estas facultades se crean con base al inciso b) del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores y al inciso c) de la fracción II del numeral 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

- Facultad de designar miembros del Órgano de Vigilancia, en este caso se otorga la facultad para el Estado de siempre designar uno de los miembros de los comités que se creen, de forma que siempre tenga injerencia y conozca de los temas vistos en estos comités, ello no implicará que solo pueda designarse uno, sino que solo se asegura la participación del Estado en este órgano, pudiendo elegirse más miembros de éste dentro de los comités; los miembros pertenecerían, según sea aplicable, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de la Función Pública o a la dependencia que corresponda según el agrupamiento por sectores que exista. Ello acorde a lo señalado por el inciso b) del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores y del inciso C de la fracción II del numeral 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Derecho de veto, el cual otorgará la facultad de vetar decisiones de la asamblea general de accionistas, se excluye en este caso las decisiones del Consejo de Administración, siendo que ya se tendrá injerencia directa en las decisiones de

éste mediante el uso de la prerrogativa arriba referida. Prerrogativa estipulada en términos del inciso d) del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores y del inciso c) de la fracción II del numeral 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Este derecho estará encaminado a proteger el interés general y el interés del Estado, donde su ejercicio deberá estar fundamentado en las consideraciones por las cuales el acuerdo tomado en asamblea compromete estos intereses, estableciéndose un plazo de 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente al ejercicio del veto en la asamblea, para la emisión del informe respectivo, con el fin de que la asamblea conozcan los razonamientos y con ello pueda emitir un nuevo acuerdo, ajustado a los intereses generales y nacionales.

La prerrogativa podrá ser ejercida en cualquier tipo de asamblea, siempre y cuando se dé la situación de riesgo para los intereses a proteger, toda vez que el contenido de la acción de oro será el velar por los intereses del país, evitando que se tomen decisiones corporativas que generen afectaciones al país, tanto de forma general como de forma sectorial; por ello el veto estará acotado a cuestiones de: cambios estructurales de la sociedad, fusiones y escisiones; protección de la seguridad y defensa nacional, lo que podría implicar vetar acuerdos económicos o financieros que pudieran generar inestabilidad en el sector o incluso dentro del territorio del país, sean en una parte de éste o en todo el territorio; ejercicio del poder público, encaminada al aseguramiento de la accesibilidad y continuidad del servicio prestado o el bien enajenado.

Finalmente, para aquellos casos donde se considere que el acuerdo no pone en riesgo al sector estratégico o al interés general, se propone que el acto de ejercer el veto pueda ser impugnado ante el Poder Judicial de la Federación, lo cual se deberá realizar por acuerdo mayoritario de los accionistas pertenecientes al sector privado, respecto de las Series A y B, esto después de haber recibido el informe donde se expongan las razones del veto, con lo cual se buscaría evitar el ejercicio de este derecho de forma desproporcional e injustificadamente por el Estado.

- Facultad de limitar compra de acciones, finalmente la acción de oro tendrá la facultad de impedir que se generen núcleos duros institucionales respecto a la Serie A de acciones, tales como fondos de inversión o firmas de capitales privados, dado que mediante esta serie de acciones se buscaría que los tenedores fueran personas que sí se involucren en la dirección y operación de las sociedades. Facultad que se estipula en términos de la fracción I del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores.

2. Acciones Serie A

Estas acciones podrán ser suscritas tanto por la iniciativa privada como por el propio Estado, conformarán el 99% del Capital fijo; su transmisión o enajenación estará supeditada al cumplimiento de plazos de 3 años, contados a partir del día siguiente del pago íntegro de las mismas, donde el titular de esta serie deberá ser avalado por el Director General y el Consejo de Administración; gozarán de los derechos y prerrogativas siguientes:

a. Patrimoniales:

1. Derecho a utilidades.
2. Participación en la cuota final de liquidación.
3. Transmisión de la calidad de accionista, de conformidad con la fracción I del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, este derecho estará limitado a su ejercicio una vez transcurrido el plazo de 3 años y previo acuerdo del Director General y el Consejo de Administración.

b. Corporativos:

1. Derecho de voto, respecto a cualquiera de los asuntos de la sociedad.
2. Derecho de preferencia respecto a adquirir las demás acciones de cualquier Serie.
3. Derecho de retiro, el cual no podrá ser limitado de forma alguna, donde en caso de no haber ejercicio del derecho de preferencia de otro accionista o que el nuevo titular no sea avalado, será obligación de la sociedad el recomprar el título o títulos del accionista que se desea

retirar, acorde con la fracción II y el inciso d) de la fracción III ambos del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores.

4. Derecho a participar en los órganos internos.

3. Acciones Serie B

De esta serie únicamente podrá ser tenedor el sector privado, las representarán el 50% del Capital Social Variable, no tendrá limitación temporal de tenencia y gozarán de los derechos y prerrogativas siguientes:

a. Patrimoniales:

1. Derecho a utilidades.
2. Participación en la cuota final de liquidación.
3. Transmisión de la calidad de accionista, sin limitación ni requisito alguno.

b. Corporativos:

1. Derecho de voto, limitado en cuanto a los asuntos ordinarios de la sociedad, de conformidad con el inciso d) de la fracción III del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores.
2. Derecho de preferencia respecto a adquirir las demás acciones de esta misma Serie, de conformidad con de la fracción V del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores.
3. Derecho de retiro.
4. Derecho a participar en: el Consejo de Administración, no, así como director general, ello de conformidad de conformidad con el inciso a) de la fracción III del artículo 13; y dentro de los comités de vigilancia.

4. Acciones Serie C

Este tipo de acciones, también serán suscritas exclusivamente por el sector privado, las mismas representarán el otro 50% del Capital Social Variable, las cuales, de conformidad a lo estipulado dentro del número 1 del inciso c) de la fracción VII del artículo 91 de la Ley

General de Sociedades Mercantiles y de los incisos a) y c) de la fracción III del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, gozarán únicamente de derechos patrimoniales, teniendo preferencia para el pago de utilidades y participando en la cuota final de liquidación; su transmisión o enajenación se dará libremente y sin requisito alguno; asimismo, el derecho de preferencia estará limitado a su misma serie, ello con base en la fracción V del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores.

Tomando como base lo anterior, la iniciativa privada podrá participar: (1) mediante un esquema meramente de inversión, al adquirir acciones que únicamente confieren derechos patrimoniales, sin derechos de voto, pero preferencia en las utilidades; (2) mediante un esquema híbrido, es decir, tanto con aspecto inversionista como con derechos para participar activamente en la sociedad, pero sin tener toda la posibilidad de injerencia; y (3) un esquema de completa injerencia, con titularidad de todos los derechos posibles dentro de la sociedad, el cual será el esquema para aquellas personas que busquen un verdadero interés respecto a la dirección y operación de la sociedad donde la participación será mediante acciones de la parte fija del capital.

Por su parte, en relación con las asambleas de la sociedad vehículo de la acción de oro, se deberá considerar como asuntos a tratar, en adición a los contemplados por la Ley de Sociedades Mercantiles, los enlistados dentro del artículo 53 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, esto considerando la naturaleza de cada asamblea, por ejemplo, dentro de la asamblea ordinaria se podrán analizar los asuntos referidos dentro de las fracciones I y II; relativa la primera a definir políticas y planes relativos a temas de producción, productividad, comercialización, finanzas, investigación, desarrollo tecnológico y administración general; y la segunda fracción a temas de aprobación de presupuesto.

Finalmente, es oportuno rememorar que la implementación de las prerrogativas y derechos especiales que mantendrá la acción de oro, se pensó en términos de equilibrio respecto a las limitaciones a la libertad de circulación de capitales e incluso con el derecho al establecimiento, lo que consideramos se logra al reducirse los impactos a moderados o incluso nulos, donde en el caso del impacto más significativo, se optó por establecer ciertos procesos y derechos que lograrán aligerar el mismo; consideraciones que detallamos a continuación:

En el caso de la prerrogativa para designar miembros del Órgano de Administración, el impacto se considera moderado, dado que la elección del Director si bien se puede vetar, esto estará limitado, impidiendo se bloqué indefinidamente el nombramiento; y, en el caso del Consejo, la facultad otorgada, más allá de limitar, permitirá que no se dé una parálisis en las decisiones, donde no existe propiamente una restricción a las votaciones de los miembros, sino un aseguramiento de la continuidad de las actividades de dicho órgano.

Por lo que respecta a la facultad de designar miembros del Órgano de Vigilancia, el impacto es mínimo, al estarse únicamente asegurando que el Estado tenga acceso a las asambleas de los Comités y conozca los temas en ellas tratadas, pero no implicará veto alguno, ni votos de calidad por parte de éste.

Por cuanto al derecho de veto, aunque su impacto es alto, al condicionarse el uso de éste a decisiones que pongan en riesgo el interés general o a aspectos estratégicos de la propia sociedad, así como al establecerse un mecanismo de justificación que puede ser impugnado, creemos que se justificaría el impacto, lo que no implica la reducción en el nivel de afectación a los derechos de los integrantes de la sociedad, sino que se intenta rectificar esa afectación en la medida de la protección al interés general o la existencia y continuidad de la propia sociedad.

Por último, la facultad de limitar la compra de acciones, más allá de la limitación, creemos que ello incentivará la participación de personas realmente activas e interesadas en la dirección y operación de la sociedad; donde se pretende reducir el impacto de moderado a casi nulo, respecto a la afectación a la libertad de circulación de capitales que se genera con esa facultad limitante a la flexibilidad de compraventa de estas acciones, mediante la implementación de las otras dos series.

En esta tesitura, con base en las consideraciones expuestas, los términos en que se pensó la propuesta de implementación fue desde el intento a equilibrar los derechos y libertades que cohabitarán en la sociedad con respecto a las prerrogativas inherentes a la acción de oro, tratando que las razones o la forma en que se dan estas afectaciones fueran proporcionales, tanto en relación con los derechos y libertades como con los intereses generales y nacionales propios de las actividades relativas a los sectores estratégicos o prioritarios.

Capítulo V

Conclusiones

Como se logró leer durante el desarrollo del trabajo, el ser humano, en su constante búsqueda para su perfección, y ante el reconocimiento de la generalización de sus similares respecto a la búsqueda de este fin, optaron por encauzar sus intereses e ideologías mediante la creación de un ser superior que, por medio de la regularización y protección del propio ser humano, les permitiera alcanzar esa perfección.

Dicho ente superior que fuere dotado de prerrogativas y facultades no tendría un poder absoluto, sino que el mismo debe respetar y garantizar los derechos naturales del ser humano, mismos que son los medios universales con los que todo individuo cuenta para alcanzar la perfección buscada, bajo ese contexto se crea el Estado.

En esa tesitura, el cúmulo de individuos encauzan su voluntad para crear un ente artificial que pueda regular el actuar de la sociedad con base en los parámetros de los derechos humanos, mismos que abarcan ámbitos civiles, sociales, culturales, políticos y/o económicos.

Dentro de dichas facultades y prerrogativas que le son otorgadas, existe la encomienda de conducir la economía y las finanzas del país, para lo cual se crea el denominado Plan de Desarrollo mismo dentro del cual se establecen los medios y formas con los cuales se logrará ese objetivo, tal es el caso de la exclusividad o preferencia para el desarrollo de ciertas actividades y la opción de crear entidades o realizar ciertos actos dentro de los cuales pueda participar el sector privado, mediante el apoyo en el desarrollo de esas actividades; así el Estado tiene la facultad de hacer uso de herramientas que le permitan centralizar o descentralizar sus facultades y prerrogativas, sin perder el absoluto control de esas facultades.

Por su parte, pudimos leer que la figura que da pie al presente trabajo, la Acción de Oro, ha sido un medio utilizado por diversos países europeos a fin de permitir el acceso al sector privado a sectores que en principio únicamente tenía injerencia el Estado, lo anterior estableciendo diversas prohibiciones o limitantes a esa inversión privada, los cuales le permitiesen mantener el control final del desarrollo de dicha actividad antes pública.

Ahora bien, considerando que el Estado debe ejercer sus facultades a la luz de los derechos del ser humano, dentro de ellos la libertad de empresa, y tomando en cuenta la posibilidad que tiene el Estado de ayudarse de la inversión privada mediante el uso de ciertas herramientas, se concatena dichas herramientas con la naturaleza de la Acción de Oro, logrando concluir en la posibilidad de implementar esa figura dentro de nuestro orden jurídico, mediante el uso de la herramienta estadual denominada “Empresas de Participación Estatal Mayoritaria”, es decir, de los diversos organismos y órganos que actualmente existen en el sistema jurídico mexicano, logramos determinar que mediante el régimen jurídico paraestatal es posible implementar la Acción de Oro.

Siendo oportuno precisar que, en relación con el análisis a las diversas herramientas que el Estado utiliza para intervenir económicamente en el país, con el fin de verificar la existencia de algún impacto a la centralización o descentralización de las facultades estatales, se analizó la propuesta de reforma enviada por el Ejecutivo Federal el pasado febrero del 2024, mediante la cual se estará creando la Empresa Pública, la cual, una vez efectuado el estudio correspondiente logramos concluir que el impacto, respecto a la posibilidad de implementar las Acciones de Oro, no irá más allá que la sustitución de lo que ahora son las denominadas Empresas Productivas del Estado, aspecto que no es menor, siendo que esto presenta un cambio relevante para los sectores energéticos, en cuanto a su regulación y convivencia con el sector privado, sin embargo estos aspectos se alejan del objetivo del presente trabajo; sin embargo, el análisis nos permitió validar que las modificaciones propuestas no impactan la actual estructura del régimen paraestatal del estado, el cual, aun con la reforma, se mantendrá vigente en los términos actuales.

Por tanto, retomando la conclusiva de la implementación, las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria son el vehículo que permitirían crear una sociedad que se rija por las normas societarias y mediante ello la posibilidad de utilizar la acción de oro, siendo posible su implementación dentro del orden jurídico mexicano, donde igualmente concluimos que el mejor organismo corporativo a utilizar sería una Sociedad Anónima Promotora de Inversión dado que la misma nos dará la flexibilidad requerida respecto a los derechos accionarios que se buscan, así como la posibilidad de sujetarse al régimen administrativo y de vigilancia de una Sociedad Anónima Bursátil, lo que apoyaría en el control y vigilancia de la dirección y operaciones de la empresa donde exista esta figura, de

forma que se logre proteger y garantizar el respeto a los intereses generales y nacionales; denotando a su vez que la implementación propuesta se genera en función de la protección a la libertad de movimientos de capital y con ello impedir la afectación a la libertad de empresa, es decir, respetar el derecho “...a iniciar o mantener en libertad una actividad económica o empresarial...”⁵⁶, lo que implícitamente consiste en respetar las condiciones establecidas por la normativa, “para acceder y permanecer en el mercado, ejerciendo libremente la actividad económica bajo una organización propia”⁵⁷; lo cual, consideramos se logra mediante los diversos esquemas que se plantean para la injerencia del sector privado, pudiéndose elegir aquel que se considere más adecuado a sus objetivos, sean estos meramente de inversión o de real injerencia en el objeto que tenga la sociedad dentro de la cual desee participar.



⁵⁶ Salazar Martínez-Conde, Laura. “La Acción de Oro del Estado en las Empresas Privatizadas”. En: **Revista de Derecho Bancario y Bursátil**. España, Lex Nova, Enero-Marzo, 2005, Año XXIV, número 97. (pp. 7-60)

⁵⁷ Loc. Cit.

BIBLIOGRAFÍA

A DOCTRINA.

Ángeles Hernández, Marisol y Bolívar Meza, M- Laura. “*Análisis de la iniciativa de reformas a las industrias estratégicas del Estado: antecedentes y alcances*”. En: López Ayllón, Sergio y otros (Coords.). **Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)**. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024. Disponible en línea: UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7483/40.pdf>

Arteaga Echeverría, Ignacio. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 29, No. 3, 2002. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650242> > (Consulta: Sep. 29, 2024).

Barquín Álvarez, Manuel. “**El Marco Normativo de la Infraestructura**”. Disponible en línea: Vlex. <<https://www.juridicas.unam.mx>> (Consulta: Abril 13, 2018).

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Pidiregas un Estudio General**. Disponible en línea: Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, México.

Congreso de los Diputados. **Constitución española: Sinopsis artículo 38**. Disponible en línea: Congreso de los Diputados, España <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos COMENTADA, (1998)”. Tomo I. UNAM-Porrúa. Décimo segunda edición. México, DF.

Díez Parra, Ignacio. “*La libertad de empresa, una perspectiva de Derecho Comparado. México*”. Mayo, 2024. Disponible en línea: **Servicio de Estudios del Parlamento Europeo**. Biblioteca de Derecho Comparado. Bruselas. (p. 62) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762318/EPRS_STU\(2024\)762318_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762318/EPRS_STU(2024)762318_ES.pdf)> (Consulta: Oct. 5, 2024).

Dirección General de Apoyo Parlamentario **Análisis Técnico Preliminar**. Disponible en línea: Cámara de Diputados, México

<https://sitl.diputados.gob.mx/LXV_leg/cuadros_comparativos/2PO3/0014-2PO3-24.pdf>
(Consulta: Oct. 1, 2024)

Echaiz Moreno, Daniel. “La libertad de empresa en la jurisprudencia del tribunal constitucional del Perú”. 2010. Disponible en línea: **Derecho & Empresa. Bases para la moderna concepción del Derecho Empresarial.** <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/libertad-jurisprudencia-constitucional-437650118>>

Fernández Ruiz, Jorge. “Cap. VI: La Empresa en Mano Pública. No. 4”. En: **El Estado empresario.** México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982. Disponible en línea: UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1027/1.pdf> > (Consulta: sep. 27, 2024)

Hernández López, Manuel. “**Las Acciones de Oro y la Comisión Europea**”. Disponible en línea: Revista Sice <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_831_157-164__14B049BFC14088E75D270F356D1697E9.pdf > (Consulta: Abril 13, 2018).

Hernández Oliva, Rocío Citlalli. “*Primera Parte. Capítulo III: El papel del Estado y del Sector Público en México:1940-1982*”. En: **Globalización y Privatización: El Sector Público en México, 1982 – 1999.** Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2001. (p. 53)

Instituto Mexicano de Estrategia. “**Entidades Paraestatal**”. Disponible en línea: Vlex. <https://app.vlex.com/#MX.profesional/search/jurisdiction:MX+basicSearchAll:1+content_type:4/areas+prioritarias+y+estrategicas/MX.profesional/vid/698733029> (Consulta: Abril 13, 2018).

Madrazo, Jorge. **Enciclopedia Jurídica Mexicana. (T. III).** México, Porrúa, 2002.

Miranda Olivo, M.” **Las Empresas Productivas del Estado, Análisis de su Régimen Jurídico y Comparativo con las Sociedades Anónimas.** *Amicus Curiae. Revista Electrónica De La Facultad De Derecho*, 1(3). <<https://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/49629>> (Consulta: septiembre 27, 2024)

Núñez Kaufmann, Francisco. “**Consideraciones en torno al Sector Paraestatal**”. **Disponible en línea:** Vlex. <https://app.vlex.com/#MX.profesional/search/jurisdiction:MX+basicSearchAll:1+content_type:4/entidades+paraestatales/p3/MX.profesional/vid/43099511> (Consulta: Abril 13, 2018).

Osornio Corres, Francisco Javier. “*Significado Constitucional de la Rectoría Estatal del Desarrollo*”. En: **Serie B. Estudios comparativos - Instituto de Investigaciones Jurídicas**. México, UNAM, 1990 Núm. 24. (pp. 823-840). **Disponible en línea:** Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3343/19.pdf>> (Consulta: septiembre 29, 2024)

Romero Gudiño, Alejandro. “¿Qué son y cómo funcionan las Empresas Productivas del Estado?”. Enero-junio, 2015. Disponible en línea: **Buen Gobierno**. Fundación Mexicana de Estudios Políticos y Administrativos A.C. No. 18, enero-junio, 2015, <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=569660539002>> (Consulta: septiembre 27, 2024)

Overman, E. Sam. “*La Privatización China, México y Rusia: un estudio comparativo*”. Enero-Julio, 1998. Disponible en línea: **Gestión y Política Pública**. Vol. VIII, No. 1, 1998. <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.VII_No.I_1ersem/OE_Vol.7_No.I_1sem.pdf> (Consulta: Marzo 5, 2016)

Páez Rodríguez, Montserrat y Trejo Hernández, Irene Emilia. “CONTRATO DE OBRA PÚBLICA: Su problemática normativa”. Julio-Agosto 2013. Disponible en línea: **Revista AMICUS CURIAE**. Vol. 2. No. 4, 2013. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YsiII6_Sum4J:www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/download/49004/44067+&cd=21&hl=es&ct=clnk&gl=mx> (Consulta: Abril 13, 2018).

Russo Palmaz, Cintia Nelly. “**El Estado Empresario y sus Motivaciones**”. **Disponible en línea:** Economía UNAM; Simposio: Globalización y empresas en América Latina. <http://www.economia.unam.mx/cladhe/listado_ponencias.php?iSimposio=18&NomSimposio=Globalizaci%C3%B3n%20y%20empresas%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina> (Consulta: marzo 7, 2016)

Saboia Bezerra, Helga Maria. “*La golden share como instrumento de control estatal en empresas privatizadas*”. Julio, 2010. Disponible en línea: **Sequência estudos jurídicos e políticos**. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) Vol. 31, No. 60. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818343.pdf>> (Consulta: Oct. 8, 2024)

Sacristán Roy, Emilio. “*Las Privatizaciones en México*”. 2006. Disponible en línea: **Economía UNAM**, Vol. 3, No. 9, 2006. <<http://www.ejournal.unam.mx/ecu/ecunam9/ecunam0904.pdf>> (Consulta: Marzo 5, 2016)

Salazar Martínez-Conde, Laura. “*La Acción de Oro del Estado en las Empresas Privatizadas*”. En: **Revista de Derecho Bancario y Bursátil**. España, Lex Nova, Enero-Marzo, 2005, Año XXIV, número 97.

Senado de la República. **DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES; DE ENERGÍA; Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, A LA MINUTA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN EL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 25, LOS PÁRRAFOS SEXTO Y SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 27 Y EL PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE ÁREAS Y EMPRESAS ESTRATÉGICAS**. <https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/66/1/2024-10-16-1/assets/documentos/Dictamen_%C3%81reas_y_Empresas_Estrat%C3%A9gicas.pdf> (Consulta: Oct. 23, 2024)

Tépach Marcial, Reyes. “**La rectoría económica del Estado y la planeación del desarrollo nacional**”. Disponible en línea: Estudio Diputados. <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/se/SIA-DEC-ICS-07-05.pdf>> (Consulta: Abril 13, 2018).

Vargas, Alfredo. “*Proceso de Privatización en la Subregión: México, Centroamérica y el Caribe*”. Disponible en línea: **Gestión y Política Pública**. s/f. <<http://gestionyestrategia.azc.uam.mx/index.php/articulos?format=raw&task=download&fid=326>> (Consulta: Marzo 5, 2016)

B. LEGISLACIÓN.

Ley Federal de Entidades Paraestatales (D.O. Mayo 14, 1986/Mayo. 8, 2023).

Ley General de Sociedades Mercantiles (D.O. Ago. 3, 1994/Octubre 10, 2023)

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (D.O. Dic. 29, 1976/Enero 4, 2024)

Ley de Asociaciones Público Privadas (D.O. Enero 16, 2012/Junio 15, 2018).

Ley de Obras Públicas Federal y Servicios Relacionados con las Mismas (D.O. Enero 4, 2000/Mayo 20, 2021)

Ley de Planeación (D.O. Enero 5, 1983/Feb. 16, 2018)

Ley del Mercado de Valores (D.O. Dic. 30, 2005/Enero 24, 2024)

C. JURISPRUDENCIA.

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. NOCIÓN Y ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN. Tesis aislada. Incidente de suspensión (revisión). Tribunal Colegiado de Circuito. Clave I.4o.A.73 A (SJF: 10ª Libro 1, Dic., 2013, p. 1109). Disponible en línea: SCJN < <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005171.pdf>> Registro 2005171. (Consulta: Abril. 13, 2018)