

# EL TESTIGO SOCIAL EN LA REFORMA ENERGÉTICA

Mtro. Roberto Zavala Chavero.

Febrero 2015.

*“La clave de un buen gobierno se basa en la honestidad”. **Thomas Jefferson.***

## **El Testigo Social en la Reforma Energética**

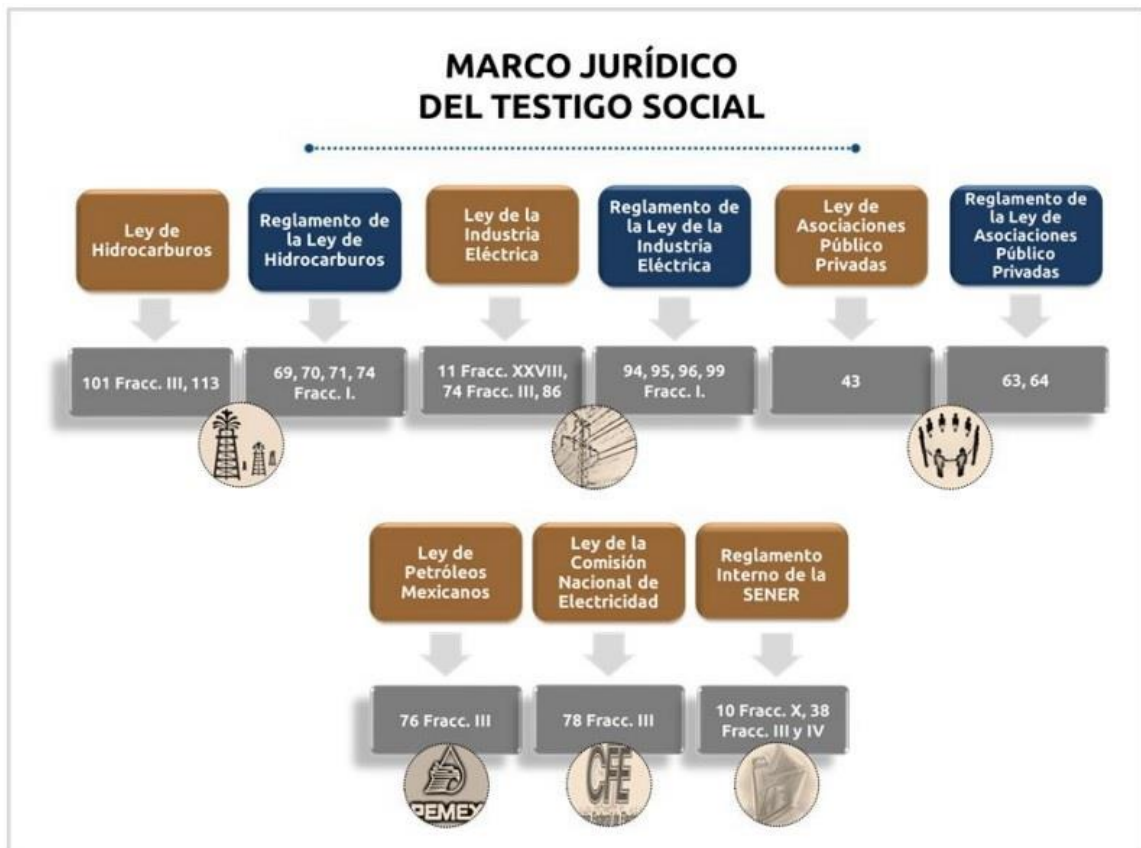
***Mtro. Roberto Zavala Chavero<sup>1</sup>***

Actualmente el Testigo Social ha sido constantemente denotado en los medios de comunicación, a consecuencia principalmente de la reforma energética, incorporándose la figura en el contenido de la Ley de Hidrocarburos y su reglamento; la Ley de la Industria Eléctrica y su reglamento; la Ley de la Comisión Federal de Electricidad y la Ley de Petróleos Mexicanos; así como en el Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, y el Reglamento Interior de la Secretaría de Energía. Las leyes mencionadas han sido identificadas como leyes secundarias de la aludida reforma y fueron publicadas en el D.O.F. el lunes 11 de agosto de 2014; por su parte las disposiciones reglamentarias fueron publicadas en el D.O.F. el viernes 31 de octubre de 2014, completando con ello el principal marco legal del nuevo modelo energético mexicano.

---

<sup>1</sup> *Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, ganador de la medalla al mérito universitario “Gabino Barreda”. Especialista en docencia por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Administración de la Construcción por el Instituto Tecnológico de la Construcción, A.C. Maestro en Gerencia de Proyectos por el Instituto Tecnológico de la Construcción. Fundador de Grupo de Asesores Legales y Técnicos de la Construcción, S.A. de C.V.*





Al Testigo Social conceptualmente se le define como: *“Las personas físicas que pertenezcan o no a organizaciones no gubernamentales, así como las propias organizaciones no gubernamentales que cuenten con el registro correspondiente ante la Secretaría, que a solicitud de las dependencias y entidades, de mutuo propio, o a solicitud de la propia Secretaría podrán participar con derecho a voz en las contrataciones que lleven a cabo las dependencias y entidades, emitiendo al término de su participación un testimonio público sobre el desarrollo de las mismas<sup>2</sup>.”*

<sup>2</sup> Acuerdo por el que se establecen los lineamientos que regulan la participación de los Testigos Sociales en las contrataciones que realicen las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, publicados en el D.O.F. el 16 de diciembre de 2004.



## El Testigo social en Hidrocarburos e Industria Eléctrica.

La Ley de Hidrocarburos y la Ley de la Industria Eléctrica contemplan su intervención en los procesos de negociación para la realización de las actividades de Explotación y Extracción de Hidrocarburos, y las actividades de la industria eléctrica, dejando a la Secretaría de Energía –**SENER**- la potestad para prevenir su participación.

Los reglamentos de las leyes citadas prevén que los Testigos Sociales deberán ser personas físicas o personas morales, incluidas asociaciones o sociedades civiles sin interés alguno en su beneficio o de sus familiares *-por afinidad o consanguinidad hasta el 4º grado-*; ni de empresas o sociedades en que ellos o sus familiares sean o hayan sido empleados, consejeros, socios o accionistas en el último año.

Establecen que su intervención tendrá lugar en tres supuestos:

- i). Cuando alguna de las partes lo solicite expresamente a la **SENER**;
- ii). Cuando el estudio de impacto social concluya que existen condiciones de riesgo y vulnerabilidad en el área donde se desarrollará el proyecto.
- iii). Las demás que se determine en los lineamientos que emita para tal efecto la **SENER**. *–Artículo 69 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos y Artículo 94 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica -.*



El Testigo Social en Procesos de Negociación	
Ley de Hidrocarburos	Ley de la Industria Eléctrica
Intervenirán en la negociación para la realización de las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos	Intervenirán en la negociación para la realización de las actividades de la Industria Eléctrica
Incluye la contraprestación, los términos y las condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios,	Incluye la contraprestación, los términos y las condiciones para la adquisición, uso, goce, servidumbre, ocupación o afectación superficial de los inmuebles, predios, terrenos, bienes o derechos necesarios
Se emplearán, según sea el caso, las figuras de: <input type="checkbox"/> arrendamiento, <input type="checkbox"/> servidumbre voluntaria, <input type="checkbox"/> ocupación superficial, <input type="checkbox"/> ocupación temporal, <input type="checkbox"/> compraventa, <input type="checkbox"/> permuta y <input type="checkbox"/> cualquier otra que no contravenga la ley	Pudiendo emplear las figuras de: <input type="checkbox"/> arrendamiento, <input type="checkbox"/> servidumbre voluntaria, <input type="checkbox"/> ocupación superficial, <input type="checkbox"/> ocupación temporal, <input type="checkbox"/> compraventa, <input type="checkbox"/> permuta y <input type="checkbox"/> cualquier otra que no contravenga la ley
Tales negociaciones se efectuarán entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los Asignatarios o Contratistas. En su caso, el ejido, los ejidatarios, comunidades o comuneros podrán solicitar la asesoría y, en su caso, representación de la Procuraduría Agraria.	Las negociaciones se efectuarán entre el propietario, titular del derecho o miembros de la comunidad o localidad a las que pertenezcan, y los interesados. En su caso, el ejido, los ejidatarios, comunidades o comuneros podrán solicitar la asesoría y, en su caso, representación de la Procuraduría Agraria.
En el caso de la propiedad privada, aunado a lo anterior, podrá convenirse la adquisición, cuyo valor en ningún caso será inferior al comercial.	Para el caso de adquisiciones, en ningún caso el valor será inferior al comercial.

Las funciones del Testigo Social serán:

- i. Observar que los procesos de negociación en los que participen se lleven a cabo conforme a las disposiciones jurídicas aplicables;
- ii. Informar trimestralmente a la **SENER** y a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano **-SEDATU-** sobre el desarrollo del proceso de negociación en los que participen y de ser el caso, notificar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes sobre las posibles violaciones a los derechos de las partes, con el fin de que se documente las irregularidades de la negociación, y
- iii. Las demás que se establezcan en los lineamientos.

Será la **SENER**, quien en coordinación con las autoridades competentes en la materia, emitirá los lineamientos que regularán los casos y las condiciones de participación y los mecanismos para la designación de los Testigos Sociales



en los procesos de negociación entre los Asignatarios o Contratistas y los propietarios o titulares del terreno, bien o derecho de que se trate, hablando de la Exploración y Extracción de Hidrocarburos; por cuanto hace a la Industria Eléctrica, los procesos de negociación se darán entre los interesados en prestar el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica, y en la construcción de plantas de generación de energía eléctrica en aquellos casos en que se requiera de una ubicación específica y los propietarios o titulares del terreno, bien o derecho de que se trate.

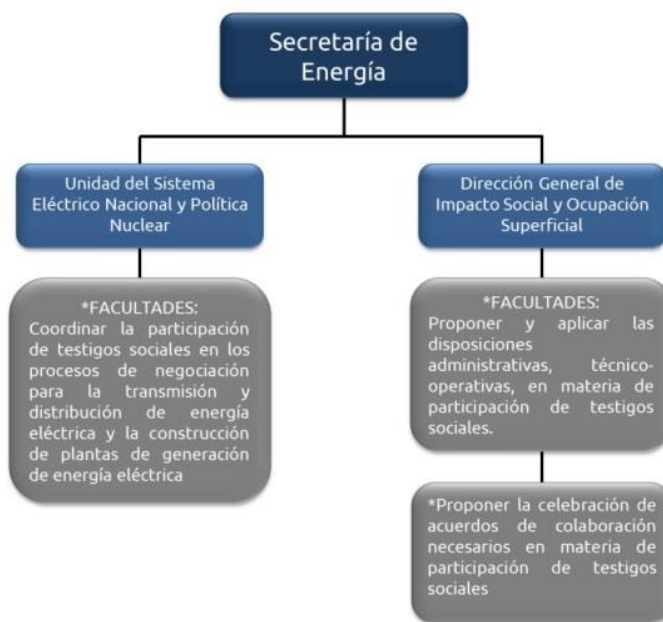
Para la participación de los Testigos Sociales se habrá de observar lo que al efecto señala la Ley de Hidrocarburos, -particularmente en su artículo 10-; y la Ley de la Industria Eléctrica -principalmente el artículo 74-, sus respectivos reglamentos y los lineamientos que para tal efecto emita la **SENER** en cada rubro, sin que estos lineamientos, a la presente fecha se conozcan, con la consecuente incertidumbre jurídica que se genera en la actuación de los citados representantes, los cuales ya en sí, tienen una trascendencia social de gran importancia, aumentada si se trata de comunidades indígenas; es en razón de lo expuesto que considero que aquellos testigos sociales que intervengan en tales casos, deberán sensibilizarse a las necesidades presentes en la comunidad, buscando con su actuar, que toda afectación que se realice sea en estricto apego a derecho, siendo obligatorio conocer el marco jurídico internacional aplicable, esto es, los tratados internacionales que México ha suscrito, con carácter general y los específicos, citando en primer término el CONVENIO 169 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991, y en segundo lugar al CONVENIO CONSTITUTIVO DEL FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de



1993<sup>3</sup>.

Así, se vislumbra que las determinaciones que se tomen serán de grandes consecuencias, más aún si se contempla la situación actual que se vive en el país, de desconfianza del poder público que se ejerce y de las cuestionables directrices que siguen las autoridades en la implementación de sus determinaciones para el cumplimiento de las funciones.

La **SENER** en su Reglamento Interior ha designado a dos áreas para ejercer atribuciones respecto a la participación y actuar de los Testigos Sociales, siendo una la Unidad del Sistema Eléctrico Nacional y Política Nuclear, a quien corresponde coordinar la participación de Testigos Sociales en los procesos de negociación para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para la transmisión y distribución de energía eléctrica y la construcción de plantas de generación de energía eléctrica - *Artículo 10, Frac. X-*; y a la Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial, quien tendrá facultades para proponer y aplicar las disposiciones administrativas, incluyendo disposiciones técnico-operativas, en materia de participación de Testigos Sociales; así como proponer la celebración de



<sup>3</sup> Información contenida en la publicación electrónica que forma parte del acervo bajo el resguardo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en la dirección <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>.



acuerdos de colaboración necesarios para su participación - *Artículo 38, Fracc. III y IV-*.

Por otro lado, los honorarios que, en su caso, se causen por la participación de testigos sociales, serán cubiertos por los Asignatarios y Contratistas, conforme a lo que señale el Reglamento, *-Artículo 113 de la Ley de Hidrocarburos-*; o por los interesados *-Artículo 86 de la Ley de la Industria Eléctrica-*, sin embargo, ni el Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, ni el Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, ni en el Reglamento Interior de la **SENER**, que como he citado anteriormente, ha determinado a la Unidad del Sistema Eléctrico Nacional y Política Nuclear y a la Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial, como las áreas que tendrán a su cargo funciones relacionadas con el actuar del Testigo Social, se encuentra prescrita disposición alguna sobre el rubro de los honorarios a cubrirse, existiendo incertidumbre fundada de cómo será resuelto este punto en particular.

### **El Testigo social en Empresas Productivas del Estado.**

La figura del Testigo Social se incorpora también en la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad. Este cambio puntualmente consiste en excluir a las empresas constituidas como empresas productivas del Estado, de la aplicación de las leyes federales de contrataciones públicas, refiriéndome a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. - *Artículo 77 de la Ley Comisión Federal de Electricidad y artículo 75 de la Ley de Petróleos Mexicanos-*.

Los Testigos Sociales podrán participar en Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, y sus empresas productivas subsidiarias, durante los procedimientos de: adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y





ejecución de obras, observando en todo momento los principios establecidos en sus correspondientes legislaciones.

Las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras que requieran Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad y sus empresas productivas subsidiarias se realizarán en términos de lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, con sujeción a los principios que se aprecian en la imagen, asegurando al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias que se consideren pertinentes de acuerdo con la naturaleza de la contratación.



Serán los Consejos de Administración de Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad quienes establecerán los casos en que, atendiendo al impacto o relevancia de las contrataciones, podrán participar Testigos Sociales durante los procedimientos. Enunciando como sus principales actividades las de participar como observadores en las distintas etapas de las contrataciones; emitir un testimonio final con observaciones y recomendaciones, y dar aviso de las irregularidades que detecte a la Auditoría Interna y a la Unidad de Responsabilidades. Queda pendiente conocer cuál es el alcance o las facultades del Testigo Social en su calidad de “Observador”; cuáles son los criterios de impacto o relevancia a los que se sujetará su participación en las referidas empresas productivas del Estado, lo anterior toda vez que en las disposiciones reglamentarias no se hizo mención alguna.



## **El Testigo social en las Asociaciones Público Privadas.**

La Ley de Asociaciones Público Privadas, *–Fracción I del artículo 10, de la Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012-* originalmente contemplaba que este esquema de asociación en ningún caso podría referirse a:

- i. Actividades sustantivas de carácter productivo referidas en los artículos 3o. y 4o. de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.

Habiéndose reformado se limita la prohibición a los casos en los que las disposiciones aplicables señalen que no pueda intervenir el sector privado *–Artículo 10 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014-*.

Es el Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas quien contempla la intervención del Testigo Social en los concursos, que realizarán las dependencias y entidades que pretenden el desarrollo de un proyecto de asociación público- privada, convocando conforme a los principios de legalidad, libre concurrencia y competencia, objetividad e imparcialidad, transparencia y publicidad y, en igualdad de condiciones para todos los participantes.

Aquí el Testigo Social será designado por la Función Pública, conforme a las disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y las normas que de ésta derivan, aclarando que su contratación se realizará mediante adjudicación directa.



La dependencia o entidad convocante deberá solicitar la designación del Testigo Social a la Función Pública, a más tardar veinte días hábiles antes de la fecha prevista para la publicación de la convocatoria, realizando una breve descripción del proyecto; así como de las fechas de convocatoria, entrega de propuestas y demás situaciones relevantes del concurso. *–Artículo 63 del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas–.*

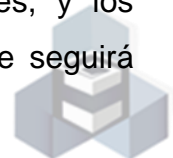
El informe final deberá contener los datos generales del Concurso, la descripción cronológica de los hechos relevantes que hubiere identificado durante el procedimiento, en su caso, las sugerencias que hubiere realizado, y sus conclusiones sobre el apego a las disposiciones jurídicas aplicables.

No obstante lo anterior, el valor que se le concede a este informe es meramente declarativo, sin efecto jurídico alguno sobre el Concurso, y sin implicar liberación de cualquier responsabilidad por alguna eventual irregularidad. *–hipótesis reformada el 31 de octubre de 2014–.*

El ordenamiento en comento estipula que los honorarios del Testigo Social serán cubiertos por la dependencia o entidad federal convocante, quien los fijará por cada caso en función del monto del proyecto del Concurso y de la complejidad de éste, sin embargo, en ningún caso podrán exceder del equivalente de cincuenta mil Unidades de Inversión.

### **Experiencia profesional para ser Testigo social.**

Se ha conceptualizado que los Testigos Sociales deben contar con amplia experiencia y perfil profesional pero aún no se establece cuáles serán los requisitos que deberán cubrir para participar en la negociación entre los propietarios o titulares de los terrenos, bienes o derechos reales, y los Asignatarios, Contratistas o Interesados, o bien qué procedimiento se seguirá



para su selección y designación; consecuentemente resta esperar que en las directrices que al efecto se emitan, se consideren la mayoría de los planteamientos aquí expuestos, pues primordialmente su colaboración es un mecanismo de consulta y vigilancia, que pretende continuar contribuyendo para lograr una mayor transparencia, actuando en beneficio de la sociedad.

