

REFORMA ENERGÉTICA: NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS

Luis HERMOSILLO HERNÁNDEZ¹

José HERMOSILLO MARTÍNEZ²

SUMARIO

I. Introducción. II. Características de los contratos administrativos, mercantiles y civiles. III. Contenido de los contratos petroleros en México. IV. Órgano jurisdiccional competente que resolverá las controversias suscitadas en los contratos. V. Conclusiones. VI. Fuentes de información.

RESUMEN

Es necesario realizar un análisis de los contratos que se aplican en el sector de hidrocarburos, en virtud de la reforma constitucional en materia energética del 2013, que otorga a la Administración Pública Federal, la facultad de licitar y firmar los denominados contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, los cuales pueden ser celebrados con em-

ABSTRACT

It is necessary to carry out an analysis of the contracts that are applied in the hydrocarbon sector, by virtue of the constitutional reform in energy matters of 2013, which gives the federal public administration the power to tender and sign the so-called exploration and extraction contracts. Of hydrocarbons, which can be held with productive state companies

¹ Es Licenciado en Derecho por la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, con Maestría en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, Doctor en Derecho por el Instituto de Estudios Jurídicos de Jalisco. Director General del Despacho Jurídico Herмосillo Hernández & Asociados. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit en las unidades de aprendizaje de Derecho Agrario, Derecho Procesal Agrario y Teoría General del Proceso.

² Es Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, Maestrante en la Maestría de Administración y Gestión Electoral del Instituto Estatal Electoral de Nayarit, actualmente estudiante de la Maestría de Transparencia y Protección de Datos Personales de la Universidad de Guadalajara. Abogado postulante en el Despacho Jurídico Herмосillo Hernández & Asociados. Docente invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit en las unidades de aprendizaje de Derecho Procesal Agrario, Juicio de Amparo, Sistemas Jurídicos Contemporáneos y Derecho Energético.

presas productivas de Estado (sector público) o con el sector privado. Por ello el presente trabajo tiene como objetivo determinar que naturaleza jurídica tienen los contratos de hidrocarburos, para tener la certeza de las características y principios que deben regir en tales actos jurídicos.

PALABRAS CLAVE

Reforma energética. Contratos de exploración y extracción de hidrocarburos. Asignaciones. Empresa productiva del Estado. Administrativo. Principios contractuales.

(public sector) or with the private sector. Therefore, the purpose of this work is to determine the legal nature of hydrocarbon contracts, in order to be certain of the characteristics and principles that should govern such legal acts.

KEY WORDS

Energy reform. Hydrocarbon exploration and extraction contracts. Allocations. Productive State company. Administrative. Contractual principles.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma energética que se llevó a cabo en el 2013, ha transformado por completo nuestro marco legal energético, abriendo con ello posibilidades; el Estado mexicano ha expandido el mercado petrolero al mundo y con ello el inicio del fin del monopolio que venía ejerciendo el entonces organismo paraestatal, Petróleos Mexicanos (PEMEX), añadiendo que ésta pasa a ser una Empresa Productiva del Estado.

En ese sentido, la reforma energética permite a la administración pública celebrar contratos entre empresas públicas como PEMEX y empresas de capital privado, enunciado que de igual manera pueden existir asociaciones entre empresas privadas con la petrolera mexicana pública ya mencionada.

El gobierno de la república que aprobó en el 2013 dicha reforma constitucional, aseguró que ésta traería un futuro prometedor y de desarrollo económico y tecnológico.

Los contratos son el punto más importante de la reforma energética, los cuales requieren (además de una estricta normatividad), una fiscalización inédita en México, es por ello, que se necesita una especial vigilancia en su cumplimiento, sobre todo, de aquéllos celebrados con las empresas privadas, además de combatir corrupción en las empresas públicas.

Cabe destacar que el procedimiento legislativo de la reforma constitucional al sector energético ha sido severamente criticado, no solo por su existencia, (ya

que esta si era necesaria), sino, por su rápida aprobación legislativa, además de la pronta aplicación al sector, lo anterior, tiene consecuencias de tracto sucesivo, ya que no existe actualmente la experiencia petrolera empresarial nacional, ni las herramientas en el país para competir ante empresas consolidadas a nivel mundial que hayan participado en las licitaciones por los pozos y áreas petroleras para su exploración y extracción.

Sin duda alguna, la reforma energética da muchos temas debatibles tanto a favor como en contra, dado que viene a hacer uno de los cambios normativos más importantes en la historia en nuestro país, solo el tiempo dirá si fue la mejor decisión del gobierno de la República. En unos años, pero no muy lejanos empezaremos a ver los resultados del camino que tomará el sector energético.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, MERCANTILES Y CIVILES

Resulta sumamente conveniente determinar la naturaleza jurídica que tendrán los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos (los que llamaremos a lo largo de este trabajo como “contratos petroleros”) y que se aplicarán en el sector energético, para ello, es esencial determinar los principios de las diferentes naturalezas de los contratos, ya que estos tienen fines distintos, no será lo mismo si el Estado le da la naturaleza jurídica de contrato público o contrato privado a los que celebre con el fin de explorar y extraer los hidrocarburos del subsuelo.

Lo más conveniente es que estos contratos fueran administrativos y no mercantiles o civiles, dado que los primeros tienen un fin más acorde al interés público, mientras los segundos tienen una tendencia a ser lucrativos.

Antes de entrar a las características de los contratos cabe primero mencionar que existe una disputa entre los doctrinistas civilistas y administrativos, ya que desde hace mucho se debate sobre la verdadera existencia del contrato administrativo y si este es realmente un contrato debido a características especiales o diferentes con las que cuenta este contrato, sin embargo actualmente las teorías que buscaban desacreditar al contrato administrativo han quedado superadas aunque aún en la actualidad el debate continúa de manera más mesurada.

De igual manera existe otras respetables posturas que considera que los contratos petroleros no son administrativos; el autor Marmolejo Cervantes, en una de sus obras, aborda la rescisión administrativa de los contratos petroleros, para lo cual sostiene que posterior a la rescisión administrativa llevada a cabo por el Poder

Ejecutivo, con fundamento en el Artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos, a uno de los contratantes petroleros, le es aplicable como medio de impugnación y/o defensa por el rescindido, el juicio de nulidad administrativo, el cual naturalmente deberá conocer el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA), sin embargo, también menciona que la rescisión administrativa es errónea en un contrato de este tipo, porque dicho contrato no es administrativo³, sin embargo, la anterior postura es contradictoria, ya que el TFJA para ser competente requeriría que el contrato sí fuese administrativo, ya que de no serlo, sería competencia de otro órgano jurisdiccional, de otra naturaleza jurídica. Los suscritos sostenemos que las controversias que se susciten en los contratos petroleros deben ser competencia del TFJA pero, también sostenemos que los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos son de naturaleza administrativa.

Al contrato administrativo le atribuyen las llamadas “cláusulas exorbitantes”, las cuales (a decir de algunos autores) otorgan un poder de imperio a la Administración Pública lo que pone en total desventaja al contratante. Bajo esa tesitura, un contrato privado puede admitir condiciones, de esas que se les califica de exorbitantes en el terreno del negocio administrativo. Lo que se está afirmando es que tales requisitos no tienen nada de profusas, porque en el contrato privado también se pueden presentar, a voluntad de las partes contratantes⁴.

Por otro lado, las cláusulas exorbitantes no sólo se encuentran en los contratos administrativos, a pesar de que resulta más común verlos en los contratos públicos también llegan a estipularse en los contratos privados, por otro lado, en los contratos administrativos esas cláusulas tienen su razón de ser y deriva en velar por las necesidades públicas, de ahí el motivo de que coloquen al Estado en una posición de superioridad contra la otra parte del contrato, empero, esto no le da la facultad imperativa que erróneamente se dice que tiene, dado que también el Estado tiene limitaciones a su poder, las cuales se encuentran en las mismas leyes.

Esta cláusula ejemplificada en el tema que nos ocupa está en la Ley de Hidrocarburos en su Artículo 20 que a la letra dice: “El Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá rescindir administrativamente los

³ Marmolejo Cervantes, Miguel Ángel, “Resolución sobre la rescisión administrativa en contratos petroleros: ¿Juicio de nulidad? o ¿Amparo indirecto?”, *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, núm. 27, 2020, p. 10.

⁴ Romero Pérez, Jorge Enrique, *Los contratos del Estado*, 2ª. ed., San José, Universidad Estatal a Distancia, 1989, pp. 6-7.

Contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual únicamente cuando se presente alguna de las siguientes causas graves”.

El Artículo deja en evidencia una cláusula exorbitante, además de que el mismo texto normativo establece que será a través de un procedimiento administrativo por el cual se llevará a cabo la rescisión del contrato, siempre y cuando la otra parte incumpla con alguna de las causas graves que el mismo precepto prevé.

Otra característica que hace ver que estos son contratos administrativos es que cuenta con un reajuste de precios al cual, la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, en su Artículo 10, lo llama mecanismo de ajuste, que viene hacer lo mismo, este consiste –como su nombre lo indica– en un ajuste que deberán incluir los contratos para que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) cambie las condiciones económicas de los contratos, así la Nación obtenga mayor ingresos, esto debido a que el precio de los hidrocarburos en el mercado mundial es muy volátil y tiene demasiadas fluctuaciones económicas.

Una característica importante para determinar de qué tipo de contrato se trata, la cual dice que el carácter público de un contrato, lo determina su telos, es decir, su finalidad.

Un contrato será administrativo si tiene determinados fines –distintos a los propios de los contratos de derecho privado–, como pudiera ser la satisfacción de la necesidad de carácter general o del interés público, o el logro de la utilidad pública. Este criterio teleológico registra en la doctrina versiones diversas; entre ellas destacan la de los servicios públicos, la del interés público y la de la utilidad pública⁵.

Aquí es donde radica una de las principales diferencias del contrato público y el contrato privado, como podemos observar las características mencionadas de los contratos administrativos tienen tendencia a darle facultades al Estado de proteccionismo, lo cual es correcto dado que este debe cuidar los intereses de la sociedad, es decir debe buscar prevalecer el interés público.

Contrario al contrato administrativo tenemos a los contratos mercantiles los cuales son regulados por el derecho mercantil, el cual como dice el autor Heck; “es el derecho de los negocios jurídicos del tráfico de masas”⁶.

⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Administrativo*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 148.

⁶ Heck, citado por Ponce Gómez, Francisco, y Ponce Castillo, Rodolfo, *Nociones del Derecho Mercantil*, 8ª. ed., México, Limusa, 2012, p. 25.

Los contratos mercantiles siempre buscan conseguir lucrar y conseguir una contraprestación a cambio. Del mismo modo los contratos civiles buscan conseguir un lucro, pero a diferencia de los mercantiles, estos también tienen contratos gratuitos. Tanto los contratos civiles y mercantiles cuentan con el principio de economicidad.

Sin duda alguna, tanto los contratos mercantiles como los civiles tienen implícito el carácter económico en las relaciones contractuales entre las partes. Cabe señalar que, en los contratos mercantiles, la onerosidad es una característica común, inseparable de su naturaleza jurídica pues convergen los patrimonios de ambas partes⁷.

Una característica más que deja ver que los contratos que se emplearán en el sector energético son administrativos, es que una de las partes es la Administración Pública (la teoría respalda que en la celebración de los contratos administrativos debe fundamentalmente ser parte, un órgano de la administración pública, un contrato celebrado entre particulares nunca va a poder ser administrativo)⁸.

No debemos olvidar que la Administración Pública también puede celebrar contratos de carácter civil, al respecto de este punto el Dr. Fernández Ruiz comenta lo siguiente: "... no implica que todo contrato celebrado por la Administración Pública sea administrativo ya que, en muchos, de los que ella es parte, son contratos de derecho privado..."⁹.

Lo anterior no quiere decir que el Estado tenga una doble personalidad, este sólo tiene una única personalidad que se sujeta a términos de naturaleza distinta.

En todo contrato administrativo, la Administración Pública debe ser parte, pero no todo contrato que ella celebre es de naturaleza administrativa. En estos contratos petroleros debería establecerse estrictamente que el Estado se sujetará como Administración Pública, para que este sea un contrato administrativo, de lo contrario, si se sujetará en términos de un contrato mercantil o civil, estará en igualdad de circunstancias, aplicando el principio de igualdad entre las partes, es decir, en la misma situación, siendo que el Estado no debe estar a la par de un

⁷ Daza Leguizamón, María Camila, *Aplicación de los principios contractuales a los contratos mercantiles*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia-Facultad de Derecho, 2012, p. 13.

⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, 9ª. ed., México, Porrúa, 2012, p. 315.

⁹ Fernández Ruíz, Jorge, *op. cit.* p. 146.

particular y menos en un caso de alta importancia como el sector energético, el Estado perdería las facultades que un contrato administrativo le otorgaría, que serían en beneficio de la sociedad.

El decreto de la reforma energética, ni sus leyes secundarias dicen a qué condiciones se sujetará el Estado, sin embargo, el Artículo 25 de la Constitución, a la letra dice, entres sus diversos párrafos lo siguiente:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable que fortalezca la Soberanía de la Nación...

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad, económica nacional...

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el Artículo 28... así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevara a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos y séptimo del Artículo 27...

En el Artículo constitucional previamente citado queda claro el papel que el Estado desempeñará en las actividades que conlleven al desarrollo nacional y que tengan que ver con la economía nacional, siendo en su naturaleza de administración pública y por la importancia económica que el sector energético representa para el país, entra en estas dos hipótesis. Además, en su cuarto párrafo, el Artículo en mención dice que el sector público tendrá a su cargo aéreas estratégicas, entre ellas la de exploración y extracción de petróleo, lo cual confirma el papel que tomará el Estado como ente público y no privado. Por lo tanto, no puede el Estado sujetarse a obligaciones mercantiles o civiles en lo referente a los hidrocarburos, son los contratos petroleros con una naturaleza administrativa los que debería celebrar.

Sin embargo, la sociedad y el Estado se conforman completándose una con otro, se constituyen con el propósito de crear un orden jurídico que dé a estas dos instituciones la seguridad y permanencia que tienen como objetivo último: la convivencia social, la cual se materializa en el llamado bien común o bien social¹⁰.

Es decir, en relación con el párrafo anterior, el Estado y el particular pueden apoyarse o incluso asociarse, para lograr conseguir el bien común; en el caso de los hidrocarburos, parte fundamental de la reforma constitucional trajo consigo la apertura de la industria petrolera al mercado mundial; este es un hecho histórico en

¹⁰ Martínez Vera, Rogelio, *Fundamentos del Derecho Público*, 2ª. ed., México, McGraw-Hill, 1998, p. 12.

nuestro país, esto dio por terminado el monopolio que tenía el órgano descentralizado PEMEX como el único que podía explorar y extraer el petróleo, además, otro de los cambios de la reforma fue que ahora esta empresa petrolera mexicana junto con la Comisión Federal de Electricidad (CFE), salen de los organismos descentralizados y pasan a ser empresas productivas del Estado, con la apertura del petróleo al mercado se abre la posibilidad para la participación de empresas de capital privado en la exploración y extracción del petróleo.

La reforma al sector energético permite ahora que el Estado pueda celebrar contratos petroleros, lo anterior y pilar fundamental de la reforma energética quedó establecido en el Artículo 27 constitucional que dice:

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, en el subsuelo, propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones... la Nación llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares.

Ahora, el Estado puede celebrar asignaciones o contratos con PEMEX o contratos con empresas de capital privado, ya sea contratar sólo con ellas, o estas asociadas con PEMEX.

El contrato administrativo viene a reforzar esfuerzos y recursos, aunque es cierto que cada parte tiene sus intereses, estos no deben sobreponerse sobre el interés social, y es el Estado encargado de que dichos esfuerzos sean bien encaminados para lograr los fines para los que se estableció el contrato y lo que le dio la razón de ser.

A través de los contratos administrativos el Estado puede llevar a cabo la realización de sus finalidades con la participación de los particulares y si en el sector energético se les da el enfoque administrativo a los contratos petroleros, que es la naturaleza jurídica que deben tener, el Estado llevará y mantendrá la verdadera rectoría del desarrollo nacional y la conducción de la economía nacional, ideales consagrados en nuestra constitución en el Artículo 25 ya citado con anterioridad.

Las asignaciones serán del todo administrativas, ahí no cabrían dudas, sin embargo, en los contratos a celebrar tanto con PEMEX, PEMEX y asociados particulares o sólo con particulares, está la encrucijada, pero como se ha venido demostrando y aunque la ley no lo diga expresamente, todo indica que estos actos jurídicos

son contratos administrativos, porque además de ser lo correcto y más conveniente para el país, todas las características con las que cuentan los contratos petroleros que el Estado Mexicano podrá celebrar, son de un contrato administrativo, por lo que no debería dársele ninguna otra naturaleza jurídica a los contratos petroleros.

III. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS PETROLEROS EN MÉXICO

Los contratos que trajo consigo la reforma energética, de manera acertada en el decreto constitucional, así como en sus leyes reglamentarias, imponen una serie de requisitos, formalidades y cláusulas con los que estos deben contar.

Se distinguen dos tipos de cláusulas; las obligatorias y las exorbitantes. Las primeras son aquellas que una ley especial impone como necesarias en los contratos que celebran las entidades públicas, y como exorbitantes aquellas que consagran para la Administración un privilegio extraño al derecho privado, o mejor, la teoría según la cual las partes han de concurrir al contrato en igualdad de condiciones¹¹.

Lo anterior es del todo cierto, en un contrato administrativo la ley debe exigir que en estos se establezcan determinadas cláusulas, que como ya vimos en párrafos anteriores, es para dar esa posición de superioridad jurídica al Estado ante la otra parte con la que celebra el contrato, esto para que el Estado cuente con facultades especiales para conducir el fin del contrato siempre en beneficio de la sociedad.

Primeramente, el decreto constitucional de fecha 18 de diciembre del 2013, en su transitorio noveno establece:

Las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, serán otorgados a través de mecanismos que garanticen la máxima transparencia, por lo que se preverá que las bases y reglas de los procedimientos que se instauren al efecto, serán debidamente difundidas y públicamente consultables.

Asimismo, la ley preverá y regulará:

- a) Que los contratos cuenten con cláusulas de transparencia, que posibiliten que cualquier interesado los pueda consultar;
- b) Un sistema de auditorías externas para supervisar la efectiva recuperación, en su caso, de los costos incurridos y demás contabilidad involucrada en la operación de los contratos; y

¹¹ Mendoza Torres, Arnaldo, *Los contratos de la Administración Pública*, Barranquilla, Uninorte, 2004, p. 181.

- c) La divulgación de las contraprestaciones, contribuciones y pagos previstos en los contratos.

Como se puede observar en el transitorio del decreto citado, se establece que los contratos que la Administración Pública celebre en el sector energético deberán contar con la mayor transparencia posible, se observa un gran espíritu por evitar la corrupción y esto es algo que se debe de reconocer al Ejecutivo Federal y a nuestros legisladores, por intentar establecer en estos contratos la mayor transparencia posible.

Serán muy interesantes las auditorías externas, las cuales deberían ser hechas por auditores, no sólo del ámbito nacional, sino también por expertos en el tema a nivel mundial, esto debería dar una mayor aclaración de las ganancias obtenidas y de la división de las ganancias, así como evitar el desvío de recursos.

Sin embargo, la Ley de Hidrocarburos, en su Artículo 30, donde se norman las facultades de la SHCP, respecto a los contratos para la exploración y extracción, su fracción III a la letra dice:

Participar en la administración y auditorías contables relativas a los términos fiscales de los Contratos para la Exploración y Extracción en términos de lo dispuesto en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos. Lo anterior podrá realizarse con el apoyo de auditores o inspectores externos, mediante la contratación de los servicios correspondientes.

La parte que importa del análisis de esta fracción es el último renglón, donde precisa que la SHCP podrá apoyarse con auditores externos para llevar a cabo la función de fiscalización y audición contable, es decir, le da la opción a la Administración Pública de no acudir a los auditores externos y que sea una Secretaría de Estado la que solamente lleve las inspecciones y auditorías contables a los contratos, esto sin duda contradice al transitorio noveno del decreto de la reforma que, como ya se explicó líneas atrás, obliga a que dentro de los contratos petroleros se establezca un sistema de auditorías externas, con esto existe una contradicción a la Constitución, ya que los Artículos transitorios son una extensión de la misma Carta Magna.

La opción que otorga la Ley de Hidrocarburos a la Administración va totalmente en contra del espíritu de transparencia consagrado en el mismo decreto, con lo cual el Estado mexicano y los particulares también, hasta cierto punto, podrían mantener en el secreto absoluto el contenido de los contratos petroleros, lo cual claramente no sería bueno para los ciudadanos de un país, en este caso

México, ellos deben conocer qué pasa con los recursos, por lo tanto los contratos petroleros deben ser del todo transparentes.

Los contratos petroleros ya no deben ser un secreto empresarial o del mismo gobierno quien argumenta que, por la seguridad nacional, es que se mantienen en secreto, esto ya no puede seguir así, dado que el contenido contractual de estos afecta la vida de millones de personas.

Sin embargo, tanto algunos gobiernos y empresas han ido reflexionando sobre este punto, a tal grado de transparentar todos los procedimientos que tengan que ver no sólo con la cuestión petrolera, sino con toda la industria de los recursos naturales.

El gobierno y la empresa, que han sido testigos de la emergente idea de que estos contratos son de tal interés para la sociedad en general, que trascienden las consideraciones normales de confidencialidad en los negocios y, por ende, deberían ser públicos. Unos cuantos gobiernos y compañías han publicado sus contratos. Desde finales de 2012, instituciones académicas como la Universidad de Dundee, en Gran Bretaña, y ONG's como Revenue Watch Institute, están empezando a recolectar los contratos que son de dominio público en bases de datos capaces de ser encontradas en internet¹².

Esto sin duda es un gran paso para la humanidad, así de importante es este asunto, tanto que involucra a todo el mundo y sus millones de habitantes, que se ven afectados o favorecidos por decisiones como estas.

El interés de la sociedad de saber el contenido real de los contratos petroleros es sin duda un derecho que, ponderado con el secreto empresarial o la seguridad nacional, está muy por encima, los ciudadanos tienen derecho a saber qué pasa con los recursos naturales de su país.

Cabe mencionar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Artículo 1o. señala:

Fracción I.- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación... asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural.

Fracción II.- ... todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional.

¹² OpenOil UG, *Contratos petroleros. Cómo leerlos y entenderlos*, Cordaid, 2013, p. 7.

En este Pacto, los pueblos tienen el derecho al desarrollo económico y, para ello, pueden disponer de los recursos naturales de su país siempre y cuando no vayan en contra de obligaciones de carácter económico internacionales, ahora cabe hacer la siguiente reflexión, si los ciudadanos pueden disponer de los recursos naturales cuando más podrán, además de que es su derecho, saber qué pasa con los recursos de su nación, es decir, si pueden lo más que es disponer de los recursos naturales, pueden lo menos, que es saber lo qué pasa con estos.

La anterior reflexión nos lleva a que los ciudadanos están en todo su derecho de saber a qué negociaciones y cómo es que estas se asentaron en un contrato entre su gobierno y una o varias empresas, ya que serán los recursos naturales de su entorno los que se verán afectados.

El tema de la transparencia en los contratos es naturalmente la siguiente etapa en el movimiento de transparencia. Las iniciativas que empezaron alrededor del "Resource Curse", en los años 90, a encabezar la creación en 2002 de la Iniciativa Extractiva, han tenido éxito en abrir la conversación al público. Ahora, tanto los gobiernos como las compañías son conscientes de la importancia de la apertura y la ética empresarial¹³.

La transparencia de los contratos petroleros es sumamente importante a nivel mundial, son intereses económicos muy grandes los que están detrás de este tipo de negociaciones y acompañando a esos intereses la corrupción está presente, es por eso que los ideales de transparencia del decreto deberán prevalecer sobre las leyes que lo contradigan, además de que al ser este un decreto constitucional y al ser contradictoria la norma, se estará en una inconstitucionalidad de la misma norma secundaria.

Dejando de lado el decreto constitucional, ahora pasamos a las cláusulas que deberán contar los contratos de hidrocarburos, las cuales están establecidas en la Ley de Hidrocarburos en su Artículo 19, las cuales son las siguientes.

- I. La definición del Área Contractual;
- II. Los planes de Exploración y de desarrollo para la Extracción, incluyendo el plazo para su presentación;
- III. El programa mínimo de trabajo y de inversión, en su caso;

¹³ Idem.

- IV. Las obligaciones del Contratista, incluyendo los términos económicos y fiscales;
- V. La vigencia, así como las condiciones para su prórroga;
- VI. La adquisición de garantías y seguros;
- VII. La existencia de un sistema de auditorías externas para supervisar la efectiva, recuperación, en su caso, los costos incurridos y demás contabilidad involucrada en la operación del contrato;
- VIII. Las causales de terminación del contrato, incluyendo la terminación anticipada y la rescisión administrativa;
- IX. Las obligaciones de transparencia que posibiliten el acceso a la información derivada de los contratos, incluyendo la divulgación de las contraprestaciones, contribuciones y pagos que se prevean en el propio contrato;
- X. El porcentaje mínimo de contenido nacional;
- XI. Las condiciones y los mecanismos para la reducción o devolución del área contractual;
- XII. La solución de controversias, incluyendo los medios alternativos de solución de conflictos;
- XIII. Las penas aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales;
- XIV. La responsabilidad del contratista y el operador conforme a las mejores prácticas internacionales. En caso de accidente, no se limitará la responsabilidad del contratista u operador si se comprueba dolo o culpa por parte de éstos; y
- XV. La observancia de mejores prácticas internacionales para la operación en el área contractual.

Estas anteriores fracciones establecen que, de manera obligatoria, deben estipularse en los contratos de hidrocarburos las cláusulas citadas en el Artículo en mención. Cabe decir que en la fracción VII, se establece nuevamente que los contratos deberán contener un sistema de auditoría externa, coincidiendo con lo establecido en el decreto constitucional de fecha 18 de diciembre del 2013, en su transitorio noveno, y contradiciendo la facultad que tiene la SHCP respecto la opción de solicitar los servicios de auditores externos o de no hacerlo, facultad establecida en el Artículo 30 de la Ley de Hidrocarburos.

Otra cláusula que se debe establecer de manera muy importante es que los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación; en la Ley de Hidrocarburos en su Artículo 11 se prevé: “... Los Contratos para la Exploración y Extracción establecerán invariablemente que los Hidrocarburos en el Subsuelo son propiedad de la Nación”.

Tan importante es esto que, además de prevenirse en una ley secundaria, la misma Constitución lo previene en su Artículo 27: “... los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos”.

Este precepto constitucional determina la propiedad originaria de la Nación, por la cual debe entenderse al Estado mexicano como el sujeto titular de la propiedad originaria del territorio nacional.

En consecuencia, la propiedad originaria es el espacio físico en que ejerce el dominio el Estado mexicano quien, como persona jurídica, actúa y somete a sus decisiones todo lo que se encuentre dentro de aquel, en virtud de que el territorio es parte del Estado mismo, le es inherente y como tal, en él se desenvuelve su potestad soberana y su población, que son elementos del Estado¹⁴.

Así como nuestra Constitución prevé el derecho a la propiedad, lo mismo se hizo en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la cual contempla el derecho a la propiedad de los Estados, en los Artículos que se mencionan a continuación:

Artículo 1o.- Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo...;

Artículo 2o.- Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas.

Que al Estado se le reconozca el derecho a la propiedad sobre sus recursos naturales es algo sumamente importante, ya que es a través de este que se respeta su soberanía nacional y la potestad que puede desempeñar sobre todo su territorio.

Como ya vimos, en el Artículo 27 constitucional se establece que, en materia de hidrocarburos y energía eléctrica (pese a ser inalienables e imprescriptibles) es

¹⁴ Olivos Campos, José René, *Los derechos humanos y sus garantías*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2011, p. 132.

posible concesionar y contratar con particulares formas de exploración y explotación, siempre que en las asignaciones y contratos se mencione que dichos bienes pertenecen a la Nación, mientras están en el subsuelo, sin decir nada respecto al momento en que se extraen y se vuelven mercancías, por tanto, pertenecen a los particulares¹⁵.

Como podemos observar, el marco regulatorio del sector energético prevé diversas cláusulas que deben establecerse de manera obligatoria en los contratos petroleros, esa característica es propia de un contrato administrativo, esto es el llamado criterio formal, que consiste que los contratos administrativos cumplen requisitos especiales de las normas, en este caso, la inserción obligatoria de diversas cláusulas. Sin embargo, tanto el Dr. Fernández Ruiz¹⁶, como Luis Humberto Delgadillo¹⁷, concuerdan que este criterio no distingue a un contrato administrativo de otros, ya que esos mismos procedimientos especiales pueden ser manejados en el procedimiento para llevar a cabo la celebración de un contrato privado. Además de que no todos los contratos se realizan bajo estos procedimientos, ya que pueden ser de manera directa y, con esto, el criterio queda superado, sin embargo, sí es propio de los contratos administrativos contar con cláusulas obligatorias como las exorbitantes o las de reajuste de precio, las cuales son obligatorias para los contratos petroleros.

IV. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE QUE RESOLVERÁ LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN LOS CONTRATOS

Si una cosa es cierta con relación a los contratos petroleros es que, en algún momento, las dos partes contratantes entrarán en desacuerdo. Este puede derivarse de si las partes hicieron lo que dijeron que harían, del modo en que prometieron hacerlo y en el lapso que acordaron¹⁸.

Un contrato petrolero siempre tendrá una sección que establezca las normas que se aplicarán o que regirán al mismo contrato y como deberán resolverse las controversias.

¹⁵ Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Introducción al Derecho Económico*, 10ª. ed., México, Hess, 2014, p. 92.

¹⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 94, p. 147.

¹⁷ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2000, p. 312.

¹⁸ OpenOil UG, *Contratos Petroleros. Cómo leerlos y entenderlos*, *op. cit.*, p. 163.

Estas normas pueden encontrarse en la sección de “Resolución de disputas”, “Arbitraje” o cualquier otra similar.

Existen diversos mecanismos para resolver las disputas contractuales, incluyendo:

- Las partes consiguen acuerdos sobre la resolución por sí mismos;
- Se hace uso de un proceso de mediación formal;
- Se pide la intervención de un experto para que determine el asunto en disputa; o
- Existe una adjudicación legal de la disputa o el arbitraje.

Algunas veces un contrato puede incluir todos los procesos anteriores, ordenados jerárquicamente, comenzando por la obligación de las partes para tratar de alcanzar un acuerdo por ellas mismas y terminando con la presentación del proceso legal de adjudicación correspondiente¹⁹. Ejemplo:

EXTRACTO DEL ARTÍCULO 37 DEL MODELO DE CONTRATO DE
SERVICIOS TÉCNICOS DE IRAK:

- «Las partes deberán comprometerse a resolver amigablemente cualquier disputa (la “disputa”) que surja de o en conexión con o en relación con este contrato, o con cualquier cláusula o acuerdo derivado del mismo».
- «Cuando dicho arreglo no sea alcanzado en un plazo de treinta (30) días desde la fecha en que una de las partes en disputa notifica a la otra, el asunto puede, cuando resulta pertinente, ser remitido por las partes a su directivo superior para su resolución».
- «Cuando dicho arreglo no sea alcanzado dentro de un plazo de treinta (30) días desde la remisión al directivo superior, cualquier de las partes en disputa puede remitir el asunto a un experto independiente pertinente o remitirlo a arbitraje como se estipula a continuación, después de que hayan pasado sesenta (60) días de haber dado aviso a la otra parte».
- «Si surgiera cualquier disputa entre las partes con respecto a asuntos técnicos, dicha disputa puede, a elección de cada parte, ser remitida para determinación a un experto independiente (“experto”)».
- «Todas las disputas surgidas de o en conexión con este contrato, distintas a aquellas que hayan sido finalmente arregladas al remitirlas al directivo superior o a un experto, deberán ser finalmente dirimidas, bajo las normas

¹⁹ *Ibidem*, p. 166.

de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, por tres árbitros elegidos de acuerdo a las normas mencionadas».

Así como se muestra en este ejemplo, las partes intentarían en la mayoría de los casos, resolver las disputas primero por ellos mismos, pero de ser esto imposible, se deberá recurrir al resto de mecanismos de resolución de disputas.

Cabe mencionar que en materia petrolera el arbitraje es el proceso más usado para resolver desacuerdos que no han podido ser resueltos.

En México, el legislador llevó la idea del arbitraje a consagrarla en el Artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos, el cual dice:

Tratándose de controversias referidas a los contratos de exploración y extracción... se podrán prever mecanismos alternativos para su solución, incluyendo acuerdos arbitrales en términos de los dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y los tratados internacionales en materia de arbitraje y solución de controversias de los que México sea parte.

La Comisión Nacional de Hidrocarburos y los Contratistas no se someterán, en ningún caso, a leyes extranjeras. El procedimiento arbitral indefectiblemente se ajustará a lo siguiente:

- I. Las leyes aplicables serán las leyes federales mexicanas;
- II. Se realizará en idioma español; y
- III. El laudo será dictado en estricto derecho y será obligatorio y firme para ambas partes.

Para el caso concreto solo enunciaremos el fundamento legal, por el cual diversos órganos jurisdiccionales serían competentes para conocer las controversias contractuales petroleras, tomando en cuenta que el Artículo 95 de la Ley de Hidrocarburos establece que la materia petrolera es de jurisdicción federal:

- Arbitraje comercial. Sería un juzgado mercantil federal del Poder Judicial de la Federación con fundamento en el Artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos y el Artículo 1426 del Código de Comercio.
- Jurisdicción civil. Con fundamento en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Artículo 53, que dice que los jueces de distrito civiles federales conocerán de los juicios que afecten bienes de propiedad nacional, siendo el petróleo un bien nacional.

- Jurisdicción mercantil. Su fundamento sería la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en su Artículo 53 Bis, su fracción VI que establece que los jueces de distrito mercantiles federales conocerán del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales y el Artículo 104, fracción V constitucional.
- Jurisdicción administrativa. Los juzgados de distrito en materia administrativa tendrían como fundamento el Artículo 52 de la Ley del Poder Judicial de la Federación, sin embargo, no son competentes expresamente para conocer de controversias contractuales como sí lo es el TFJA, el cual con fundamento en el Artículo 3o., en especial la fracción VIII de su Ley Orgánica, sí es competente para controversias contractuales administrativas, empero, en este último caso, se requeriría de una interpretación o reforma a la norma en consideración a lo contenido en el Artículo 23 de la Ley de Hidrocarburos.

Como ya se mencionó en repetidas ocasiones, el contrato de exploración y extracción de hidrocarburos es de naturaleza administrativa, por ello debe ser un órgano jurisdiccional administrativo el que tenga competencia para dirimir las controversias que se susciten en estos contratos, para lo cual la institución ideal es el TFJA, en virtud que su Ley Orgánica ya le da competencia sobre otros contratos administrativos y/o públicos, empero el Artículo 23 de la Ley de Hidrocarburos limita de cierta manera la competencia que pudiera tener este Tribunal.

V. CONCLUSIONES

Primera. La reforma energética es, sin dudas, una de las más importantes, controvertidas, con opiniones a favor y en contra, con muchos fines políticos, con trasfondos de corrupción, de renovación tecnológica, con un impacto económico de dimensiones desproporcionales.

Segunda. La reforma energética abre un mundo totalmente nuevo a la industria petrolera de nuestro país, se cambió el marco legal energético para dar un gran paso y hasta podríamos decir que el mundo petrolero en México era uno antes de la reforma y es otro después, sin duda alguna este acontecimiento marcó la historia.

Tercera. Concluimos que los contratos de hidrocarburos son contratos administrativos y por lo tanto son los principios de esta materia los que se deben

guiar las partes del mismo. Quedó claramente demostrado que los contratos de hidrocarburos cuentan con una serie de características que en su esencia los hacen administrativos.

Cuarta. Debemos hacer mucho hincapié en que la legislación de este sector es sumamente ambigua, poco clara, contradictoria, escueta, respecto a la regulación de los contratos a celebrar, es casi inexistente la regulación salvo unos Artículos, a pesar de ser el pilar de la reforma energética, los legisladores no le dieron la verdadera importancia que merecían como la principal fuente de obligaciones en el sector energético.

Quinta. Otro problema que se debe mencionar es que no existe un órgano jurisdiccional que sea competente para conocer de las controversias de esta clase de contratos, como se dijo, el más idóneo es el Tribunal Federal de Justicia Administrativa el cual no está facultado para conocer de esta materia, por lo que resulta preocupante quién será al órgano que designarán para atender estos conflictos tan importantes.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Administrativo Especial*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1998.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo*, 2ª., México, Porrúa, 1998.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Segundo Curso de Derecho Procesal Civil*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2000
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Derecho Procesal Mercantil*, 8ª. ed., México, Porrúa, 2012.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Código de Comercio Comentado*, 7ª. ed., Porrúa, México, 2012.
- DAZA LEGUIZAMÓN, María Camila, *Aplicación de los principios contractuales a los contratos mercantiles*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia-Facultad de Derecho, 2012.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, 9ª. ed., México, Porrúa, 2012.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Administrativo*, México, McGraw-Hill, 1997.
- GÓMEZ DE SILVA CANO, Jorge J., *Tratado de la Justicia Agraria en México*, México, Porrúa, 2002.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 15ª. ed., México, Porrúa, 2001, t. I-O.
- MARMOLEJO CERVANTES, Miguel Ángel, "Resolución sobre la rescisión administrativa en contratos petroleros: ¿Juicio de nulidad? o ¿Amparo indirecto?"; *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, núm. 27, 2020.
- MARTÍNEZ VERA, Rogelio, *Fundamentos del Derecho Público*, 2ª. ed., México, McGraw-Hill, 1998.
- MENDOZA TORRES, Arnaldo, *Los contratos de la Administración Pública*, Barranquilla, Uninorte, 2004.
- MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Bienes y Derechos Reales*, México, Oxfon, 2012.

OLIVOS CAMPOS, José René, *Los derechos humanos y sus garantías*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2011.

OPENOIL UG, *Contratos petroleros. Cómo leerlos y entenderlos*, Cordaid, 2013.

OVALLE FAVELA, José, *El juicio arbitral en materia civil*, www.juridicas.unam.mx.

PONCE GÓMEZ, Francisco, y PONCE CASTILLO, Rodolfo, *Nociones del Derecho Mercantil*, 8ª. ed. México, Limusa, 2012.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Los contratos del Estado*, 2ª. ed., San José, Universidad Estatal a Distancia, 1989.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge Alberto, *Introducción al Derecho Económico*, 10ª. ed., México, Hess, 2014.

2. Legislativas

Código de Comercio, actualizado al 17 de abril del 2012.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualizada al 08 de octubre del 2013.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia energética, 18 de diciembre del 2013.

Ley de Hidrocarburos, actualizada al 11 de agosto del 2014.

Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, actualizada al 11 de agosto del 2014.

Ley de Petróleos Mexicanos, actualizada al 11 de agosto del 2014.

Marco Legal de la Reforma Energética, Procuraduría Agraria, 2015.