

Capítulo II. Marco conceptual.

3.1 Derecho Energético.

Encontrar una adecuada definición de lo que comprende el derecho energético ha sido difícil, aun siendo considerada por la doctrina mexicana como parte del derecho administrativo de la cual hablaremos más adelante. Esto porque de forma dramática, las referencias a México en la literatura especializada sobre negociaciones petroleras se centran en la época de Porfirio Díaz, hace una referencia a las concesiones históricas y de la expropiación en adelante reina un silencio sepulcral¹. No obstante hemos de aportar: una definición a partir de los términos que construyen el concepto, una definición aproximada a partir de las definiciones encontradas de materias que encuentran relación con esta, en la literatura extranjera y nacional (de forma análoga)².

Energía es definida por la Real Academia de la Lengua española como:

1. *Eficacia, poder, virtud para obrar.*
2. *Capacidad para realizar un trabajo.*

Y si concebimos al derecho como:

El orden establecido mediante normas y principios que regulan las actividades de los individuos de una sociedad, mediante derechos y obligaciones con el fin de impartir justicia logrando la paz.

Respecto de las anteriores definiciones, es sencillo notar la dificultad de conciliar dichos términos en un concepto, debido a que son tan amplios que podría abarcar toda actividad humana, esto porque toda actividad que despliega el hombre implica el uso de energía y en un sentido amplio el derecho regula casi en su totalidad las actividades humanas, como por ejemplo: la energía utilizada

¹“La dificultad para ubicar un concepto de Derecho Energético es principalmente por esta cuestión” Grunstein, Miriam. *De la Caverna al Mercado, Una vuelta al mundo de las negociaciones petroleras*. . México : Felou, 2010.

² “ Lo expuesto en estas líneas son una aproximación de lo que se considera derecho energético, ya que el principal motivo de este trabajo no es la construcción de una teoría general, justificación de la independencia del derecho energético o su equivalente”

por el cuerpo para sostener sus funciones biológicas³. Por lo que el contenido del derecho energético debe contener características tan únicas para diferenciarse de otras ramas del derecho por lo que la interrogante principal a atender es: ¿Qué actividades relacionadas con la energía son susceptibles de regularizarse?

La historia universal del hombre ha demostrado que el equilibrio y desarrollo de las sociedades se cimienta sobre un tipo de energía, haciendo de esta una necesidad para la supervivencia. Así los primeros asentamientos utilizaron el esfuerzo y energía de sus cuerpos para su expansión (así como el de los animales de carga). Los imperios más grandes del mundo como el egipcio, romano, azteca o inca usaron la institución de la esclavitud como fuente de expansión. Posteriormente, con el desarrollo de la tecnología, se innovaron nuevos métodos para la obtención de energía de fuentes distintas a las antes mencionadas. Dichas fuentes provenientes de los recursos naturales, condujeron a una nueva estructura social y económica, misma que propicio la revolución industrial. Con el advenimiento de la energía eléctrica, de la cual dependen las sociedades del mundo, los recursos por los que se puede producir se volvieron altamente cotizados y codiciados, tanto por los gobiernos como por los actores económicos. Desde entonces las actividades que se desenvuelven en la producción y abastecimiento de energía a partir de la explotación de recursos naturales (sean renovables o no) y la innovación de los métodos por las cuales se obtiene (métodos que dirigidos a eficientar) se volvieron objeto de regularización⁴. No es necesario mencionar que la posesión de las fuentes de energía ha sido motivo de disputas internacionales, inclusive debocando en la motivación de guerras. Por lo que la característica de las energías susceptibles de regularización por el derecho energético son aquellas que son utilizadas para el desarrollo, expansión económica y equilibrio social que son obtenidas mediante una explotación, procesamiento y distribución de los recursos

³ “ Si bien el derecho a la salud utiliza como parámetro las funciones vitales para definir salud, estas atienden a cuestiones fácticas que escapan de la posible regularización del hombre”

⁴ “ Cabe destacar que existen métodos de explotación y extracción con alto impacto ambiental y que se encuentra prohibida su práctica en diversas regiones del globo, como por el ejemplo el fraccionamiento hidráulico”

naturales en un determinado territorio constituyendo el sector energético el cual depende en las actividades económicas para proveer energía⁵.

Por lo que atendiendo a lo anterior el derecho energético sería definido por nosotros como:

El conjunto de normas y principios que establecen un orden e imparten justicia, mediante la constitución de derechos y obligaciones en las actividades de los individuos donde la energía sea obtenida mediante la explotación y procesamiento de recursos naturales en un territorio determinado.

Por otra parte el Estudio de Abogados Cayo Salinas & Asociados S.C. define el derecho energético como:

“Rama del derecho que se ocupa de establecer las relaciones o situaciones jurídicas derivadas de la energía eléctrica, de las energías renovables y en el de los servicios energéticos⁶”.

De forma análoga es posible definir el derecho energético a partir de la definición de derecho de la energía nuclear⁷, la cual para nosotros es solo una de las tantas ramas que regula el derecho energético.

“... es aquel que se ocupa de la creación de normas y principios jurídicos aplicables a los fenómenos físico y químico nucleares así como a las actividades humanas que se desarrollan juntamente con ellos⁸”.

Encontramos armonía con la definición aportada en este escrito, por tener las características de: a) constituir una serie de normas y principios, b) actividades humanas reguladas y c) que dicha actividad tenga que ver con la obtención de

⁵ Varis, Ozge. «International Energy Investments: Traking the Legal Concept.» *Groningen Journal of International Law* 2.1 (2014): 78-89.

⁶ Tomado de la página web del Estudio de abogados localizado en Estado Plurinacional de Bolivia” http://cayosalinass.com/index.php?option=com_content&view=article&id=270:derecho-energetico&catid=60:campo-de-ejercicio&Itemid=71

⁷ “es notorio el abandono de los esfuerzos por parte de la doctrina nacional al abordar un tema tan trascendental como lo es el del Derecho Energético, sin embargo nos hemos encontrado con esta joya tan rara y única del Doctor Antonio Francoz Rigalt, que sirvió para aportar una definición análoga”

⁸ Rigalt, Antonio Francoz. *Los Principios Y Las Instituciones Relativas Al Derecho De La Energía Nuclear. La Política Nuclear*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. , 1988. Pág 16.

energía a partir de la explotación de un recurso natural. Aunque en este caso se trata de minerales radioactivos como el uranio, sigue encontrando congruencia con la definición aportada, es por ello que encontraríamos dentro del mismo derecho energético, derechos como: derecho del gas, del petróleo, eléctrico... etc

3.2 Relación de la energía con el estado.

Como se mencionó en la sección anterior el derecho energético es considerado por la doctrina mexicana como parte del derecho administrativo como una de las ramas especializadas en donde algunos autores sostienen cierta autonomía y otros aluden a una codependencia de este derecho. Sin embargo para atender este fenómeno es necesario estudiar cual es la relación del derecho energético con el Estado.

A continuación transcribiremos algunas de las definiciones de estado:

El estado es por naturaleza un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento que el estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad⁹.

Organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y administración que persiguen determinados fines mediante actividades concretas¹⁰.

El estado como forma superior de organización dotada de diferentes elementos como soberanía y autodeterminación, entre otros, se vuelve sujeto de derechos y obligaciones, por ende está dotado de una personalidad jurídica, que constituye

⁹ Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Viena : ediciones coyoacán , 2008.

¹⁰ Romero, Miguel Acosta. *Teoría General del Derecho Administrativo, Primer Curso*. Quinta . México: Porrúa, 1984.pág 40.

el conjunto de características y condiciones individuales que distinguen a una persona y permiten diferenciarla de las demás¹¹.

Se sostiene en la doctrina diferentes teorías sobre la personalidad jurídica del estado, entre ellas destaca la Teoría de la Doble Personalidad, donde se concibe que el estado cuando actúa como ente soberano frente a otros estados y con los particulares con el carácter de autoridad, la personalidad por la que actúa es la de Derecho Público; y cuando entra en relaciones de coordinación con los particulares, para celebrar contratos sujetos de derecho civil, actúa con una personalidad de Derecho Privado. Por otro lado se sostiene la Teoría de la personalidad única, de la cual se desprende que el estado tiene una única personalidad, la de derecho público y una sola voluntad, que se regula en su estructura y funcionamiento por la constitución y leyes administrativas secundarias y cuando entra en relaciones de derecho civil, nunca pierde su carácter de estado, ni su voluntad cambia¹².

El estado para la consecución de sus fines, realiza actos que son todas aquellas realizadas a través de sus órganos originarios y derivados, y que consiste en la realización de tareas tendientes a crear el orden jurídico, en aplicarlo y en resolver los casos de controversias, lo que hace a través de actos jurídicos y hechos materiales, en cumplimiento de las disposiciones legales correspondientes para realizar las atribuciones del Estado¹³. Dichas actividades se desarrollan en la esfera de lo público y lo privado, son realizadas a través de las funciones y atribuciones, las primeras son los instrumentos jurídicos de que dispone por voluntad y determinación del propio pueblo, para atender las distintas necesidades y aspiraciones sociales¹⁴, las segundas son, partiendo de la teoría de la división de poderes, los mecanismos para ejercer el poder público del estado, estas se traducen en función legislativa, judicial y ejecutivo.

¹¹ Gómez, Narciso Sánchez. *Primer Curso de Derecho Administrativo*. tercera. México: Porrúa, 1998.pág 4

¹² Romero, Miguel Acosta, Óp. Cit., pág. 38-40

¹³ Camacho., Miguel Galindo. *Derecho Administrativo*. cuarta . Vol. tomo I . México: Porrúa, 1995.pág 83.

¹⁴ Gómez Narciso, Óp. cit.,pág 6

Respecto al derecho energético encontramos que las funciones del estado se realizan en: legislativo (con la expedición del marco jurídico) judicial (la impartición de justicia sobre las controversias que se susciten en los diversos actos jurídicos) y administrativo, de mayor importancia para nuestra materia, por realizar materialmente la aplicación de la ley, la cual trae implícita la finalidad del estado, satisfaciendo el interés general por medio de la actividades policiales y de gestión política que salvaguardan el orden público, o sea, la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas; por medio de intervenciones tendientes a regular y fomentar la actividad la actividad de los particulares; por medio de los servicios públicos que otorguen prestaciones para satisfacer las necesidades colectivas y por la gestión directiva en la vida económica, cultural y asistencial¹⁵.

Dichos fines son considerados como las metas que pretende alcanzar como entidad soberana consistentes en lograr el beneficio colectivo que le señala los ordenamientos legales respectivos¹⁶. Los fines en materia energética se vinculan estrechamente con el concepto de soberanía guardando íntima relación con los siguientes: a) Patrimonio Nacional, b) Seguridad nacional y c) Economía, estas a su vez se concatenan.

a) Patrimonio Nacional

En principio, la piedra angular de la soberanía sobre los energéticos recae principalmente en el concepto de Patrimonio Nacional, el cual es definido como el conjunto de elementos materiales e inmateriales tanto del dominio público como del privado, cuya titularidad es del estado, ya sea en forma directa o indirecta (a través de organismos descentralizados o sociedades mercantiles de Estado), y que le sirven para el cumplimiento de su actividad y cometidos¹⁷. El fundamento jurídico para tal aseveración se encuentra consagrado en el artículo 27, párrafo 4° constitucional que dice:

¹⁵ Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 44°. México: Porrúa, 2005.pág 219

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 7

¹⁷ Romero, Miguel Acosta. *Derecho Administrativo Especial*. cuarta. Vol. 1. México: Porrúa, 2001.pág 149.

“Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales...los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos...”

Internacionalmente es reconocido el derecho de los estados a explotar sus recursos naturales mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1803 (XVII) expedida el 14 de diciembre de 1962, reconoce y declara:

“el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado.”

De dicha resolución se intensificó el debate sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), existiendo la postura, por parte de los países en vías de desarrollo, de que dichas resoluciones eran evidencia de normas consuetudinarias al “constituir una expresión de reglas jurídicas internacionales”, mientras que la postura contraria, de los países desarrollados, les conferían el calor de mera resolución¹⁸.

Los elementos del patrimonio nacional, nos dice el Doctor Miguel Acosta Romero, que son:

- a) El territorio
- b) Todos los bienes cuya titularidad directa o indirecta sea del Estado.
- c) Los bienes de Dominio Privado del estado.
- d) Conjunto de derechos del que el estado sea Titular.
- e) Los ingresos que obtenga el estado en su calidad de derecho pública y privado.

¹⁸ Etienne, Fernando Hefty. *Las Fuentes del Derecho Internacional Energético*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, s.f.

<https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Flibros%2F1%2F153%2F29.pdf&ei=m_L2VMrMBlyzyAT41oLACA&usg=AFQjCNGxTyGfhBVCSi2aexz0EMr0GE-CVw&sig2=-54PxI5G8oxPR>.

Por lo tanto los bienes del estado divídanse en públicos y privados. Sin embargo, ¿A qué naturaleza pertenecen los hidrocarburos? La respuesta la encontramos en el mismo artículo 27, párrafo 4º constitucional, el cual establece que los hidrocarburos son de dominio directo y la Ley General de Bienes Nacionales, en su artículo 3 que establece:

“Son bienes nacionales:

1.- Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;”

Por lo que dicho bienes son públicos y quedaran sujetos al régimen de dominio público, conforme a la ley citada, sin embargo, dicho instrumento normativo establece que si existiere ley específica que regule dichos bienes se aplicara esta¹⁹, respetando el antiguo principio de derecho que recita, “la ley especial prevalece sobre la general”, los hidrocarburos serán regulados conforme al marco jurídico para ello, la Ley de Hidrocarburos.

Ahora la legislación define a los hidrocarburos como recursos²⁰, los que pueden ser definidos como, agentes o factores de producción que se emplea en una economía o empresa para producir y distribuir bienes y servicios, clasificados en tierra, trabajo y capital²¹. Para fines de la materia que nos ocupa los recursos clasificados en tierra serán los estudiados. Por lo que se refiere a la categoría de tierra incluye los recursos naturales, propiedades de tierra y fuente de agua, que son las mercancías que se encuentran en la naturaleza; son clasificados en renovables y no renovables, las primeras comprenden los bosques, bancos de pesca y animales salvajes de caza, los segundos tienen como características el ser finitos, es decir que, que no es posible reemplazar los montos que se consumen²². De igual forma los energéticos son clasificados, tomando como criterio clasificatorio la fuente de estos, teniendo entre estas las energías

¹⁹ “ Véase el artículo 4 de la Ley General de Bienes Nacionales”

²⁰ “Para fines jurídicos, un hidrocarburo es reconocido y definido como recurso. Una muestra más del límite del derecho energético doble aquellos bienes con los que se produce riqueza, son usados con un fin económico o de subsistencia”

²¹ Rojas, Andres Serra. *Derecho Económico*. 8. México: Porrúa, 1981.pág 315.

²² Ídem.

renovables, como la energía: eólica, solar, geotérmica...etc. y las energías no renovables, en las cuales se ubican los hidrocarburos, objeto de estudio jurídico del presente trabajo.

b) Seguridad Nacional

Como toda nación, uno de las principales funciones es proteger dicha soberanía, la que se logra a través de institución jurídica de seguridad nacional. En relación con la energía, dicha materia se vincula con el concepto de seguridad energética, la que procederemos a su definición y análisis.

Al respecto la Ley de seguridad nacional en su artículo 3 define seguridad nacional como *las acciones destinadas de manera un mediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano que conlleva ha:*

I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;

II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;

III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y

VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.

Como ben lo refiere el Doctor José Dorantes Rodríguez:

“Si en México es incompleta y ambigua la definición de seguridad nacional, el concepto de seguridad energética en México no es mejor y de hecho no existe una definición oficial al concepto”²³.

Atreves de su trabajo revela la inexistencia de una definición legal y sostiene la inexistencia absoluta de ella, sin embargo, como juristas no consideramos que no se ha abandonado completamente, ya que en la fracción II del mencionado artículo lo aborda de forma tácita al mencionar la independencia nacional. además de ser tema de interés para el poder ejecutivo, por incluir y expedir programas para el desarrollo energético del país²⁴.

El mismo docto define la seguridad energética como:

“conjunto de estrategias que aseguren el suministro permanente de recursos energéticos primarios y secundarios a la población, procurando que estos tengan un origen nacional, diversificado y de larga duración, con la mayor estabilidad de precios posible en el tiempo y que estos recursos permitan realizar su transformación de manera eficiente, de acuerdo con el nivel tecnológico disponible en el país, y cuyo uso constituya el menor riesgo posible para la población, además de procurar el menor impacto ambiental posible a lo largo de toda su cadena de transformación”²⁵.

La estrategia Nacional de Energía 2014-2028 lo define como:

Capacidad para mantener un superávit energético que brinde la certidumbre para continuar con el desarrollo de actividades productivas, además debe de incrementar la accesibilidad a los mercados, internación de los productos y almacenamiento preventivo, principalmente enfocado en aquellos energéticos cuya dependencia de las importaciones pueda crecer a niveles que implique riesgos asociados a la continuidad del suministro.

c) Economía.

²³ Rodríguez, Ruben José Dorentes. *Las Energías Renovables y la Seguridad Energética Nacional*. . México: Academia de Ingeniería de México , 2008.

²⁴ Ejemplo de ello es el tratamiento que le da el ejecutivo federal en el plan de desarrollo nacional”

²⁵ *Ibíd.*

No es posible dejar de observar el contenido económico de la definición de seguridad energética, esto porque como se apuntó en líneas precederás, la expansión económica y desarrollo social depende en gran medida de las fuentes por las que se obtiene la energía. Es por ello que el estado a través de la seguridad energética trae implícita la consecución de uno de sus fines consagrado en el artículo 25 constitucional, 1° y 2° párrafo, que a la letra dice:

“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.”

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

La forma en que interactúa el estado en el sector energético es a través del dominio exclusivo de las áreas estratégicas, por las que se entiende, conjunto de actividades económicas de especial importancia para el desarrollo público de los mexicanos, reservadas exclusivamente al Estado, bajo la regulación y control del gobierno federal, para producir bienes y servicios o explotar recursos fundamentales de la colectividad²⁶. Las áreas estratégicas en el ramo energético son aquellas que se encuentran estipuladas en el artículo 28 que dice:

“No constituirán monopolios²⁷ 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; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio

²⁶ Guardiola, Samantha Gabriela Lopez. *Derecho Administrativo II*. primera . México: Red Tercer Milenio, 2012, Pág 21.

²⁷ “sobra decir que estas áreas son monopolios del estado puesto que dichas áreas representan una ventaja descomunal en la economía, sea micro, macro (abierta o cerrada), y es por ese mismo motivo que pondrían en riesgo la libertad del estado mismo”

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 expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión”

Estas áreas estratégicas, en su conjunto, son conforme al artículo 25, párrafo 4°, de gestión, propiedad y administración, exclusiva de la nación:

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

3.3 El Derecho Energético en las Ramas especializadas del Derecho Administrativo.

La forma en que se relaciona el estado con la energía es sumamente compleja, por lo que en las líneas que preceden, solo demuestra las bases jurídicas y las motivaciones por las cuales el estado mexicano interviene en el sector. Dicha relación justifica, en el campo de lo estrictamente jurídico, que el derecho energético sea una de las tantas ramas del derecho administrativo, sin embargo, existen posturas doctrinales bajo la teoría de las ramas especializadas del derecho administrativo que justifican su autonomía por la complejidad que se suscitan en las relaciones jurídicas y por el alto grado de especialidad que requiere, aunque de igual forma existen posturas contrarias.

Diversos doctos en la materia consensan en la dificultad de definir el derecho administrativo y la pluralidad de definiciones que reinan por la diversificación por las que es definida. Sin pretender en entrar al debate doctrinal, procederemos a transcribir la definición aportada por el Doctor Miguel Acosta Romero:

Lato sensu: el derecho administrativo es considerado como el conjunto de normas de derecho que regula la organización, estructura y actividad de la parte del estado, que se identifica con la administración pública o poder ejecutivo, sus

relaciones con otros órganos del estado con otros entes públicos y con los particulares²⁸.

Stricto sensu: conjunto de normas de Derecho Público que regula el poder ejecutivo, administración pública y su actividad²⁹.

Es así que el estado por medio de su función administrativa, llevada a cabo principalmente por el poder ejecutivo, interviene en diversas actividades susceptibles de observación y control que son de interés general, lo que brinda un abanico de actividades tan únicas y especializadas, en donde la administración pública cuenta con un marco jurídico para la consecución de los fines del estado. Por lo que el derecho administrativo cuenta con todo un universo de normas sectorizadas donde la complejidad de cada una de ellas ha hecho, dentro de la doctrina jurídica, diversas posturas respecto a si se trata de un mismo derecho o se encuentra en una tendencia así la autonomía de cada una de estas.

La primera postura abordada por el Doctor Miguel Acosta que nos dice que: La ciencia del derecho administrativo es un género dentro del cual pueden quedar encuadradas una serie de materias que van surgiendo con la constante ampliación de las actividades del estado y constituyen nuevas ramas del derecho, consideradas por nosotros administrativas, estas van adquiriendo autonomía, pues su objeto de conocimientos es propio, y tienen un régimen y una sistematización independiente o con tendencia a ello³⁰.

En oposición el Doctor Miguel Galindo Camacho argumenta que: por la división de trabajo y la necesidad de tipificar las distintas ramas de la administración pública, se opta por señalar las distintas ramas de la administración, no sin antes advertir que la aceptación de las ramas de la administración, dejarían a este poco menos que sin materia propia, si se acepta que tienen una plena autonomía, objeto y fin propios, por lo que dichas materias tienen efectivamente tales características , pero de ninguna manera son autónomas del derecho

²⁸ Romero, Miguel Acosta, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Óp. Cit., pág. 9

²⁹ *Ibíd.*, pág. 10.

³⁰ Romero, Miguel Acosta, *Óp. Cit.*, pág. 17

administrativo, pues todas participan de las mismas características de su tronco común³¹.

Si bien, antes de la reforma energética del 20 de diciembre de 2013, era posible justificar la dependencia del derecho energético al derecho administrativo por el monopolio estatal sobre todas las cadenas productivas en el sector, ya que todas las relaciones jurídicas eran reguladas por el derecho administrativo, sin embargo aunque actualmente el origen de las actividades económicas en el sector energético pertenecen al campo de lo administrativo, ahora las relaciones que se susciten entre los actores de la iniciativa privada recaen sobre el derecho privado. Por lo que consideramos que el derecho energético va profundizando sobre su propia autonomía y aunque no sea el principal motivo de este trabajo, consideramos que existen bases doctrinales suficientes para justificar tanto su independencia como su autonomía.

3.4 Contratos Petroleros.

Los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos, son altamente complejos. Los expertos calculan que para un proyecto grande de extracción de recursos naturales, habría que construir, operar y financiar más de 100 contratos con diferentes actores³². Para comprender mejor el grado de complejidad será necesario explicar los tres sectores en los que se divide la industria petrolera:

- a) **Upstream** en inglés o aguas arribas en español: comprende al sector que involucra la explotación y exploración de hidrocarburos.
- b) **Downstream** o rio abajo: comprende el sector encargado del procesamiento del crudo en petroquímicos o petrolíferos a través de la refinación o fracking o fracturación hidráulica.

³¹ Camacho., Miguel Galindo, Op. Cit., pág 15

³² UG, OpenOil. *Contratos Petroleros*. Trads. LLIUSI D. Vega del Valle y Eleonora Flores Ramírez . 1°. Uganda: Cordaid, 2013.

- c) **Midstream** o en el centro del río: comprende el sector de almacenamiento, transporte y comercialización, en este sector es donde llega el derivado del petróleo al consumidor³³.

Para dar inicio a la actividad económica de la industria es necesario contar con una autorización o permiso del gobierno anfitrión para realizar alguna de estas actividades. Sin embargo, el más importante de estos es aquel instrumento jurídico por el que se le permite a la empresa privada (o en su caso al organismo especializado del gobierno) la explotación y extracción de la materia prima. Dichos instrumentos aparecieron por primera vez en forma de concesiones, los cuales en la actualidad, son el modelo de las potencias petroleras de occidente como Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica y Noruega³⁴, fue a finales de 60' y durante la década de los 70', con la famosa primera ola de nacionalización de los recursos naturales que condujo a la creación de un modelo contractual bajo diversas modalidades³⁵. Entonces, ¿En qué se diferencian los contratos de las concesiones?

El Doctor David Johnston³⁶ expone que a pesar del parecido que puedan guardar dentro de su estructura interna de derechos y obligaciones, las diferencias entre las concesiones y los contratos son más bien de carácter simbólico y político. Sin embargo la Doctora Miriam Grunstein sostiene que desde un punto de vista técnico-jurídico los instrumentos presentan distintos grados de intervención estatal. Así por parte de las concesiones corresponde a un modelo de apertura estatal, menor control, mayor competencia y donde el estado actúa principalmente como policía, mientras que en los modelos contractuales el estado mantiene control sobre el proyecto a través de un órgano gubernamental y frecuentemente con la participación de una empresa estatal, correspondiendo a un modelo más nacionalista³⁷.

³³ Argentina, Union Industrial. «Cadena del Petróleo y el Gas Natural en la Región Patagónica .» 3 er. Foro Federal de la Industria Calafate . Ed. Union Industrial de Santa Cruz y otro. Patagonia, Argentina, 2004.pág 3

³⁴ Grunstein, Miriam, Op. Cit., Pág 74

³⁵ UG, OpenOil.Op. Cit., pág 11

³⁶“citado en” Grunstein, Miriam, Op. Cit., Pág 95

³⁷ Ibíd.,pág. 27

En el mundo, el modelo contractual ha sido instrumentado bajo diversas modalidades atendiendo principalmente a una clasificación que tiene como criterio la contraprestación, por lo que el género sería denominado como contrato petrolero y las especies serían:

- a) Contrato de Producción Compartida: aquel en donde se le retribuye al contratista con un porcentaje de la producción.
- b) Contrato Riesgo: aquel donde el contratista se le retribuye con el equivalente en efectivo de un porcentaje de la producción.
- c) Contrato de Servicios Puros: aquel por el que se le paga al contratista por un servicio prestado.

Como fue estudiado en el capítulo de antecedentes, el estado mexicano ha tenido una fuerte tradición nacionalista en materia petrolera, por lo que no nos fue extraño que la reforma contemplara un modelo contractual, en vez de uno concesionario, quedando consagrado en el artículo 27, párrafo 7° de la siguiente forma:

“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 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 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 contratos³⁸.”

Del numeral transcrito se desprenden dos instrumentos por los cuales el estado mexicano puede permitir la explotación y extracción del petróleo, las asignaciones y los contratos, las primeras solo pueden ser otorgadas a las

³⁸ “ Clausula de propiedad nacional, institución jurídica elevada a nivel constitucional para salvaguardar la soberanía, la seguridad energética y propiedad del crudo”

empresas productivas del estado, es decir PEMEX, las segundas pudiendo ser otorgadas a los particulares. La Ley de Hidrocarburos en su numeral 18 establece los modelos contractuales que podrá elegir la Secretaría de Energía serán:

- a) Contratos de Servicios.
- b) Contratos de utilidad compartida.
- c) Contratos de producción compartida.
- d) Contratos de licencia.

Ha existido gran polémica de los contratos de producción compartida, ya que del mismo numeral constitucional establece lo que hemos denominado como cláusula de propiedad nacional, donde reafirma la propiedad de la mezcla extraída por parte de la nación, entonces ¿Cómo es que la propiedad de los hidrocarburos puede pasar a manos de los inversionistas? ¿Acaso atenta con la obligación constitucional?

El contrato de producción compartida es un contrato mal llamado, pues la producción a boca de pozo nunca se comparte ni se divide. El puro nombre hace pensar que, de forma semejante a o que sucederá en una concesión, en la que se obligue al concesionario a entregar una parte de la producción, el crudo que brota a la superficie se divide en un porcentaje que corresponde al contratista y que otro que corresponde al estado. En términos estrictos, la producción al amparo de este tipo de contratos es en su totalidad propiedad del estado, lo que no sucede con las concesiones en donde la regla general el concesionario es propietario al 100%, por el contrario un contratista no es dueño hasta que el estado le retribuya con un porcentaje de la misma, fijando con un precio previamente pactado³⁹. Además, Con la nacionalización de los inversores extranjeros, se podría argumentar en la dialéctica que si bien la propiedad no es directamente ejercida por el gobierno, o es indirectamente por las empresas legalmente constituidas conforme a las leyes nacionales, a pesar que los intereses de estas sean absolutamente privados.

3.5 Justicia Ordinaria y Arbitraje en la Industria Petrolera.

³⁹ Ibíd., pág. 97

Como todo acto jurídico, los contratos petroleros no están exento de presentar *litis* que requieran mecanismos para dirimirla. Para ello la práctica internacional en la industria del petróleo sugiere una predilección para el arbitraje, sin dejar de lado la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para atender cuestiones que solo pueden ser dilucidadas en ella, como la solución de un proceso de alguna clausula exorbitante del estado.

Justicia Ordinaria es aquella que brinda el estado en su función jurisdiccional mediante los órganos del poder judicial, por ser un servicio público que brinda el estado. Dentro de la industria es considerada reservada casi en su totalidad por el estado que actúa por medio de los órganos designados para ello, en el caso de México, la comisión nacional de hidrocarburos. Por lo general es utilizada para ventilar procesos de revocación o en su defecto cuando las ventajas económicas propician el accionar de este, sin embargo, las desventajas son: supuesta parcialidad en el juzgador, poca eficiencia procesal y poca especialización en la materia energética.

Es por ello que la práctica internacional en la industria petrolera se privilegia el arbitraje, definido como institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos⁴⁰. A pesar de tener las ventajas que no tiene la jurisdicción ordinaria, el defecto radica en los elevados costos por los que se cobran dichos servicios.

Desde un punto de vista doctrinal, nadie pone hoy seriamente en cuestión en la literatura la viabilidad constitucional del arbitraje como técnica de solución de conflictos en las relaciones de naturaleza contractual de la administración con los operadores privados. Tampoco resulta discutible el efecto inmensamente beneficioso que puede llegar a tener para la eficiencia y estabilidad de nuestro sistema económico la generalización de esta fórmula en la práctica del sector público mediante la incorporación de cláusulas arbitrales en los instrumentos contractuales⁴¹.

⁴⁰ Cossío, Francisco González de. *arbitraje*. tercera. México: Porrúa, 2011.pág. 45

⁴¹ arlos, Alberto Dorrego de. «El arbitraje en los Contratos Publicos .» *Revista Jurídica de castilla y leon* (2013). Pág 6.

Sin embargo, debido a que el sector energético es de interés social para el estado haciendo un área estratégica de este, el permitir el arbitraje sin restricciones acarrearía hasta cierto punto un punto vulnerable para la soberanía en cuanto al patrimonio nacional y seguridad energética del país.

Además del arbitraje en la industria petrolera, existe en las relaciones el uso de otros mecanismos alternativos de solución de controversias, como lo son la mediación y conciliación conocidas en el ámbito como negociaciones extrajudiciales, que si bien son muy recurrentes, estos no son objeto del presente trabajo.