

Capítulo III. Marco Jurídico.

4.1 Contrato para la exploración y extracción.

Como se mencionó en líneas precedentes, en la práctica internacional, la industria petrolera es dividida en tres sectores que son desarrollados por empresas estructuradas en una “integración vertical”¹. Los sectores se desarrollan diversas actividades que son reguladas, en México por la Ley de Hidrocarburos, promulgada el once de agosto de dos mil catorce y que constituye el principal objeto de estudio del presente trabajo, tiene por objeto regular:

Artículo 2.- Esta Ley tiene por objeto regular las siguientes actividades en territorio nacional:

- | | | |
|-------------------|---|---|
| Upstream | — | I. El Reconocimiento y Exploración Superficial, y la Exploración y Extracción de Hidrocarburos; |
| Downstream | — | II. El Tratamiento, refinación, enajenación, comercialización, Transporte y Almacenamiento del Petróleo; |
| | — | III. El procesamiento, compresión, licuefacción, descompresión y regasificación, así como el Transporte, Almacenamiento, Distribución, comercialización y Expendio al Público de Gas Natural; |
| Midstream | — | IV. El Transporte, Almacenamiento, Distribución, comercialización y Expendio al Público de Petrolíferos, y |
| | — | V. El Transporte por ducto y el Almacenamiento que se encuentre vinculado a ductos, de Petroquímicos. |

La ley además de establecer un régimen para el petróleo, lo hace con el gas natural. El gas se encuentra clasificado en asociado y no asociado, el primero es aquel que se extrae junto con el petróleo, mientras que el segundo se encuentra en depósitos donde no existe petróleo, por lo que en muchos casos la explotación del petróleo también conllevaría a la explotación del gas². Tal vez este es el motivo por el cual el legislador decidió fundir el petróleo y el gas en el mismo instrumento jurídico, además de que hay quienes sostienen que la verdadera intención de la reforma energética fue propiciar la inversión en la explotación del gas y su utilización en la generación de energía eléctrica³.

Fuera del paréntesis sobre el gas, el estado mexicano prevé en la mencionada ley los instrumentos jurídicos por los cuales la iniciativa privada o en su caso el mismo estado a través de empresas productivas del estado podrá desarrollar alguna actividad en la industria, los cuales se traducen en: asignaciones,

¹ “ véase capítulo I antecedentes”

² “ hoy por hoy, en México existen reservas suficientes para cubrir el consumo de energía para los próximos 100 años, ” Asociación Mexicana de Gas Natural, <http://www.amgn.org.mx/nosotros.html>

³ “véase las repetidas declaraciones de Enrique Ochoa Reza, director de la CFE, sobre la utilización del gas para la generación de energía eléctrica”.

contratos para la exploración y extracción (CEE), autorizaciones y permisos. Por ser exclusivo objeto de estudio los CEE en el presente trabajo procederemos a su análisis.

a) Naturaleza Jurídica.

Los CEE son definidos por la ley en su artículo 4 como:

...

Contrato para la Exploración y Extracción: Acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, por el que se conviene la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en un Área Contractual y por una duración específica;

...

Si bien, la ley nos señala lo evidente, que es un acto jurídico, es decir, un acuerdo de voluntades, modifican o extinguen efectos de derecho, crean, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas para casos particulares y cuya finalidad es la de tener el propósito de que se produzcan efectos de Derecho⁴, sin embargo, este término por ser tan genérico abre la interrogante ¿Qué especie de acto jurídico es y que naturaleza tiene?

La respuesta, en cuanto a su naturaleza, la encontramos implícitamente señalada en el artículo 97 de la misma ley sin dejar de lado la evidencia de los elementos que más adelante abordaremos⁵:

En lo no previsto por esta Ley, se consideran mercantiles los actos de la industria de Hidrocarburos, por lo que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal.

El referido artículo establece a *contrario sensu* que todos los supuestos normativos que confieren derechos y obligaciones conforme a esta ley serán de Derecho Administrativo, esto por ser la naturaleza de la ley. Por lo tanto el

⁴ Camacho, miguel Galindo, Óp. Cit., pág. 205

⁵ De igual forma el doctor Jorge Fernández Ruiz en su libro Contratos Administrativos utiliza como argumento el artículo 13 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas para explicar el carácter y naturaleza administrativo de los contratos de suministros., dicho artículo parece ser transcrita en la ley de hidrocarburos de la misma forma.

contrato de exploración y extracción es un acto administrativo. En la conceptualización del acto administrativo ha tenido una gran influencia la teoría del acto jurídico acuñada para explicar el acto jurídico de derecho privado, se concibe entonces, el acto administrativo como una especie del acto jurídico⁶.

Tradicionalmente el acto administrativo es definido en su sentido estricto como: aquel que es realizado en ejercicio de la función administrativa sin importar que órgano lo ejerza, en cuanto a su sentido restringido es definido como una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutivamente, que constituye una decisión ejecutoriada, que emana de un sujeto: la administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o exige una situación jurídica subjetiva, y su finalidad es la satisfacción del interés general⁷.

Se caracteriza por:

- Naturaleza no normativa, resultado de distinguir los actos administrativos y las normas jurídicas. La norma administrativa mantiene su vigencia hasta que sea derogada, mientras que el acto administrativo se agota con su cumplimiento.
- Es una decisión ejecutoria no contenciosa.
- Declaración que emana de la autoridad administrativa de forma unilateral.
- A través de él la administración, crea, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva.
- Se propone la satisfacción de un interés general, en ejercicio de la función administrativa⁸.

Pese a que la doctrina admite la formulación de la definición del acto administrativo desde su perspectiva unilateral, la exclusión de los actos bilaterales y generales de la definición, genera problemática para determinar la naturaleza intrínseca de estos actos tan recurrentes por los estados contemporáneos. Es en la clasificación de los actos administrativos donde la figura contractual hace aparición, a este tipo se les denomina Contratos

⁶ Xopa, José Roldán. *Derecho Administrativo*. México: Oxford, 2008, pág 308.

⁷ "citado en y por " ídem, pág 203

⁸ Gómez Narciso, Óp. cit., pág 332

Administrativos. Los contratos administrativos son definidos por el doctor Jorge Fernández Ruiz como "...acuerdo de voluntades entre un particular, o varios, y la administración pública, en ejercicio de función administrativa, para la satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado"⁹. Por lo anteriormente expuesto consideramos la gran dificultad de aportar una definición en sentido estricto de acto administrativo que envuelva a los actos administrativos excluidos, sin embargo consideramos que por ello no dejan de ser administrativos en cuanto a que no deja de reflejarse la finalidad del interés público y la protección a los fines del estado. Cabe mencionar que autores como Gabino Fraga y el maestro Serra Rojas no consideran al contrato administrativo como un acto administrativo, lo cual se puede explicar a través de la doctrina clásica que define al acto administrativo en su sentido estricto como un acto unilateral.

Por otra parte del Doctor Herfried Wöss dice "La Reforma Energética a través de sus leyes secundarias publicadas el 11 de agosto de 2014 hace un cambio radical al abandonar la institución del contrato administrativo a favor de contratos de proyectos basados en el derecho mercantil"¹⁰, lo que nos parece contradictorio cuando concluye: "... Lo anterior lleva a tres diferentes categorías de contratos proyectos a nivel federal: a) los contratos administrativos y concesiones, b) los contratos híbridos basados en el derecho mercantil con la rescisión o terminación administrativa que debe litigarse por la vía ordinaria administrativa, y c) los contratos mercantiles que son plenamente arbitrables como es el caso de los contemplados en las leyes de PEMEX y CFE"¹¹.

En contraposición a lo vertido, el Doctor Agustín Gordillo expone que los contratos administrativos, entre otros, tienden a tener más contenido de derecho privado que de derecho público y viceversa, proponiendo una clasificación en atención al grado al contenido de derecho privado. Nos dice: Otra forma de ver

⁹ Ruiz, Jorge Fernández. *Derecho Administrativo Contratos*. México: Porrúa, 2003, pag 107.

¹⁰ El autor lo llega a la conclusión a partir de la interpretación del artículo 97 de la Ley de Hidrocarburos, por la cual solo se excluye de la impugnación en vía ordinaria administrativa lo referente a las cláusulas exorbitantes de derecho. Wöss, Herfried. «Los Contratos de Proyectos bajo las nuevas leyes de PEMEX y CFE, así como los firmados con la CRE y la CNH, son de naturaleza mercantil.» 2015. Ed. Wöss & Parteners

¹¹ *Ídem*.

la cuestión es distinguir al menos tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración.

- a) Algunos más Próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados (Contrato privado de la Administración).
- b) Con regímenes intermedios (Contratos no Monopólicos).
- c) Los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquel presta en condiciones monopólicas o de exclusividad (Contratos exclusivos)¹².

Lo que resalta es que mientras un autor considera a los CEE como contratos de naturaleza mercantil, el otro sostiene la teoría de la graduación del derecho privado. Por nuestra parte procederemos a su análisis a la luz de la doctrina, fundamentando a lo largo del proceso su naturaleza de contrato administrativo.

Pese a lo vertido, en la doctrina se ha visto expuesta dos corrientes sobre la existencia de estos contratos; Las corrientes negativas sostenida principalmente por Otto Mayer, Fritz Fleiner y Leon Duguit, y tan variada en su contenido como: considerar la naturaleza contractual del mismo, por la división clásica del derecho (público o privado) y por equiparación a los contratos celebrados entre particulares, a pesar de ello estas posturas se encuentran cada vez menos aceptadas en razón de la práctica llevada por la administración pública; Por otra parte se encuentra la corriente positiva por la que se explica su existencia bajo diferentes criterios como la voluntad, la jurisdicción, la forma, por las cláusulas exorbitantes y la teológica, sin embargo la más aceptada por la doctrina es la teoría mixta que a conglomerada. La imposibilidad o cuando menos la enorme dificultades para determinar el carácter administrativo de los contratos, a la luz de una sola de las teorías formuladas para tal efecto, conduce al empleo de un criterio mixto incluyente de varias de ellas. En este sentido, el profesor Alfonso Nava Negrete plantea que para determinar si un contrato es administrativo o privado es necesario que sostenga los siguientes criterios:

¹² Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.,2013, Tomo I, pág x-20.

- Por determinación de la Ley.
- Por libre voluntad de las partes.
- Por el objeto o por la naturaleza misma del contrato.

Por otra parte el Doctor Jorge Fernández Ruiz establece los siguientes:

- Porque la una de las partes sea una persona de derecho público en ejercicio de una función administrativa.
- En su celebración se observe formalidades especiales.
- Su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado mas no contrarias al derecho público.
- Tenga como fin la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la presentación de un servicio público, el logro del interés público o de la utilidad pública.
- Las controversias que suscite sean de la competencia de órganos jurisdiccionales facultados para conocer asuntos de derecho administrativo¹³.

b) Características

Nosotros fundamentaremos la naturaleza administrativa del contrato de exploración y extracción a la luz de la teoría mixta, para ello procederemos al análisis de las características esenciales del contrato administrativo en relación con el CEE, que independiente de los muchos otros que traten diversos autores, nosotros consideramos como características esenciales no concebidas como elementos o requisitos son: la desigualdad de las partes, Restricción de la libertad de las partes, interés público prevaleciente y el régimen exorbitante del derecho privado.

a) Desigualdad de las partes.

En contraposición a los contratos de derecho público, la igualdad de las partes es evidente por cuentan con las misma capacidad y recursos jurídicos para encausar su voluntad, mientras que en los contratos de derecho público se presenta como característica que la voluntad del estado se encuentra determinada por el interés público íntimamente vinculada en la norma jurídica,

¹³ Ruiz, Jorge Fernández, *Op. Cit.*, pag 402

misma que dota de facultades exorbitantes a las del derecho privado, constituyendo una situación de privilegio frente a la parte contratante.

En los CEE consideramos que en verdad se encuentra en una desigualdad las partes jurídicas, al menos en lo referente a lo jurídico. Como fue visto en el capítulo de antecedentes existen antecedentes de la desestabilización de estados por parte de la intervención de compañías transnacionales debido a su gran poderío económico. Por lo que jurídicamente sí se encuentra en una situación de desigualdad más no podemos dejar de contrastar la perspectiva económica y social que a lo largo de la historia ha demostrado que los intereses de estas entidades privadas suelen rebasar el interés público con el que la voluntad de la administración se encuentra dirigido, por ello no podremos dejar de señalar que el *statu quo* hablando en términos amplios será propiciado por el correcto cumplimiento de la ley y el correcto ejercicio de la función administrativa del poder ejecutivo¹⁴.

b) Restricción de la libertad de las partes.

Esta característica se ve reflejada por la elección del contratante y la estructura del contrato.

Respecto a la elección del contratante, la ley dice:

Artículo 15.- *Sólo el Estado Mexicano, por conducto de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá otorgar Contratos para la Exploración y Extracción. La selección del Contratista tendrá lugar a través de un proceso de licitación, en términos de lo dispuesto por el artículo 23 del presente ordenamiento.*

...

Así para la elección del contratante deberá de iniciarse un proceso licitatorio. La licitación es el procedimiento administrativo desarrollado en un régimen de competencia o contenida, encaminado a seleccionar al contratante de la

¹⁴ Consideramos que una de las ventajas del modelo contractual se encuentra en la dirección opuesta de los intereses de las partes involucradas debido a que mantendrá la atención necesaria para la consecución, por una parte, del correcto cumplimiento de las normas de la materia y por otra el progreso que se busca desarrollar en el sector energético del país, maximizando la renta petrolera, contribuyendo a la economía nacional y a la administración racional de los recursos energéticos.

administración pública de un contrato¹⁵. Dicho procedimiento es regulado por el artículo 23 con la participación de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, la Secretaria de Energía y la Comisión nacional de hidrocarburos, quienes se encuentran involucrados en la formulación de las bases, los cuales más adelante abordaremos sus atribuciones y participación en la configuración de los CEE. Como simple crítica consideramos una gran parte de la toma de decisiones se centra en los órganos del poder ejecutivo bajo facultades discrecionales, lo que para nosotros es poner en riesgo y en posibilidad de ser corrompidas las instituciones en una materia tan importante como lo es la energética por una regulación que en lo aparente norma la intervención del estado y por otra le da manga ancha bajo la discrecionalidad. De la misma forma, y como en la mayor parte del procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos, es improcedente el proceso licitatorio cuando:

Artículo 27.- *No se requerirá llevar a cabo un proceso de licitación y el Contrato para la Exploración y Extracción se podrá adjudicar directamente a los titulares de concesiones mineras, exclusivamente para las actividades de Exploración y Extracción de Gas Natural contenido en la veta de carbón mineral y producido por la misma. Para cada mina en que se realicen o se vayan a iniciar actividades de extracción de carbón, se podrá solicitar la adjudicación del contrato de exploración y extracción, en los términos del presente párrafo.*

...

A este concepto se le conoce en la rama administrativa como adjudicación directa. La ley revela por su contenido en el instrumento anteriormente señalado, y desde su exposición de motivos, la intención del legislador de lograr una verdadera pluralidad de actores en la industria de hidrocarburos con la finalidad de lograr una competencia económica que desemboque a un desarrollo así como el siguiente:

¹⁵ “Como lo señala el doctor Jorge Fernández Ruiz, la licitación pasa a ser una característica de los contratos administrativos mas no un elemento”, *idem.*, pag 169

Artículo 24.- *Las bases del procedimiento de licitación y adjudicación de los Contratos para la Exploración y Extracción, que se pongan a disposición de los interesados, deberán:*

...

III. Contar con opinión previa de la Comisión Federal de Competencia Económica, la cual versará exclusivamente sobre los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación a que se refiere el artículo 23 del presente ordenamiento.

Respecto al segundo es necesario mencionar que a pesar que los CEE cuentan con cláusulas obligatorias establecidas por ley, la interpretación literal de la norma cuando dice: “por *lo menos*”, permite incorporar otras cláusulas, por lo que es posible clasificar que dentro de este tipo de contratos cláusulas administrativas y cláusulas contractuales; las primeras que emanan de por disposición de la ley y las segundas que emanan de la discrecionalidad con la que está facultada la autoridad para con el fin de proteger y encausar el interés público. El dispositivo 19 de la Ley de Hidrocarburos establece la estructura mínima que deberá de contener los mencionados contratos.

Artículo 19.- *Los Contratos para la Exploración y Extracción deberán contar, al menos, con cláusulas sobre:*

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;

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, de 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 del 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.

Como es observable en el Anexo II la lógica que trae implícita el CEE en su modalidad de producción compartida es la misma respecto al artículo transcrito.

c) Interés Público Prevaliente.

Carácter esencial del contrato administrativo es, es sin duda el predominio del interés público sobre el interés privado, por ser tal preponderancia, guía que orienta el ejercicio de la función administrativa de la que el contrato administrativo

viene a ser una de sus manifestaciones¹⁶. Es pues coincidente con los CCE en tanto que la ley expone:

Artículo 96.-

....

Las actividades de Exploración y Extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas.

Si bien en la tradicional técnica legislativa el uso del concepto de interés social es poco recurrido, sin embargo doctrinariamente no existen diferencias trascendentales entre el interés social y pública puesto que expresan lo mismo, conjunto de intereses de una sociedad que convergen y se singularizan a través del poder legislativo guiando la actividades y funciones del estado. Esta característica, como muchos doctos en la materia administrativa reconocen, se ve reflejada en 2 cuestiones: el régimen exorbitante de Derecho Privado y el principio de mutabilidad (principio propio de los contratos administrativos), el primero será abordado en la siguiente característica, en cuanto al segundo, el contrato administrativo, en virtud del *ius variandi* de la administración pública, dentro de ciertos límites puede ser unilateralmente modificando por ésta, en aras del interés general, y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se suele considerar al de mutabilidad Como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo¹⁷.

d) Régimen Exorbitante de Derecho Privado.

Por devenir el negocio contractual de una legislación administrativa, se presenta esta característica que rebasa la órbita del derecho privado, donde no solo se concreta a estipular la especie, momentos de creación, elementos y derechos, como lo hacen los códigos civiles, sino que encausa el objeto, estructura y confiere por disposición de la ley la integración de las cláusulas exorbitantes bajo

¹⁶ *idem.*, pag 86

¹⁷ *idem.*, pag 86

el argumento del interés público (en el caso de la ley de hidrocarburos interés social). A esto nos dice el doctor Jorge Fernández Ruiz, "...si el derecho privado fuese suficiente para regular los negocios contractuales que la administración pública celebra en los términos previstos en el troquel del contrato administrativo, éste no tendría razón, ya que sólo se justifica siempre y cuando su régimen jurídico sea sustancialmente distinto del que rige las relaciones contractuales de los particulares".

Inclusive, por esta tan importante característica, la corriente positiva de la que en líneas precederás mencionamos, emanó una teoría que justifica la existencia de los contratos administrativos bajo el criterio del régimen de exorbitante de derecho privado.

La forma donde se refleja esta característica es a través de cláusulas exorbitantes, definidas como las disposiciones emanadas en la ley y establecida en los contratos por las cuales rompen con la igualdad de las partes en favor de la administración pública. Respecto a las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, éstas pueden ser explícitas o Implícitas; las primeras serán las que figuran expresamente en el clausulado del contrato; las implícitas o virtuales vienen a ser las derivadas de disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico a que se sujeta al contrato, las cuales forzosamente se tienen por establecidas en él, a pesar de no figurar en su texto¹⁸. De acuerdo con la anterior clasificación las cláusulas estipuladas en el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos corresponderían a las explícitas, mientras que las emanadas en el artículo 20 de la referida ley por el hecho de no encontrarse la obligación expresa de ser integrados en el contrato de forma expresa, en teoría, puesto que como lo revela el Anexo II las mismas causales de rescisión son estipuladas expresamente en la propuesta del CEE en la cláusula 2.1.

Artículo 20.- *El Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá rescindir administrativamente los Contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual únicamente cuando se presente alguna de las siguientes causas graves:*

¹⁸ Ídem. Pág. 76

- I. Que, por más de ciento ochenta días naturales de forma continua, el Contratista no inicie o suspenda las actividades previstas en el plan de Exploración o de desarrollo para la Extracción en el Área Contractual, sin causa justificada ni autorización de la Comisión Nacional de Hidrocarburos;*
- II. Que el Contratista no cumpla el compromiso mínimo de trabajo, sin causa justificada, conforme a los términos y condiciones del Contrato para la Exploración y Extracción;*
- III. Que el Contratista ceda parcial o totalmente la operación o los derechos conferidos en el Contrato de Exploración y Extracción, sin contar con la autorización previa en términos de lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley;*
- IV. Que se presente un accidente grave causado por dolo o culpa del Contratista, que ocasione daño a instalaciones, fatalidad y pérdida de producción;*
- V. Que el Contratista por más de una ocasión remita de forma dolosa o injustificada, información o reportes falsos o incompletos, o los oculte, a las Secretarías de Energía, de Hacienda y Crédito Público o de Economía, a la Comisión Nacional de Hidrocarburos o a la Agencia, respecto de la producción, costos o cualquier otro aspecto relevante del Contrato;*
- VI. Que el Contratista incumpla una resolución definitiva de órganos jurisdiccionales federales, que constituya cosa juzgada, o*
- VII. Que el Contratista omita, sin causa justificada, algún pago al Estado o entrega de Hidrocarburos a éste, conforme a los plazos y términos estipulados en el Contrato para la Exploración y Extracción.*

...

De igual forma, en el Anexo II se establecen las cláusulas contractuales, las cuales por su naturaleza no devienen de algún artículo de la Ley. Por ultimo debemos agregar que una de las cláusulas expresas más importantes del contrato es aquel que hemos denominado “cláusula de propiedad nacional” consagrado tanto en la constitución como en la Ley de hidrocarburos.

Artículo 11.- *El Ejecutivo Federal, por conducto de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, observando los lineamientos que al efecto establezcan, en el ámbito de sus competencias, las Secretarías de Energía y de Hacienda y Crédito Público, podrá celebrar Contratos para la Exploración y Extracción. Los Contratos para la Exploración y Extracción establecerán invariablemente que los Hidrocarburos en el Subsuelo son propiedad de la Nación.*

En apoyo a lo anterior, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el siguiente criterio:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS¹⁹.

La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. De ello se infiere que los contratos celebrados por un órgano estatal con los particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vinculado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado y, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas

¹⁹ Época: Novena Época, Registro: 189995, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Abril de 2001, Tesis: P. IX/2001, Página: 324

exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público.

Mientras que el Tercer Colegiado del Sexto Circuito emitió la siguiente tesis aislada:

CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL O MERCANTIL. DIFERENCIAS²⁰.

Para determinar la naturaleza de un contrato administrativo frente a uno civil o mercantil, debe atenderse a ciertos factores. En los contratos privados, la voluntad de las partes es la ley suprema y su objeto los intereses particulares, mientras que en los administrativos está por encima el interés social y su objeto son los servicios públicos. En los privados, se da la igualdad de las partes, en los administrativos la desigualdad entre Estado y contratante. En los privados, las cláusulas son las que corresponden de manera natural al tipo de contrato, en los administrativos se dan las cláusulas exorbitantes. En los privados la jurisdicción para dirimir controversias recae en los tribunales ordinarios, en los administrativos interviene la jurisdicción especial, ya sean tribunales administrativos, si los hay, o en propia sede administrativa, según los trámites establecidos por la ley o lo estipulado en el contrato mismo. En resumen, para que se den los caracteres distintivos de un contrato administrativo deben concurrir los siguientes elementos: 1) El interés social y el servicio público; 2) La

²⁰ Época: Novena Época, Registro: 188644, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Tesis: VI.3o.A.50 A, Página: 1103

desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado;
3) La existencia de cláusulas exorbitantes; y, 4) La jurisdicción especial.

Respecto al cuarto elemento (jurisdicción especial) que menciona la anterior tesis aislada, el siguiente artículo expone:

Artículo 95.- La industria de Hidrocarburos es de exclusiva jurisdicción federal. En consecuencia, únicamente el Gobierno Federal puede dictar las disposiciones técnicas, reglamentarias y de regulación en la materia, incluyendo aquéllas relacionadas con el desarrollo sustentable, el equilibrio ecológico y la protección al medio ambiente en el desarrollo de esta industria.

4.2 Autoridades en los Hidrocarburos.

El propósito de esta sección es la de establecer las partes involucradas en los CEE, puesto que las mismas son de acuerdo con numerosos autores, y conforme a la doctrina clásica, presupuesto del consentimiento y por ende esencial para la existencia de todo contrato. En los contratos administrativos uno de tales sujetos — pueden ser dos o más— habrá de ser la administración pública —entendida en su sentido amplio— en ejercicio de una función administrativa, en tanto que el otro sujeto será un particular: o, en el caso del llamado contrato interadministrativo, otro ente público²¹.

En la industria energética concurren diversos organismos públicos por los cuales se lleva a cabo la rectoría de las políticas energéticas y sus relacionados, como por ejemplo la protección al medio ambiente, lo que denota una vez más la gran complejidad de las actividades y la necesidad del estado de tener una estructura más amplia de lo normal en la explotación de recursos naturales.

La estructura gubernamental que regula el sector energético en materia de hidrocarburos son:

- a) Secretaría de Energía.

²¹ Ruiz, Jorge Fernández, *Op. Cit.*, pag 93

- b) Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- c) Comisión Nacional de Hidrocarburos.
- d) Comisión Reguladora de Energía.
- e) Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.
- f) Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector de hidrocarburos.
- g) Centro Nacional de Control del Gas Natural.
- h) Centro Nacional de Control de Energía.

De la lista anterior los relacionados con la supervisión en el área de *upstream o aguas arriba* que se involucran tanto en la suscripción de los CEE como en la elaboración y diseño de los contratos son: La Secretaría de Energía, Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Comisión Nacional de Hidrocarburos. Por lo que nos concretaremos a escribir sobre sus atribuciones generales y su específicas, emanadas de la Ley de Hidrocarburos en materia de contratación, soslayando las de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debido a que su participación es respecto a la procuración de las obligaciones fiscales y contraprestaciones. Por atribuciones generales debemos entender aquellas que les son conferidas por sus leyes de origen; por específicas debemos entender aquellas que se refieren a las emanadas de la ley de hidrocarburos.

Secretaría de Energía, organismo de la administración pública centralizada, que tiene como atribuciones generales, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en materia de hidrocarburos las siguientes:

Artículo 33.- *A la Secretaría de Energía corresponde el despacho de los siguientes asuntos:*

I. Establecer, conducir y coordinar la política energética del país, así como supervisar su cumplimiento con prioridad en la seguridad y diversificación energéticas, el ahorro de energía y la protección del medio ambiente, para lo cual podrá, entre otras acciones y en términos de las disposiciones aplicables, coordinar, realizar y promover programas, proyectos, estudios e investigaciones sobre las materias de su competencia;

II. Ejercer los derechos de la Nación en materia de petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos; de minerales

radioactivos; así como respecto del aprovechamiento de los bienes y recursos naturales que se requieran para generar, transmitir, distribuir, comercializar y abastecer energía eléctrica;

...

VII. *En materia de la industria de hidrocarburos: otorgar y revocar asignaciones a que se refiere el artículo 27 Constitucional; establecer los lineamientos técnicos que deberán observarse en el proceso de licitación; el diseño técnico de los contratos; establecer las áreas que podrán ser objeto de asignaciones y contratos; así como adjudicar asignaciones y otorgar permisos para el tratamiento y refinación del petróleo, y procesamiento de gas natural;*

...

IX. *Otorgar, negar, modificar y revocar asignaciones y contratos para exploración y extracción de minerales radiactivos;*

...

XI. *Regular y promover el desarrollo y uso de fuentes de energía alternas a los hidrocarburos, así como energías renovables y proponer, en su caso, los estímulos correspondientes;*

...

XVI. *Proponer al Titular del Ejecutivo Federal el establecimiento de zonas de salvaguarda de hidrocarburos;*

XVII. *Proponer al Titular del Ejecutivo Federal la plataforma anual de producción de petróleo y de gas, con base en las reservas probadas y los recursos disponibles, dando prioridad a la seguridad energética del país;*

XVIII. *Establecer la política de restitución de reservas de hidrocarburos, así como la relativa en materia de geotermia;*

...

XX. *Registrar y dar a conocer, con base en la información proporcionada por la Comisión Nacional de Hidrocarburos, las reservas de hidrocarburos,*

conforme a los estudios de evaluación y de cuantificación, así como a las certificaciones correspondientes;

XXI. *Requerir la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, a órganos desconcentrados, órganos reguladores coordinados, entidades paraestatales y empresas del sector y, en general, a toda persona física o moral que realice cualquiera de las actividades a que se refieren la Ley de Hidrocarburos, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear y la Ley de la Industria Eléctrica;*

...

XXIII. *Participar en foros internacionales respecto de las materias competencia de la Secretaría, con la intervención que corresponda a la Secretaría de Relaciones Exteriores y proponer a ésta la celebración de convenios y tratados internacionales en tales materias; y, asimismo, participar en la concertación y el seguimiento de la ejecución de los acuerdos internacionales en materia de explotación de yacimientos transfronterizos de hidrocarburos de los que el Estado mexicano sea parte;*

XXIV. *Iniciar, tramitar y resolver procedimientos administrativos e imponer las sanciones que correspondan, en términos de las disposiciones aplicables;*

XXV. *Fomentar y vigilar un adecuado suministro de los combustibles en el territorio nacional;*

...

XXXI. *Los demás que le encomienden expresamente las leyes y reglamentos.*

Más allá de limitarnos a transcribir las facultades, nos permitiremos hacer una conclusión fuera del capítulo correspondiente, que ayudara en su momento a sustentar y a comprender la hipótesis central de este trabajo académico. En la fracción VII y IX, las cuales consideramos de las más importantes en materia de hidrocarburos, se despenden dos situaciones que tienen relación con la materia impugnada en jurisdicción nacional administrativa, aquello que es posible impugnar en jurisdicción nacional mercantil y aquello que es posible impugnar a

través del arbitraje; la primera es la que refleja la obligación y atribución del diseño técnico de los contratos de administración, más la designación de la área que será objeto del contrato y la determinación de los lineamientos técnicos: la segunda se refleja el principio de mutabilidad de los contratos administrativos, que como critica apuntamos la inexistencia del dispositivo necesario para que el contratista en cumplimiento de la ley se le permita hacer solicitud para proponer alguna modificación al contrato por motivos preventivos o que subsanen alguna deficiencia que en el futuro le pueda ocasionar alguna controversia con el estado.

Respecto de las atribuciones específicas en materia de contratación la ley de hidrocarburos nos señala:

Artículo 29.- *Respecto de los Contratos para la Exploración y Extracción, corresponde a la Secretaría de Energía:*

I. Seleccionar las Áreas Contractuales conforme a los criterios que la misma establezca, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

Petróleos Mexicanos, cualquier otra empresa productiva del Estado o Persona Moral podrán poner a consideración de la Secretaría de Energía, áreas sobre las cuales exista interés para llevar a cabo la Exploración y Extracción de Hidrocarburos. Dicha propuesta no será vinculante, ni otorgará derechos preferenciales en relación con los Contratos para la Exploración y Extracción;

II. Aprobar y emitir el plan quinquenal de licitaciones de Áreas Contractuales, el cual deberá ser público. El plan podrá ser adicionado o modificado con posterioridad a su publicación, ellos términos del Reglamento respectivo;

III. Establecer el modelo de contratación para cada Área Contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la Nación, con las opiniones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional de Hidrocarburos;

IV. Diseñar los términos y condiciones técnicos de los Contratos para la Exploración y Extracción;

V. Establecer los lineamientos técnicos que deberán observarse en cada proceso de licitación de los Contratos para la Exploración y Extracción;

VI. Realizar la planeación y el desarrollo de los eventos de promoción y difusión, a nivel nacional e internacional, de las rondas de licitación, y

VII. Las demás que se prevean en los propios Contratos para la Exploración y Extracción y en las leyes aplicables

Los anteriores señalamientos se repiten una vez más. Lo nuevo es que refleja la coordinación necesaria para nutrirse para la determinación de las áreas contractuales y el modelo de contraprestación más provechoso para el estado.

La Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) se creó el de noviembre de 2008 como un organismo con autonomía técnica para regular y supervisar la exploración y extracción de hidrocarburos en México. La CNH quedó formalmente instalada el 20 de mayo de 2009, a partir del nombramiento de los cinco comisionados integrantes de su órgano de gobierno²². Como lo señalamos en el capítulo de antecedentes, el intento de apertura del sector que se suscitó por parte de la administración calderonista e iniciativa panista nació dicho órgano. Sin embargo en por a la reforma energética del 20 de diciembre de 2013 y conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública se le doto de la siguiente:

Artículo 43 Ter.- La Administración Pública Centralizada contará con Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, con personalidad jurídica propia y autonomía técnica y de gestión.

Serán creados por ley, misma que establecerá su competencia así como los mecanismos de coordinación con la Secretaría de Energía. Los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética se regirán por las disposiciones aplicables a la Administración Pública Centralizada y el régimen especial que, en su caso, prevea la ley que los regula.

²² Hidrocarburos., Comisión Nacional de. *CNH*. s.f. <<http://www.cnh.gob.mx/1100.aspx>>.

Acorde con las características de personalidad jurídica propia, autonomía técnica y de gestión, además de regirse por las disposiciones de la administración pública centralizada, la misma ley citada con anterioridad señala:

Artículo 2o.- *En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al Poder Ejecutivo de la Unión, habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública Centralizada:*

...

III. Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética a que hace referencia el artículo

28, párrafo octavo, de la Constitución.

Por lo que la naturaleza de dicho órgano es centralizada y su superior inmediato será el titular del poder ejecutivo. Diversas opiniones se hicieron respecto a la naturaleza, tanto dentro de la academia como en los medios. De las más recurridas fue la interrogante ¿Porque no darle la naturaleza de organismo autónomo?, es comprensible por el alto índice de corrupción que sufre el país, sin embargo la falsa creencia que los organismos autónomos se encuentran exento de ellas es una seria equivocación, por otra parte es justificable históricamente al igual que revelador la importancia que el estado tiene respecto al sector energético al incluir a este organismo junto con la Comisión Reguladora de Energía sean miembros de la administración pública centralizada.

Como lo menciona el artículo 43 ter de la Ley Orgánica de la administración Pública, Los organismos reguladores coordinados en materia energética, deberán ser creados por ley, la cual se materializo en la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética²³, la cual contiene las siguientes atribuciones Generales:

²³ Dicho organismo es el que llevará la regulación en los sectores industriales de *midstream* y *downstream*.

Artículo 38.- Además de las atribuciones establecidas en la Ley de Hidrocarburos y en otras leyes, la Comisión Nacional de Hidrocarburos tendrá a su cargo:

I. Regular y supervisar el reconocimiento y la exploración superficial, así como la exploración y la extracción de hidrocarburos, incluyendo su recolección desde los puntos de producción y hasta su integración al sistema de transporte y almacenamiento;

II. Licitación y suscribir los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos;

III. Administrar, en materia técnica, las asignaciones y contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos, y

IV. Prestar asesoría técnica a la Secretaría de Energía.

Por otra parte la Ley de Hidrocarburos otorga las siguientes atribuciones específicas:

Artículo 31.- Respecto de los Contratos para la Exploración y Extracción, corresponde a la Comisión Nacional de Hidrocarburos:

I. Proveer asistencia técnica a la Secretaría de Energía en la selección de las Áreas Contractuales;

II. Proponer a la Secretaría de Energía el plan quinquenal de licitaciones de Áreas Contractuales;

III. Emitir las bases que se observarán en el procedimiento de licitación y adjudicación de Contratos para la Exploración y Extracción. Lo anterior, siguiendo los lineamientos técnicos y económicos relativos a los términos fiscales que emitan las Secretarías de Energía, y de Hacienda y Crédito Público, respectivamente;

IV. Realizar las licitaciones para la adjudicación de los Contratos para la Exploración y Extracción. Para la ejecución del proceso de contratación, la Comisión Nacional de Hidrocarburos será responsable de desarrollar, administrar y publicar la información técnica sobre las Áreas Contractuales sujetas a licitación;

V. Suscribir los Contratos para la Exploración y Extracción;

VI. Administrar y supervisar, en materia técnica, los Contratos para la Exploración y Extracción. La administración y supervisión técnica de los contratos podrán realizarse con el apoyo de auditores o inspectores externos, mediante la contratación de los servicios correspondientes;

VII. Aprobar, en su caso, la modificación, cancelación o terminación de los Contratos para la Exploración y Extracción, conforme a las cláusulas que se prevean en el contrato respectivo y de acuerdo con los lineamientos técnicos y las condiciones económicas relativas a los términos fiscales que al efecto establezcan la Secretaría de Energía y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, respectivamente;

VIII. Aprobar los planes de Exploración o de desarrollo para la Extracción, que maximicen la productividad del Área Contractual en el tiempo, así como sus modificaciones y supervisar el cumplimiento de los mismos, de acuerdo con la regulación que al respecto emita;

IX. Apoyar técnicamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo en el ejercicio de sus funciones, en términos de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos;

X. Aprobar, en su caso, los programas anuales de inversión y operación de los Contratos para la Exploración y Extracción;

XI. Aprobar la cesión del control corporativo o de las operaciones, en términos de lo establecido en el artículo 15 de esta Ley y en los lineamientos que al efecto emita, y

XII. Las demás que se prevean en los propios Contratos para la Exploración y Extracción y en las leyes aplicables.

Nos permitiremos una vez más formular una conclusión que servirá de apoyo en el siguiente subtema. La formulación de las modificaciones en principio le corresponde a la Secretaría de Energía, sin embargo conforme a la fracción VII la aprobación, donde se revela la autonomía del órgano, lo que a nuestro parecer no encuentra sustento de ser a nuestros ojos.

4.3 Justicia Ordinaria y Arbitraje en los Contratos.

El arbitraje en México, desde su incursión y apertura a un mundo globalizado ha provocado no solamente cambios en la economía nacional, sino que además ha influenciado a la modificación de nuestro sistema judicial. Tal es el caso del arbitraje en 1988 el entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda a Republica en Materia Federal fue reformado para introducir normas de conflictos de leyes y permitir la aplicación del derecho extranjero en nuestro país, de igual forma se modificó el Código Federal de Procedimientos Civiles para introducir el Libro Cuarto “De la Cooperación Procesal Internacional”, sin embargo no fue sino hasta 1989 que se adicionó el Titulo Cuarto “ Procedimiento Arbitral” al Libro quinto del Código de Comercio (del cual hablaremos más adelante), que en 1933 fue modificado para adoptar la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNICITRAL)²⁴.

El arbitraje en los contratos administrativos comenzó en 1933 ,sin embargo, fue en 2009 cuando el arbitraje se permitió, sin la necesidad de lineamientos, en la contratación pública a través de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPSRM) y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), con la salvedad de aquello relativo a la rescisión administrativa y a la terminación de los contratos, la cual no se encontraba en las leyes que regían a PEMEX y a CFE. La Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley APP) de fecha 16 de enero de 2012, amplía la no arbitrabilidad a cualquier acto de autoridad emitido por una entidad estatal²⁵.

A pesar del avance que ha tenido nuestro país en la materia, se ha sometido en nuevas discusiones internacionales respecto a ella, sobre todo en materia de contratación gubernamental, como lo comenta el Doctor Español Alberto Dorrego de Carlos: “ ... la imparable expansión del arbitraje en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas no ha tenido, por el momento, su debido contrapunto

²⁴ Piedra, Julieta Ovalle. «Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción.» Agosto de 2013. <<http://www.caic.com.mx/>>.

²⁵ Wöss, Herfried, *Op. Cit.*

en el campo del sector público, que ha venido siendo refractario tradicionalmente hacia las técnicas no jurisdiccionales de dirimir las controversias en sus relaciones con los sujetos privados, incluso cuando estas tienen un contenido eminentemente económico-patrimonial, el arbitraje comercial y el Derecho Administrativo han tenido sido tradicionalmente visos como ocupantes de las antípodas uno respecto al otro; algo así, en expresión de A. Bullard, como unos *íntimos enemigos*²⁶”.

Variados han sido los motivos por los cuales la aceptación y la progresiva incursión del arbitraje en la contratación gubernamental se ha visto obstaculizada, como por ejemplo: el principio de legalidad en los actos de la administración, la indisponibilidad de las potestades públicas, el interés público como eje rector de la administración, la auto tutela administrativa y el régimen exorbitante de derecho privado, todos devenidos del *droit administratif*. Son estos mismos motivos que en la legislación nacional se ha presentado contratos administrativos (que tienen como finalidad buscar la captación de inversión extranjera, contribuir al desarrollo económico y tecnológico, así como otorgar al estado Mexicano recursos para la consecución de sus fines), con contenido de derecho público como de derecho privado, generando en ellos una contraposición, limitando por una parte a los sujetos de derecho privado y por la otra dotándole de una discrecionalidad.

Por otra parte, la integración a de los mecanismos alternativos de solución de controversias se dio a nivel constitucional, quedando consagrado de la siguiente forma:

Artículo 17:

...

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

...

²⁶ Carlos, Alberto Dorrego de. «El Arbitraje en los Contratos Públicos.» *Revista Jurídica de Catilla y León*. 29 (2013), pág 3.

Tal y como lo señala el texto constitucional, cuando menciona “las leyes”, refiere en una connotación amplia e irrestricta para establecer mecanismos como el arbitraje en diversas leyes y de diversas índoles, incluyendo entre estas a las de materia administrativa²⁷, aunado y en apoyo a lo anterior transcribimos el siguiente criterio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito:

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO²⁸.

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los

²⁷ “Es de especial mención que mediante decreto publicado el 28 de noviembre de 2008 que reformo el artículo 6° de la abrogada Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional se permitió en los contratos de obras y prestaciones de servicios el uso del acuerdo arbitral”. Piedra, Julieta Ovalle, Op. Cit., Pág 10.

²⁸ Época: Décima Época, Registro: 2004630, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, Tesis: III.2o.C.6 K (10a.), Página: 1723

medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo"; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.

Si bien, consideramos una lástima que el referido criterio no sea aun jurisprudencia, sin embargo, es permisible concluir que en el sistema legal mexicano sean considerados los mecanismos de solución de controversias un derecho humano a la par de la tutela judicial que es brindada por el estado.

En los CEE, como veremos adelante, es posible el arbitraje, aunque de forma limitada. Sin embargo, ¿Qué papel juega el arbitraje en la contratación Gubernamental?

Diversos factores son los que inciden en la decisión de una empresa transnacional para incursionar en un mercado. Uno de ellos y que realmente influye es el riesgo legal de la operación, que no es otra cosa que la posibilidad de ser sancionado, multado u obligado a pagar punitivos como resultado de

acciones supervisoras o de acuerdos privados entre las partes²⁹. Desde la Perspectiva del inversor extranjero que considera la posibilidad de emprender un negocio fuera de sus fronteras, la seguridad jurídica se entiende referida a una serie de conceptos básicos: (i) La existencia de un igual trato o, al menos, de trato equitativo respecto de las empresas nacionales; (ii) La existencia de reglas claras y simples sobre el establecimiento de las empresas (y, en particular, a su proceso de start-up: contratación de suministros, construcción de edificios, alquileres, licencias administrativas, urbanísticas, comerciales, etc.); (iii) Garantías jurídicas sobre el movimiento de personas físicas; (iv) Garantías jurídicas sobre la propiedad privada, lo que implica la existencia de un sistema aceptable de registros inmobiliarios, garantías en las transacciones, así como garantías frente a expropiaciones o nacionalizaciones; (v) Garantías sobre la obligatoriedad y cumplimiento de los contratos; (vi) Estabilidad regulatoria. Especialmente relevante en los sectores monopolizados y en aquellos en los que existe una fuerte intervención del Estado (por ejemplo, en el ámbito de la explotación de recursos naturales, pesquerías, infraestructuras, energía, telecomunicaciones, transportes y servicios públicos en general); (vii) Estabilidad en la legislación fiscal;

(viii) Existencia de garantías sobre trato equitativo, transparencia, publicidad y concurrencia en las licitaciones públicas; (ix) Garantía en la transferencia de rentas y en la repatriación de beneficios, así como en la clausura de las inversiones e insolvencia; Y, sobre todo, a los efectos que aquí nos ocupan, (x) la existencia de un sistema justo, imparcial y razonablemente rápido de solución de controversias jurídicas, tanto en las relaciones privadas como en las relaciones entre el empresario privado y el Estado o las Agencias públicas³⁰.

Por lo que la institución del arbitraje es pieza clave en la captación de inversión extranjera, por el hecho de brindar una seguridad jurídica además que como lo señala en Doctor Héctor Jorge Escola: “la jurisdicción arbitral aparece como la más adecuada y conveniente para resolver conflictos de esta clase, por la simplicidad de sus procedimientos, el hecho de que pueda integrarse un tribunal

²⁹ Espiñeira, Sheldon y Asociados. «Riesgo Legal desde la Perspectiva del Riesgo Operacional.» *Boletín de Asesoría Gerencial* 8 (2008): 5. <<https://www.pwc.com/ve/es/asesoria-gerencial/boletin/assets/boletin-advisory-edicion-08-2008.pdf>>.

³⁰ Carlos, Alberto Dorrego de, Op. Cit., pág 8

más específicamente capacitado para cada caso y la mayor celeridad que puede imprimirse a sus tramitaciones”³¹. Sin embargo pese a lo vertido con anterioridad hay quienes sostienen opiniones totalmente contrarias una de la otra. El Doctor Francisco González de Cossío nos dice: “Para entender por qué, pongámonos en los zapatos de un inversionista que desee inyectar capital importante a México para conllevar alguna de las actividades que permitirá el nuevo régimen de hidrocarburos. Al hacerlo, el arbitraje jugará un papel clave. Será el elemento de credibilidad. Lo que asegura que el contrato significa lo que dice. Pero si se excluye la rescisión, el inversionista siempre dudará. Sus asesores tendrán que decirle que hay riesgo — como está aconteciendo. Y ello se traduce en mayor costo de financiamiento, o pérdida de la inversión. Esto último es subestimado por algunos. Quienes asesoran en esta materia lo viven tan directa y no infrecuentemente: la recanalización de capital a otras jurisdicciones es algo real — mucho más de lo que algunos sospechan”³². Mientras que en oposición, el comisionado Édgar Rangel Germán comenta: “Cuando anuncias que se va a reformar para invertir en una cuenca geológicamente muy generosa, entonces yo veo difícil que las empresas se vieran inhibidas por alguna razón (discusión de la entrevista “el arbitraje”). Sí podrías poner piedras con leyes pero el objetivo del gobierno por ahora es seguir las mejores prácticas internacionales, México es único en el aspecto técnico, no estoy hablando románticamente, por la geología, la gran mayoría del Golfo de México es prácticamente virgen desde el punto de vista de exploración, entonces México tiene una de las provincias más generosas de todo el planeta y eso es lo que lo hace atractivo”³³. Por nuestra parte si consideramos relevante el costo de riesgo legal que pueda ocasionar el arbitraje en los CEE.

Ahora, ¿De qué forma el legislador reconcilio el arbitraje con el derecho público en los CEE? Establecido en el dispositivo 21 de la Ley de hidrocarburos, el arbitraje es permitido.

³¹ Piedra, Julieta Ovalle, *OP. Cit.*,pág 8.

³² Cossío, Francisco González de. *Quien No Conoce la Historiam Está Obligado a Repetirla: El Arbitraje en la Ley de Hidrocarburos*. Cenro de Arbitraje de la Industria de la Construcción., 2014, pág 2

³³ Meana, Sergio. *Nueva legislación negaría*. México: El Financiero , 2014.

Artículo 21.- *Tratándose de controversias referidas a los Contratos para la Exploración y Extracción, con excepción de lo mencionado en el artículo anterior, se podrán prever mecanismos alternativos para su solución, incluyendo acuerdos arbitrales en términos de lo 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 en todo caso, 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.

Del Artículo transcrito se desprenden las siguientes cuestiones: “con excepción de lo mencionado en el artículo anterior” —**excepción arbitral en la rescisión administrativa**—,” se podrán prever mecanismos alternativos para su solución” —**mecanismos distintos al arbitraje**—, “incluyendo acuerdos arbitrales en términos de lo 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”— **normas que regirán el arbitraje**— y por ultimo las **restricción al proceso arbitral petrolero**, las cuales procederemos a su análisis.

- **Excepción arbitral en la rescisión administrativa**

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las mismas, la rescisión administrativa es un modo de extinción anormal del contrato administrativo que tiene como causa el incumplimiento del contratista. La naturaleza respecto a este acto ha sido variada, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. La doctrina toma como criterio la procedencia del régimen exorbitante de derecho privado, instrumentado bajo cláusulas exorbitantes, como un acto administrativo, mientras otros doctos sostienen que

el mismo acto no dista mucho de lo contenido en el derecho privado. Por otra parte, la jurisprudencia se armoniza con el primer criterio:

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA³⁴.

Tomando en consideración que la resolución mediante la cual una autoridad rescinde unilateralmente y en forma imperativa un contrato de obra pública, por causas que se dicen imputables al contratista, con apoyo en los artículos 43 de la Ley de Obras Públicas y 58 de su Reglamento, así como en una de las cláusulas del propio contrato, **constituye un acto de autoridad de naturaleza administrativa**, relacionado con un contrato también administrativo y con disposiciones de esa materia, como lo son la citada Ley de Obras Públicas y su Reglamento, resulta competente para conocer del juicio administrativo federal iniciado por el particular en contra de la autoridad emisora del acto, el juez de Distrito en Materia Administrativa respectivo, pues concurren los requisitos que el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación exige para que se actualice dicha hipótesis competencial, consistente en la existencia de una controversia suscitada con motivo de la aplicación de una ley federal, en la que deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad de naturaleza administrativa.

Respecto a considerar la rescisión administrativa de naturaleza de derecho privado nos dice la Doctora Julieta Ovalle Piedra: “El origen de la rescisión tanto en materia administrativa como en civil o mercantil es el incumplimiento de obligaciones. La posibilidad de decretar la rescisión ante sí y por sí sin la intervención judicial existe no sólo en materia de contratos administrativos, sino también en los contratos civiles y mercantiles con el simple hecho de pactar

³⁴ Época: Octava Época, Registro: 205457, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Núm. 78, Junio de 1994, Materia(s): Administrativa, Tesis: P./J. 20/94, Página: 18

expresamente esta facultad²⁵. Tal y como se encuentra regulada en nuestro derecho, la rescisión administrativa no puede considerarse una cláusula exorbitante y por ende su ejercicio no debería ser considerado un acto de autoridad o administrativo”³⁵. Por lo tanto si es excluida las cláusulas rescisorias administrativas del régimen exorbitante, el acto rescisorio dejaría de tener una naturaleza administrativa y por ello no existiría fundamento para que las mismas no sean materia en un proceso arbitral.

Respecto a los CEE, dichas clausulas se encuentran enunciadas en el artículo 20 (las cuales mencionamos en líneas precedentes):

Artículo 20.- *El Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá rescindir administrativamente los Contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual únicamente cuando se presente alguna de las siguientes causas graves:*

- I. Que, por más de ciento ochenta días naturales de forma continua, el Contratista no inicie o suspenda las actividades previstas en el plan de Exploración o de desarrollo para la Extracción en el Área Contractual, sin causa justificada ni autorización de la Comisión Nacional de Hidrocarburos;*
- II. Que el Contratista no cumpla el compromiso mínimo de trabajo, sin causa justificada, conforme a los términos y condiciones del Contrato para la Exploración y Extracción;*
- III. Que el Contratista ceda parcial o totalmente la operación o los derechos conferidos en el Contrato de Exploración y Extracción, sin contar con la autorización previa en términos de lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley;*
- IV. Que se presente un accidente grave causado por dolo o culpa del Contratista, que ocasione daño a instalaciones, fatalidad y pérdida de producción;*

³⁵ Piedra, Julieta Ovalle, *OP. Cit.*,pág 12.

- V. Que el Contratista por más de una ocasión remita de forma dolosa o injustificada, información o reportes falsos o incompletos, o los oculte, a las Secretarías de Energía, de Hacienda y Crédito Público o de Economía, a la Comisión Nacional de Hidrocarburos o a la Agencia, respecto de la producción, costos o cualquier otro aspecto relevante del Contrato;*
- VI. Que el Contratista incumpla una resolución definitiva de órganos jurisdiccionales federales, que constituya cosa juzgada, o*
- VII. Que el Contratista omita, sin causa justificada, algún pago al Estado o entrega de Hidrocarburos a éste, conforme a los plazos y términos estipulados en el Contrato para la Exploración y Extracción.*

El Contrato de Exploración y Extracción establecerá las causales de terminación y rescisión del mismo, sin menoscabo de las causales de rescisión administrativa contempladas en el presente artículo.

La declaración de rescisión administrativa requerirá notificación previa al Contratista de la causal o causales que se invoquen y se regirá por la presente Ley y su Reglamento. Una vez notificada la causal, el Contratista tendrá un máximo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha de la notificación, para exponer lo que a su derecho convenga y aportar, en su caso, las pruebas que estime pertinentes.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión Nacional de Hidrocarburos contará con un plazo de noventa días naturales para resolver considerando los argumentos y pruebas que, en su caso, hubiere hecho valer el Contratista. La determinación de dar o no por rescindido administrativamente el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al Contratista.

Si el Contratista solventa la causal de rescisión en que haya incurrido antes de que la Comisión Nacional de Hidrocarburos emita la resolución respectiva, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, previa aceptación y verificación de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y aplicando, en su caso, las penas correspondientes conforme a lo dispuesto en la presente Ley.

Como consecuencia de la rescisión administrativa, el Contratista transferirá al Estado sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna, el Área Contractual. Asimismo, se procederá a realizar el finiquito correspondiente en términos de las disposiciones jurídicas aplicables y de las previsiones contractuales.

El Contrato para la Exploración y Extracción determinará las condiciones de tal transferencia y las obligaciones a cargo del Contratista.

En cualquier caso, el Contratista mantendrá la propiedad de los bienes e instalaciones que no sean conexos o accesorios exclusivos del área recuperada.

La rescisión administrativa a que se refiere este artículo no exime al Contratista de la obligación de resarcir aquellos daños o perjuicios que correspondan, en términos de las disposiciones jurídicas aplicables.

Como se desprende del artículo anterior en contraste con el artículo 21, todo aquello que no sean estas 7 fracciones podrá ser materia del proceso arbitral, sin embargo cuando el mismo artículo dice “sin menoscabo de la las mencionadas”, en el vertido artículo 20, la administración está facultada para integrar clausulas rescisorias, las cuales son denominadas conforme con el Anexo II en la cláusula 22.2, como rescisión administrativa, por la que se encuentra supeditada al proceso establecido en la cláusula 26 que dice: “Cualquier modificación a este Contrato deberá hacerse mediante el acuerdo por escrito de ambas Partes, y toda renuncia a cualquier disposición del Contrato hecha por cualquiera de las Partes deberá ser expresa y constar por escrito”. De lo anterior es imposible de dejar de observar la tremenda incertidumbre jurídica que provoca la cláusula, ya que las rescisiones de los contratos por cláusulas contractuales no esclarecen porque vía es impugnabile. Esto no es posible de entender sin la interpretación de la ley. Entonces, ¿Cuáles son las vías por las que se puede impugnar la rescisión administrativa y la contractual?

Para dar respuesta a lo anterior deberemos de establecer: la jurisdicción, órgano competente y la competencia por materia.

- **Jurisdicción y órgano competente.**

Como lo establecimos con anterioridad, la jurisdicción que normara toda actividad en la industria de hidrocarburos será la federal, conforme al artículo 95 de la Ley de Hidrocarburos. Por lo que solo los órganos jurisdiccionales federales serán competentes para dilucidar las posibles controversias. De dichos órganos, hasta esta primera aproximación a la interpretación de la ley, podrán concurrir en primera instancia: Juzgados de Distrito Y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Sin embargo, en la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, dispone en su Capítulo VIII “Definitividad de las Normas Generales y Actos de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética”, lo siguiente:

***Artículo 27.-** Las normas generales, actos u omisiones de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que impongan multas, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.*

Cuando se trate de resoluciones de dichos Órganos Reguladores Coordinados emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio, sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida.

En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales.

En las decisiones fundadas y motivadas que sean aprobadas por los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, no podrá alegarse un daño o perjuicio en la esfera económica por aquéllos que realicen las actividades reguladas.

Entonces, el único medio de impugnación será el Juicio de Amparo, que tiene las siguientes particularidades:

- a) No serán objeto de suspensión, esto en relación con la rescisión administrativa la transferencia se hará mediante un procedimiento de transferencia.
 - b) Se considera de oficio la suspensión definitiva cuando verse sobre multas.
 - c) Las resoluciones que emanen de un procedimiento seguido en forma de juicio solo podrá impugnarse la forma as no la materia de la resolución que ponga fin al procedimiento (la que encuentra relación con la rescisión administrativa por contener el principio de garantía de audiencia), lo que tiene mucho sentido con la siguiente.
 - d) No existe mecanismo de impugnación intraprocesal.
 - e) No podrá alegarse un perjuicio económico en las decisiones fundadas y motivadas.
- **Competencia por materia.**

Como lo fue mencionado en el tema de la naturaleza del contrato administrativo, las materias que concurren en este acto jurídico son: la administrativa y la mercantil, conforme al artículo 97 de la Ley de Hidrocarburos. Por lo que la vía de impugnación dependerá sobre el acto que se impugne y la naturaleza que esta tenga, en resumen la materia, lo que resulta muy difícil puesto que no existe norma expresa que determine qué asunto es mercantil y cual es administrativo. Sin embargo otro criterio para diferenciar la vía es respecto del organismo de la administración Pública Federal que emita el acto, así mientras sea la Secretaria de Energía o la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, serán las vías tradicionales administrativas ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y sus respectivas instancias. Respecto a la materia mercantil, será la vía de los Juzgados de Distrito especializados en materia mercantil en ausencia del acuerdo arbitral.

Cabe mencionar que la única materia que el modelo contractual propuesto por al Comisión Nacional de Hidrocarburos (Anexo II) en lo referente a la garantía corporativa, la cual es definida como “la garantía de las obligaciones del Contratista en virtud de este Contrato, de acuerdo con el modelo del Anexo 2 (dicho anexo del contrato no es otra cosa que el contrato de garantía

corporativa), que será celebrada por el Garante simultáneamente con la suscripción del presente Contrato, será materia arbitral.

De la misma forma, el Anexo II en la cláusula 25.3: “Todas las controversias entre las Partes que de cualquier forma surjan o se relacionen con las causales de rescisión administrativa previstas en la Cláusula 22.1 (cláusulas de rescisión administrativa), deberán ser resueltas exclusivamente ante los Tribunales Federales de México”. Una solución que emana del artículo 21 y que se resume en la siguiente frase “todo aquello que no es rescisión administrativa, será arbitrable”, solución que consideramos desdeñable por ser tan ambigua al respecto, ya que se basa totalmente en la existencia del acuerdo arbitral, pues cuando este no exista no se tendrá un criterio para definir si será impugnado ante juzgados especializados en materia administrativa o mercantil.

- **Mecanismos distintos al arbitraje.**

En el Anexo II, la cláusula 25 referente a la ley aplicable y solución de controversias, se prevé la conciliación la cual quedo estipulada de la siguiente forma:” En el caso de que surja cualquier controversia entre las Partes relacionada con este Contrato, las Partes, previo al inicio de cualquier procedimiento previsto en la Cláusula 25.4, tratarán de resolverla a través de un mecanismo de consultas directas. Esta etapa de consultas directas iniciará con una comunicación dirigida por cualquiera de las Partes a la otra”.

- **Normas que regirán el arbitraje y restricción al proceso arbitral petrolero.**

Tal y como lo menciona el artículo 21, los arbitrajes en los CEE es aplicable Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, lo cual en palabras del Doctor Francisco Cossío González: “El que esta importante pieza legislativa haya elegido contemplar una norma de engarce en lugar de un régimen de *novo* es tan atinado como plausible: en lugar de reinventar el hilo negro, se hizo aplicable el buen derecho arbitral existente: Título IV del Libro V del Código de Comercio.

Sin embargo, no es lo mismo referente a lo establecido respecto de los tratados internacionales, ya que permiten la intrusión al sector energético, por lo que el

mismo legislador abre la puerta y da la bienvenida a los Tratados Bilaterales y Multilaterales en Materia de Protección de Inversiones (denominados por su acrónimo TBI o APPRIS's), como es el caso del Tratado de Libre Comercio con América del Norte en su capítulo decimo referente a la contratación gubernamental. Y más allá de la complejidad de la materia, en el derecho internacional y sobretodo en la materia de hidrocarburos se habla de la *Lex Petrolea*, la que en los últimos treinta años, un número cada vez más grande de laudos arbitrales internacionales relacionados con la industria petrolera han sido expedidos. Estas decisiones proveen material del que se nutre la costumbre internacional. En una demanda contra de Kuwait, el Estado argumentó que los conflictos de esta especie han generado una costumbre válida para la industria petrolera - una *lex petrolea*- que informaba la *lex mercatoria*.

Según Doak Bishop, la *lex petrolea* está conformada por:

- Expropiaciones y concesiones
- Nacionalización de contratos
- Legalidad de expropiaciones
- Efecto de las cláusulas de estabilización³⁶.

Por otra parte el Doctor Alberto Dorrego de Carlos nos dice: “Estos Tratados, muy extendidos desde aquellos años, forman actualmente una tupida red convencional, que cuenta hoy más de cinco mil tratados contabilizados en el mundo, con mucha similitud entre todos ellos, cuyo objeto es obligar a los Estados receptores de inversión extranjera respecto a las empresas inversoras en cuatro grandes capítulos:

- a) El derecho a recibir un trato equivalente a los inversores nacionales, nunca inferior al garantizado por el Derecho Internacional.
- b) La protección frente a las nacionalizaciones, expropiaciones y medidas de efecto equivalente.

³⁶ ROBALINO-ORELLANA, AVIER. *Globalización de los contratos administrativos mediante las cláusulas paraguas*. Ecuador: Latin Arbitration Law, 2013.

- c) La Garantía de la libre transferencia de rentas y beneficios empresariales,y
- d) El derecho a la compensación por daños o pérdidas derivadas de guerras, insurrecciones, asonadas o eventualidades similares.

Además de los contenidos ya indicados, todos estos Tratados internacionales incorporan dos reglas adicionales de la máxima importancia a los efectos que aquí nos ocupan:

- a) Por una parte, incluyen siempre a la tradicional cláusula de la Nación más favorecida, que determina que siempre sean aplicables al inversor los estándares de protección más elevados establecidos por cualquier otro tratado concertado por el Estado receptor.
- b) Por otra parte, establecen un derecho a favor del empresario privado de someter a arbitraje internacional las diferencias surgidas con el Estado receptor de la inversión”³⁷.

Por lo que es evidente que no todas las clausulas y contenidos del contrato se adecuaran al modelo del Anexo II, esto dependerá en gran medida del contratista y observar si la medida legislativa respecto de nacionalizar a los inversores propiciara, en unos y otros casos, la tangente por las que no se aplicaran dichos tratados.

A mero comentario, esta situación no fue soslayada por los legisladores, evidencia es el voto particular enunciado por el Senador David Penchyna Grub, miembro de las Comisiones Unidas de Energía y Estudios Legislativos que nos dice lo siguiente:

“Si bien la rescisión no podría ser sometida a arbitraje comercial, seguramente si podrá ser sometida a arbitraje inversionista-estado bajo los diversos tratados de libre comercio y los tratados de protección a la inversión que tiene celebrado México. Dado lo anterior, resulta también importante tomar en consideración la experiencia que han tenido los distintos Estados que implementaron aperturas como la propuesta en las Iniciativas en estos procedimientos

³⁷ Carlos, Alberto Dorrego de. *Op. Cit.*, pág 18

arbitrales”. Posterior a ello expone diversos casos en donde se involucran este tipo de arbitrajes, los cuales en lo particular no son prohibidos por la norma ni mencionados en los contratos, por lo que son permisibles, ya que como lo expusimos con anterioridad el acceso al arbitraje es equiparable en nuestro sistema legal a un derecho humano y el contratista tiene permitido todo aquello que no le prohíba la ley.

Con el ánimo de terminar el tema del arbitraje transcribiremos la opinión de diversos doctos en la materia respecto al arbitraje en los CEE y en general a la misma situación que se vive respecto de prohibir la arbitrabilidad de la rescisión administrativa.

Julieta Ovalle Piedra: “Al excluir del arbitraje a la rescisión administrativa y a la terminación anticipada de los contratos, se frustra en gran medida el objetivo que se buscaba originalmente al incluir cláusulas arbitrales en los contratos administrativos. Si lo que se busca es dar certeza a los inversionistas y hacer que los recursos se utilicen de la manera más eficiente solucionando los conflictos que puedan surgir con el menor costo y en el menor tiempo posible, es indispensable que exista³⁸”.

Francisco Gonzales de Cossío: “La utilización en forma excepcional del arbitraje es lamentable. Aunque alude al contrato que constituye el corazón de la ley, de propiciarse la necesidad de usar otros detonará la duda sobre si ello es posible conforme a dicha *lex specialis*. Ante ello, hubiera sido conveniente simplemente indicar que la materia (no un contrato que versa sobre ella) es arbitrable. Se trata de menos ley que hace mejor Derecho.

En suma, a los ojos del inversor, establecer que el problema más serio que puede vivir su contrato —la rescisión— está fuera de la misión del arbitraje es el equivalente a jugar póquer con un As bajo la manga.

Es de admitirse que la visión va en contra de décadas — siglos inclusive — de derecho escrito y jurisprudencial administrativo. Pero al hacerlo no se hará nada que no hagan el resto de los Estados de la comunidad internacional — y que además es conveniente. La relectura que se propone es consistente con lo que

³⁸ Piedra, Julieta Ovalle, *OP. Cit.*,pág 14

muchas otras jurisdicciones están haciendo con miras a oxigenar su mercado, atraer tecnología de punta y capital. ¿Cómo? Dando seguridad jurídica.

Además, el paso no supone desventaja alguna, ni “renuncia a una facultad soberana”. Significa únicamente que honrará lo pactado. El Estado podrá defenderse vis-à-vis el particular de la misma manera que lo hace en otros frentes. Y sus facultades qua regulador persisten. Lo único que cambia es el mensaje que manda: que no busca ventajas.

Concebir a la rescisión administrativa como un acto *iure imperi* propicia problemas. Tres saltan a la vista: pluralidad de mecanismos, litigios paralelos y falta de certeza. Pero por encima de las consecuencias jurídicas están las pragmáticas: el inversor sospecha. Percibe la exigencia que los problemas relacionados con el contrato se diriman en sus tribunales como una ventaja injusta a favor del Estado. Como un espacio de oportunidad para cobijar arbitrariedad o por lo menos aletargar la solución eficiente del problema (dada la congestión judicial). Ello puede o no ser cierto, pero la mera percepción de ello es suficiente para encarecer —a veces ahuyentar—inversión.

Se contesta también que, siendo un contrato derivado del artículo 134 Constitucional, el régimen y objetivos son diversos a los contratos privados. Como explico en otro contexto, el arbitraje no solo no merma el objetivo, sino que ayuda a lograrlo. Al ser un instrumento que brinda certeza, reduce un costo importante: el riesgo. Luego entonces, cuando existe arbitraje, la prima de riesgo de la inversión se reduce. Resultado: contratos con el Estado en mejores términos económicos que aquellos en los que no existe la opción.

Permitir arbitraje en materia de rescisión administrativa no implica renuncia ni desventaja alguna. El Estado puede defenderse en el arbitraje con toda la energía que el asunto merece y requiere. El derecho sustantivo permanece intacto. Lo único que cambia es el ojo del evaluador.³⁹

Herfried Wöss: “Con respecto a los últimos es importante que en México se adopten las mejores prácticas, utilizando modelos de contratos como los de la FIDIC y los utilizados en la industria del petróleo y gas, combinado con los

³⁹ Cossío, Francisco González de, Op. Cit.

mejores mecanismos de manejo de reclamos (*claim management*) y los *dispute boards* como mecanismos preventivos y de administración de disputas, los cuales han sido reconocidos por el propio Banco Mundial. Finalmente, si las disputas en proyectos complejos no pueden resolverse, la alternativa es acudir al arbitraje como el mecanismo más idóneo que permite la elección de árbitros expertos en la materia”⁴⁰.

Von Sierra & Partners: “Desafortunadamente, el permitir en términos generales la arbitrabilidad de las disputas derivadas de un contrato para la exploración y extracción de hidrocarburos, pero al mismo tiempo excluir a la rescisión administrativa de la misma genera efectos indeseables que ya se han presentado en el pasado. Tal y como lo mencionamos en el apartado previo, con respecto a PEMEX y CFE, bajo el régimen anterior de dichas entidades, la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa de un contrato da lugar a incertidumbre y genera el indeseable escenario de litigios paralelos (arbitraje y litigio judicial simultáneos sobre causas y efectos interconectados). En este sentido, lejos de fomentar la participación nacional o extranjera en este tipo de contratos se desincentiva. Los contratos de exploración y producción representan, sin duda, un alto componente de riesgo en sí mismos, por lo que al añadirse un factor adicional de riesgo de naturaleza legal (consistente en potenciales litigios paralelos y contradictorios) se restringe el potencial de inversión buscado con la reforma energética.

Consideramos que lo más conveniente sería, o bien, permitir la arbitrabilidad de la validez de la rescisión administrativa (dejando fuera de la competencia del árbitro algunos efectos como la recuperación del área contractual asignada y los bienes instalados en ella indispensables para su explotación) o, simplemente eliminar la posibilidad de la arbitrabilidad de la disputa y sujetar a la competencia de los tribunales mexicanos cualquier disputa derivada de los contratos de exploración y extracción”⁴¹.

4.4 Caso Brasil y Argentina.

⁴⁰ Wöss, Herfried. Op. Cit.

⁴¹ Sierra, Von Wobeser &. *Los Métodos de Resolución de Controversias en la Reforma Energética*. México: Mexican Legal News, 2014.

Para tener un panorama en lo referente al arbitraje en otras latitudes con los mismo factores económicos, con el mismo tipo de apertura en el sector energético en la cual ha incursionado México, y su impacto en la economía de ambos países.

Opto por un modelo concesionario más que por uno contractual, que si bien el nombre hace referencia a dos actos distintos, consideramos que no distan mucho de los Contratos Administrativos con la salvedad que como lo expone el Doctor Luiz Cesar P. Quintans: la característica principal de los contratos de concesión es que implica, para el concesionario, la obligación de explorar por su cuenta el riesgo y , en caso de éxito, producir petróleo o gas natural en determinada área, confiriéndole la propiedad de esos bienes, después de extraídos, como los encargos relativos a la contraprestación de los tributos y de las participaciones legales o contractuales correspondientes a la luz del artículo 26 de la Ley del Petróleo n° 9478/97⁴².

Respecto al Arbitraje encontramos que se encuentra en un plano irrestricto y tan abierto que reduce, en comparación con México, a la mínima expresión el riesgo arbitral, sin menoscabo del alto riesgo político. El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes, podrán escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas, siempre que no haya violación a las buenas costumbres y al orden público. Puede también pactarse que el arbitraje se realice con base en los principios generales de derecho, en los usos y costumbres y en las reglas internacionales de comercio, aunado a que el petróleo y el gas se encuentran bajo las mejores prácticas de la industria⁴³. Sin embargo como lo expone el mismo autor, a lo largo de los años los contratos de las concesiones sufrirán ajustes necesarios y críticas constructivas en relación a la definición de los árbitros y de los tribunales arbitrales. Respecto al impacto económico que se puede ver traducida en la inversión a nuestros vecinos del sur, es inexorablemente evidente que Brasil de sus diversas trincheras económicas ha alcanzado la 7 posición económica mundial y en lo referente al petróleo su producción alcanzo en 2012 los 2.652.00 millones de barriles mientras que

⁴² Quintans, Luiz P. Óp. Cit. Pág. 168

⁴³ *Ídem*, pág. 271

México alcanzo 2.936.000⁴⁴, teniendo la participación de diversos actores como Shell, Chevron, Ipiranga y por supuesto PETROBRAS, entre otros.

Por otra parte de Igual forma que Brasil opto por un modelo concesionario, con un contenido distinto del miembro de las BRIC's, en cuanto a la doctrina por las que se aplican. Respecto al arbitraje, establece su Ley de hidrocarburos n° 17.319 expedida el 23 de junio de 1967, en su artículo 86 lo siguiente:

Art. 86. — En las cláusulas particulares de los permisos y concesiones se podrá establecer, cuando el Poder Ejecutivo lo considere pertinente, la intervención de un tribunal arbitral para entender en cuanto se relacione con la declaración administrativa de caducidad o nulidad, efectuada por el Poder Ejecutivo según lo previsto en el artículo 83, en sus consecuencias patrimoniales.

Igual tratamiento podrá acordarse respecto de las divergencias que se planteen entre los interesados y la autoridad de aplicación sobre determinadas cuestiones técnicas, especificadas al efecto en cada permiso o concesión.

El tribunal arbitral estará constituido por un árbitro designado por cada una de las partes y el tercero por acuerdo de ambos o, en su defecto, por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cuando el artículo referido habla sobre nulidad y caducidad se refiere, en otros términos, al primero a la inexistencia del acto jurídico (dotado de una gran influencia de la teoría del acto jurídico) y la segunda a la rescisión administrativa, es notable que la discrecionalidad y protección a los recursos naturales por parte del estado argentino es mucho mayor a la de México, esto por no tratarse de una prerrogativa del ejecutivo sino por una posibilidad. Por lo que respecta al impacto económico. Edward Morse, director de investigación de commodities de Citibank, explica: “que la caída en las inversiones hacia Argentina, es debido a que no exista la posibilidad de arbitraje internacional. Hasta ahora los contratos en Argentina no

⁴⁴ Datos tomados de The World Fact Book, CIA, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>

cuentan con estos términos y se puede atribuir una parte de la baja en la caída de inversión extranjera a este factor”. Definitivamente tener un sitio neutral como Nueva York, Londres, La Haya o Houston, para resolver conflictos entre empresas y sujetos de derecho de diversas nacionalidades es algo que incrementa el flujo de inversión, Es un problema potencial, no es una forma preferida de atraer capital. Típicamente la dimisión de controversias se hace en centros reconocidos de arbitraje internacional⁴⁵.

⁴⁵ Meana, Sergio. Óp cit.