

TAXONOMÍA DE LOS CONTRATOS PARA EL *UPSTREAM* EN LA INDUSTRIA DE LOS HIDROCARBUROS DE MÉXICO

Iván LÁZARO SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La internacionalidad de los contratos*. III. *Naturaleza jurídica*. IV. *Elementos estructurales*. V. *Regulación mínima necesaria*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma estructural en materia energética realizada en México,¹ ha marcado una nueva etapa constitucional y legal en la tutela de los hidrocarburos del país, recursos no renovables que de acuerdo al actual texto de nuestra carta fundamental, aun cuando se consideran estratégicos para la nación,² su exploración y extracción, así como los beneficios económicos resultantes de estas actividades, se podrán realizar y compartir con personas jurídicas colectivas nacionales o extranjeras a través de la celebración de diversas figuras contractuales,³ por lo que resulta indispensable el análisis sistematizado de sus estructuras y naturaleza, debido a sus implicaciones jurídicas, económicas y sociales.

En tal sentido, nos planteamos la hipótesis de que los contratos para la exploración y extracción de los hidrocarburos de México son figuras híbridas, en tanto que si bien, se tutelan mediante un régimen especial, estos

* Catedrático en el Instituto Universitario Puebla, Campus Tabasco, en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la UJAT y Director de Investigaciones Jurídicas y Capacitación de la Federación Mexicana de Colegios de Abogados A.C.

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 20 de diciembre del año 2013.

² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* artículo 28, párrafo IV, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917.

³ Artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional en materia energética, publicada el 20 de diciembre del 2013.

se rigen para su celebración preponderantemente por el derecho administrativo, y en su ejecución por el derecho privado, pero bajo un marco jurídico consuetudinario internacional, por lo que su interpretación requiere de una perspectiva interdisciplinaria que permite afirmar su naturaleza jurídica *sui generis*, enmarcada dentro del derecho energético como rama autónoma de la ciencia jurídica.

El presente trabajo tiene como objetivo general realizar un análisis sobre las características y los aspectos que atañen a los contratos de exploración y extracción de los hidrocarburos, para establecer su naturaleza jurídica, componentes y estructuras, pues aun cuando en el ámbito internacional no existe el predominio de un sistema legal específico sobre el marco de tutela y la conformación de estos, si es posible profundizar en su configuración y componentes generalmente aceptados por las partes integrantes de la industria.

II. LA INTERNACIONALIDAD DE LOS CONTRATOS

La globalización ha propiciado la interdependencia económica de las naciones y la creación de una política internacional orientada hacia la celebración de tratados que faciliten los acuerdos comerciales, regionales o bilaterales, lo que a su vez ha permitido la creación de relaciones contractuales entre particulares de diferentes nacionalidades o de estos con las propias naciones. Paralelamente el ámbito jurídico, ha debido adaptarse a estos vertiginosos cambios que ha traído la llamada “aldea global”:

Si bien es cierto que el fenómeno de la globalización tiene sobre todo un contenido económico, en el ámbito jurídico ha provocado que ordenamientos, tales como el constitucional, mercantil, civil, penal, fiscal, en la seguridad social, laboral etc., hayan sido influidos por los reacomodos geopolíticos, económicos, sociales y tecnológicos que ha propiciado sobre todo en la última década del siglo pasado y en los años transcurridos del presente; en el orden formal se evidencia la ruptura de las barreras políticas, merced a la flexibilización de los sistemas sociales y económicos, para facilitar la realización de prácticas comerciales en todo el mundo, que rompen con los esquemas formales tradicionalmente concebidos por los sistemas jurídicos a nivel nacional y tal ruptura se ha propiciado; en el orden jurídico, gracias a la acción de los organismos internacionales que preparan esquemas de desarrollo jurídico y económico no formales para regular tales prácticas.⁴

⁴ Castrillón y Luna, Víctor M., *Contratos mercantiles*, México, Porrúa, 2014, p. 67.

Es así como los acuerdos multilaterales se vuelven más complejos, a causa de que sus características y contenido deben organizarse tomando en consideración diversas variables como; el marco jurídico nacional, el tipo de negocio que se pacte, la nacionalidad de los contratantes, origen de los recursos económicos, el volumen del capital, entre otros muchos aspectos. Es por esto que Darío Lamanna expresa que: “desde el punto de vista jurídico, las actividades de la industria se caracterizan por la presencia de complejos sistemas contractuales entre los diversos actores”.⁵

Sobre los contratos internacionales, Jorge Oviedo resalta uno de los puntos más controversiales, centrado en que: “podemos encontrarnos con respuestas jurídicas diferentes a una misma situación de hecho, tales como las normas relacionadas a la capacidad, la validez y formación de los contratos, la ejecución de las obligaciones y efectos derivados, entre otras”.⁶

Precisamente por lo que enuncia este autor, es que se ha intentado fortalecer la unificación de los principios y contratos mercantiles internacionales, así es como surge la necesidad de contar con unas reglas uniformes que se puedan aplicar a la transacción, sin importar la naturaleza y nacionalidad de la persona que interviene en el acto, ni la ubicación de los bienes objeto del negocio, así como tampoco, los diferentes sistemas político-económicos. Así se evitan los problemas jurídicos derivados de tratar de encontrar la ley del contrato aplicable, así como el tribunal y la ley aplicable para regular el eventual conflicto jurídico que puede surgir.⁷

Asimismo, los contratos conocidos como “petroleros”, celebrados entre Estados y empresas para concursar por concesiones o contratos sobre petróleo y demás hidrocarburos en los países receptores de la inversión:

constituyen un reto para el derecho internacional, de donde surgieron las teorías que forman parte del estudio de esta rama del derecho, lo cual ha ido acompañado de los mecanismos para la solución de controversias que da

⁵ Lamanna, Darío G., *Aspectos jurídicos y contractuales de la industria petrolera*, México, Lid Editorial Mexicana, 2017, p. 31.

⁶ Oviedo Albán, Jorge, “La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos mercantiles internacionales”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “*Compraventa Internacional*”, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, Aula Mutis del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 16 de mayo del 2002.

⁷ Vásquez del Mercado Cordero, Óscar, *Contratos mercantiles internacionales*, México, Porrúa, 2011, p. 289.

origen al arbitraje internacional y a muchos otros cambios relevantes en el mercado mundial del petróleo.⁸

Por esta razón, la comunidad internacional también se ha dado a la tarea de crear agrupaciones que se integran por diversos países, a modo de bloques económicos y políticos, entre los que se encuentran las organizaciones siguientes: a) la Unión Europea (UE); b) el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) c) la Comunidad Andina (CAN); d) la Comunidad del Caribe (CARICOM), y e) el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Se trata, en general, de instrumentos mediante los cuales, los Estados acuerdan reglas lo más claras posibles para normar las interacciones comerciales entre los propios países y los particulares de distintas nacionalidades, así como los mecanismos para interpretar los contratos y solucionar las controversias que puedan surgir.

1. *Principios internacionales en materia contractual*

Los contratos con elementos de internacionalidad, normalmente se sustentan en los principios generales de la mayoría de los contratos y bajo la tutela de sistemas normativos nacionales, no obstante, debido a la complejidad de éstos y a la dinámica del comercio mundial, también se basan en principios que deben ser aceptados por los demás miembros de la comunidad internacional, y que hacen posible un mejor desarrollo de estas relaciones jurídicas. Los principios se enuncian a continuación.

A. *La consensualidad*

Como lo refieren Sarmiento y Florez, este principio se conoce como la aptitud o disposición moral de hacer algo. En los actos jurídicos unilaterales se habla de voluntad, en los bilaterales, ya se hace un poco más preciso hablar de consentimiento, tendiente a producir algún efecto jurídico.⁹

⁸ Arroyo Chacón, Jennifer Isabel, *Retos del Derecho Internacional del Petróleo frente a la preocupación ambiental y las nuevas fuentes de energía en Centroamérica*, p. 20, febrero, 2017, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/cursos_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Jennifer_Isabel_Arroyo_Chacón_1.pdf.

⁹ Sarmiento Bejarano, Roberto y Eduardo Flórez Aristizabal, *Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles*. Trabajo de Investigación Profesor para optar al título de Abogado, Colombia, Universidad de la Sabana, 2002, p. 71.

Es decir que, con base en este principio, las personas que celebran el acto contractual deben y pueden obligarse en la forma que así lo decidan, siendo la premisa más importante el pleno conocimiento y entendimiento del alcance de las consecuencias jurídicas de la expresión de su voluntad, más allá de la forma en que sus voluntades convergentes sean expresadas.

Sobre este principio, se debe resaltar lo señalado por Carmen Otero, quien explica que, “los límites relativos a la autonomía de la voluntad conflictual, que condicionarán indirectamente los que existan a la autonomía de la voluntad material, dependerán de la regla para la determinación del derecho aplicable que utilice el órgano de solución de diferencias surgidas durante la vida del contrato.”¹⁰

Ejemplificando la anterior cita, podemos evocar la cláusula 26 del Contrato para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos Bajo la Modalidad de Licencia en Aguas Profundas, celebrado por el Gobierno mexicano a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y la empresa China Offshore Oil Corporation E&P México, S.A.P.I. de C.V.,¹¹ el que en su numeral 26.1 expresa que la normatividad aplicable se regirá de conformidad con las leyes de México, pero esto no obsta para que deba armonizarse con lo previsto en el subsecuente 26.5 donde fue acordado por las partes, que cualquier otra controversia que surja de este contrato o que se relacione con el mismo deberá ser resuelta mediante arbitraje conforme el reglamento de arbitraje de las Naciones Unidas para el derecho mercantil.

B. *La costumbre*

La costumbre puede ser definida como “un conjunto de normas jurídicas que nacen de la repetición más o menos constante de actos uniformes”.¹² Y es precisamente esta habitualidad lo que hace que la costumbre sea utilizada y aceptada como norma que rige las relaciones jurídicas. La costumbre para ser considerada como principio contractual y fuente del derecho, debe ser:¹³ uniforme, pública, reiterada y específica.

¹⁰ Otero García-Castrillón, Carmen, “Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales”, *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Italia, abril-junio del 2009, p. 356, disponible en: <https://eprints.ucm.es/9223/1/Commenti-Otero.pdf>.

¹¹ Contrato Número: CNH-R01-L04-A1.CPP/2016.

¹² Torres, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 21.

¹³ Sarmiento Bejarano, Roberto y Eduardo Flórez Aristizabal, *Principios rectores...*, *cit.*, p. 96.

C. *La cláusula Rebus Sic Stantibus*

El término de referencia ha sido aceptado por la doctrina y las legislaciones de los países, que en su mayoría le han concedido carta de aceptación, pues aunque todo acuerdo contractual debe ser cumplido en la forma y los términos así pactados por las partes, también es posible que las circunstancias sociales, económicas o políticas sufran variaciones con posterioridad a la celebración del contrato, y que esto ocasione obligaciones desproporcionadas para alguna de ellas, por lo que el cumplirlas le resulte mucho más oneroso que la motivación real y las expectativas que se tenían al momento de expresar su voluntad. Sobre este tema Valencia Zea, ha dicho que:

Los contratos deben cumplirse en la forma convenida por los contratantes. Pero puede suceder que en el intervalo que separa la conclusión de un contrato y el de su ejecución, se produzca un hecho imprevisto que altere notablemente el equilibrio que existía entre las prestaciones al momento de celebrarlo. Una situación semejante puede presentarse en los contratos de suministro y en los de prestaciones sucesivas o periódicas. Al respecto desde tiempos inmemoriales se ha defendido la idea de que el equilibrio de las prestaciones existentes en el momento del contrato debe sostenerse durante su ejecución; lo cual indica que, cuando por circunstancias extraordinarias, dicho equilibrio se rompe y uno de los contratantes resulta notablemente lesionado, tiene derecho a que se revisen las prestaciones en nombre de elementales principios de equidad.¹⁴

Al respecto, es insoslayable mencionar que el Poder Judicial de la Federación del Estado mexicano ha expresado la siguiente interpretación: “El artículo 78 del Código de Comercio, no exige alguna formalidad o requisito para que los contratos mercantiles tengan validez, pues únicamente establece que los mismos deben cumplirse en la forma y términos que las partes quisieron obligarse”. Luego, es claro que dicho dispositivo legal consagra el principio de *pacta sunt servanda*, esto indica que lo estipulado por las partes, en cualquier forma que se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Por tanto, es inconcuso que, tratándose de actos mercantiles, no es posible aplicar la teoría de la imprevisión, que sostiene que los tribunales tienen el derecho de suprimir o modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentren modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido prever esta modificación que los canonistas de la Edad

¹⁴ Valencia Zea, Arturo, *Derecho civil. Parte general y personas*, Bogotá, Temis, 1996, pp. 167 y 168.

Media consagraron en la cláusula *rebus sic stantibus*, pues tal principio es contrario a lo que consagra el citado precepto.¹⁵ Sin embargo, es una realidad que existen contratos o relaciones jurídicas que, por sus propias características u origen, son más susceptibles de presentar variaciones drásticas que resulten excesivamente onerosas para alguna de las partes, tales como los contratos relacionados con recursos fósiles, para esos casos, la cláusula *rebus sic stantibus* es una vía para flexibilizar estos acuerdos en aras de la subsistencia del negocio y de las relaciones comerciales.

D. *Los principios UNIDROIT*

Hernany Veytia plantea una pregunta crucial: ¿Cómo evitar que en distintas partes del mundo se interpreten en diversos sentidos normas concebidas en ámbitos internacionales? La autora indica que la respuesta se encuentra en los principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), los cuales están teniendo una gran aceptación en ambientes académicos y en la praxis, entre abogados y hombres de negocios.¹⁶

De manera contraria, hay una corriente de pensamiento que cuestiona los juicios y las opiniones sobre la eficacia y obligatoriedad de los principios UNIDROIT,¹⁷ aduciendo que estos no son emitidos por una autoridad nacional ni mucho menos por un órgano legislativo, por lo que su cumplimiento resulta incierto.

Sobre esta última posición crítica, Jorge Oviedo Albán aduce:

La fuente de la obligatoriedad a los principios UNIDROIT se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, como principio rector del derecho contractual, aunque también resalta que algunos tribunales internacionales los han encontrado aplicables a los contratos por el hecho de constituir principios generales de los contratos de comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo.¹⁸

¹⁵ Tesis III.2o.C.13 C, Aislada (Civil), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, septiembre de 1998.

¹⁶ Veytia, Hernany, “El capítulo uno de los principios del UNIDROIT. Disposiciones Generales”, *Contratación internacional: comentarios a los principios sobre los contratos internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM-Universidad Panamericana, 1998, pp. 36-38.

¹⁷ Principios del UNIDROIT, disponible en: <https://www.UNIDROIT.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.

¹⁸ Oviedo Albán, Jorge, “Los Principios UNIDROIT para los Contratos Internacionales”, *Dikaion. Revista de actualidad jurídica*, Colombia, año 16, núm. 11, 2002, p. 101.

Es precisamente la extraterritorial de los contratos internacionales, la distancia en la que normalmente se encuentran los contratantes, las actuales tecnologías de la información y comunicación utilizadas para construir el acuerdo y los diferentes marcos jurídicos que posiblemente se encuentren relacionados, lo que hace que este tipo de actos jurídicos sean de una mayor complejidad en su conformación, ejecución e interpretación. Sin embargo, tal como lo afirma Kozolchyk; en estas figuras, su eficacia resulta del análisis que la autoridad realice sobre ellos, pues en el marco jurídico de las naciones, los principios legislativos que gobiernan la interpretación de los contratos comerciales son escasos, y su enunciado es tan general que su aplicación requiere de serios esfuerzos analíticos por parte del adjudicador y de la doctrina.¹⁹

III. NATURALEZA JURÍDICA

Si se considera la estructura de los contratos celebrados con relación a los hidrocarburos y el marco jurídico nacional e internacional en el que se enmarcan, sería limitado estudiarlos desde una sola rama específica del derecho, que no agotaría su estudio ni sus características. Para sostener esta posición, abordamos las siguientes ramas del derecho, las cuales, desde sus principios e instituciones, aportan a la esencia, finalidades y tutela de los contratos para la exploración y extracción de los recursos fósiles, objeto de este trabajo académico.

1. *El derecho administrativo*

En relación con el estudio de esta rama del derecho, Miguel A. López Olvera advierte:

Hay que distinguir los principios fundamentales que son la base del ordenamiento, y que se ubican en la Constitución y ahora también en fuentes supranacionales, de aquellos principios institucionales derivados de una determinada institución a partir de su idea organizativa.²⁰

¹⁹ Kozolchyk, Boris, *La contratación comercial en el Derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 252.

²⁰ López Olvera, Miguel Alejandro, “Los principios del procedimiento administrativo”, Cienfuegos Salgado, D. y López Olvera, M. A., (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, t. I, Derecho Administrativo, México, UNAM, 2005, p. 178.

Si se sigue al autor antes mencionado, el derecho administrativo se rige por los principios que se anuncian a continuación.²¹

Primacía de la ley: que expresa la sujeción de la administración a las leyes existentes y significa que aquélla debe actuar conforme a las mismas y no debe adoptar ninguna medida que las contradiga.

De reserva de ley: según este principio, la administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley.

Ahora bien, en el marco de la doctrina de esta rama del derecho, surge la necesidad de esclarecer qué es y en qué consiste el contrato administrativo. Miguel A. Bercaitz afirma que, por contratos de derecho administrativo se entiende aquellos que:

Son celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante particular, derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de Derecho Público exorbitantes del Derecho Privado, que colocan al contratista de la administración pública en una situación de subordinación jurídica.²²

El Poder Judicial de la Federación hace una distinción entre los contratos administrativos y los contratos regidos por otras ramas del derecho, aclarando que:

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.

²¹ *Ibidem*, pp. 113-114.

²² Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 246-247.

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 desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado; 3) La existencia de cláusulas exorbitantes; y, 4) La jurisdicción especial.²³

Debemos señalar que la perspectiva de un derecho administrativo netamente local ha ido cambiando, pues la administración gubernamental y los particulares, cada vez más, se relacionan mediante vínculos jurídicos que requieren armonización, lo que ha provocado que en muchas ocasiones la distinción entre la actividad pública y la privada se desdibuje.

A pesar de sus peculiaridades con respecto a los sistemas administrativos nacionales, resulta muy difícil cuestionar en nuestros días la existencia de un derecho administrativo global, así como el trascendente impacto de este en los ordenamientos administrativos nacionales. Uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este derecho administrativo global es sin duda alguna, el de la contratación pública.²⁴

2. *El derecho civil*

Aun cuando debemos resaltar que el derecho civil es la rama que proporciona el contenido conceptual a las instituciones de las demás áreas del derecho, también lo es que, dada la amplitud y diversidad de esta materia, es muy difícil lograr una definición universal de derecho civil, pero todos o casi todos los juristas coinciden en considerarlo como:

La rama del derecho privado, común a todos los hombres, que regula sus relaciones como seres humanos, miembros de una familia y sujetos de un patrimonio, incluida la regulación de sus bienes y sus relaciones interpersonales de carácter pecuniario, así como la liquidación de su patrimonio después de la muerte.²⁵

²³ Tesis VI.3O.A.50 A, Aislada (Administrativa), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 1103.

²⁴ Moreno Molina, José A., *Derecho global de la contratación pública*, México, Ubijus, 2011, p. 1.

²⁵ Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho civil. Introducción y personas*, 2a. ed., México, Oxford, 2010, p. 10.

Una institución relevante del derecho civil, que se relaciona con el estudio y la tutela de la persona y su patrimonio, son las obligaciones, definidas éstas como “la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra, llamada acreedor, una prestación de dar, hacer o de no hacer”,²⁶ las cuales se fundan esencialmente en la titularidad y disposición de los derechos personales y los derechos reales.

Los derechos personales son las facultades de obtener de otra persona una conducta, que puede consistir en hacer algo, en no hacer o en dar alguna cosa.²⁷

Jorge A. Domínguez Martínez define los derechos reales como “el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico y que es oponible a terceros”.²⁸

De ahí que las figuras contractuales, son instrumentos construidos y fundados en la autónoma voluntad de las personas y en su libre decisión, mediante la cual disponen de sus bienes y derechos dentro de las limitaciones que la propia norma impone.

Con base en lo anterior, se hace énfasis en que los contratos tutelados a la luz de del derecho civil tienen como sus componentes esenciales, la voluntad de las partes intervinientes, y tan sólo como límites, no pactar cosas ilícitas, en contra de la moral y las buenas costumbres.

3. *El derecho mercantil*

El derecho mercantil es una rama compleja, que deriva de los intercambios de bienes y servicios cada vez más dinámicos acordes al desarrollo y la competencia de una sociedad globalizada. Y en el caso específico del sistema legal mexicano, existen actividades y actos jurídicos que son tutelados por leyes especiales de carácter federal, pero estableciendo la supletoriedad del derecho mercantil y común, tal es el caso de la Ley de Hidrocarburos, la cual prevé que: “Los contratos para la exploración y extracción se regularán por lo dispuesto en dicha ley y en su reglamento. Para los efectos de su

²⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6a. ed., México, Oxford, 2010, p. 4.

²⁷ *Ibidem*, p. 2

²⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, Porrúa, 2000, p. 323.

ejecución será aplicable supletoriamente y en lo que no se oponga a la presente ley y su reglamento la legislación mercantil y el Derecho común”.²⁹

De esta manera, en la industria energética convergen para su tutela, normas especiales y generales como la propia de hidrocarburos, su reglamento, la Ley Federal de Competencia Económica y la legislación mercantil. Es precisamente por tal pluralidad, donde se observa claramente la imposibilidad de encuadrar o tutelar de forma aislada o específica los actos contractuales para la exploración y extracción de hidrocarburos en México, pues ninguna de las ramas del derecho analizadas hasta aquí abarca totalmente su estudio y tutela, en virtud de que se percibe, por un lado, su concepción de actividad estratégica y, por otro, comercial de alcance internacional.

4. *Lex Mercatoria*

El marco jurídico y el ordenamiento de esta industria en general y de los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos en lo particular, se relacionan con el derecho público y a su vez con el derecho privado, sin que se tenga la claridad de que su naturaleza se enmarque en uno otro esquema específico.

Lo cierto es que los contratos de este tipo se rigen de acuerdo con sus propias características, y a partir de la concepción de estos como actos jurídicos bilaterales de carácter oneroso y tutelados, no sólo por las leyes nacionales de la materia en particular, sino también de forma complementaria por otros esquemas jurídicos consuetudinarios, como la nueva *Lex Mercatoria*, definida por Oscar Vásquez, como:

Una nueva ley con sus usos y costumbres, que constituye un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales, la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países.³⁰

La *Lex Mercatoria*, según indica Silvana Grande, no es autónoma, esto se deduce al menos del hecho de que no es aplicada en forma exclusiva

²⁹ Artículo 22, Ley de Hidrocarburos, Cámara de Diputados, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto del 2014.

³⁰ Vásquez del Mercado Cordero, Oscar, *op. cit.*, p. 106.

sino como complementaria a un derecho local, o junto con los usos y las costumbres del comercio, los principios generales de las convenciones más ampliamente reconocidas o los principios UNIDROIT.³¹

Precisamente sobre la eficacia de este esquema autorregulador de los contratos comerciales, Konradi y Fix-Fierro se preguntan: ¿Existe la *Lex Mercatoria* como cuerpo autónomo de normas comerciales transnacionales, independientes de la legislación nacional? Y, en caso afirmativo, ¿qué tanto se utiliza tales normas en la práctica jurídica internacional? ¿Lo son hasta el grado de excluir el derecho nacional, o bien, se aplican en combinación con éste? Buena parte del debate sobre la *Lex Mercatoria* gira alrededor de estas cuestiones.³²

No obstante, lo anterior es una realidad del contexto actual que, más allá de los argumentos en favor o en contra:

la *Lex Mercatoria*, enriquecida, perfeccionada y consolidada, con sus usos y costumbres particulares, se proyecta como un Derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a distanciarse de las regulaciones estatales, en su intento por dar solución definitiva a los nuevos conflictos propios del comercio internacional.³³

5. *Lex Petrolea*

Los hidrocarburos, estratégicos en la macroeconomía contemporánea y sumamente relevantes por las relaciones jurídicas que se conforman a partir de los acuerdos pactados entre los Estados y las personas colectivas de carácter privado con los que se contrata o se crean alianzas para realizar una, varias o la totalidad de la cadena de valor de la industria energética, han propiciado que organismos internacionales como la OCDE, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial,³⁴ entre otros, trabajen en la construcción de una regulación que se integre en un ecosistema jurídico de competencia trasnacional para la armonización y

³¹ Grande, Silvana, “La *Lex Mercatoria* en los Laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, *Dikaion. Revista de fundamentación jurídica*, Colombia, año 22, núm. 17, 2008, p. 241.

³² Konradi, Wioletta y Héctor Fix-Fierro, “La *Lex Mercatoria* en el espejo de la investigación empírica”, *Boletín de Derecho Comparado*, núm. 117, 2006, p. 699.

³³ Vásquez del Mercado Cordero, Oscar, *op. cit.*, p. 109.

³⁴ Por sus siglas: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, respectivamente.

la posible resolución de controversias, lo que a su vez, va constituyendo parámetros y principios que la generalidad de los componentes de la industria aceptan como costumbres, prácticas y elementos constitutivos, esenciales en sus sinergias y alianzas.

En este sentido, se habla ya de una *Lex Petrolea*, que de alguna manera surge como una rama particular de la nueva *Lex Mercatoria* y que también se encuentra aún en consolidación como norma internacional de tutela para los negocios petrolíferos.

De acuerdo con Tom Child, “[la] *Lex Petrolea* debe entenderse como el continuo desarrollo del derecho consuetudinario internacional, relacionado con la exploración y extracción de petróleo y gas”.³⁵ Para Talavera y Ferreyros, la *Lex Petrolea* “es una especie dentro del género más amplio que es la *Lex Mercatoria*, en otras palabras, se define como el cuerpo de normas que regulan las prácticas comerciales de la industria petrolera internacional en sus diversas formas”.³⁶

Sobre la creación y desarrollo inicial de la *Lex Petrolea*, Timothy Martin refiere que el término *Lex Petrolea* entró en el léxico de la literatura legal del aceite y el gas hace más de un cuarto de siglo. El término surgió por primera vez en un hito del arbitraje internacional en 1982, en el que se alegó que el derecho internacional aplicado sobre la industria petrolera en sus disputas, había generado una regla consuetudinaria válida para la industria, a lo que se le denominó *Lex Petrolea*, que se empezó a considerar una especie de rama particular derivada de una más general conocida como la nueva *Lex Mercatoria*.³⁷

Para John Bowman, hoy se pueden identificar cuatro fuentes posibles de la *Lex Petrolea*: a) Leyes nacionales de petróleo; b) Contratos petroleros internacionales; c) Costumbres propias del comercio, y d) Prácticas en la industria petrolera internacional.³⁸

³⁵ Childs, Tom, “*Lex Petrolea*”, *The International Energy Arbitration Newsletter*, disponible en: <http://studylib.net/doc/8379649/lex-petrolea---king-and-spalding>

³⁶ Talavera C. Andrés y Ferreyros, Manuel, “Alcances preliminares para la aplicación de la *Lex Petrolea* en el Perú”, *Forseti. Revista de Derecho*, Lima, 2015, núm. 1, disponible en: <http://forseti.pe/revista/derecho-ambiental-y-recursos-naturales/articulo/alcances-preliminares-para-la-aplicacion-de-la-lex-petrolea-en-el-peru>.

³⁷ Martin, Timothy, “*Lex Petrolea* in International Law”, 2012, p. 1, disponible en: <http://timmartin.ca/knowledge/publications/>.

³⁸ Bowman, John, *Lex Petrolea: Sources and Successes of International Petroleum Law*, disponible en: <https://www.kslaw.com/blog-posts/lex-petrolea-sources-successes-international-petroleum-law>, 2015.

Abonando a lo anterior, coincidimos que los laudos arbitrales de carácter internacional vinculados con la industria de los hidrocarburos también conforman una fuente importante de la *Lex Petrolea*.

Una de las fuentes más importantes de las cuales podemos extraer los principios que conforman la *Lex Petrolea* es la jurisprudencia arbitral internacional, ya que, en las últimas décadas, gracias a la proliferación de la actividad petrolera transnacional alrededor del mundo, se ha generado una cantidad mayor de laudos arbitrales en torno a controversias por contratos de inversión en actividades petroleras. Ello permite estudiar cuáles son las reglas y principios que los tribunales arbitrales han recogido y aplicado y, por ende, delinear aquellos preceptos que pueden considerarse parte de los usos y prácticas comunes a dicha plaza.³⁹

Si ejemplificamos la construcción internacional del marco consuetudinario, podemos señalar el caso de la resolución emitida en 1987 por un tribunal arbitral, en el asunto *Mobil Oil Irán Inc. vs Gobierno de la República de Irán y NIOC*,⁴⁰ donde se concluyó que la legalidad de la expropiación discutida debía considerarse desde el derecho internacional. Además, se detalló que una cláusula contractual establecía que el contrato debía interpretarse de conformidad con el derecho iraní, lo que el Tribunal aplicó literalmente; argumentando que este derecho se utiliza para resolver cuestiones interpretativas, pero los principios de derecho comercial e internacional son los que rigen para el resto de las cuestiones.⁴¹

Al respecto, es insoslayable comentar las argumentaciones en contra de esta definición latina, denominada *Lex Petrolea*, que implica un régimen extraterritorial de los negocios petroleros, tal y como lo señala Terence Daintith, quien al formular una crítica al respecto menciona que:

Desde 1998, ha habido un pequeño pero constante flujo de artículos que emplean el concepto de “*Lex Petrolea*” para evocar la existencia de un grupo distinto y distintivo de reglas que rigen, o podrían regir, las transacciones y relaciones internacionales de petróleo, junto con el derecho nacional e internacional aplicable. Se sostiene que deberíamos prescindir de este concepto,

³⁹ Talavera C., Andrés y Manuel Ferreyros, *op. cit.*, disponible en: <http://www.forseti.pe/revista/derecho-ambiental-y-recursos-naturales/articulo/alcances-preliminares-para-la-aplicacion-de-la-lex-petrolea-en-el-peru>.

⁴⁰ National Iranian Oil Company, por sus siglas en inglés, es la compañía petrolera nacional de la República Islámica de Irán.

⁴¹ *Mobil Oil Iran Inc. vs. Islamic Republic of Iran*, *The American Journal of International Law*, vol. 82, no. 1, January, 1988, pp. 136-143, disponible en: https://www.jstor.org/stable/2202887?readnow=1&seq=5#page_scan_tab_contents.

ya que está mal definido, que hay poca o ninguna evidencia para respaldar las afirmaciones hechas por él, que carece de una base teórica sólida y que puede ser capaz de hacerlo, de empleo de una manera que daña los intereses legítimos de los estados de origen del petróleo. Ciertamente, deberíamos continuar buscando elementos comunes en la industria internacional, estatal y práctica petrolera arbitral que pueda orientar futuras políticas, acuerdos y solución de controversias en el campo, pero estos se pueden describir adecuadamente en inglés ordinario (“ley petrolera transnacional”) en lugar de mal latín.⁴²

Sin embargo, en esta configuración y construcción de la llamada *Lex Petrolea*, es innegable la trascendencia de los contratos modelo que la industria ha ido utilizando, y que son redactados y propuestos por asociaciones profesionales o especializadas, los cuales son usados como guías, en virtud de que su contenido trata de reflejar la práctica y términos comúnmente aceptados por la comunidad petrolera.

En el ámbito internacional, operan organizaciones reconocidas por su experiencia dentro del sector de los hidrocarburos, las cuales han elaborado proyectos de contratos modelo o tipo para cada relación jurídica que pueden ser usados por separados o integrados a un solo documento en los acuerdos petroleros, y que en general pueden referirse a la confidencialidad, de *farmout*, de operación conjunta, resolución de controversias, de procedimientos contables, unitización, entre otros.

Estas prácticas se observan en el caso mexicano, por ejemplo en el Contrato de Exploración y Extracción de Hidrocarburos bajo la modalidad de licencia en aguas profundas, firmado entre el Gobierno mexicano a través de la CNH con las persona jurídicas colectivas denominadas Shell Exploración y Extracción de México, S.A. de C.V. y QPI México, S.A. de C.V., el que prevé en su clausulado acuerdos sobre cambio de operador (2.6), reporte contable de beneficios (2.7), procedimientos de unificación (9.1), de ley aplicable y la solución de controversias (26), de confidencialidad (29).⁴³

Entre las entidades especializadas que han promovido estos parámetros contractuales, destacan las que se anuncian a continuación.

American Association of Petroleum Landmen (AAPL):⁴⁴ Organización de los Estados Unidos de Norteamérica establecida en Fort Worth, Texas.

⁴² Daintith, Terence, “Contra la *Lex Petrolea*”, *World Energy Law & Business*, pp. 1-13, disponible en: <https://academic.oup.com/jwelb/article-abstract/10/1/1/2807096?redirectedFrom=fulltext>.

⁴³ Contrato número: CNH-R02-L04-AP-PG07/2018.

⁴⁴ American Association of Petroleum Landmen, disponible en: <http://www.landman.org/>.

Fue una de las primeras entidades en desarrollar contratos modelo para la industria hidrocarburífera.

Petroleum Joint Venture Association (PJVA):⁴⁵ Organismo que se estableció en Calgary, Alberta, Canadá. Conformar un foro multidisciplinario para las cuestiones relacionadas con los proyectos comunes vinculados con el desarrollo y la extracción de hidrocarburos en Canadá. Se especializa preponderantemente en infraestructura.

Association of International Petroleum Negotiators (AIPN):⁴⁶ Es una organización fundada en Houston, Texas. Esta agrupación reúne a más de mil 500 miembros en 65 países, que cuentan por sí o en representación de compañías del sector, nacionales o internacionales.

American Petroleum Institute (API):⁴⁷ Organización fundada para la comercialización de gas y petróleo, ubicada en Washington, D. C. Ha desarrollado estándares, estadísticas de la industria y modelos de contratos.

IV. ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Desde sus fases primarias, en la industria energética se requiere una serie de acuerdos complejos y sinergias que permiten la localización y extracción comercial de los hidrocarburos, cada proyecto debe construir, operar y financiar un numeroso grupo de contratos coaligados que giran al rededor del contrato origen o principal, que es el verdaderamente petrolero.

El estudio realizado por OpenOil⁴⁸ refiere que en los contratos pueden intervenir una multiplicidad de sujetos públicos y privados, tales como:

- Gobiernos y sus compañías petroleras nacionales.
- Compañías petroleras internacionales.
- Bancos privados, fondos de inversión y otras entidades financieras reguladas y no reguladas.
- Empresas de servicios especializados de exploración, perforación y mantenimiento.
- Compañías de transporte, refinación y comercio.

⁴⁵ Petroleum Joint Venture Association, disponible en: <https://pjva.ca/>.

⁴⁶ Association of International Petroleum Negotiators, disponible en: <https://www.aipn.org/>.

⁴⁷ American Petroleum Institute, disponible en: <http://www.api.org/>.

⁴⁸ OpenOil UG, *Contratos petroleros, cómo leerlos y entenderlos*, Berlín, 2012, p. 11, disponible en: http://openoil.net/wp/wp-content/uploads/2014/03/OilContracts_ESP.pdf.

Asimismo, se debe considerar que, en la configuración de estos acuerdos, influye en forma determinante la ubicación del lugar en el que se proyecta realizar las actividades de exploración y extracción, las que a su vez pueden ser en: a) áreas en tierra; b) áreas en aguas someras, y c) áreas en aguas profundas y ultra profundas.

Se resalta que los componentes que sustentan estos acuerdos tienen como finalidad compaginar los intereses y perspectivas de los sujetos contractuales, los cuales, en síntesis, los que se presentan a continuación.⁴⁹

De los gobiernos:

- Maximización de la renta para el Estado.
- Garantizar el abasto nacional.
- Desarrollo tecnológico de la industria de contenido nacional.
- Protección del medio ambiente.
- Cumplimiento de compromisos mínimos de trabajos del contratista.

De los contratistas:

- Proporcionalidad entre el riesgo del proyecto y su compensación.
- Contabilización de reservas.
- Flexibilidad contractual y estabilización regulativa.
- Capacidad de recuperar costos de inversión.
- El menor control administrativo del contrato.
- Arbitraje internacional.

En este sentido, profundizando más en los elementos que integran el contenido del contrato para el *upstream*, se puede señalar que la *estructura específica* son los instrumentos jurídicos que normalmente se organizan previendo una determinada estructura y contenido. Los *sujetos contractuales* que participan en un contrato que incumbe a la industria de los hidrocarburos son el Estado y el contratista. A continuación, se detallan ambos.

El Estado. País que a través el ente competente de su gobierno y en sujeción a las normas internas de regulación mínima necesaria, celebra un contrato para la realización de esta primera fase de la industria de los hidrocarburos.

El contratista. Quien, para los efectos de esta relación jurídica, debe ser una persona, que aparte de cumplir los requerimientos técnicos y

⁴⁹ Grunstein, Miriam, *De la caverna al mercado, una vuelta por el mundo de las negociaciones petroleras*, 2a. ed., México, Tirant Lo Blach 2015, pp. 32-33.

financieros, tenga como actividad específica o preponderante la exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos.

La ley especial para la industria petrolera del Estado mexicano considera que los sujetos contractuales serán Petróleos Mexicanos y cualquier otra empresa productiva del Estado o persona moral de carácter particular que suscriba con la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) un contrato para la exploración y extracción, individual o en consorcio, en términos de la ley.⁵⁰

Se debe tener siempre en consideración que, en estas relaciones jurídicas normalmente intervienen una multiplicidad de personas físicas o colectivas con distintos alcances, participación y responsabilidades, tal es el caso de los consorcios que se integran por empresas operadoras y grupos o sociedades de inversión, que participan esencialmente con el apalancamiento financiero de las obligaciones económicas iniciales del contratista operador.

1. *Términos y definiciones*

Este apartado que es común en la estructura de los contratos, tiene una función primordial, ya que persigue describir y analizar el alcance conceptual y semántico de los términos técnicos, cotidianos u oficiales que se derivan de las obligaciones durante la vigencia de los acuerdos contractuales, pues ello, contribuye a prevenir confusiones en cuanto a las responsabilidades de cada parte, así como de la función de los órganos gubernamentales y, por lo tanto, ahorra dinero y tiempo a los que intervienen en las relaciones jurídicas de este tipo.

2. *Objeto esencial.*

Inversión en la exploración y desarrollo

El objeto primario de estas relaciones contractuales son los compromisos asumidos por las personas jurídicas colectivas de carácter particular, nacionales o extranjeras, en cuanto a sus obligaciones de hacer (explorar, valorar, y extraer), tiempos o plazos para ello, lugar o campo específico en el que lo harán, las técnicas y formas de realización de los trabajos, la tecnología que se utilizará, así como la información de los costos y los montos de inversión.

⁵⁰ Fracción X del artículo 4o. de la Ley de Hidrocarburos.

Con respecto a la especificación del área o campo donde se deberán realizar los trabajos de exploración, desarrollo y extracción, es por medio de sus entes gubernamentales, que los países señalan en los acuerdos contractuales, el expreso compromiso de los trabajos mínimos, por periodo y fase del contrato, en las áreas específicamente delimitadas y con detalle de las actividades geológicas y geofísicas por desarrollar.

Puntualmente, estas cláusulas deben establecer:

- La delimitación y especificación del área o campo donde se deberán realizar los trabajos de exploración, desarrollo y extracción, la obligatoriedad de un plan de trabajo e inversión, los plazos en que se deberá realizar cada fase, y sus costos, en caso de no ser exitosa la búsqueda del recurso, acordar la devolución al Estado de las áreas que ya no serán utilizadas o requeridas, la valoración y evaluación periódica de cualquier descubrimiento de hidrocarburos y el plan para el desarrollo del campo, así como la obligación de los contratistas de proporcionar de forma periódica o cuando le sea requerido, los datos y reportes que provean al gobierno de la información que le facilite el proceso de toma de decisiones.⁵¹
- La decisión de los gobiernos en relación con la extensión de los bloques o campos contractuales que se ofertarán se relaciona directamente con las probabilidades o no de encontrar yacimientos petrolíferos, ya que, sin duda entre más amplia sea el área del contrato, mayor será la probabilidad de que se encuentre el recurso hidrocarburífero.
- El tamaño y definición del área de contrato, o concesión, que el gobierno pone a disponibilidad de las compañías petroleras para la potencial actividad de exploración, es de crucial importancia en muchos aspectos. Una de las razones más importantes es que los derechos contractuales, tal como se otorgan a una compañía petrolera, están limitados al área específica determinada en el contrato. Esto significa que cualquier cosa que se acuerde en éste, sólo es aplicable en el área definida y no en ningún otro lugar.⁵²

⁵¹ OpenOil UG, *op. cit.*, p. 41.

⁵² *Idem.*

3. *Descubrimiento de yacimientos y el plan su desarrollo*

Estos contratos abordados en el presente trabajo, usualmente se refieren a este tema por medio de cláusulas con nombres como, *decisión de comerciabilidad, descubrimiento, desarrollo y producción*, o similares;⁵³ sin embargo, suele ser común que en países con una reglamentación más detallada, como es el caso de México,⁵⁴ se exija mediante el clausulado o de la propia ley especial, que las compañías contratistas informen a los órganos reguladores o técnicos del Estado contratante, para que estos a su vez opinen y la decisión se tome de forma consensada entre las partes.

4. *Disposición e informe de datos derivados de las actividades contractuales*

Estas cláusulas señalan qué tipo de información deberá ser suministrada al Gobierno anfitrión o contratante, y también aseguran que éste, tenga el derecho a inspeccionar tales datos.

Cada país regula de manera diferente la entrega o disposición de los datos recabados por las compañías al realizar las tareas de exploración y extracción de sus hidrocarburos, lo que influye en que se pueda o no convenir la disposición de dichos datos para fines empresariales propios de los contratistas, ajenos a la relación contractual.

5. *Ley aplicable*

Como refiere Daniel Casal, en los modelos de contratos se parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico del lugar de la explotación permite convenir la aplicación de una ley extranjera, ya que es habitual que cuando se trata de partes de distintas nacionalidades, se intente que la ley aplicable no sea la de ninguna de ellas.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁴ Artículos 43 al 47 de la Ley de Hidrocarburos.

⁵⁵ Casal, Daniel, "Panorama de los contratos de operación para la actividad hidrocarbúrfica", *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, año 1, núm.1, mayo-julio 2014, p. 12.

Al respecto, se debe decir que en uso de sus soberanías, los países normalmente fijan los marcos jurídicos que los contratantes deberán acatar, por lo que el mismo autor antes mencionado recomienda que:

En caso de que se pacte por la ley de un tercer país, es conveniente que antes las partes se informen: i) sobre el contenido de esa ley; ii) sobre la conveniencia de renunciar a los reenvíos de normas, y iii) sobre la existencia de convenciones que puedan hacer que el derecho de un país sea igual al del otro.⁵⁶

6. *Cláusulas sobre protección al medio ambiente y la salud*

Más que un acuerdo privado, estas cláusulas son una obligación internacional que debe preverse en los contratos relacionados con los recursos fósiles y su explotación, a causa de los posibles daños o impactos al medio ambiente y a las personas en general que el desarrollo de esta industria pueda ocasionar.

La previsión de los impactos al medio ambiente, es en la mayoría de las naciones un asunto de derechos humanos, y es también parte fundamental de la regulación mínima necesaria que debe estipularse en el cuerpo de los contratos extractivos, ya que mediante estas cláusulas, que deben estar en armonía con la legislación nacional y los tratados internacionales, también se pacta el deber preventivo de las empresas petroleras sobre acciones en torno a la conservación de los demás recursos naturales. En esta parte del contrato se hace patente la relevancia del concepto que hoy se conoce como *responsabilidad social corporativa*, la cual se funda en la afirmación de que, “las organizaciones que respetan esa conciencia social son legitimadas para el desarrollo de sus actividades. Por lo que ahora se debe comprender que la organización también tiene un fin social”.⁵⁷

7. *Las contraprestaciones económicas*

Es innegable que la complejidad de los números en los contratos modernos es coincidente con las complejas relaciones políticas y económicas en la industria petrolera. El surgimiento del nacionalismo de los recursos,

⁵⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁷ Navarro García, Fernando, *Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica*, 2a. ed., México, Alfaomega Grupo Editor, 2012, pp. 52 y 53.

el mayor número de compañías petroleras propiedad del Estado y la volatilidad de los precios del crudo, indican que los gobiernos intentan quedarse con la mayor parte del dinero posible, mientras que siguen alentando a los inversionistas a invertir su dinero en proyectos que podrían fracasar por causas ajenas a ellos mismos.⁵⁸ Pero la premisa básica en el acuerdo de estas cláusulas tiene relación directa con los riesgos que pretende asumir el contratista en la búsqueda, desarrollo y extracción del hidrocarburo en el área, bloque o campo contratado con el Estado. De conformidad con lo que se ha venido exponiendo, el desarrollo de un contrato relacionado con los hidrocarburos comporta el desembolso de grandes sumas de dinero durante un periodo de tiempo extenso, con un grado de probabilidad de que ocurran contingencias ajenas a las partes que hagan más onerosa la ejecución del proyecto o, en el peor de los casos, que causen la pérdida del capital invertido.

Por lo anterior, estos cálculos se hacen *grosso modo* en la industria petrolera, valorando el precio en que se pueda vender el petróleo, considerando el tiempo en que probablemente se logre extraer, si la comercialización se hará por el Estado o directamente por el contratista, lo que dependerá del tipo de contrato firmado, y en el que deberá contemplarse la deducción previa de: a) Los costos y gastos erogados por el contratista para desarrollar el proyecto, y b) Los pagos a favor del Estado contratante por concepto del *Government take*.⁵⁹

De lo anterior se colige que, considerando los diferentes componentes con los que se conforman los instrumentos contractuales en este sector económico, resulta primordial evaluar integralmente los objetivos que las partes definan libremente, mismos que deben adecuarse a los requerimientos y clausulado que deriven imperativamente de las normas especiales o generales de cada nación.

V. REGULACIÓN MÍNIMA NECESARIA

Las formas y dinámica para la realización de la primera fase de la industria de los hidrocarburos denominada en el ámbito del sector como “*upstream*”, en donde se lleva a cabo la exploración y extracción de hidrocarburos, al tratarse de recursos naturales estratégicos, así considerados en la mayoría de las naciones, se rigen por la Constitución, así como en las leyes especiales, generales o supletorias de carácter mercantil y civil, consecuentemente, en su

⁵⁸ OpenOil UG, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁹ *Idem.*

construcción debe respetarse la regulación mínima necesaria que el ordenamiento jurídico nacional impone, en el que deben tener cabida los objetivos individuales y específicos de las partes.

En México, como resultado de la reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM,⁶⁰ se estatuyó lo siguiente:

...el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones que resulten necesarias al marco jurídico, a fin de hacer efectivas las disposiciones del presente Decreto, entre ellas, regular las modalidades de contratación, que deberán ser, entre otras: de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia, para llevar a cabo, por cuenta de la Nación, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, incluyendo las que puedan realizar las empresas productivas del Estado con particulares, en términos de lo dispuesto por el artículo 27 de esta Constitución. En cada caso, el Estado definirá el modelo contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la Nación.

La ley establecerá las modalidades de las contraprestaciones que pagará el Estado a sus empresas productivas o a los particulares por virtud de las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos que hagan por cuenta de la Nación. Entre otras modalidades de contraprestaciones, deberán regularse las siguientes: I) en efectivo, para los contratos de servicios; II) con un porcentaje de la utilidad, para los contratos de utilidad compartida; III) con un porcentaje de la producción obtenida, para los contratos de producción compartida; IV) con la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez que hayan sido extraídos del subsuelo, para los contratos de licencia, o V) cualquier combinación de las anteriores. La Nación escogerá la modalidad de contraprestación atendiendo siempre a maximizar los ingresos para lograr el mayor beneficio para el desarrollo de largo plazo. Asimismo, la ley establecerá las contraprestaciones y contribuciones a cargo de las empresas productivas del Estado o los particulares y regulará los casos en que se les impondrá el pago a favor de la Nación por los productos extraídos que se les transfieran.⁶¹

Como se observa en el anterior precepto, se fija una regulación mínima necesaria a las modalidades que podrá elegir o conformar el Estado, para

⁶⁰ Reforma publicada en *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

⁶¹ Artículo transitorio 4o. de la Reforma Constitucional. Publicada el 20 de diciembre de 2013.

realizar las actividades de exploración y producción de sus hidrocarburos por medio de la contratación con particulares o con sus empresas productivas.

Asimismo, y derivado de las modificaciones a la carta magna vigente en México, se emitió la Ley de Hidrocarburos,⁶² instrumento normativo que en su artículo 19 prevé las estipulaciones mínimas que deberá contener cualquier tipo de contrato celebrado por el Estado a través del ente público competente.⁶³

De lo anterior, se colige que esta regulación mínima en la estructuración de los contratos sobre hidrocarburos y en especial los que atañen a la exploración y producción, es obligatoria, por lo que preverla y conocerla resulta esencial en la debida conformación de estos vínculos jurídicos.

VI. CONCLUSIONES

Tal como se expresa y demuestra en el presente trabajo, al establecerse constitucionalmente en México, la participación de la iniciativa privada para las actividades primarias de la cadena de valor de la industria hidrocarburífera, mediante la adopción de un sistema contractual, hace pertinente el estudio científico de las características, alcances y repercusiones del marco jurídico vigente, mediante el cual, el Estado mexicano puede crear vínculos comerciales con personas jurídicas colectivas particulares, nacionales o extranjeras,

⁶² LH, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto del 2014.

⁶³ 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.

para que en su calidad de contratistas exploren y extraigan los recursos fósiles del Estado mexicano.

Considerando que dicho estudio y análisis debe abordarse desde el derecho energético, visto como una rama autónoma de la ciencia jurídica, con sus propios principios e instituciones que permiten la tutela efectiva y eficiente de las relaciones creadas dentro de este sector económico y estratégico mundialmente relevante.

El régimen jurídico de los contratos petrolíferos internacionales suele venir determinado por un conjunto de sistemas normativos que se aplican en la mayoría de los casos simultánea y coordinadamente. Mas allá del hecho de que las partes hagan uso de su autonomía contractual para fijar sus respectivos compromisos materiales recurriendo a los usos del comercio en el sector (*Lex Petrolea*), es habitual que en las cláusulas de elección de derecho aplicable se opte por una combinación de conjuntos normativos, que en la mayoría de los casos incluyen el derecho del foro y el derecho internacional y/o sus principios.⁶⁴

Si bien los contratos para la fase de exploración y extracción de hidrocarburos se empezaron a consolidar a lo largo del siglo XX, y hoy cuentan con una amplia asimilación internacional, en el México del siglo XXI resultan una nueva forma de gobernanza, que es señalada por investigadores de prestigio como Cárdenas Gracias; como una manera de desestatizar la económica nacional y colocarla en los carriles de la económica de mercado.

Con independencia de lo anterior, es un hecho cierto que a partir del 2013, en México enfrentamos un nuevo paradigma constitucional y legal, en donde se han realizado modificaciones estructurales respecto de la tutela de estas actividades, en las cuales la esencia misma, es la permisibilidad de participación, especulación y obtención de beneficios económicos a la inversión privada, por la localización, extracción y explotación de los hidrocarburos de nuestra nación, la cual ahora se realiza mediante un sistema contractual en el que participarán los particulares sin restricciones de nacionalidad.

En este sentido, señalamos que al concluir el presente trabajo, el Estado mexicano ha adjudicado y firmado mediante los procesos licitatorios denominados Rondas México, 107 contratos con empresas y consorcios nacionales y extranjeros, para la exploración y extracción de petróleo y gas de los yacimientos mexicanos, resaltando que, en los acuerdos suscritos hasta la última licitación celebrada, la denominada Ronda 3.1, el gobierno

⁶⁴ Otero García-Castrillón, Carmen, *op. cit.*, p. 386.

de México sólo ha decidido utilizar dos tipos de contratos: Producción Compartida (31) y Licencia (76).

De lo anterior, podemos resaltar que sin duda seguirá habiendo un paulatino reajuste sobre la estructura y tipos de contratos elegidos por el gobierno, que se verá reflejado en las adjudicaciones realizadas a empresas productivas o particulares, que por supuesto se deberán relacionar eficientemente con las características técnicas y coyunturales de cada bloque, lo que a su vez, nos ha permitido sustentar de forma positiva la tesis que los contratos para la exploración y extracción de los hidrocarburos de México, son figuras que si bien tienen una regulación especial, su tutela se enmarca tanto por el derecho administrativo como por el derecho privado, pero bajo un esquema consuetudinario internacional, por lo que su estructuración e interpretación requiere de una perspectiva interdisciplinaria, que permita afirmar su naturaleza jurídica *sui generis*, tutelados dentro del derecho energético como rama autónoma de la ciencia jurídica.

Finalizamos aportando nuestra consideración de que, para contribuir a la eficiencia en la elección del tipo de contrato para un área o bloque de exploración y extracción, ésta se realice mediante un trabajo multidisciplinario, público, claro, accesible, objetivo, científico y responsable, que refleje los fundamentos sobre los cuales se construyó el instrumento contractual elegido por el Estado mexicano.

Las figuras contractuales deben integrar los objetivos eminentemente económicos de las empresas contratistas, pero sobre todo y lo más importante, las necesidades e intereses públicos y sociales de nuestro país, toda vez que en ello está en juego su desarrollo y estabilidad, así como la propia sostenibilidad de la industria energética de México.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, México, Porrúa, 1999.

ARROYO CHACÓN, Jennifer Isabel, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_jennifer_isabel_arroyo_chacon_1.pdf, 2017.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho civil, introducción y personas*, México, Oxford, 2010.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6a. ed., México, Oxford, 2010.

BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

- BONINA, Nicolás y DIANA, Nicolás, *La deconstrucción del Derecho administrativo*, México, Novum, 2012.
- BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe, *La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de Derecho privado*, Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2000.
- BOWMAN, John, “*Lex Petrolea: Sources and Successes of International Petroleum Law*”, disponible en: <http://www.energylawexchange.com/lex-petrolea-sources-successes-international-petroleum-law/>.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Reforma Energética. Análisis y consecuencias*, México, UNAM, Tirant lo Blanch, 2015.
- CASAL, Daniel, “Panorama de los contratos de operación para la actividad hidrocarbúrica”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, año 1, núm.1, mayo-julio 2014.
- CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, “El principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus* en el sistema normativo mexicano, iusinternacional y comparado”, *Tohil. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, Yucatán, año 15, núm. 36, enero-junio 2015.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Contratos mercantiles*, México: Porrúa, 2014.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial Federación*, 5 de febrero de 1917.
- DASSER, Félix, “*Lex Mercatoria*, Critical Comments on a Trick Topic”, Appelbaum, Richard P., *et al.*, *Rules and Networks. The legal culture of global bussines transactions*. Oxford: Hart, 2001.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I. Madrid: Tecnos, 1972.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Convenio y contrato. Replanteamiento sobre sus respectivos conceptos en el Código Civil Federal*, México, Porrúa, 2011.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, Porrúa, 2000.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Panorama del derecho mexicano*, México, UNAM, 1997.
- GONZÁLEZ BILBAO, Emilio, *Contratos mercantiles*, Madrid, Iuris Practicum, 2007.
- GRANDE, Silvana, “La *Lex Mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, año 22, núm. 17. Colombia, 2008.
- GRUNSTEIN, Miriam, *De la caverna al mercado*, México, Tirant Lo Blanch, 2015.
- KONRADI, Wioletta y FIX-FIERRO, Héctor, “La *Lex Mercatoria* en el espejo de la investigación empírica”, *Boletín de Derecho comparado*, núm. 117, 2006.
- KOZOLCHYK, Boris, *La contratación comercial en el Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson, 2006.

- LAMANNA, Darío G., *Aspectos jurídicos y contractuales de la industria petrolera*, México, Lid Editorial Mexicana, 2017.
- LANDO, Ole, *La Lex Mercatoria*, México, Ángel Editor, 2002.
- Ley de Hidrocarburos, Cámara de Diputados, *Diario Oficial Federación*, 11 de agosto 2014.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “Los principios del procedimiento administrativo”, CIENFUEGOS SALGADO, D. y LÓPEZ OLVERA, M. A., (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, t. I, Derecho Administrativo, México, UNAM, 2005.
- MARTIN, Timothy, “Model Contracts. A Survey of the Global Petroleum Industry”, *Journal of Energy and Resources*, vol. 22, núm. 3, 2004.
- MARTIN, Timothy, “*Lex Petrolea* in International Law”, 2012, disponible en: <http://timmartin.ca/knowledge/publications/>.
- MORENO MOLINA, José A., *Derecho global de la contratación pública*, México, Ubijus, 2011.
- OPENOIL UG., *Contratos petroleros, cómo leerlos y entenderlos*. Berlín: disponible en: http://openoil.net/wp/wp-content/uploads/2014/03/OilContracts_ESP.pdf, 2012.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, “Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales”, *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, disponible en: <https://eprints.ucm.es/9223/1/Commenti-Otero.pdf>, 2009.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge, “La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos mercantiles internacionales”, ponencia presentada en el seminario internacional: compraventa internacional, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, Aula Mutis del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 16 de mayo de 2002.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge, “Los Principios UNIDROIT para los Contratos Internacionales”, *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, año 16, núm. 11, Colombia, 2002.
- SARMIENTO BEJARANO, Roberto y Eduardo Flórez Aristizabal, *Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles*, Tesis de Grado, Universidad de la Sabana, Colombia, 2002.
- TALAVERA C., Andrés y Manuel Ferreyros, “Alcances preliminares para la aplicación de la *Lex Petrolea* en el Perú”, *Forseti. Revista de Derecho*, núm. 1. Lima, disponible en: <http://www.forseti.pe/revista/derecho-ambiental-y-recursos-naturales/articulo/alcances-preliminares-para-la-aplicacion-de-la-lex-petrolea-en-el-peru>, 2015.
- Tesis III.2o.C.13 C, Aislada (Civil), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, septiembre de 1998.
- Tesis VI.3O.A.50 A, Aislada (Administrativa), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001.

- TORRES, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965.
- VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil. Parte general y personas*, Bogotá, Temis, 1996.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO CORDERO, Óscar, *Contratos mercantiles internacionales*, México, Porrúa, 2011.
- VEYTIA, Hernany, “El capítulo uno de los principios del UNIDROIT. Disposiciones Generales”, *Contratación internacional: comentarios a los principios sobre los contratos internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM-Universidad Panamericana, 1998.