

Formas de Contratación en Materia de Hidrocarburos derivadas de la Reforma Energética

Guadalupe Esparza Sánchez

31 de Marzo del 2015



Notas

CONTENIDO

I. Introducción	3
II. Conceptos Generales	6
A. Hidrocarburos	7
B. Empresas Productivas del Estado	8
C. Órganos Reguladores	8
III. Formas de Participación de la Iniciativa Privada en la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.	9
A. Asignaciones	9
B. Contratos para la Exploración y Extracción	10
a. Licencias	11
b. Utilidad Compartida	13
c. Producción Compartida	13
d. Servicios	15
V. Bibliografía	17

Notas

I. Introducción

El 12 de agosto del 2013 dio inicio el proceso de Reforma Energética mediante el envío al Congreso de la Unión de la iniciativa de reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución.

Después de la realización de diversos foros de debate organizados por la Comisión de Energía del Senado, y de foros posteriormente organizados por el Partido de la Revolución Democrática, el 11 de diciembre el Senado aprobó la reforma a los artículos 25 y 28 Constitucionales, misma que fue aprobada por la Cámara de Diputados un día después.

Según lo dispuesto en el artículo 135 constitucional, al ser la reforma energética una reforma constitucional, ésta debiera aprobarse también por la mayoría de las legislaturas de los estados.

Una vez ratificada por la mayoría de los congresos estatales, el 18 de diciembre de 2013, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión emitió la declaratoria de constitucional de la reforma, misma que fue promulgada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre.

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, *mediante la competitividad*, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. *La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.*

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

Notas

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos *y empresas productivas del Estado* que en su caso se establezcan. *Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.*

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social, productividad *y sustentabilidad* se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, *promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales*, en los términos que establece esta Constitución.

Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Notas

[...]

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. ~~Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radiactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva.~~ Corresponde exclusivamente a la Nación ~~generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines~~ la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

[...]

Artículo 28.

Notas

[...]

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; ~~petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica~~; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; ~~la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica~~ ~~electricidad~~ la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

[...]

Una vez aprobada la reforma Constitucional, el 30 de abril del 2014, el Ejecutivo Federal envió al Congreso las iniciativas de leyes secundarias que constan de 9 leyes nuevas y 12 a ser modificadas, mismas que fueron promulgadas el 11 de agosto del 2014.

II. Conceptos Generales

A efectos de comprender el alcance de la reforma, es importante hacer un repaso de los conceptos generales contenidos en la misma, a efectos de comprender las actividades que han quedado comprendidas dentro de su alcance, y respecto de los cuales puede o no participar la iniciativa privada.

A. Hidrocarburos

Como resultado de la reforma, se expidió la Ley de Hidrocarburos que, en su Artículo 4to, define las sustancias que la Ley contemplará como hidrocarburo, a saber: Petróleo, Gas Natural, condensados, líquidos del Gas Natural e hidratos de metano.

Notas

Por su parte, el propio artículo cuarto define lo que se entenderá por hidrocarburos en el subsuelo, al definirlos como “los recursos totales o cantidades totales de Hidrocarburos con potencial de ser extraídos que se estima existen originalmente en acumulaciones de ocurrencia natural, antes de iniciar su producción, así como aquellas cantidades estimadas en acumulaciones aún por descubrir;”

B. Empresas Productivas del Estado

En virtud de la reforma, se expidieron la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de electricidad, en las que se ha convertido a PEMEX y CFE en Empresas Productivas del Estado (ESE), dotándolas de carácter empresarial y autonomía presupuestaria, técnica, operativa y de gestión. Sin embargo mantienen un límite de deuda pública y las remuneraciones que reciben son controladas por el Estado.

Tanto CFE como PEMEX pueden a su vez crear empresas productivas subsidiarias para realizar actividades específicas. Éstas también serán consideradas como Empresas Productivas del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, aunque se sujetarán a la conducción, dirección y coordinación de Petróleos Mexicanos o de la Comisión Federal de Electricidad, según corresponda.

PEMEX y CFE tendrán a su cargo las actividades estratégicas de los energéticos mexicanos. Petróleos Mexicanos tendrá a su cargo el control de la exploración y explotación de los hidrocarburos, aunque como veremos más adelante, en dichas actividades puede participar la iniciativa privada nacional o extranjera a través de contratos.

Notas

Por su parte, CFE mantiene la operación de la planeación, transmisión y distribución del Sistema Eléctrico Nacional, mientras que se abre la industria a la inversión privada en las actividades de generación y comercialización.

C. Órganos Reguladores

Como parte del paquete legislativo en cuanto a leyes secundarias, se expidió la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.

De conformidad con el Artículo 2do de la Ley, los Órganos Reguladores serán: (i) la Comisión Nacional de Hidrocarburos; y (ii) la Comisión Reguladora de Energía.

Estos órganos tendrán autonomía técnica operativa y de gestión, contarán con personalidad jurídica propia. El Ejecutivo Federal ejercerá sus facultades de regulación técnica y económica en materia de electricidad e hidrocarburos, a través de los Órganos Reguladores.

Como veremos más adelante, la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía como parte de sus funciones otorgarán permisos, autorizaciones, realizarán las licitaciones y entregarán los contratos de sus materias, solicitarán información a los regulados y realizarán visitas de inspección a las áreas.

Notas

III. Formas de Participación de la Iniciativa Privada en la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

A. Asignaciones

La primera forma de participar en la exploración y explotación de hidrocarburos es mediante Asignaciones. Éstas, al asimilarse a la figuras de la concesión y de la asignación directa, únicamente podrán otorgarse de manera excepcional, y exclusivamente en favor de Petróleos Mexicanos o de cualquier otra empresa productiva del Estado. De tal suerte que las entidades privadas no podrían ser sujetos de obtener una asignación.

Sin embargo, la Ley de Hidrocarburos permite la participación de las empresas privadas en la ejecución de las asignaciones, al prever en su artículo 9 que:

Artículo 9.- Para cumplir con el objeto de las Asignaciones que les otorgue el Ejecutivo Federal, Petróleos Mexicanos y las demás empresas productivas del Estado, sólo podrán celebrar con Particulares contratos de servicios para las actividades relacionadas con dichas Asignaciones, bajo esquemas que les permitan la mayor productividad y rentabilidad, siempre que la contraprestación se realice en efectivo.

Dichas contrataciones se llevarán a cabo conforme a lo dispuesto en la Ley de Petróleos Mexicanos o la que regule a la respectiva empresa productiva del Estado.

Así pues, de las anteriores disposiciones podemos concluir que el Estado, a través de la Secretaría de Energía, tiene la facultad de otorgar asignaciones sin mayores requisitos, siempre que éstas sean otorgados en favor de una empresa productiva del estado, quien, a su vez, podrá apoyarse de los particulares para la ejecución de las actividades comprendidas dentro de dicha asignación, a través de contratos de servicio.

Notas

B. Contratos para la Exploración y Extracción

La segunda forma en la que los particulares pueden participar en la exploración y explotación de hidrocarburos es mediante contratos asignados a través de una licitación pública convocada por la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

El titular de una Asignación, puede solicitar a la Secretaría de Energía la migración de las Asignaciones de las que sean titulares a Contratos para la Exploración y Extracción. En estos casos, la empresa productiva del estado participará como socio de un particular a través de una alianza o asociación. La selección del socio se realizará mediante licitación pública.

Adicionalmente el Estado Mexicano, por conducto de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá otorgar Contratos para la Exploración y Extracción a través de licitación pública, mismas que podrán otorgarse directamente a entidades privadas, o bien requerir la participación obligatoria de Petróleos Mexicanos o cualquier otra empresa productiva del estado.

Por ejemplo, cuando en el área contractual de que trate una licitación exista la posibilidad de encontrar yacimientos transfronterizos, la participación obligatoria de Petróleos Mexicanos o de la empresa productiva del estado de que se trate, deberá ser de al menos 20% de la inversión del proyecto.

Es importante mencionar que, Petróleos Mexicanos y las demás empresas productivas del Estado podrán celebrar alianzas o asociaciones para participar en los procesos de licitación de Contratos

Notas

para la Exploración y Extracción, conforme a las disposiciones previstas en la Ley de Petróleos Mexicanos o la que regule a la respectiva empresa productiva del Estado. Asimismo, la ley específicamente prohíbe la celebración de asociaciones público privadas ente PEMEX y/o cualquier otra empresa productiva del estado con particulares.

La Secretaría de Energía establecerá el modelo de contratación correspondiente para cada Área Contractual que se licite o se adjudique en términos de la presente Ley, para lo cual podrá elegir, entre otros, los contratos de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia.

Por último, cabe mencionar que la Ley de Hidrocarburos prevé que 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 estos términos.

a. Licencias

Como ha quedado descrito, la Secretaría de Energía elegirá, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, elegirá el Modelo de Contrato a ser licitado, para lo cual podrá elegir, entre otros, los contratos de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia.

Notas

La ley de Hidrocarburos ha establecido las cláusulas mínimas que deberán incluirse en todos Contratos, sin tomar en consideración su modalidad. Asimismo, ha establecido en su artículo 22 que los Contratos para la Exploración y Extracción se regularán por lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos y su Reglamento, y para los efectos de su ejecución será aplicable, supletoriamente y en lo que no se oponga, la legislación mercantil y el derecho común.

Sin embargo, la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, regula las diversas contraprestaciones a las que tendrán derecho el Estado y los Contratistas en atención al Modelo de Contrato electo.

En el caso de los Contratos de Licencia, el artículo sexto de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, regula las siguientes contraprestaciones:

➤ A favor del Estado:

- ✓ Un bono a la firma: Éste será determinado por la Secretaría para cada Contrato y su monto, así como sus condiciones de pago, se incluirán en las bases de la licitación para su adjudicación. Dicho bono será pagado en efectivo por el Contratista al Estado Mexicano a través del Fondo Mexicano del Petróleo.
- ✓ La Cuota Contractual para la Fase Exploratoria: Éstas serán pagadas en efectivo por el Contratista al Estado Mexicano, en cada Periodo conforme se establezca en el Contrato.
- ✓ Las Regalías: El monto de las Regalías se determinará para cada tipo de Hidrocarburo mediante la aplicación de la

Notas

tasa correspondiente, determinada de conformidad con las fórmulas preestablecidas en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos;

- ✓ Una Contraprestación: Ésta se determinará en los Contratos considerando la aplicación de una tasa al Valor Contractual de los Hidrocarburos. Cada Contrato deberá contener los mecanismos para la determinación en el Punto de Medición de los Precios Contractuales del Petróleo, Gas Natural y Condensados, que reflejen las condiciones de mercado.

- A favor del Contratista, la transmisión onerosa de los Hidrocarburos una vez extraídos del subsuelo, siempre que, conforme a los términos del Contrato, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las contraprestaciones a favor del Estado.

b. Utilidad Compartida

Por su parte, en los Contratos de Utilidad Compartida, el artículo 11 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, regula las siguientes contraprestaciones:

- A favor del Estado:

- ✓ La Cuota Contractual para la Fase Exploratoria: Éstas serán pagadas en efectivo por el Contratista al Estado Mexicano, en cada Periodo conforme se establezca en el Contrato.

Notas

- ✓ Las Regalías: El monto de las Regalías se determinará para cada tipo de Hidrocarburo mediante la aplicación de la tasa correspondiente, determinada de conformidad con las fórmulas preestablecidas en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos;
 - ✓ Una Contraprestación: que se determinará por la aplicación de un porcentaje a la Utilidad Operativa.
- A favor del Contratista:
- ✓ La recuperación de los costos: El monto equivalente a los costos, gastos e inversiones reconocidos conforme a los lineamientos que para tal efecto emita la Secretaría. En cada Periodo, esta Contraprestación no podrá ser mayor al Límite de Recuperación de Costos.
 - ✓ Una Contraprestación: que será el remanente de la Utilidad Operativa después de cubrir la Contraprestación a favor del Estado señalada con anterioridad.

Es importante mencionar que, en los Contratos de utilidad compartida, los Contratistas entregarán la totalidad de la Producción Contractual al Comercializador, el cual entregará los ingresos producto de la comercialización al Fondo Mexicano del Petróleo.

El Fondo Mexicano del Petróleo conservará las Contraprestaciones que correspondan al Estado, y pagará al Contratista las Contraprestaciones que en su caso le correspondan cada Periodo conforme se señale en el Contrato.

Notas

c. Producción Compartida

Las contraprestaciones reguladas para los contratos de la Producción Compartida son esencialmente iguales que las contraprestaciones de Utilidad Compartida, tanto para el Estado como para los Contratistas.

La diferencia radica en la forma de hacer el pago, ya que conforme a la naturaleza de los Contratos de producción compartida, las contraprestaciones se pagarán al Contratista en especie, con una proporción de la Producción Contractual de Hidrocarburos que sea equivalente al valor de dichas Contraprestaciones. Del mismo modo se entregarán al Estado las Contraprestaciones establecidas a su favor.

El Estado determinará en el Contrato las Contraprestaciones que el Contratista deberá entregar en especie al Comercializador, el cual entregará los ingresos producto de su comercialización al Fondo Mexicano del Petróleo en cada Periodo, conforme se señale en el Contrato.

La Ley prevé que en los Contratos de producción compartida se podrá optar por no incluir la Contraprestación correspondiente a la recuperación de costos.

d. Servicios

En los Contratos de servicios de Exploración y Extracción de Hidrocarburos, los Contratistas entregarán la totalidad de la Producción Contractual al Estado y las Contraprestaciones a favor del Contratista serán siempre en efectivo y se establecerán en cada Contrato considerando los estándares o usos de la industria.

Notas

Las Contraprestaciones a favor del Contratista establecidas en los Contratos de servicios se pagarán por el Fondo Mexicano del Petróleo con los recursos generados por la comercialización de la Producción Contractual que derive de cada Contrato de servicios.

Es importante mencionar que, la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos prevé que, sin importar el tipo de Contrato, las Contraprestaciones a favor del Contratista se pagarán una vez que el Contratista obtenga la Producción Contractual, por lo que en tanto no exista Producción Contractual, bajo ninguna circunstancia serán exigibles las Contraprestaciones a favor del Contratista ni se le otorgará anticipo alguno.

Notas

VI. Bibliografía

Leyes

- Ley de Hidrocarburos.
- Ley de Industria Eléctrica
- Ley de Petróleos Mexicanos
- Ley de Comisión Federal de Electricidad
- Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética
- Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos
- Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.