

EL RÉGIMEN PETROLERO INTERNACIONAL

Podría decirse que las bases del actual régimen petrolero se empezaron a fincar con la primera crisis petrolera durante 1973-1974, con la creación de instituciones como la Agencia Internacional de Energía, vigente hasta la actualidad. Hoy, las presiones se generan tanto por el acceso a los recursos fósiles, que se reconocen escasos, como por el tránsito a una economía baja en carbono. Si bien se atribuye parte de la problemática a la situación de escasez, se considera que el problema es de índole gerencial.⁴⁰ De aquí que en los últimos años dicha estrategia haya buscado generar un clima favorable para las inversiones privadas, promover la transparencia y controlaría a partir de fortalecer las instituciones internacionales y nacionales, asegurando de este modo el acceso incondicional a los recursos energéticos y a los mercados.⁴¹

En la medida en que los países buscan acceder a los recursos de los países productores, la modificación del régimen petrolero facilita el libre flujo y sin restricciones de las inversiones para la explotación de yacimientos. La puesta en operación del actual régimen petrolero se acompaña de toda una serie de normas, instituciones, actores involucrados en el control del petróleo, que conforman un contexto especial en el cual se dan las disputas por la apropiación del excedente petrolero de forma evidente y velada. Si bien no hay una entidad regulatoria que controle el plano global, existe una multitud de organismos reguladores intergubernamentales, agencias y centros de investigación involucrados que conforman lo que se conoce como la

⁴⁰ Con ello se pretende justificar un esquema de negocios en donde la participación gubernamental es acompañada por las empresas eléctricas que pretenden dar soluciones de mercado, con subsidios para las fuentes renovables de energía como la eólica y la solar. Véase World Economic Forum, "From Risk to Opportunity: Building a Response to the New Reality", *Outlook in the Global Agenda 2011. An Initiative of the Risk Response Network* (Ginebra, Suiza, World Economic Forum, enero de 2011).

⁴¹ Alan Larson, "Geopolitics of Oil, and Natural Gas", *Economic Perspectives* 19, no. 2 (mayo de 2009): 12.

gobernanza energética global.⁴² Muchos de ellos coadyuvan al mantenimiento del statu quo a favor de las naciones desarrolladas intentando revertir la correlación de fuerzas en los espacios geográficos en donde la situación no está a su favor y en los aspectos en donde su posición tampoco lo está.

La gobernanza global incluye diversos niveles que cubren la escala global, la transfronteriza y las organizaciones oficiales formales intergubernamentales; a nivel regional, incluye acuerdos de integración y cooperación energética.

Se han tejido tratados multilaterales y unilaterales, comerciales y de protección a la inversión para encuadrar el régimen petrolero en uno legal internacional de capital. Se incorporan reglas importantes, tratados de inversión bilaterales y asociaciones público-privadas para facilitar la incorporación de las corporaciones eléctricas en diferentes países, como las que ocurren en materia de energías renovables y eficiencia energética. Se concertan redes de acción global entre actores no gubernamentales.

El proceso está a cargo de organismos como la Agencia Internacional de Energía (IEA), la Agencia Internacional de Energía Atómica, la Organización Mundial de Comercio (OMC), el International Energy Forum,⁴³ el G8,⁴⁴ la Unión Europea y el Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC), entre los más destacados.

⁴² El concepto tiene una connotación limitada al desempeño del gobierno y su gestión pública. Una definición más amplia se refiere a la manera de gobernar para el desarrollo económico, social e institucional promoviendo el equilibrio entre el Estado, la sociedad y el mercado. Surge de la debilidad del modelo tradicional del Estado debido a la pérdida de su papel rector en el desarrollo social. El término se utiliza para calificar la acción de un gobierno, así como al arte o manera de gobernar para el logro del equilibrio de las entidades mencionadas, así como entre la sociedad civil y las empresas.

⁴³ Desde el primer encuentro en 1991, el foro ha reunido a los ministros de energía de países productores e importadores para intercambiar puntos de vista. Básicamente, se enfoca en petróleo y gas. Su mayor logro es el establecimiento de la Joint Oil Data Initiative para mejorar la disponibilidad y confiabilidad de la información internacional sobre petróleo, GNL, gasolina y otros. Es un trabajo que avanza.

⁴⁴ Éste ha estado especialmente activo en materia de energía. Está integrado por los países desarrollados además de Rusia. Su atención ha sido variable y ello se ha relacionado con la situación de los precios. Su declaración refiere al compromiso de cooperar, a fin de reducir nuestra dependencia de la energía importada a través de la conservación y del desarrollo de los recursos alternativos. En años subsecuentes sus miembros han refrendado estos compromisos tal como es el caso de Estados Unidos para reducir su dependencia de las importaciones. El compromiso más reciente fue "considerar objetivos nacionales para reducir intensidad energética para el desarrollo económico". En una reunión de 2007 del G8 en Heiligendamm la atención la recibió el cambio climático. Aunque

Otros organismos de desarrollo incluyen proyectos energéticos en sus portafolios de préstamos; se encuentran también organizaciones de negocios, grupos de abogados, instituciones de investigación y grupos de trabajo (*task force*).

Un organismo particularmente importante y paradigmático de esta gobernanza global es The Energy Charter Treaty (ECHT). Éste se orienta a estabilizar mercados y garantizar la seguridad energética con base en los principios de mercados abiertos, competitivos, y de desarrollo sostenible. Otros aspectos que incluye son la inversión extranjera, el comercio energético, la libertad de tránsito de gasoductos y redes eléctricas, así como mecanismos de resolución de disputas. En lo que respecta a inversiones, sus miembros se obligan a extender trato nacional (estatus de nación más favorecida) a entidades nacionales y legales de los otros socios que han invertido en el sector energético sustituyendo con ello, la necesidad de una red de protección de tratados a las inversiones. En lo que se refiere al comercio ECHT acepta las reglas y estándares de la OMC, extendiéndolas a algunos de los socios del ECHT que no son miembros de la OMC. El arbitraje es el procedimiento para la resolución de disputas.

En lo que concierne a la OMC, las reglas comerciales se encargan de la mayor parte de los instrumentos de política que los gobiernos deben aplicar, desde los subsidios fiscales hasta estándares y requisitos de etiquetación.⁴⁵ Un rubro importante en materia de energía es el que se refiere a servicios. La OMC atiende los compromisos en el sector petrolero y gas, para servicios de prospección, servicios relacionados con minería, de ensayos y análisis, así como servicios de refinado por subcontratación y gas. A través del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) se pretende la “libe-

el G8 ha ayudado a enfocar la atención de los poderosos en asuntos energéticos, hasta la fecha, no ha probado su capacidad para servir como mecanismo eje en la gobernanza energética global. Véase Bank Information Center, “World Bank ‘Sees Green’, in G8 Declaration”, 12 de junio de 2007, www.bicusa.org/en/Article.3394.aspx, consultada el 7 de febrero de 2011.

⁴⁵ Las reglas de la Organización Mundial de Comercio no suscriben monopolios o rutas de tránsito de gasoductos. En muchos casos, las reglas pueden inhibir la política energética. Sin embargo no es claro si las reglas permitirían una política fiscal para discriminar entre métodos de producción energética, tales como favorecer la electricidad a partir de renovables. Sin embargo, no siempre es claro que los acuerdos de inversión y comercio alienten las iniciativas de energía limpia. Tales acuerdos pueden estar sujetos a dos tipos de restricción: uno relacionado con las expropiaciones y otro con el trato justo y equitativo.

realización” de los sectores de servicios en campos petroleros y gaseros. Para ello, se propone eliminar prácticas discriminatorias, procurar la transparencia, especificar requerimientos de trabajo, y quitar limitaciones a la inversión extranjera y requerimientos de transferencia tecnológica.⁴⁶

No menos importante es el Banco Mundial, el cual establece los términos del debate y proporciona los fondos para los desarrollos y proyectos energéticos. Sus iniciativas están lejos de ser desinteresadas, ya que su fuente de origen es el G8 y las naciones industrializadas quienes filtran su estrategia a través de este organismo. Tanto el FMI como el Banco Mundial han presionado por la “apertura” y “eficiencia” y competitividad en los mercados de petróleo, gas y electricidad, que significan en realidad la privatización de las empresas estatales y la derogación de las regulaciones de cada país.

De acuerdo con Mommer es a través de los tratados bilaterales de inversión, los tratados de libre comercio y la OMC como se introduce el caballo de Troya para hacer transitar a los Estados petroleros de un régimen propietal a uno no propietal. Al suscribir la normatividad (de los tratados internacionales)⁴⁷ se generan las condiciones para permitir el acceso de las inversiones en los sectores corriente arriba de las naciones productoras reduciendo el dominio eminente de los Estados.

Al interior de los países se realizan los cambios jurídicos necesarios para permitir el acceso para la exploración y producción bajo formas de apropiación del excedente distintas, que van desde alianzas estratégicas, acuerdos de producción compartida, concesiones, contratos integrales, contratos de servicios, la participación accionaria de los privados en las empresas estatales, entre los más importantes.⁴⁸ En el diseño de este nuevo marco jurídico, la interpretación de la Constitución termina supeditándose a lo que dice la convención internacional y la teoría económica.

⁴⁶ Véase U.S. International Trade Commission, “Oil and Gas Field Services: Impediments to Trade and Gas Prospects for Liberalization”, Investigation No. 332-444 (Washington, D.C.: March, 2003).

⁴⁷ Mommer, *Petróleo global y Estado nacional*, 105.

⁴⁸ Un ejemplo de esto es la desnacionalización de la empresa brasileña Petrobras evidenciada en el incremento de la participación accionaria de los extranjeros (del 20.4 por ciento al 36.3 por ciento) del año 2000 al 2002.

Contratos⁴⁹

Los recursos mineros se consideran correctamente asignados por los neoliberales si se respetan los derechos de la propiedad privada. Se manejan como un bien “libre” por lo que el problema para su explotación está en el “acceso” a los recursos de las naciones propietarias por parte de los Estados no propietarios. Esto convierte al sistema de tenencia de la tierra en un asunto medular para asignar y distribuir los derechos de propiedad para explotar el petróleo.

Las agencias reguladoras se encargan de facto de crear las condiciones para la privatización de la industria y la asignación de los recursos a los particulares. Con nombres como Agencia Nacional de Hidrocarburos (Colombia), Comisión Nacional de Hidrocarburos (México), Agencia Nacional del Petróleo, Gas Natural y Biocombustibles (Brasil), entre otras, tales entidades tienen la función de administrar los recursos, lo que en la práctica significa establecer el régimen privado de propiedad (en muchos casos junto con el Ministerio de Energía), diseñar los lineamientos y manejar las licitaciones para el otorgamiento de bloques, con lo cual las corporaciones o empresas se incorporan a las actividades de exploración y producción del país en cuestión.

Las modalidades con las que se incorpora el capital privado en la explotación de los recursos mineros son fundamentalmente las concesiones, los acuerdos de producción compartida (*production sharing agreements*, PSA), los contratos de servicios con sus variantes de contratos riesgo y los contratos puros,⁵⁰ los convenios de servicio operativos. Éstos pagan al Estado regalías, impuestos, cuotas, títulos de propiedad y bonos, bajo reglas de la U.S. Security and Exchange Commission (SEC).

Éstas se realizan a través de contratos de explotación, la empresa contratista es, en cierta medida, responsable de las operaciones, asume riesgos y adquiere derechos sobre la producción o el valor monetario de la misma.

⁴⁹ Los aspectos legales de los contratos han sido ampliamente analizados por Raúl Jiménez cuyos textos han sido fundamentales para nuestro análisis. Véase bibliografía.

⁵⁰ Miriam Grustein, *De la caverna al mercado. Una vuelta al mundo de las negociaciones petroleras* (México: Centro de Investigación para el Desarrollo-Felou, 2010), 149-159.

Con la concesión la empresa adquiere el derecho a explotar un área mediante un pago en regalías o bonos e impuestos. Se otorga mediante la asignación de bloques exploratorios. Bajo esta modalidad, la compañía dispone de los hidrocarburos como si fuesen suyos. Los derechos para una concesión se han convertido en una autorización para explorar y producir, con lo que la propiedad queda supeditada a que se realice la producción. Un aspecto medular de la modalidad vigente en Estados Unidos es que se minimiza la diferencia entre el derecho a ser propietario y el derecho a explotar el petróleo. El corolario de esto es que quien explota el petróleo es el dueño de la producción, es dueño del recurso.

La modalidad de producción compartida implica que la empresa que realiza la exploración y el Estado invierten. La primera debe pagar al gobierno con petróleo o con dinero en efectivo por el derecho a realizar esas actividades. Con este tipo de contrato la producción se divide en dos partes: la primera se reserva para cubrir los costos de capital y gastos de operación; la segunda se reparte entre el Estado y la compañía siguiendo las reglas establecidas en el contrato.

En el contrato de riesgo puro, el contratista explora, pero si no encuentra yacimientos, pierde su dinero. En caso de descubrimiento comercial, el Estado reembolsa a la corporación contratista las inversiones realizadas, además de otorgarle un premio consistente en un pago monetario o en un contrato de compraventa de la producción. En general, los contratos de servicios involucran la contratación de una empresa para las actividades exploratorias con entrega de la producción al gobierno. Las empresas generalmente actúan bajo contratos riesgo, siendo remuneradas cuando los campos producen. El pago a esa empresa se da con petróleo o con dinero. Las reservas no pueden ser contabilizadas por las compañías.

En los convenios de servicios operativos, la empresa nacional se retira de campos petroleros para que una compañía privada opere la producción; esta última recibe un pago monetario vinculado al valor de la producción, un contrato de compra venta o una parte de la producción. Este tipo de contratos se utilizan cuando los yacimientos han sido descubiertos, las actividades de exploración son mínimas y el riesgo geológico es muy bajo.⁵¹

⁵¹ Intermon Oxfam, "Letra pequeña, grandes abusos. Por qué los contratos petroleros en América Latina son un obstáculo para el desarrollo", *Intermon Oxfam*, no. 12 (julio de 2008): 15-16.

Si bien hay quienes relacionan el régimen de concesiones con la modalidad prevaleciente en las naciones desarrolladas y los PSA con los existentes en los países en vías de desarrollo —debido a la ubicación geográfica de los países en donde se adoptan, en realidad no hay una separación tajante por países entre estos dos tipos de contratos, si bien en razón de la madurez de los aprovechamientos, la modalidad de concesiones está ampliamente diseminada en América Latina.

Con los contratos de servicio se asume que son los que adoptan países con fuertes tendencias nacionalistas o restricciones jurídicas importantes. Para sustentar esta afirmación se cita a Irak, Irán y México. Empero, en este último caso, las posiciones nacionalistas fueron debilitadas y reducidas al mínimo por una estructura en el poder que promueve los intereses de las corporaciones petroleras, por lo que es difícil avalar la anterior creencia. Lo que sí es posible afirmar es que las empresas de servicios han encontrado condiciones inmejorables para maximizar su rentabilidad, adecuándose a las restricciones históricas para la abierta adopción de concesiones.

Si bien hay especificidades en el modo de operación para cada tipo de contrato, es importante señalar que las condiciones o cláusulas específicas aceptadas dependen de la situación política del país, su capacidad de negociación y su institucionalidad. En ello influye la legitimidad y el consenso nacional en torno al primer mandatario, el proyecto de las oligarquías nacionales en relación con los hidrocarburos y el proyecto de las elites transnacionales.

En los países en donde se adoptan los contratos hay paralelismos entre las distintas modalidades de éstos debido a las cláusulas que se incorporan a ellos, lo que atenúa las diferencias entre los contratos y las concesiones, así como entre los diferentes tipos de contratos. Las experiencias internacionales permiten decir que hay una tendencia a minimizar la importancia del derecho a la propiedad del recurso, lo que se observa en los contratos.⁵²

⁵² Cabe destacar el tránsito de Colombia a la adopción de un régimen de concesiones y la eventual adopción del mismo por México en la medida en que tendrá que negociar con su vecino del norte un marco de *unitización* para la explotación de yacimientos transfronterizos, instrumento propio de un régimen de concesiones. En sentido contrario, el logro del presidente Evo Morales en Bolivia fue la renegociación de contratos y la redefinición de los derechos soberanos sobre sus recursos mineros. En esto consistió la nacionalización de la industria de hidrocarburos.

Otra tendencia mundial es utilizar más de una modalidad contractual a la vez. Esto es posible a partir de las disposiciones y cláusulas concertadas.⁵³

Otra modalidad de participación privada, que contribuye al repliegue del poder y control del Estado propietal sobre sus empresas, la constituye la bursatilización o colocación accionaria en las bolsas de valores. El bono es un título de capital de riesgo que otorga derecho a sus poseedores a exigir cuentas. Generalmente estos derechos corporativos están en manos extranjeras, lo que lleva a las empresas no sólo a la privatización, sino a una mayor participación y control del capital extranjero.

Las consecuencias de un cambio en el régimen de propiedad son de primer orden para cualquier país, en la medida en que afectan dos parámetros fundamentales que rebasan el ámbito de la industria petrolera, como ocurre con la apropiación de la renta petrolera y la soberanía nacional.

Los contratos de servicios en México

Debido a que el artículo 27 constitucional prohíbe en México las concesiones para explotar el petróleo, la alternativa que ha tomado Pemex para incorporar a la iniciativa privada en esta tarea es, precisamente, utilizar los contratos de servicios, mecanismo que disimula la entrega de áreas estratégicas de la industria petrolera con la apariencia de actividades de servicios y prestación de obras. Con los contratos de servicio, el Estado sigue aparentemente manteniendo el control sin poner en riesgo la soberanía nacional. Algunas características generales de los contratos de servicio son las siguientes:

1. A diferencia de los contratos de producción compartida los de servicios no confieren derechos sobre la producción, es decir, no se comparte el petróleo y al contratista se le paga una tarifa monetaria por los servicios prestados.

⁵³ En los recientes contratos integrales adoptados en México para campos maduros (Magallanes, Carrizo y Santuario) se observa esta tendencia de manera muy clara, pues tienen elementos que corresponderían a un tipo de contratos de producción compartida, pero constituyen, de hecho, un contrato de riesgo, pues se otorgan todas las actividades sustantivas relacionadas con la exploración, producción, procesamiento, transporte y almacenamiento de hidrocarburos al contratista, quien puede hacer arreglos de *unitization*, caracterizarlo como una concesión, con el fin de optimizar la producción.

2. Este tipo de contratos se utiliza con frecuencia en la fase de exploración de pozos.
3. Ofrecen las posibilidades de subcontratación, sin embargo, sus resultados no están vinculados a parámetros significativos como la producción misma de hidrocarburos.
4. El contratista recibe un pago, independientemente de las actividades realizadas, por lo que no incurre en riesgos exploratorios, tiene un flujo de caja estable siempre lucrativo. Por ello, gana sin enfrentar riesgos. Éstos los afronta el Estado.
5. Sin embargo, cuando no hay descubrimientos, teóricamente, el contratista recibe una cierta remuneración y afronta los costos relacionados con la exploración. Ésta es la modalidad que predomina en México con una denominación distinta: contratos de servicios integrados y contratos de servicios múltiples (CSM);⁵⁴ si bien genéricamente corresponderían a los contratos de servicios puros, los cuales representan un gran negocio para los contratistas por la remuneración obtenida, aun con los impuestos que pagan al Estado mexicano (impuesto al valor agregado, a la renta, sobre activos fijos y sobre bienes y servicios).

Entre las oportunidades de apropiación de la renta petrolera está la cesión de actividades sustantivas y estratégicas a los contratistas. Esto queda bien ilustrado con los CSM de la Cuenca de Burgos, los cuales fueron el núcleo de la estrategia de gas de Pemex durante la gestión del presidente Vicente Fox en 2003 para abrir la exploración y explotación de gas no asociado en tal cuenca a la inversión privada. Los CSM han sido un hito importante en el devenir de Pemex en la medida que sirvieron de experiencia para transferir a empresas extranjeras la explotación de campos petroleros que fueron descubiertos y desarrollados por Pemex.

⁵⁴ Si bien las actividades estratégicas de exploración y explotación de los hidrocarburos son prerrogativas del Estado mexicano por mandato constitucional, a partir de la Ley Reglamentaria del artículo 27 se faculta a Pemex a celebrar contratos de servicios con la iniciativa privada. En su artículo 5 esta ley faculta al Ejecutivo a considerar actividades corriente arriba para contratistas. Así también los artículos 3, 11 y IV de la Ley de Obras y Servicios Públicos consideran las mencionadas actividades como obras públicas. Igual que en otros países, se ha “dado la vuelta” a los preceptos constitucionales a partir de las leyes o regulaciones secundarias, ignorando, en los hechos, los mandatos de la ley suprema que, en el caso mexicano, constituyen también el proyecto de nación.

Hasta ahora, se han otorgado nueve contratos (dos en la administración de Felipe Calderón) que incluyen obras de desarrollo, infraestructura y mantenimiento que permiten a las empresas nacionales y extranjeras explorar, extraer, producir, transportar y procesar gas natural y petroquímicos básicos, en un área determinada o bloque. El contratista asume las inversiones que se le pagan con los ingresos generados por ventas. En la realidad, se trata de un convenio de servicio operativo, mediante el cual una firma sustituye a Pemex en la exploración y producción de hidrocarburos. Aunque Pemex dice ser el operador, lo acota el contrato establecido.

Otro ejemplo, lo constituye Chicontepepec, en donde ahora se trabaja con la modalidad de contratos de obras públicas sobre la base de precios unitarios. Este caso ilustra muy bien la forma en que operan los contratos de servicios en México como un mecanismo que ha permitido la transferencia de una cuantiosa renta petrolera a los contratistas cuya contraparte es una irracionalidad productiva en términos de costos de producción. En ello han participado las empresas Halliburton, Schlumberger, Baker & Hughes y Weatherford de México, S. A. de C. V., entre las más importantes. Sobre todo en el caso de la primera, es muy conocido el apoyo que otorgó al actual presidente de México durante su candidatura a la Presidencia de la República, así como el hecho de que el ex vicepresidente de Estados Unidos, Dick Cheney, fue también presidente de Halliburton, empresa de añejas relaciones con Pemex y las élites políticas mexicanas. Por ello, se sabía que, una vez en la silla presidencial, Felipe Calderón propiciaría cambios sustantivos en favor de las petroleras y contratistas estadounidenses.⁵⁵ Weatherford recibió importantes contratos, de los cuales no se ha obtenido producción rentable.

La importancia del proyecto también conocido como Aceite Terciario del Golfo (ATG, Chicontepepec) radica en que por la magnitud de su costo constituye un espacio de transferencia de renta petrolera diferencial (la procedente de las áreas productivas rentables), así como de renta futura, en vista de la deuda que está siendo contratada para financiar el proyecto, el cual económicamente es irracional y sólo se entiende con un esquema de do-

⁵⁵ Declaraciones de Miguel-Tinkes Salas, profesor de Historia y Estudios Latinoamericanos del Colegio de Pomona, Estados Unidos, en <http://www.youtube.com/embed/kayCEBCFpJO?version=3&fs=1&fs=1showsearch=0>, consultada el 26 de octubre de 2011.

minio oligárquico corporativo, como el que priva en el Estado mexicano actualmente. Las estimaciones de costos dan cuenta de lo anterior.

Por una parte, los directivos de Pemex justifican la rentabilidad de esto con sus propias estimaciones de costos (un costo de producción calculado en U.S. \$26 BPCE).⁵⁶ Dicha estimación considera el costo de extracción como el costo de desarrollo, definido como la inversión en desarrollo entre las reservas probadas desarrolladas. Sin embargo, con esta definición las reservas desarrolladas o incorporadas se estarían obteniendo de forma instantánea, sin considerar los costos de operación y el mantenimiento de la extracción que acarrear. Evaluaciones alternativas⁵⁷ basadas en el costo de desarrollo (inversión más gasto en desarrollo) conducen a una estimación de costos sustantivamente mayor (U.S. \$85.3 BPCE).⁵⁸ De acuerdo con estas estimaciones, el costo en el 2010 vendría siendo de \$2005 pesos por barril,⁵⁹ lo cual supera con creces los precios de exportación. Pese al alto costo con el que se está trabajando, todo indica que el proyecto continuará. Para ello el director de Pemex solicitó un crédito en diciembre de 2010 del orden de los 21 mil millones de dólares. Aun cuando se inyectaron tales fondos, la producción no rebasa los 35 000 barriles diarios (b/d). Lo anterior ejemplifica claramente el hecho de que los contratos de servicio en México son un extraordinario negocio para los contratistas extranjeros. Se atribuye parte de la responsabilidad a la forma en que Pemex, Exploración y Producción trabaja y a que no realiza por anticipado los trabajos de ingeniería, geológicos, logísticos y demás estudios requeridos para un proyecto de este tipo.

Este caso da la pauta para utilizar la noción de renta absoluta; es decir, si los menos eficaces obtienen una renta, entonces existe una renta abso-

⁵⁶ Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, LXI Legislatura, Comparencia del director de Pemex Juan José Suárez Coppel ante comisiones Unidas de Energía y Hacienda, 13 de octubre de 2010.

⁵⁷ Grupo de Ingenieros Constitución del 17, "Costo de desarrollo en Chicontepec" (septiembre de 2010): 5 [mimeo]. Es pertinente señalar que éste lo integran profesionistas y ex directivos jubilados de Pemex.

⁵⁸ El costo de desarrollo resulta de dividir la inversión y gasto en desarrollo (millones de dólares) entre la producción durante el periodo de inversión y gasto (en millones de barriles de petróleo crudo equivalente [MMBPCE]). En el periodo considerado de inversión el gasto del proyecto de Chicontepec ascendió a 3 736 millones de dólares de 2009 (46 264 millones de pesos). La producción durante el periodo fue de 43.8 MMBPE. El tipo de cambio considerado fue de 12.6950 (fuente: Banco de México).

⁵⁹ Véanse estimaciones del Grupo de Ingenieros Constitución del 17, en Atzayaelh Torres, "El costo de producción en Chicontepec supera los costos de exportaciones de petróleo", Nuevo excelsior.com, 23 de mayo de 2011, consultada el 25 de mayo de 2011.

luta, si bien existe un propietario, que es el Estado mexicano y un contexto político que permite la extracción y transferencia de renta o plusvalía, a las oligarquías nacionales y a las corporaciones internacionales. Por otro lado, la existencia de áreas productivas con alta rentabilidad, como ocurre en el sureste del país, permite la extracción y transferencia de rentas diferenciales para soportar áreas costosas e ineficientes, como Chicontepec. La transferencia de renta continuará incluso en el futuro a costa de las generaciones siguientes debido a la deuda contratada (21 mil millones de dólares⁶⁰ para el proyecto ATG), actividad que difícilmente permitirá recuperar las inversiones. Chicontepec representa cabalmente la irracionalidad económica de los proyectos que se llevan a cabo en el sector energético mexicano, sólo explicado por la existencia de fuertes grupos económicos que se benefician de ellos en una tendencia predominantemente transnacional como parte de la estrategia del proyecto neoliberal.⁶¹

En 2008, los contratos de servicios quedaron incorporados en la reforma energética con el nombre de contratos incentivados. Éstos fueron propuestos por el presidente Calderón, la iniciativa comprendía un marco regulatorio, otro legal e institucional aplicable a la fase extractiva, y se esperaba que las firmas extranjeras reemplazaran a Pemex en regiones enteras del territorio nacional, en tanto esta institución se convertiría en un instrumento legal que facilitaría la apertura al actuar como operador del Estado del acceso al subsuelo y al fungir como una agencia pagadora de impuestos. La iniciativa incluía entonces los contratos incentivados, mediante los cuales Pemex mantendría el control de la extracción y aprovisionamiento del petróleo y el gas. Pemex podría pactar una remuneración “fija o variable”, “determinada o determinable” con base en las obras y servicios especificados en el momento de la contratación o los que el desarrollo del proyecto exigiera con posterior-

⁶⁰ Declaraciones de Suárez Coppel, director de Pemex. Véase Israel Rodríguez, “Necesita Pemex 26 mil 800 mdd al año para operar de manera eficiente”, *La Jornada*, 31 de agosto de 2010.

⁶¹ Esta situación también pudiera corresponder a la estrategia neoliberal de descapitalizar Pemex a fin de poner a la empresa en punto de venta y justificar el proceso de desnacionalización vigente. Un ejemplo de esto es la deuda contratada por una filial de la empresa Pemex en las Islas Caimán, territorio en el que ninguna autoridad mexicana tiene jurisdicción para investigar. Para garantizar esta deuda y sin autorización del Congreso mexicano, Pemex comprometió hasta el 2018 el 72 por ciento de la factura petrolera resultante de ingresos derivados de las exportaciones del crudo. Véase Amador González, Roberto e Israel Rodríguez, “Pemex Finance firma membrete, empenó la factura petrolera”, *La Jornada*, 17 de marzo de 2011, www.jornada.unam.mx, consultada el 10 de mayo de 2011.

ridad. Se podrían pactar incentivos tendientes a maximizar la eficacia o éxito de la obra o servicio.

Entonces, los resultados de la reforma energética en este respecto fueron la legalización de los contratos de servicios múltiples y retomar los incentivos bajo el nombre de contratos de servicios integrales. Otro punto medular fue que se posibilitó a Pemex contratar con el sector privado todas las actividades de la industria petrolera, estratégicas y no estratégicas, extractivas, industriales y comerciales.

En vista de que las reservas de jure siguen siendo de la nación, estos contratos establecen de facto los mecanismos para compartir la renta petrolera con los privados. Esto es posible a través de los artículos 60 y 61 de la Ley de Petróleos Mexicanos, aprobada el 23 y 28 de octubre de 2008 por el Congreso mexicano, considerando la obtención de economías y reducción de tiempos, apropiación de mejores tecnologías y mejoramiento de las utilidades de Pemex. Incorporados a la ley hay una serie de incentivos (ganancias) para los contratistas que justifican que se comparta la renta petrolera. En la medida en que estos mecanismos significan un porcentaje alto de recuperación de costos (entre un 70 y un 80 por ciento) los vinculados a la tarifa volumétrica establecida serán la oportunidad de acaparar parte de la renta petrolera generada. La decisión de cuánta será compete al Consejo de Administración de Pemex.

El régimen de propiedad y la forma en que se realiza la distribución de la renta hace que los contratos de servicios integrales contengan elementos propios de otras modalidades. El hecho de que se garantice a las empresas privadas la recuperación de entre un 70 y un 80 por ciento de los costos evidencia de que se trata de contratos de riesgo los cuales fueron proscritos a raíz de la reforma de 1960 al artículo 27 constitucional. Además, el que los inversionistas suplanten o sustituyan al Estado en el desarrollo de la fase de producción primaria del área estratégica de los hidrocarburos en zonas de certeza geológica, se les blinde contra futuras cargas tributarias y se les otorguen incentivos adicionales por diversos conceptos, propicia un esquema semejante al de los contratos de servicio operativos, como los que se hicieron en Venezuela en la década de los noventa, antes del gobierno del presidente Hugo Chávez. El régimen fiscal y la incorporación de criterios como la *unitización* en los contratos propician también un esquema semejante al de las concesiones.

Hay otras formas en que ocurre la transferencia de renta:

1. Por la baja fiscalidad que normará a los contratistas.
2. Debido a la asimetría de información entre la firma y la empresa estatal. Uno de los secretos mejor guardados de las transnacionales son sus costos de producción que poco tienen que ver con lo que declaran al fisco. Esto lo hacen las empresas frecuentemente, sobre todo a partir de la imposición de hacer la contabilidad del impuesto sobre la renta con el propósito de apropiación de un mayor volumen de renta.
3. Debido a las características del contrato, que dejan abierta la posibilidad de una remuneración indexada al valor de las reservas, a la capacidad de producción, al valor entregado a Pemex o al precio de los hidrocarburos, lo que permite que el contratista se quede con parte de la renta. Con base en experiencias históricas, esto resultará en la expropiación del suelo.

En México, las condiciones prevalecientes no permiten una transferencia del *know how* del contratista a la empresa estatal, ya que con la modalidad específica de contratos integrales para campos maduros (Magallanes, Carrizo y Santuario),⁶² Pemex pierde su papel de operador en la medida que el contratista es quien se hace cargo de las actividades de exploración y producción dentro del área asignada, lo cual significa el desplazamiento de Pemex de una área estratégica, prerrogativa del Estado por mandato constitucional. El control que los privados tendrán de toda la cadena de producción, más el transporte y almacenamiento, generan la posibilidad de transferencia de una cuantiosa renta petrolera.

Una diferencia sustantiva respecto de otros momentos de la historia petrolera, que refleja la pérdida de soberanía en su negociación, es que con los nuevos lineamientos concertados en la reforma energética del 2008, las disputas entre los participantes de los contratos, serán resueltas a través de fórmulas y procedimientos arbitrales de carácter privado, con lo cual se pierde el principio de la soberanía jurisdiccional condensada en la cláusula Calvo, prevista en el artículo 27 constitucional.

⁶² Pemex, "Campos maduros", en *Contratos integrales de exploración y producción*, en www.pemex.com/contratos, consultada el 23 de mayo de 2011.

Como corolario se puede decir que si bien estos contratos no generan derechos de propiedad, sí lo hacen sobre el valor de la producción porque de ahí proviene el pago al contratista. Resulta también clara la profundización de la tendencia a la pérdida de poder de la empresa estatal con los mecanismos de la gobernanza corporativa y los tipos de contratos negociados, así como la previsible tendencia, en el caso de México, a la adopción de un régimen de concesiones.

El marco jurídico que apoya los contratos

El régimen internacional tiene, entre sus principales instrumentos de protección a los contratos, a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA), los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones (APPRIS) y la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera.

La MIGA,⁶³ al servicio del Banco Mundial, asegura la inversión para efectos de transferencia de fondos, expropiación, incumplimiento de contratos, disturbios civiles, etc. Esto se traduce en una subrogación de los derechos del asegurado a favor de la agencia. En caso de controversia, la MIGA puede exigir al Estado productor el pago de la inversión, más daños y perjuicios. No menos importante, en relación con los contratos, son los tratados de libre comercio, entre los cuales se encuentra el TLCAN que rige a América del Norte.

Los APPRIS,⁶⁴ por su parte, garantizan las inversiones bajo la modalidad de protección diplomática ante el supuesto de una ruptura contractual.

Un ejemplo del despliegue jurisdiccional del derecho positivo estadounidense es la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera (LISE), de 1976, aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 1976 y que distingue entre los

⁶³ La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones es miembro del Banco Mundial. Su propósito es promover la inversión extranjera directa proporcionando garantías (seguros contra riesgos políticos) a inversionistas y financiadores. A éstos se podría añadir el Centro Internacional para Arbitraje de Disputas sobre Inversiones (CIADI).

⁶⁴ Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones son tratados bilaterales basados en la voluntad de los Estados que deciden de mutuo acuerdo y partiendo de su ejercicio de carácter soberano estableciendo condiciones que sirvan de estímulo y de garantía para los intereses económicos y jurídicos de las inversiones cuando invierten en el territorio de la otra parte contratante.

actos *iuri imperi* y actos *iuri gestionis*. Los primeros son aquellos que provienen de actividades vinculadas a las demandas relacionadas con la soberanía, motivo por el cual las cortes de Estados Unidos no pueden ejercer sus poderes jurisdiccionales. Los segundos corresponden a su vez a actividades realizadas en el curso de una transacción o acto mercantil; evento en el que sí es factible llevar a cabo el juicio ante tribunales foráneos, tal como podría ocurrir con los contratos petroleros, pues están concebidos y estructurados como si se tratase de un negocio totalmente privado, sin conexión con la Constitución. A partir de esta ley se hizo realidad la transformación de las cortes estadounidenses en tribunales internacionales.

En México, el TLCAN⁶⁵ coloca en diferentes capítulos el tono condicionante al Estado mexicano, pese al reconocimiento oficial del respeto a las constituciones de los países miembros (Estados Unidos, México y Canadá). Así, por ejemplo, en el capítulo XI del TLCAN que trata sobre inversiones, se establece que los contratos equivalen a una inversión, por lo que no se puede dar marcha atrás una vez concertados, aduciendo razones de interés general, excepto en los supuestos limitativos y bajo procedimientos excepcionales establecidos en el TLCAN. En caso de controversia, queda establecida su resolución en paneles arbitrales internacionales,⁶⁶ y no ante los tribunales federales,⁶⁷ procesos donde hay claros sesgos a favor de las compañías debido a que las naciones industrializadas han desarrollado un marco jurídico a su favor para la solución de las mismas.

El capítulo XV del TLCAN, relativo a políticas en materia de libre competencia, monopolios y empresas del Estado, establece que si un Estado renuncia, privatiza o transfiere parte de un área de la economía sujeta a su control, ésta ya no podrá ser retomada libremente, a menos que se abra una ronda ad hoc de negociaciones. Las canonjías tampoco pueden ser revertidas.⁶⁸

Otro aspecto importante que hay que considerar para el análisis de la situación de la industria petrolera mexicana es que con estas nociones los métodos de producción óptimos, como la *unitización*, pretenden que los depósitos

⁶⁵ Secofi, *El TLC de América del Norte* (México: Porrúa-Secofi, 1993).

⁶⁶ Raúl Jiménez Vázquez, "Datos duros, no sacralidades petroleras", *Siempre*, 27 de marzo de 2011.

⁶⁷ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, "Demanda de Controversia Constitucional ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación contra el C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos".

⁶⁸ *Ibid.*

minerales sean trabajados como unidades geológicas, por lo que se alienta la cooperación a fin de aprovechar una misma estructura en la explotación de yacimientos. Esto resulta medular para México, en virtud de la vecindad geográfica con Estados Unidos y las características geológicas de los recursos transfronterizos existentes en un contexto de evidente asimetría de poder. Esto último es lo que se prevalecerá en las negociaciones que serán necesarias para la explotación de los recursos transfronterizos, ya que su base jurídica no es la reforma energética, sino que deberá negociarse en instancias bilaterales ad hoc bajo un marco legal de tratados cuya operatividad para México queda de facto por arriba de su Constitución, aunque de jure no debiera ser así.