



Arbitraje, MASC y Protección de Inversiones

BMA – CanCham México

19 de septiembre de 2019

Dr. Herfried Wöss, LL.M. (Exeter) ©

Wöss & Partners

Arbitration · Damages · Trade · Infrastructure · Energy

Mexico City - Washington DC – Lima – Vienna*

*representative office and research centre

The Legal 500: <https://www.legal500.com/firms/51969/offices/52767>



Temas

- Panorama
- El caso Commisa v. Pemex y la no arbitrabilidad de la rescisión administrativa
- El régimen de arbitraje y MASC bajo las diferentes leyes en materia energética
- Dispute Boards
- Protección de Inversiones en el Sector de Energía: algunos aspectos





Panorama

- TLCAN – Canadá/México: 3 años más
- USMCA – Canadá/México: ISDS eliminado
- CPTPP (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership): todavía no en vigor
- CIADI: ratificación en tiempo record en 2018
- Inversión estadounidense en el sector de hidrocarburos en México: desde Los Países Bajos
- Protección de la inversión mexicana: utilización de TLCs como el entre México y Columbia





El caso *Commisa v. Pemex* y la facultad exorbitante del Estado

- En 2004 surgió la disputa entre PEP y *Commisa* con un arbitraje ICC
- El 16 de diciembre de 2004, rescisión administrativa por parte de PEP
- PEP aplicó penas convencionales hasta el 10% del monto total de la Obra, así como, otras sanciones.
- El 23 de diciembre de 2004 *Comissa* interpuso un amparo en un Juzgado de Distrito en Materia Administrativa para obtener la anulación de la rescisión administrativa y la suspensión de la ejecución de las garantías.
- El Juzgado de Distrito sobreseyó el amparo negando que era un acto de autoridad o *de jure imperii* sino se trataba de un acto mercantil o *de jure gestionis*.





El caso *Commisa v. Pemex* y la facultad exorbitante del Estado

- *Commisa* solicitó la revisión ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa que turnó el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- La SCJN que concluyó en 2006 que el Estado tenía la facultad exorbitante de rescindir unilateralmente un contrato administrativo, que la rescisión administrativa era un acto de autoridad y que el único recurso en contra de la rescisión administrativa era el juicio ordinario administrativo.
- En 2009, el artículo 98 de la LOPSRM estableció que la rescisión administrativa no era arbitrable.
- El 16 de diciembre de 2009, un tribunal arbitral otorgó en un laudo US\$300 millones a favor de *Commisa* en el caso ICC 13613/JRF.
- En noviembre de 2010 el Juzgado de Distrito del Sur de Nueva York reconoció el laudo.



El caso *Commisa v. Pemex* y la facultad exorbitante del Estado

- El 25 de agosto de 2011, PEP (Pemex Exploración y Producción) logró la anulación del laudo en México resolviendo que la disputa era inarbitrable y sujeto a *res judicata refleja* basado en la sentencia de 2006 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- En agosto de 2013 el Juzgado de Distrito del Sur de Nueva York confirmó el laudo declarando que la anulación en México violó a nociones básicas de justicia.
- En 2016 el pleno del Juzgado de Apelaciones de Nueva York rechazó la apelación.
- La Suprema Corte de los EUA rechazó el “certiorari” en 2017, es decir, no admitió el asunto a revisión.
- En mayo de 2017, México pagó US\$415 millones de Dólares incluyendo intereses



Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- Reforma Energética
 - Leyes y reglamentos a partir del 11 de agosto de 2014
 - Se abandonó el contrato administrativo y la figura de rescisión administrativa para dar paso a contratos basados en la legislación mercantil y autonomía de las partes en relación con Pemex y la CFE
 - En el caso de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) persiste la rescisión administrativa como acto de autoridad de terminación contractual en un ambiente del derecho mercantil
 - Los contratos exploración y extracción de hidrocarburos se pueden considerar como 'contratos híbridos' es decir como contratos mercantiles con elementos de contratos administrativos. Lo mismo aplica bajo la Ley APP.





Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- Reforma Energética
 - Los artículos 22 y 97 de la Ley de Hidrocarburos establecen el régimen mercantil.
 - El artículo 19, fracción VIII, establece que los Contratos para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos deberán contar con cláusulas sobre la “rescisión administrativa”.
 - Tal rescisión administrativa se genera por incumplimientos graves por parte del Contratista como es la falta de inicio o la suspensión “del plan de exploración o de desarrollo para la extracción en el área contractual, sin causa justificada ni autorización de la Comisión Nacional de Hidrocarburos”, sujeto a un procedimiento bastante detallado.
 - El artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos permite el arbitraje para los Contratos de Exploración y Extracción de Hidrocarburos.



Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- Reforma Energética
 - El artículo 20, párrafo 6, de la Ley de Hidrocarburos contiene la prohibición de pago de indemnización en caso de rescisión administrativa: *"Como consecuencia de la rescisión administrativa, el Contratista transferirá al Estado sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna, el Área Contractual."*
 - El reclamo de daños contractuales se limita al caso de una rescisión administrativa ilegal y a daños excluyendo los perjuicios.





Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- PEMEX
 - Mecanismos ADR
 - Arbitraje ICDR
 - sin restricciones, también en el extranjero
 - Derecho mercantil como derecho sustantivo
- CFE:
 - Mecanismos ADR
 - LCIA
 - ICC
 - sin restricciones, también en el extranjero
 - Derecho mercantil como derecho sustantivo





Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- CNH (Tercera Ronda)
 - Arbitraje CNUDMI
 - Organismo nominador: secretario general de la CPA en la Haya
 - Lugar de arbitraje: La Haya
 - Inarbitrabilidad de la rescisión administrativa
 - Derecho mercantil como derecho sustantivo





Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- Ley de Asociaciones Público-Privadas
 - Conciliación ante SFP
 - Arbitraje
 - Mecanismos ADR
 - Inarbitrabilidad de actos de autoridad
 - Derecho mercantil como derecho sustantivo





Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- Ley de la Industria Eléctrica (Artículo 96)
 - Referencia a Reglas de Mercado
- Manual de Solución de Controversias de la Secretaría de Energía, DOF, 16 de marzo de 2016
 - Mercado Eléctrico Mayorista
 - De las Controversias entre el CENACE y los Participantes del Mercado, Transportistas o Distribuidores: arbitraje ICDR
 - De las Controversias entre los Participantes del Mercado, los Transportistas o Distribuidores: arbitraje ICDR



Régimen de Solución de Controversias en Materia Energética

- LOPSRM/LAASSR
 - Arbitraje
 - Mecanismos ADR
 - Inarbitrabilidad de rescisión administrativa y de terminación anticipada de contratos
- Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética
 - Los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética pueden actuar como mediador o árbitro
 - No queda clara esa disposición
 - Habrá que esperar la reforma a las Bases





Prevención y Solución de Controversias

- **Dispute Boards**
 - Mecanismo más avanzado para la prevención y solución de controversias
 - Dos ingenieros y un abogado
 - Resuelven una disputa en 3 meses: como un breve juicio
 - Tienen que visitar la obra al menos cada tres meses
 - Tienen funciones de mediador
 - Basado en contrato
 - Emiten una determinación que puede ser una decisión o recomendación
 - La determinación está sujeta a manifestación de inconformidad
 - Si queda firme se puede arbitrar su incumplimiento





Prevención y Solución de Controversias

■ Dispute Boards

- La decisión del DB es obligatoria al momento de la notificación; la decisión se vuelve final y obligatoria de manera contractual si no hay manifestación de inconformidad
- El Banco Mundial lo considera obligatorio para cualquier proyecto financiado por el banco, el Banco Interamericano de Desarrollo sigue la misma línea
- Se reduce el costo de litigio del 8% al 2% en un mega-proyecto
- Puede haber diferentes DBs en diferentes etapas de un proyecto: p.ej. Hospital Bajío
- El primer DB en Latinoamérica fue en Honduras





Prevención y Solución de Controversias

- Dispute Boards
 - Costo: iguala mensual de una cuota diaria
 - para estar disponible en un plazo de 28 días
 - leer y revisar reportes de seguimiento y correspondencia
 - Cuota diaria
 - hasta dos días de viaje
 - por cada día de trabajo y audiencia, elaboración de decisiones y visitas al sitio



Protección de Inversiones y Reforma Energética

- Antecedentes
- El Contrato o Activo generador de flujos de efectivo
- Caso hipotético
- Expropiación
- Trato Justo y Equitativo
- Denegación de Justicia

