

La Reforma Energética en México

El Séptimo Foro Internacional de Arbitraje en materia de Inversión realizado en julio de 2015, en el Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Santa Fe, una de las universidades privadas mexicanas líderes, fue organizado por la Lic. Myriam Rosales Jiménez del Centro de Arbitraje de México (CAM) y por el Dr. Herfried Wöss, fundador del Foro de Arbitraje en Materia de Inversión junto con el la Dra. Sonia Rodríguez Jiménez (QPD) del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y socio del despacho internacional de abogados Wöss & Partners, S.C. / PLLC.

En su discurso de apertura, el Dr. Herfried Wöss ofreció una visión general de los temas clave de la reforma energética, como los cambios que se derivan de la creación de empresas productivas del estado, la no arbitrabilidad de la rescisión administrativa, la cuestión de la jurisdicción apropiada para los litigios de rescisión administrativa y los actos de autoridad, los cambios con respecto a las cláusulas arbitrales y los lugares de arbitraje, los recientes desarrollos en el arbitraje internacional, la interrogante respecto a si una rescisión administrativa conforme con un contrato de exploración y extracción de hidrocarburos una expropiación ilegal bajo ciertas circunstancias, y la importancia de la formulación adecuada de las reclamaciones por daños y perjuicios en el arbitraje en materia de inversión.

El panel inicial estuvo integrado por el Dr. Alejandro Posadas Urtusuástegi del Tecnológico de Monterrey, David Shields, experto en el campo del petróleo y el gas y editor general de la revista Energía a Debate, y por los profesionales Oscar Cruz Barney y Javier Zenteno Barrios, ex abogado general de PEMEX. Los panelistas se centraron en el cambio de la política basada en el monopolio anterior a la participación de los inversionistas privados, lo cual tiene un efecto importante en las licitaciones públicas, los modelos de contratos y el negocio del petróleo y el gas en general.

David Shields argumentó que, a pesar de la Reforma, el ambiente político aún podría permear Pemex y la CFE, en tanto que Javier Zenteno argumentó que esta modificación permitirá a las empresas seguir siendo competitivas en los mercados emergentes. El Dr. Posadas aún desea ver cómo se distingue el Estado entre ser propietario y ser proveedor de servicios de acuerdo con el nuevo régimen. El hecho de que el proceso de contratación todavía requiera un proceso de licitación pública, a diferencia de otros países, plantea dudas entre los



HERFRIED WÖSS, CON CRISTINA VIZCAÍNO DÍAZ Y ADRIANA SAN ROMÁN.

profesionales, dado que la capacidad de negociar aún no es absoluta y está sujeta a un proceso de selección.

El segundo panel, dirigido por el Dr. Francisco Alberto Ibarra Palafox del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y el abogado de la Comisión Federal de Electricidad, Ricardo Izeta Gutiérrez, así como Sergio Rodríguez Labastida del Chartered Institute of Arbitrators, dirigió su atención al caso *Commisa v. Pemex*. El panel se centró en el lamentable juicio de amparo de *Commisa* que convirtió la rescisión administrativa de un acto de *iure gestionis* a un acto de *iure imperii* que llevó a su no arbitrabilidad plasmada en la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2006, que provocó cambios legislativos en las leyes federales de adquisiciones o obras públicas en 2009. El panel además examinó ciertas nociones de arbitraje y de orden público. El panel reconoció que con base en la equidad y en el caso *Chromalloy*, los tribunales de los Estados Unidos concedieron el reconocimiento del laudo arbitral de US\$400 millones incluyendo intereses a pesar de la anulación por parte de los tribunales mexicanos. Actualmente, el proceso todavía está en curso. El tribunal estadounidense reconoció la validez del laudo por la supuesta aplicación retroactiva de la ley lo que no corresponde a la realidad, ya que es precisamente el litigio constitucional de *Commisa* que provocó el problema de la no arbitrabilidad de las reformas y leyes posteriores como es la ley APP y la Ley de Hidrocarburos, lo que causa un riesgo legal y político que ya está afectando la Ronda 1.

El hecho de que la rescisión administrativa de un contrato de exploración y explotación de hidrocarburos con la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) no puede someterse al arbitraje representa un riesgo político que afecta el costo de los proyectos. De esta situación surgen una serie de preguntas, tales como si la responsabilidad contractual aún podría determinarse mediante arbitraje, si podría exigirse la suspensión del procedimiento judicial hasta que un tribunal de arbitraje decida la responsabilidad contractual y quién tiene la jurisdicción para el litigio en vista de que el derecho mercantil es aplicable a los contratos bajo la Ley de Hidrocarburos. Estos son algunos de las preguntas y asuntos que surgen en caso de controversias bajo esa ley.

El tercer panel estuvo integrado por los expertos en arbitraje Luis Omar Guerrero Rodríguez de Hogan Lovells y Eduardo Magallón Gómez, árbitro en materia de inversión, y fue moderado por Myriam

Rosales Jiménez. El tema se centró en las nuevas cláusulas arbitrales aplicadas por la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), PEMEX y la CFE. Curiosamente, la CNH exige un arbitraje *ad-hoc* bajo las reglas de la CNUDMI con la sede del arbitraje en La Haya en donde se aplique como derecho sustantivo el mexicano y el presidente de la Corte Internacional de Justicia designe a las instituciones arbitrales encargadas del procedimiento. Se habló acerca de los beneficios que una institución arbitral que se hubiera determinado desde el principio podría haber administrado el procedimiento. El hecho de que el Presidente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sea la autoridad que designa causó inquietudes en el panel. La solicitud formal para la Corte Internacional de Justicia podría generar complicaciones en el proceso; tal vez el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje podría haber tenido más sentido dado que es la autoridad predeterminada bajo las reglas de la CNUDMI.

Las cláusulas arbitrales de la CFE y de PEMEX requieren un arbitraje bajo el derecho sustantivo mexicano, con su sede de arbitraje en México y bajo las reglas del Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (London Court of International Arbitration). El panel recordó a la audiencia que, a diferencia de otras instituciones, el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres exige una tarifa por hora. No obstante, si se va a garantizar una verdadera independencia y transparencia a los inversionistas, entonces, tal vez debería haberse elegido una sede neutral. Las nuevas leyes de PEMEX y de la CFE permiten el arbitraje en el extranjero.

El cuarto panel habló sobre las responsabilidades, los riesgos políticos y sobre los principales arbitrajes en materia de energía en



FRANCISCO ALBERTO IBARRA PALAFOX, RICARDO IZETA GUTIÉRREZ Y SERGIO RODRÍGUEZ LABASTIDA.

América Latina y fue moderado por Tom Allan Cunningham de Cunningham Darlow LLP en Houston. La experta en arbitraje, Elisabeth Eljuri de Norton Rose Fulbright, recordó a la audiencia sobre el trato obsoleto, cuando los gobiernos dejan de recibir lo que les corresponde, y las ventajas de prevenir esto con un régimen legal y fiscal estable mediante una alineación entre los incentivos del estado y del inversionista. Elisabeth también propuso la creación de una verdadera *lex petroleum* que comprenda leyes de petróleo nacionales, contratos, aduanas y práctica en la industria, así como laudos arbitrales. Eloy Barbará de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle recordó a la audiencia sobre los casos Occidental v. Ecuador, Exxon v. Venezuela y Yukos



DAVID SHIELDS, OSCAR CRUZ BARNEY, ALEJANDRO POSADAS Y JAVIER ZENTENO.

v. Rusia, el mayor laudo sobre responsabilidad que se haya emitido en el arbitraje en materia de inversión con una condena por daños y perjuicios por US\$50 mil millones.

El quinto panel discutió el desafiante tema de rescisión administrativa sin indemnización. Presidido por el Dr. Herfried Wöss, y el ex abogado litigante de gobierno mexicano, Hugo Perezcano, así como el actual abogado de gobierno principal, Carlos Vejar, y Héctor Anaya Mondragón del despacho Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enriquez, la principal inquietud del panel fue la protección del inversionista bajo el nuevo régimen. Hugo Perezcano y Carlos Vejar argumentaron que si bien la rescisión administrativa era para que las entidades públicas decidieran unilateralmente, la ley estableció los escenarios claros bajo los cuales podría surgir esta medida. Esto significa que la rescisión se vincula inequívocamente con el incumplimiento de las condiciones contractuales no antes de que se permita al inversionista poner remedio a dicho incumplimiento. Por otra parte, la ley habla de un plan de cuentas final ("finiquito") por lo que Carlos Vejar señaló que el actuar de conformidad con el derecho interno no implica una violación de las normas internacionales.

Sin embargo, Héctor Anaya señaló que el actuar de conformidad con las normas del Estado no necesariamente significa que se estén cumpliendo las normas internacionales y citó pasajes de *Gold Reserve v. Venezuela*, en donde el Estado rescindió un contrato, pero finalmente fue considerado responsable y, al mismo tiempo, recordó a la audiencia que el finiquito previsto para la rescisión administrativa, por lo general, implica protocolos largos y pesados que no necesariamente son justos para el inversionista.

Mientras que el Dr. Wöss mencionó que el punto de referencia fue una expropiación como un acto jurídico de soberanía, siempre y cuando se pague una compensación adecuada, en caso de que el Estado obtenga un beneficio importante de la rescisión administrativa; por ejemplo, cuando ya se haya encontrado petróleo, Carlos Vejar y Hugo Perezcano argumentaron que no todos los daños económicos constituyen una expropiación o una expropiación sigilosa para ese caso. Se mencionó el caso *Vigotop v. Hungary* con respecto a la interrogante de si una rescisión administrativa contractualmente legal podría equivaler a una expropiación ilegal, sin que los panelistas pudieran ponerse de acuerdo sobre un punto de referencia específico. El Dr. Wöss señaló que la diferencia entre un simple contrato y una inversión en forma de un contrato era si se trataba de activos que generaran ingresos como fue observado por el Prof. Hersch Lauterpacht al comentar en



1927 el famoso caso *Factory at Chorzow* de la Corte Permanente de Arbitraje.

El último panel abordó la estructuración de las demandas por daños en proyectos de petróleo y gas que fue expuesto por el Dr. Wöss y Adriana San Román Román Riveray, abogada y maestra en fianzas e inversión de la Universidad de Exeter, ambos autores del libro "*Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts*" publicado en por Oxford University Press en 2014. El Dr. Wöss comenzó con una breve reseña de los orígenes del derecho de daños y perjuicios desde la ética aristotélica, la Summa Teológica de Tomas de Aquino, los pos-scholasticos hasta los grandes juristas alemanes del siglo XIX como son Friedrich Mommsen y Rudolf von Ihering, que culminó en el caso de la *Fábrica en Chorzów* entre Alemania y Polonia. El Dr. Wöss indicó que hay una diferencia palpable entre los daños que se derivan de las relaciones jurídicas bilaterales y el efecto de de la responsabilidad delictiva internacional con respecto a los activos o inversiones generadores de ingresos, en donde el "*trialagma sinalagmático*" con ingresos generados por un tercero, marcan la diferencia en el análisis de perjuicios y dio ejemplos al respecto.

Herfried Wöss argumentó que el derecho consuetudinario internacional y la teoría económica indican que la valoración debería ser más bien en el momento del laudo. Además, hizo la observación de que en caso de expropiación legal, la medida de los daños es a menudo el valor justo de mercado al momento de la expropiación, mientras que en caso de expropiación ilegal o la violación de un estándar internacional de derecho como es el trato justo y equitativo, también es valor justo de mercado, pero en el momento del laudo, por lo que la compensación por la expropiación legal es el punto de referencia. Se mencionó el caso Yukos, que es un ejemplo destacado de la aplicación del caso de la *Fábrica en Chorzów* aunque en este no se utiliza el flujo de ingresos, sino un índice bursátil como el factor relevante para determinar el valor.

Adriana San Román Rivera explicó que a pesar de que los parámetros podrían parecer en favor del inversionista, en el interés de la expectativa o el flujo de ingresos debe ser determinado con certeza razonable para medir después el impacto de la violación. En otras palabras, la reconstrucción del curso de los eventos hipotético, incluida la determinación de cada

contingencia, tiene que basarse en la evidencia. Una vez determinada la situación hipotética se compara con la situación real de acuerdo con la hipótesis diferencial de Mommsen o la premisa "*but-for*". Como ejemplo de esto, Adriana San Román analizó el caso *Bridas v. Turkmenistan*.

En el caso *Bridas*, el inversionista primero buscó un resultado deseable y luego buscó elementos para satisfacer la carga probatoria. En este caso, el precio no era relevante, ya que no había ninguna posibilidad razonable de acceder al mercado para la venta de los hidrocarburos. En general, la lección es: alcanzar una certeza razonable sobre la existencia del flujo de ingresos y el efecto de la violación del mismo. De esta manera, no habrá una compensación mayor o menor. Adriana también mencionó que la carga probatoria por el interés de confianza o el interés negativo cambia de acuerdo con el derecho aplicable. Por ejemplo, en el derecho inglés y en el derecho alemán, el demandado debe probar que las inversiones iniciales no eran recuperables.

Con respecto a la actualización de ingresos pasados, el costo promedio ponderado del capital (WACC) es ideal, y esencialmente da un costo de operación promedio reiterado y permite al inversionista recuperar un valor justo, ni más ni menos. Los autores hicieron referencia a su más reciente artículo sobre los activos o inversiones generadores de ingresos, que explica en detalle estos temas.

El Séptimo Foro de Arbitraje en materia de Inversión estuvo bien concurrido por abogados y expertos de las principales instituciones gubernamentales encargadas de la reforma energética, de empresas de renombre que participan en el mercado, y abogados especialistas en la materia, lo cual dio lugar a interesantes discusiones. Como conclusión, existe una conciencia de ciertas cuestiones clave que deben resolverse a fin de reducir el riesgo político en los proyectos de energía futuros en México. El Foro de Arbitraje en Materia de Inversión está planeando editar su tercer libro sobre ese tema con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y extiende la invitación a participar.

El Séptimo Foro de Arbitraje en Materia de Inversión fue apoyado por la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el North American Branch del Chartered Institute of Arbitrators, la Universidad Iberoamericana, Transnational Dispute Management, Energía a Debate, la Federación Interamericana de Abogados y Wolters Kluwer Law & Business.

(REDACTADO POR CHRISTIAN JOSUE LEO V., ASSOCIATE, HOGAN LOVELLS BSTL).

