

Los Métodos de Resolución de Controversias en la Reforma Energética

La reciente promulgación de las leyes secundarias que integran el cuerpo normativo alrededor del cual se ha construido el nuevo régimen en materia energética, no establece un régimen único ni uniforme de resolución de disputa. La razón de ello se debe a que, la diversa naturaleza e intereses detrás de cada una de las situaciones jurídicas que traerá la reforma energética, merecen un tratamiento específico y diferenciado.

A continuación se presenta un esquema que explica los distintos métodos judiciales y alternativos de resolución de disputas previstos en la reforma energética.

I. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

A) El nuevo régimen de PEMEX y CFE

En congruencia con la decisión política de transformar totalmente el funcionamiento, naturaleza y propósito de Petróleos Mexicanos (PEMEX¹) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE²) en “empresas productivas del Estado” se les da total libertad para pactar cualesquier medio alternativo de solución de controversias en los contratos que celebren con empresas privadas³. De este modo, cualesquier contrato de obra, prestación de servicios, compraventa, etc. que celebren PEMEX y CFE podrá ser sujeto no sólo a arbitraje, sino a cualesquier otro método alternativo de resolución de disputas, como la mediación, peritaje, dispute boards, etc.

Al efecto, vale la pena señalar que la Constitución Mexicana establece en su artículo 17 como una modalidad del derecho humano de acceso a la justicia, el que los particulares puedan resolver sus disputas conforme a los métodos alternativos de resolución de disputas que establezcan las leyes. En este contexto, si bien las Leyes de Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad no enumeran específicamente ni regulan a detalle los tipos de métodos alternativos de resolución de disputas que PEMEX y la CFE pueden incluir en sus contratos, ello únicamente implica que se les deja en total libertad para pactar aquellos que estimen se adecúan mejor a las necesidades de cada contrato⁴.

1 Petróleos Mexicanos era la empresa paraestatal a través de la cual el Estado Mexicano ejercía el control monopólico sobre los hidrocarburos propiedad de la nación.

2 La Comisión Federal de Electricidad era la empresa paraestatal a través de la cual el Estado Mexicano centraba su política de control de la producción y suministro de energía eléctrica.

3 Artículo 81 de la Ley de Petróleos Mexicanos y 83 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad. Previamente a esta reforma CFE y PEMEX podían pactar arbitraje, pero no cualquier método de resolución de disputas. Además, existían restricciones a la arbitrabilidad de ciertas disputas como aquellas relativas a la rescisión administrativa.

4 El artículo 7 de la Ley de Petróleos Mexicanos y de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad establece claramente que los contratos y demás actos jurídicos que celebren dichas empresas podrán incluir cualquiera de los términos permitidos por la legislación mercantil y civil.



VON WOBESER
& SIERRA
MEXICAN LEGAL NEWS

Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que las citadas Leyes de PEMEX y CFE establecen claramente que los contratos que celebren dichas empresas productivas del Estado, una vez firmados serán de naturaleza privada y se regirán por la legislación mercantil o común (civil) aplicable⁵. Inclusive, en cuanto a su régimen interno, las citadas leyes prevén que tanto PEMEX como la CFE se sometan a las mismas y a los reglamentos que se expidan con base en ellas, pero en forma supletoria también a la legislación mercantil y civil aplicable⁶. Con este nuevo régimen se elimina, de una vez por todas, la dicotomía, en muchas ocasiones contradictoria, que se presentaba entre el Derecho administrativo y el Derecho mercantil, al momento de resolver las disputas entre PEMEX y la CFE y sus contratistas⁷. Ahora, cuando un tribunal arbitral, mediador, dispute board o perito tenga que resolver una disputa sometida a su competencia por estas empresas productivas del estado, su marco legal es claro: habrá que atender exclusivamente al contenido del contrato respectivo y a la legislación mercantil y civil aplicable⁸.

El avance que lo anterior representa en términos de certidumbre jurídica para la resolución de disputas resulta encomiable⁹ y constituye sin duda un vértice importante alrededor del cual se pretende atraer a los inversionistas privados nacionales y extranjeros.

Ahora bien, un punto interesante que podría estar sujeto a interpretación es sí las Leyes de PEMEX y CFE autorizan que se pacte derecho extranjero en los contratos que celebren y produzcan sus efectos en México o si, por el contrario, la referencia a la legislación mercantil y civil se debe entender como exclusivamente mexicana. En otras palabras, resultará relevante determinar si bajo el principio de autonomía de la voluntad que prevé el Derecho mercantil y civil mexicano, PEMEX y CFE pudieran renunciar a la aplicación de la legislación mexicana en beneficio de un Derecho extranjero al celebrar un contrato que se ejecuta en México con un contratista privado. Dado que la reforma no es explícita a este respecto, se pueden hacer argumentos en pro de una u otra postura, por lo que habrá que estar atento a lo que decidan dichas empresas productivas y, en su oportunidad, resuelvan los Tribunales Mexicanos (al presentarse controversias al respecto).

B) La Inarbitrabilidad de la Rescisión Administrativa en los Contratos para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos.

La Ley de Hidrocarburos prevé la posibilidad de que la Comisión Nacional de Hidrocarburos como órgano del gobierno mexicano adjudique y celebre contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos con empresas privadas nacionales y extranjeras. Estos contratos pueden ser sometidos a cualquier método de

5 Excluyendo expresamente a las Leyes de Adquisición, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas (art. 75 de la Ley de PEMEX y art. 77 de la Ley de CFE).

6 Artículo 3 de la Ley de Petróleos Mexicanos y de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad.

7 Al efecto, existen a la fecha importantes casos pendientes ante tribunales arbitrales y Cortes extranjeras en donde existen planteamientos de dicha naturaleza en donde PEMEX, principalmente, ha alegado gozar de beneficios o facultades exorbitantes en relaciones contractuales con empresas privadas que han generado inequidad e incertidumbre.

8 Con ello se elimina la restricción previamente existente sobre la arbitrabilidad de la rescisión o terminación anticipada de los contratos llevada a cabo por PEMEX y CFE. Igualmente, no tendrá la necesidad de conciliar o resolver las potenciales contradicciones entre la legislación administrativa de carácter público y la legislación comercial y civil, de carácter privado.

9 Aún y cuando el tema ideológico detrás de la reforma pueda ser criticado por varios sectores intelectuales y sociales.

resolución de disputas incluyendo el arbitraje, mismo que estará sujeto a leyes mexicanas, será de estricto derecho y se realizará en idioma español.

No obstante lo anterior, existe un serio defecto en la arbitrabilidad de estos contratos, puesto que la rescisión administrativa de los mismos no puede ser materia de arbitraje¹⁰.

La racionalidad detrás de esta inarbitrabilidad encuentra su justificación en el hecho de que de conformidad con la reforma energética los hidrocarburos continúan siendo propiedad de la nación. En dicho contexto, la rescisión administrativa de un Contrato para la exploración y extracción de hidrocarburos tiene por propósito rescatar las áreas contractuales asignadas a la empresa privada en favor del Estado. De permitirse la arbitrabilidad de la rescisión administrativa se consideró que no se garantizaba necesariamente la recuperación inmediata del área contractual asignada. Por ello, en congruencia con el principio de propiedad exclusiva de la nación sobre los hidrocarburos, se consideró como un tema de orden público el que no se pudiese someter a arbitraje la validez de la citada rescisión administrativa.

Desafortunadamente, el permitir en términos generales la arbitrabilidad de las disputas derivadas de un contrato para la exploración y extracción de hidrocarburos, pero al mismo tiempo excluir a la rescisión administrativa de la misma genera efectos indeseables que ya se han presentado en el pasado. Tal y como lo mencionamos en el apartado previo, con respecto a PEMEX y CFE, bajo el régimen anterior de dichas entidades, la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa de un contrato da lugar a incertidumbre y genera el indeseable escenario de litigios paralelos (arbitraje y litigio judicial simultáneos sobre causas y efectos interconectados). En este sentido, lejos de fomentar la participación nacional o extranjera en este tipo de contratos se desincentiva. Los contratos de exploración y producción representan, sin duda, un alto componente de riesgo en sí mismos, por lo que al añadirse un factor adicional de riesgo de naturaleza legal (consistente en potenciales litigios paralelos y contradictorios) se restringe el potencial de inversión buscado con la reforma energética.

Consideramos que lo más conveniente sería, o bien, permitir la arbitrabilidad de la validez de la rescisión administrativa (dejando fuera de la competencia del árbitro algunos efectos como la recuperación del área contractual asignada y los bienes instalados en ella indispensables para su explotación) o, simplemente eliminar la posibilidad de la arbitrabilidad de la disputa y sujetar a la competencia de los tribunales mexicanos cualquier disputa derivada de los contratos de exploración y extracción.

II. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES ANTE TRIBUNALES MEXICANOS

A. Licitación de Contratos de PEMEX y CFE

Si bien las leyes de CFE y PEMEX consideran a los contratos que celebren con empresas nacionales y extranjeras como de naturaleza comercial y privada, los procedimientos de licitación o invitación restringida para su

¹⁰ Artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos.

asignación son de naturaleza administrativa. En este contexto, la impugnación de los fallos que se dicten en dichos procedimientos se efectuará mediante un recurso administrativo (de reconsideración) o bien mediante un juicio contencioso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa¹¹.

En contra de la resolución dictada en el juicio contencioso y aún y cuando la reforma energética no lo menciona, procedería el juicio de amparo directo ante un Tribunal Colegiado de Circuito.

B. Licitación de Contratos de Exploración y Extracción

En relación con las disputas surgidas en el procedimiento administrativo de licitación de contratos de exploración y extracción de hidrocarburos que lleva a cabo la Comisión Nacional de Hidrocarburos, se prevé que la resolución o fallo sea impugnabile exclusivamente a través del juicio de amparo. Por la naturaleza del fallo, el tipo de amparo procedente sería un juicio de amparo indirecto que se tramitaría ante los Juzgados de Distrito. Dentro de este juicio se prevé teóricamente la posibilidad de obtener la suspensión del fallo, aún y cuando en la práctica habrá que estar atentos a los criterios que fijen los Juzgados al respecto. En este sentido, el artículo 25 de la Ley de Hidrocarburos establece que los actos relacionados con el procedimiento de licitación de este tipo de contratos de exploración y extracción se consideraran de orden público e interés social. Esta calificativa pudiera ser una restricción importante al momento de conceder la suspensión de los efectos del fallo, puesto que una de las excepciones para el otorgamiento de la misma consiste en que la misma no vulnere el orden público o interés social. En consecuencia si la ley califica a priori a los actos del procedimiento de licitación como de orden público e interés social, los Juzgados de Distrito competente podrían llegar a sostener que en esta materia no es posible suspender los efectos de fallo alguno dictado por la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

C. Contratos de PEMEX y CFE no sujetos a Métodos Alternativos de Resolución de Disputas.

Si bien las leyes de PEMEX y CFE permiten someter las disputas derivadas de sus contratos a métodos alternativos de resolución de disputas, la regla general que prevén dichos ordenamientos es que las controversias contractuales sean sometidas a los tribunales federales mexicanos competentes. Dado que la relación contractual es de naturaleza comercial y privada, los tribunales competentes serán los Juzgados de Distrito en Materia Civil¹².

Estos procedimientos al ser mercantiles en su naturaleza, tendrán dos instancias ordinarias y finalmente la potencial revisión constitucional de los mismos a través del juicio de amparo.

Cabe señalar que no se prevé la posibilidad de que PEMEX y CFE se sometan a tribunales extranjeros en relación con sus disputas contractuales respecto de contratos que producen sus efectos en México, sino que la

¹¹ Artículo 81 de la Ley de PEMEX y 83 de la Ley de CFE.

¹² Y, en su oportunidad, una vez que sean creados durante el año 2015, conforme a otra reforma de carácter judicial que tuvo lugar a principio de año, aquellos Juzgados de Distrito especializados en materia mercantil.



MEXICAN LEGAL NEWS

competencia exclusiva sobre las mismas se limita a los tribunales federales mexicanos, o en su defecto, al método alternativo de resolución de disputas pactado. No obstante si la disputa se refiere a un contrato celebrado por dichas empresas productivas del estado que surtió sus efectos en el extranjero si es posible pactar tanto la aplicación de Derecho extranjero como la sujeción a tribunales extranjeros.

D. Contratos de Exploración y Extracción.

En relación con las disputas que se presenten con respecto a los contratos de exploración y extracción, la Ley de Hidrocarburos no establece expresamente un tribunal competente para el caso de que no se pacte un método alternativo de resolución de disputas. Sin embargo, sí establece que la industria de hidrocarburos es de exclusiva jurisdicción federal. No se permite, por lo tanto, someter a tribunales extranjeros las disputas derivadas de los referidos contratos.

Considerando lo anterior, los tribunales mexicanos competentes para resolver cualquier disputa derivada de los citados contratos serían los juzgados de distrito. Por lo que se refiere a la competencia por razón de materia, la Ley de Hidrocarburos establece en su artículo 97 que, en lo previsto en la misma, los contratos de exploración y extracción se regirán por el Código de Comercio y en forma supletoria por el Código Civil Federal. Por esta razón, los juzgados de distrito competentes serían aquellos en materia civil (y eventualmente en materia mercantil una vez que estos se integren).

E. Disputas por el Usos y Ocupación Superficial de tierras

Uno de los temas más controvertidos y cuestionados socialmente en la reforma energética se refiere a la figura del uso u ocupación de tierras de otros particulares (incluyendo ejidos o tierras comunales) a efecto de implementar o desarrollar proyectos energéticos¹³. Con independencia de la discusión sustantiva relacionada con esta figura, la Ley de Hidrocarburos establece tres métodos de resolución de disputas.

El primer método consiste en un procedimiento civil ante un Juez de Distrito iniciado siempre por el contratista asignatario en contra del propietario o titular de los derechos reales correspondientes. El segundo sería un procedimiento ante un Tribunal Unitario Agrario en aquellos casos en que se afecten derechos ejidales o comunales de naturaleza agraria. En estos dos procedimientos judiciales, la naturaleza de la disputa se restringirá a la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos sobre las tierras disputadas.

El tercer método consiste en una mediación gubernamental que puede también ser solicitada por el contratista asignatario a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano¹⁴. La materia de esta mediación serán las formas o modalidades de adquisición, uso goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos reales respectivos, así como su correspondiente contraprestación. Vale la pena señalar que la iniciativa contemplaba

¹³ Artículo 100 en adelante de la Ley de Hidrocarburos.

¹⁴ Artículo 106, fracción II de la Ley de Hidrocarburos.



MEXICAN LEGAL NEWS

originalmente una mediación genérica que, en principio, habría la posibilidad de que mediadores privados intervinieran en este proceso. No obstante, después de su discusión en el Congreso dicha opción quedó eliminada y, en su lugar, se implementó la mediación gubernamental de la Secretaría de Desarrollo Agrario.

En caso de cualquier comentario o aclaración, por favor no dude en contactarnos.

Marco Tulio Venegas, Socio
+52 55 52 58 10 34, mtvenegas@vwys.com.mx

Atentamente,

Von Wobeser & Sierra, S.C.

México D.F. a 28 de Agosto de 2014.