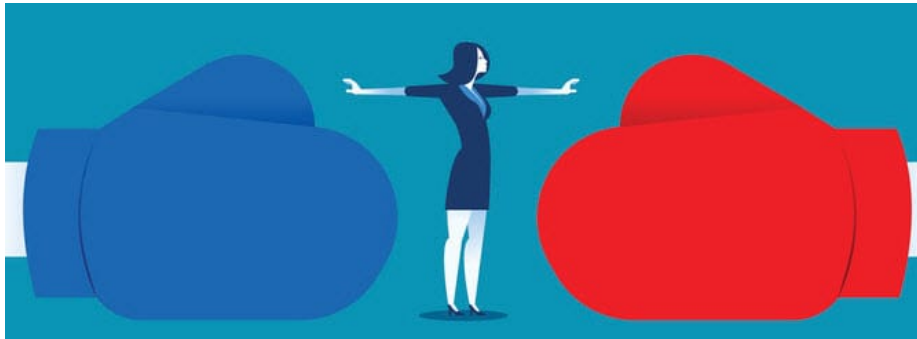


# Arbitrajes de gasoductos y el Estado de Derecho en México



Por: Rogelio Calderón

Julio 20, 2019

Uno de los temas que más atención ha recibido en las últimas semanas, es el de los Arbitrajes iniciados por la Comisión Federal de Electricidad en contra de algunas empresas con quienes tiene firmados contratos de Servicio de Transporte de Gas Natural o “TSA” por sus siglas en inglés.

Mucho se ha escuchado también en distintos medios y de conocidos o amigos, como afirmaciones similares a: “El que la CFE inicie arbitrajes contra las empresas por contratos que ellos mismos firmaron, atenta contra el Estado de derecho o crea incertidumbre jurídica”, entonces, **sin justificar ni atacar a nadie** valdría la pena analizar el derecho que tiene cualquier empresa o persona de invocar el derecho mismo cuando crea que éste le asiste.

Sin entrar en debates doctrinales, entre otras fuentes la ONU nos da la definición de Estado de derecho como sigue: «Un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal». También define la ONU un Estado de Derecho Internacional, en torno al cuál actualmente hay debate sobre si existe o no, pero únicamente quería mencionarlo.

México no es un Estado absolutista en el que se prohíba a los ciudadanos, personas físicas o morales que defiendan lo que a sus intereses convenga, a través de los medios legales pertinentes como serían los juicios, amparos, reclamaciones, etc... y el Estado mismo, es sujeto de cumplir con las obligaciones que haya pactado y con las leyes, pero también es titular de los derechos que surgen de los contratos y de las leyes mismas; si no se permitiera ni considerara que una o todas las partes de un acto jurídico invocaran el derecho para hacer valer sus argumentos o inconformidades, eso sí sería atentar contra el Estado de Derecho y crearía una enorme incertidumbre jurídica. Los contratos de los gasoductos en México son bilaterales, no unilaterales.

En este sentido, entiendo que las leyes y los contratos a que nos estamos haciendo referencia indican la posibilidad de que alguna de las partes, mediante un arbitraje (o proceso judicial) hagan valer los derechos que

consideren han sido violentados o incumplidos por la otra parte, incluido por ejemplo el caso de vicios o defectos del consentimiento, con sus respectivas consecuencias.

De igual forma, si mal no recuerdo en estos contratos se indica algo como: Si una o más cláusulas fueran declaradas inválidas o nulas por tribunal competente, el resto de ellas continuarán surtiendo efectos plenos.

Ahora bien, existe también la discusión entre los principios de *pacta sunt servanda* y el de *rebus sic stantibus* con la validez o anulabilidad de un contrato, cláusula, obligación o derecho; en México para el caso que nos ocupa, en la legislación aplicable y/o supletoria nacional (e internacional) se considera el principio de la equidad y posibilidad de reequilibrio contractual en su caso; de igual forma cabe hacer mención que las leyes imponen ciertas restricciones a la voluntad de las partes, como por ejemplo aquellos casos de Anatocismo o Usura.

Un contrato o acto jurídico surte sus efectos como fueron pactados en su momento, sin embargo para que esto cambie debe existir la petición de una de las partes para que se revise, anule o modifique alguna de las obligaciones o derechos que fueron establecidas y firmadas; en caso de que ninguna de las partes invoque su derecho, el acto jurídico continúa surtiendo efectos hasta su término, posterior al cuál, no desaparece su derecho de exigirlo sino una vez cumplido el periodo de prescripción de la acción o la excepción.

Algunos ejemplos de arbitrajes derivados de contratos o actos jurídicos, que no son algo nuevo ni impensable en el mundo, ni creo que sea algo que las empresas (que incluso a veces en informes a la SEC u otros desplegados, se hace referencia a este riesgo) y los Estados no consideren en la correcta planeación de un negocio, son:

- ◇ Pemex **vs** SKEC, Siemens y Tribasa (Conproca) <https://latinex.com/mobile/article.aspx?id=820>
- ◇ Transcanada **vs** Gobierno de EUA <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/720/transcanada-v-usa>
- ◇ 9REN Holding **vs** Gobierno de España <https://elperiodicodelaenergia.com/espana-recurre-el-laudo-que-perdio-contra-9ren-en-el-ciadi-por-el-recorte-a-las-renovables/>
- ◇ Nykomb Synergetics Technology Holding AB **vs** la República de Latvia <http://isdsblog.com/2016/04/29/case-summary-nykomb-v-latvia/>
- ◇ Vantage **vs** Petrobras <https://www.cnbc.com/2019/06/21/reuters-america-update-1-brazils-petrobras-pays-700-mln-to-vantage-drilling-after-court-decision.html>
- ◇ República de Albania **vs** Hydro SR <https://www.infraestructura.gov.al/en/albania-wins-arbitrary-confrontation-with-hydro-s-r/>
- ◇ Metal-Tech Ltd **vs** República de Uzbekistán <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/metal-tech-v-uzbekistan/>
- ◇ Autoridad del Canal de Panamá **vs** Sacyr S.A. y otros <https://ciarglobal.com/arbitraje-canal-de-panama-gupcsa-debe-afrontar-el-pago-de-847m-correspondiente-a-adelantos/>

Más ejemplos existen, al igual que otros procedimientos judiciales, nacionales o internacionales entre partes de un contrato, accionistas, proveedores, Estados, etc... siempre hay que estar preparado y preveer.

En este orden de ideas, creo que resulta muy aventurado indicar que si un Estado demanda a una empresa privada o si una empresa privada demanda a un Estado, es atentar contra el Estado de derecho o crear incertidumbre jurídica; lo mismo si aseveramos que cuando alguna de las partes de un acto jurídico reclaman algo “x y o z” nos hará pensar que no hay confianza en dicha empresa o persona, caso similar con la corrupción, si se demanda a una empresa o gobierno por que creemos o podemos demostrar que incurrieron en actos de corrupción, ¿No se deben denunciar por que no está en el contrato? O ¿Por qué quedaríamos mal? O si somos socios y tenemos firmado un Acuerdo de Socios, no debes ni tienes el derecho a demandarme, por qué lo correcto es atenernos únicamente a lo que dice el contrato de buena fe y no hay más. Esto sería, estado de indefensión.

Si el caso fuera que nadie debe demandar ante instancia alguna aquello que cree o considera a su favor, derivado de la inejecución, incumplimiento o vicios de un acto jurídico, etc... muchos abogados se quedarían sin trabajo y viviríamos en un mundo regido únicamente por lo que dicen los contratos, sin tomar en cuenta las leyes que les dieron origen; lo cuál salvo mejor opinión de algunos sería retroceder en el tiempo dejando al arbitrio de las empresas (ejemplo el caso de fijación de precios o monopolios) para imponer sus condiciones o de los Estados absolutistas en que ningún procedimiento está permitido para hacer valer los derechos de la población, de las empresas y del Estado mismo.

Para terminar, un punto muy importante que hay que señalar es que no siempre los procedimientos judiciales se inician con la finalidad de ganarlos en términos absolutos como presentaste tu demanda inicial, tal vez para minimizar las consecuencias de un acto en caso de que no te asista el derecho en todo, etc... una excepción sería que seas el despacho al que contrataron y les hayas dicho que sí lo ibas a ganar, ah y que la empresa demandante te haya indicado (o contratado) expresamente que hay que ganarlo o tal vez para ¿Ganar tiempo? ¿Para qué o con qué fin? ¿Siempre es lo mejor ir a juicio y ganarlo? - Otras posibilidades más se me ocurren -

Repito, no me estoy pronunciando ni a favor ni en contra de arbitrajes iniciados por un Estado (o empresa del Estado, en este caso CFE) contra una empresa privada, ni por parte de una empresa privada en contra de un Estado (o empresa de un Estado), simplemente poniendo las cosas en perspectiva ya que cada una de las partes tiene derecho de hacer lo que a su interés convenga, siempre dentro del marco legal, nacional e internacional o tratados; esto es recíproco y no se indica en lugar alguno que las partes no tiene derecho a reclamar o demandar.

Si tiene usted algún comentario o duda, estoy a sus órdenes: [rogelio@huastecaventures.com](mailto:rogelio@huastecaventures.com)

**Aviso legal:** No asumo responsabilidad alguna sobre el uso que el lector haga de la información aquí contenida, tengo un gran respeto por mi país, por todos sus ciudadanos, así como por sus entidades públicas y privadas. Esta nota representa una opinión basada en mi experiencia personal y profesional, no tengo afiliación ni preferencia o agenda política ni privada alguna, tampoco indico ni sugiero que las acciones, políticas o decisiones de los reguladores, entidades gubernamentales, empresas privadas o actores del mercado mexicano e internacional mencionados en esta nota estén equivocados, sean malos o buenos, estén en lo correcto o incorrecto, respeto y reconozco su valiosa labor al contribuir con el crecimiento de México. Tampoco creo ni asumo conocer la verdad absoluta. Estas líneas NO pretenden analizar la etimología de las palabras o vocablos que utilicé ni entrar en un análisis profundo de las propuestas o eventos que se mencionan y describen, para lo cuál se requeriría más información y un estudio con mayor profundidad sobre las cuestiones particulares descritas.