ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA ENERGÍA

VOL. III EL DERECHO DE LA ENERGÍA SOSTENIBLE







LUIS FERNEY
MORENO CASTILLO
(DIRECTOR)
CARLOS
VILLANUEVA
(COORDINADOR)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA ENERGÍA

VOLUMEN III
EL DERECHO DE LA
ENERGÍA SOSTENIBLE

Anuario iberoamericano de derecho de la energía. Volumen III, El derecho de la energía sostenible / Luis Ferney Moreno Castillo (director) ; Carlos Villanueva (coordinador) ; Manuel Salvador Acuña Zepeda [y otros]. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

544 páginas : ilustraciones ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587906240

1. Derecho minero – 2. Cambios climáticos – 3. Energía renovable – 4. Energía eólica – 5. Recursos energéticos I. Moreno Castillo, Luis Ferney, director II. Villanueva Martínez, Carlos Alberto, coordinador III. Acuña Zepeda, Manuel Salvador IV. Universidad Externado de Colombia V. Título VI. Serie

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente - Universidad Externado de Colombia MRJ

iunio de 2021

ISBN 978-958-790-624-0

- © 2021, LUIS FERNEY MORENO CASTILLO (DIRECTOR)
- © 2021, CARLOS VILLANUEVA (COORDINADOR)
- © 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá Teléfono (57 1) 342 0288 publicaciones@uexternado.edu.co www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

La amigable composición en los contratos del sector energético (farm outs) del sector energético en México

La justicia exige simpleza y facilidad en la solución de todo conflicto

SUMARIO

I. ¿Qué es la amigable composición? II. La amigable composición en Colombia. III. Modelo *farm outs*. IV. La amigable composición en los modelos de asociación entre la EPE y un particular (*farm outs*). Bibliografía.

RESUMEN

En los contratos para la exploración y producción de hidrocarburos, concretados en asociaciones, es imperioso incluir una cláusula, a través de un *adendum*, que contemple la amigable composición como una alternativa adicional a las opciones que se cuentan de mediación y arbitraje.

PALABRAS CLAVE

Derecho energético, farm outs, asociaciones y amigable composición.

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León con estudios en Ingeniería en Energías Renovables por la Universidad Autónoma de Tamaulipas; profesor investigador y coordinador del Centro de Estudios Energéticos y Sustentabilidad de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León; se desempeñó como director de la Facultad de Derecho y Criminología y durante su gestión se creó la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad, único programa de posgrado en su tipo en México; miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER); consultor en gestión de matriz de trámites para permisos del sector hidrocarburos y del área de energías renovables; con experiencia práctica en la administración de contratos de hidrocarburos, transporte de combustibles y gasíferos por medio de ductos y su almacenamiento; ha participado como consultor y asesor para controversias previas al arbitraje en los contratos IPC del Complejo Cantarell (2000), y como consultor para el área de transporte de petrolíferos de particulares, programas, concursos y licitaciones PEMEX-CFE (1997); es miembro del Colegio de Abogados de Nuevo León; coautor del reporte "Economic Impact and Legal Analysis of the Shale Oil and Gas Activities in Mexico. Preliminary Report", elaborado por el Instituto de Desarrollo Económico de la Universidad de Texas en San Antonio, la Asociación de Empresarios Mexicanos (AEM), la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León y el Woodrow Wilson Center Mexico Institute (2015). Correo electrónico: msacuna@hotmail.com; manuel.acuna | @uanl.mx.

I. ¿QUÉ ES LA AMIGABLE COMPOSICIÓN?

La amigable composición es uno de los métodos alternos al orden jurisdiccional de solución de conflictos, donde uno o varios particulares y entidades públicas habilitan expresamente a un tercero que tenga conocimiento especializado en la materia de controversia, al que se le denomina "amigable componedor", esto con la finalidad de resolver sus diferencias de manera definitiva.

El amigable componedor actúa como mandatario de las partes, y dentro de sus facultades está la de precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, así como determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, además de otras determinaciones. La decisión del amigable componedor produce los efectos legales propios de la transacción. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que esta figura haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

Este mecanismo es permitido y generalmente utilizado en países de América Latina para solucionar conflictos que cuenten con un efecto contractual, lo cual significa que dicho método aporta a las partes involucradas en la disputa una fórmula obligatoria, con la que se pretende superar las diferencias creando un acuerdo vinculante que ponga fin a la controversia suscitada.

La naturaleza jurídica de la figura de la amigable composición puede conducir a su identificación como un mecanismo hetero-compositivo, debido a que su principal característica es delegar en un tercero la facultad de adoptar la decisión vinculante para las partes, cuya fuerza legal es un compromiso que puede ser avalado por la ley aplicable a la materia, dependiendo del país en que sea aplicada.

En ese sentido, se pueden identificar las características siguientes:

- Es un procedimiento eminentemente contractual;
- Funge como mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes;
 - Se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes, y
- Concluye en un acuerdo o convención que tiene los efectos de transacción.

En las relaciones jurídicas que surgen con motivo de la operación de la amigable composición se encuentra el compromiso concretado en la decisión mutua de las partes, obligándose entre sí a respetar la decisión que les sea impuesta; seguido de eso está el vínculo que se crea entre las partes objeto de la controversia y el amigable componedor por su designación como operador del mecanismo, además, por su aceptación tácita o expresa de tal calidad para actuar y, por último, la obligación de resultado asumida por el componedor, en virtud de la cual se constriñe a producir una decisión para los interesados.

Lo anterior se verifica en obligaciones mutuas entre ellos, exigibles y oponibles jurídicamente. El objetivo de este mecanismo no es la mutua satisfacción sino la solución del conflicto, pues la decisión adoptada por el amigable componedor eventualmente puede no ser del agrado de las partes involucradas, caso en el cual la citada decisión es igualmente vinculante para ellas debido a que la habilitación que se le ha otorgado soporta jurídicamente la obligatoriedad de la decisión.

Al respecto señala el conciliador y árbitro Gonzalo Méndez Morales (2014):

... en la amigable composición son las mismas reglas del derecho de los contratos y, por ende, ante la ocurrencia de causales legales, procederían las acciones para su invalidación y consecuencias respectivas, como sucede con cualquier relación contractual.

II. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN COLOMBIA

La Sección Segunda de la Ley n.º 1563 contempla la amigable composición y su procedimiento. En los efectos explica que el amigable componedor obra como mandatario de las partes, y es quien decide respecto de los conflictos de responsabilidad suscitados entre ellas, así como otras determinaciones, y de ese modo se produce un efecto legal en la transacción, salvo que exista una convención en contrario. El amigable componedor debe fundar sus decisiones en la equidad, sin perjuicio de que se utilicen reglas de derecho cuando la situación particular lo requiera.

En el apartado de designación y procedimiento no existe la obligación de que el amigable componedor sea abogado, pero las partes involucradas en el conflicto son las que determinan el número de amigables componedores que requieran; sin embargo, al no contar con dicho acuerdo será solo uno que se puede nombrar directamente o delegar en un tercero su designación. El tercero delegado que nombre al amigable componedor puede ser persona "física o jurídica".

El procedimiento de la amigable composición lo fijan las partes directamente, o por referencia al reglamento de un centro de arbitraje, siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad, y a la contradicción de argumentos y pruebas. A falta de acuerdo entre las partes se entienden acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante, y en caso de no existir un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada, la parte convocante escoge cualquier centro de arbitraje del país para la designación y el procedimiento a seguir a falta de acuerdo expreso¹.

De ese modo, el procedimiento de la amigable composición se entiende de la manera siguiente:

- 1. Presentación de la solicitud y pago. El interesado debe presentar un escrito adjuntando los documentos pertinentes, entre ellos, el comprobante de pago y el contrato en el cual obre el acuerdo de amigable composición.
- 2. Designación del amigable componedor. El amigable componedor será designado atendiendo lo que se estipule en el acuerdo o mediante la modalidad de sorteo. Una vez notificado el nombramiento, el amigable componedor tendrá tres días hábiles para aceptar o no.
- 3. Práctica y análisis del elemento de información. El amigable componedor realizará las audiencias necesarias para la práctica de los distintos medios de información solicitados por las partes.
- 4. *Alegatos de conclusión*. Con el objetivo de que las partes presenten sus argumentos finales.
 - 5. Resultado. Contrato de transacción².

I Ley n.º 1563 de 2012, "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", disponible en [https://static1.squarespace.com/static/5bc4c2000cf57da6b828b6ef/t/5d9f50doc24aef0851debb81/1570722001561/Colombia++Ley+1563+de+2012.pdf].

² Cámara de Comercio de Bogotá. "Amigable composición. ¿Cómo funciona?", Centro de Arbitraje y Conciliación, disponible en [https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Amigable-composicion/Como-funciona].

III. MODELO FARM OUTS

El *farm outs* es una asociación estratégica entre dos o más empresas, una de las cuales tiene los derechos de extracción y producción de determinada área, mientras que la otra es receptora de algunos de esos derechos a cambio de diferentes metas y objetivos, dependiendo de lo que se acuerde o licite.

En el caso específico de México, ese tipo de asociación se utiliza en contratos de exploración y extracción de hidrocarburos en bloques localizados en aguas profundas, en modalidad de utilidad compartida; como es bien conocido, esos tipos de contratos tienden a ser de temporalidad extendida, usualmente hasta por cinco años para iniciar su etapa de producción, debido a la implicación de las cuestiones técnicas que conllevan, y por la naturaleza del tipo de extracción en el área seleccionada.

Los *farm outs* se contemplaban como oportunidades para capitalizar a la empresa productiva del Estado, Petróleos Mexicanos, y así poder emprender nuevos proyectos de exploración y explotación que por sí misma no podría realizar, debido a que de la mano de la iniciativa privada se pueden adquirir los recursos y la capacidad técnica para lograr ese objetivo primordial, a cambio de compartir derechos de explotación. Esto ayudaría a revertir la tendencia negativa de la petrolera y tal vez atraer nuevos inversionistas. Tales contratos se concretaron en tres *farm outs*.

A inicios del presente año, la administración en turno tomó la significativa decisión de frenar las rondas petroleras, dejando en entredicho la continuidad de los procesos para concretar nuevos *farm outs*.

Actualmente la Comisión Nacional de Hidrocarburos administra 112 contratos y únicamente seis asociaciones de las cuales solo tres cuentan con la firma de los contratos siguientes.

- CNH-A4-Ogarrio/2017.
- CNH-A3-Cárdenas Mora/2017.
- $\text{CNH-A}_{1} \text{TRION} / 2016^{[3]}$.

Ahora bien, en dichos modelos de contrato hay cláusulas generales, de las cuales en especial se resalta la que se refiere a la ley aplicable y al procedimiento de solución de controversias a través de la conciliación y el arbitraje que se desglosa de la siguiente manera:

³ Cfr. [https://rondasmexico.gob.mx/esp/asociaciones/].

Cláusula 26. Ley aplicable y solución de controversias. [...] 26.1. Normatividad aplicable; 26.2. Conciliación; 26.3. Requisitos del conciliador y del experto independiente; 26.4. Tribunales federales; 26.5. Arbitraje. 26.6. Consolidación. 26.7. No suspensión de actividades petroleras. 26.8. Renuncia vía diplomática. 26.9. Tratados internacionales.

IV. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN LOS MODELOS DE ASOCIACIÓN ENTRE LA EPE Y UN PARTICULAR (FARM OUTS)

La legislación energética mexicana brinda una gran área de oportunidad para explotar recursos de manera más eficaz y eficiente, ya que sus objetivos radican en brindar herramientas que permitan mejorar la economía del país y promover la competencia; además de que contempla los métodos alternativos de solución de las controversias suscitadas entre las partes contratantes; sin embargo, aún existen áreas de oportunidad para aprovechar estas herramientas que nos ofrece la normativa del sector.

Derivado de lo anterior, se concluye que en los contratos para la exploración y producción de hidrocarburos, concretados en asociaciones, es imperioso incluir una cláusula, a través de un *adendum*, que contemple la amigable composición como una alternativa adicional a las opciones que se cuentan de mediación y arbitraje, ello en atención a las siguientes ventajas:

- Eficacia y eficiencia. A fin de no dilatar el procedimiento de desarrollo del contrato más de lo necesario, en virtud de la temporalidad generalizada de ese tipo de contratos, al no detener la operación en campo; como se muestra, esta figura atiende los puntos relativos a la normatividad aplicable y la conciliación, así como los requisitos del conciliador, del experto independiente, en un solo momento con una sencillez y aplicación de mayor impacto.
- Desarrollo regional de personal capacitado. Contribuye a la especialización y formación de árbitros, conciliadores, facilitadores, etc.
- Sencillez. Menor número de pasos e intervención para lograr un acuerdo que no paralice.
- Informalidad. No requiere mayor solemnidad como podría ser una resolución jurisdiccional.
- Atiende a las mejores prácticas internacionales contempladas en la legislación mexicana, de acuerdo con el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra señala:

En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar⁴.

En suma, y conforme a lo visto, se propone el modelo de cláusula del mecanismo de solución de controversias conocido como la amigable composición cuyo contenido es el siguiente:

En cualquier momento las Partes podrán optar por alcanzar un acuerdo respecto a las controversias relacionadas con el presente Contrato mediante un procedimiento de amigable composición, contando con un amigable componedor a libre elección. Este procedimiento se iniciará cuando una de las Partes invite a la otra y esta acepte la invitación a la amigable composición dentro de los quince (15) días siguientes al envío de la invitación. Las Partes acordarán el nombramiento del amigable componedor, o en su caso, podrán recurrir a la asistencia de una institución relacionada a los mecanismos de solución de conflictos para su nombramiento. El procedimiento de amigable composición se seguirá conforme a lo que acuerden las partes y en su debido caso al Reglamento CNUDMI, debiendo el amigable componedor ayudar a las Partes en sus esfuerzos por lograr un arreglo de buena fe respecto a la controversia. En caso de que transcurridos tres (3) meses no se haya alcanzado un acuerdo, las Partes resolverán las diferencias o controversias en apego a la cláusula relacionada a la indemnización. Lo anterior, sin perjuicio de que cualquiera de las Partes pueda dar por terminado el procedimiento de amigable composición y acudir al arbitraje o conciliación en cualquier momento.

BIBLIOGRAFÍA

HOOBBER, MOSHE. The arbitration Mechanism of the International Center for Settlement of Investment Disputes, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

MORALES, G. M. La amigable composición: su evolución normativa y su fortalecimiento institucional en el nuevo estatuto arbitral, Bogotá, 2014.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf].

- ZULETA JARAMILLO, EDUARDO. "Arbitraje de inversión en Colombia", en Antonio Al-JURE SALAME et al. *Estatuto Arbitral Colombiano*. *Análisis de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. "Amigable composición. ¿Cómo funciona?", Centro de Arbitraje y Conciliación, disponible en [https://www.centroarbitrajeconciliación.com/Servicios/Amigable-composicion/Como-funciona].
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf].
- Ley n.º 1563 de 2012, "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", disponible en [https://static1.squarespace.com/static/5bc4c2000cf57da6b828b6ef/t/5d9f50doc24aef0851debb81/1570722001561/Colombia+-+Ley+1563+de+2012.pdf].
- Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), disponible en [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf].
- Rondas México. "Asociaciones de Petróleos Mexicanos", disponible en [https://rondasmexico.gob.mx/esp/asociaciones/].

El "Anuario Iberoamericano de Derecho de la Energía" es una obra singular, al tratarse de la única publicación en castellano dedicada al tema de la regulación energética con perspectiva iberoamericana. Este tercer volumen gira alrededor del tema de "El derecho de la energía sostenible". La elección se considera oportuna en función de la confluencia de la trascendencia del problema del cambio climático global frente a la necesidad de asegurar la suficiencia energética como condición para el desarrollo de los países de la región, circunstancia que ha hecho necesario el acercamiento de dos disciplinas jurídicas hasta ahora aparentemente disociadas, como son la regulación medioambiental y la energética.