

El contrato administrativo, inarbitrabilidad y el reconocimiento de laudos anulados en el país de origen. El Caso *Commisa*

HERFRIED WÖSS¹
DANTE FIGUEROA²
JENNIFER CABRERA³

I. Introducción

En el presente artículo, los autores analizan tres temas relacionados con el Caso ICC 13613/CCO/JRF *Commisa v. Pemex*: (i) las causas y razones que llevaron a la anulación del laudo arbitral en el Caso *Commisa* como también la problemática de la institución del ‘*contrat administratif*’ francés en el derecho mexicano y en otros países latinoamericanos; (ii) el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales anulados en el país de origen desde el punto del derecho arbitral internacional; y (iii) el reconocimiento y ejecución de laudos anulados en el país de origen desde la perspectiva del derecho estadounidense.

El caso ICC 13613/CCO/JRF COMMISA v. Pemex versa sobre la construcción de dos plataformas petroleras llave en mano (una de compresión y otra de

1 Socio de Wöss & Partners, Arbitration & Trade, México, DF – Washington DC – Lima, árbitro internacional listado en el International Who's of Commercial Arbitration, fundador del Foro de Arbitraje en Materia de Inversión, visiting scholar del Georgetown University Law Center 2012-2013.

2 Socio de Wöss & Partners, Arbitration & Trade, México DF - Washington DC - Chile, abogado con licencia en Chile, Washington DC, Nueva York, NY y ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, profesor adjunto del Georgetown University Law Center y de la American University. Con agradecimiento a Maria Sklar, estudiante del Georgetown University Law Center, J.D. Candidata 2015, por su valiosa asistencia en la preparación de este artículo.

3 Socia de Cabrera Cammarota PLLC, Nueva York, NY, abogada litigante en material arbitral y ante tribunales de los Estados Unidos de América, profesora adjunta del Fordham Law School y Duke University Law School. Con gratitud a Walsy Sáez, estudiante de Fordham University School of Law, J.D. Candidata 2015, por su valiosa asistencia en la preparación de este artículo.

procesamiento de gas) bajo un Contrato de Obra Pública firmado el 22 de octubre de 1997 (los “Contratos”). Las disputas se iniciaron en el 2002 y culminaron en un procedimiento de conciliación ante la Secretaría de la Contraloría de Desarrollo Administrativo. El 29 de marzo de 2004, Pemex Exploración y Producción (“PEP o Pemex”) notificó a *Commisa* el inicio del procedimiento de rescisión administrativa del Contrato. Dicho procedimiento administrativo fue suspendido por el trámite conciliatorio ante la Secretaría, el mismo que fracasó. El 7 de diciembre de 2004 *Commisa* se retiró de la conciliación. El 8 de diciembre de 2004, *Commisa* presentó su demanda de arbitraje ante la CCI. El 18 de diciembre Pemex formuló un reclamo por US\$ 78’423,766.46 a Afianzadora Insurgentes por *Commisa* a favor de Pemex, basado en la rescisión administrativa de los Contratos.

El 23 de diciembre de 2004, *Commisa* presentó una demanda de amparo ante los Juzgados de Distrito. El 26 de diciembre de 2004, el Juez del Distrito suspendió provisionalmente la rescisión administrativa y ordenó que Pemex se abstuviera de hacer efectivas las fianzas hasta que se llevara a cabo una audiencia sobre el fondo del asunto. El 18 de julio de 2005, Pemex presentó un recurso de revisión ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito respecto de las suspensiones otorgadas a *Commisa*. El 23 de agosto de 2005, se celebró audiencia constitucional en la que el juez decidió sobreseer el amparo. En contra de dicha resolución, *Commisa* presentó un recurso de revisión el 8 de septiembre de 2005, con lo cual se mantienen las medidas provisionales otorgadas previamente y la suspensión de la rescisión administrativa hasta que se decida el mencionado recurso.

El 17 de mayo de 2006, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien conoció de ambos recursos, emitió sus resoluciones al respecto. En cuanto al recurso de revisión interpuesto por *Commisa*, se revocó la resolución del Juez del Distrito mediante la cual se había sobreesido el juicio de amparo promovido por *Commisa* y se ordenó enviar el expediente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efectos de que sea estudiado el concepto de violación relativo a la inconstitucionalidad de las leyes planteada por *Commisa*. Con respecto al recurso de revisión interpuesto por Pemex, en contra de la suspensión conferida a *Commisa*, el Tribunal Colegiado determinó confirmar dicha suspensión.

El 23 de junio de 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación negó el recurso de amparo interpuesto por *Commisa* con base en la inconstitucionalidad de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios al Sector Público. Asimismo ordenó que se remitiera de nuevo el expediente al Tribunal Colegiado del

Circuito, para que éste analice los dos conceptos de violación restantes en los que *Commisa* fundamentó su demanda de amparo, esto es, la extemporaneidad de la resolución mediante la cual Pemex rescindió los contratos y la indebida fundamentación de dicha resolución.

El 23 de febrero de 2007, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió sentencia sobre la ilegalidad de la resolución administrativa de Pemex y negó el amparo.

El 16 de diciembre de 2009, el tribunal arbitral dictó su laudo. El 7 de abril de 2010, Pemex interpuso incidente de nulidad en contra de dicho laudo, el mismo que fue radicado ante el Juzgado Quinto en Materia Civil en el Distrito Federal, el mismo que resolvió no ha lugar declarar la nulidad del laudo. En contra de esa sentencia, Pemex presentó recurso de revisión ante el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que revocó la sentencia y otorgó el amparo.

La sentencia del 25 de agosto de 2011 del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil se fundamentó en dos conceptos legales: orden público (*public policy*), y *res judicata* (cosa juzgada) como un elemento del orden público. Tal decisión puso de relieve que las perspectivas substancialmente sobre la institución arbitral tanto en el derecho civil como en el derecho común son substancialmente diferentes. En cierto sentido, el debate subyacente en el caso *Commisa* reside en un plano más profundo que una simple apreciación de la legislación aplicable a un caso dado de arbitraje internacional. En este contexto, este artículo busca explicar los elementos fundamentales de tales aproximaciones contrastantes sobre dos instituciones legales clave en las tradiciones legales del derecho civil y del derecho común. Asimismo, el artículo busca identificar las opciones que permanecen disponibles para brindar una solución de largo plazo que confiera la estabilidad deseada al arbitraje comercial internacional en casos similares a *Commisa v. Pemex*.

En consecuencia, el segundo punto analiza el caso *Commisa*, destacando los fundamentos legales utilizados por los tribunales mexicanos para anular el laudo basado en la institución del contrato administrativo, el carácter de la rescisión administrativa como acto de *iure gestionis* o de *iure imperii*, y el efecto de *res judicata* como vertiente del orden público del juicio y sentencia perseguido por *Commisa* en juicio paralelo. El tercer punto, a su vez, revisa el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales domésticas que anulan laudos arbitrales en el contexto de las convenciones de Nueva York y Panamá. Finalmente, el cuarto punto estudia el tema inevitable de la ejecución interna de laudos arbitrales internacionales ante las Cortes de Nueva York.

II. El Caso *Commisa* y el riesgo sistémico del contrato administrativo

A) Comentarios generales

Este punto disecciona el caso *Commisa* desde la perspectiva de la transformación de un acto *de iure gestionis* (comercial) a un acto *de iure imperii* (de gobierno o de autoridad), y sus efectos en la arbitrabilidad *ratione materiae* (con relación a la materia) en el contexto de un contrato administrativo en México, como asimismo todos los demás aspectos relativos a la *res judicata* (cosa juzgada) refleja como elemento de la noción de *ordre publique* (*public policy*), y otro conceptos relacionados.

El arbitraje en México comienza con las reformas al Código de Comercio en 1989⁴ y la incorporación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI en 1993. El arbitraje sobre disputas relacionadas a contratos con entidades paraestatales comenzó con la reforma al artículo 14° de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (*Pemex*) y al artículo 45° de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para la Comisión Federal de Electricidad (CFE), ambas del 22 de diciembre de 1993. La Ley Orgánica de *Pemex* en vigor hasta 2008 rezó: “*Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán (...) celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto*”. Dicha disposición fue modificada con cambios mínimos por el artículo 6°, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria del artículo 27° Constitucional en el Ramo del Petróleo y el artículo 73° de la Ley de Petróleos Mexicanos el 28 de noviembre de 2008. Ni la legislación de *Pemex* ni la de la CFE contienen limitaciones en cuanto a la arbitrabilidad de la rescisión y terminación administrativa y la actuación contractual de *Pemex* y la CFE, la misma que siempre se consideraba como *de iure gestionis* aunque el riesgo de ser tratado como acto de autoridad era latente y conocido.⁵ El derecho a mecanismos alternativos de solución de controversias se estableció en el tercer (hoy cuarto) párrafo del artículo 17° de la Constitución Federal el 18 de junio de 2008, y, por ende, es un derecho constitucionalmente protegido.

El arbitraje en los demás contratos con entidades públicas federales fuera del ámbito de *Pemex* y la CFE se permitió para fines prácticos finalmente con

4 Diario Oficial de la Federación, 4 de enero de 1989.

5 Herfried Wöss: ‘Arbitration, Alternative Dispute Resolution and Public Procurement in Mexico, The 2009 reforms, analysis and their impact’, *Spain Arbitration Review*, 7 (2010) 19-31; and *TDM* 4 (2009), Special Edition Latin America.

la reforma a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público del 28 de mayo de 2009. Las reformas permitieron el sometimiento a arbitraje de todos los contratos federales de obra, y contratos de adquisiciones a largo plazo. La limitación a contratos a largo plazo en materia de adquisiciones públicas se eliminó con la reforma del 16 de enero de 2012.⁶ Anteriormente, existía la posibilidad de arbitraje sujeto a diversos lineamientos a nivel federal administrativo, los que nunca fueron publicados. A partir de esa reforma, todos los contratos federales de obras y adquisiciones públicas pueden ser sometidos a arbitraje, sin embargo, con ciertas limitaciones como es la inarbitrabilidad de la rescisión y la terminación administrativa.

El 16 de enero de 2012 se publicó también la Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley APP). De acuerdo con el artículo 139°, párrafo 1, de la Ley APP se permite el arbitraje para los contratos APP. Sin embargo, el artículo 139°, párrafos 3 y 4, de la Ley APP extiende el tema de la inarbitrabilidad de la rescisión y terminación administrativa a cualquier acto de autoridad. El tema del acto de autoridad y su inarbitrabilidad en contratos con entidades públicas parece ser relacionado con el Caso *Commisa*.

B) La problemática del ‘*contrat administratif*’ del Derecho francés en México y en Latinoamérica

El renombrado jurista argentino Héctor Mairal ha destacado que la institución del contrato administrativo que deriva del Derecho francés y su uso para contratos de proyectos es muy problemática en Latinoamérica.⁷ De acuerdo con el Derecho francés, el Estado tiene facultades exorbitantes en la contratación pública en áreas tales como la modificación de contratos y la rescisión y terminación unilaterales sin previo juicio. Lo anterior se refleja en el Derecho mexicano, donde las entidades paraestatales pueden rescindir o terminar un contrato a través de un procedimiento administrativo; el contratista, en tanto, requiere de un juicio previo para lograr tal terminación. El acto administrativo de rescisión o terminación se considera como acto de autoridad o *de iure imperii* y goza de la presunción de validez hasta que sea revocado en juicio administrativo o

6 Herfried Wöss, ‘Solución de Controversias al Amparo de la Nueva Ley Mexicana de Asociaciones Público-Privadas’, 5 Lima Arbitration 2 (2012) p- 185-94.

7 Héctor A. Mairal ‘Government Contracts under Argentine Law: A Comparative Law Overview’ 26 Fordham International Law Journal 6 (2002) p. 1716-53; *Id.*, ‘De la Peligrosidad o Inutilidad de una Teoría General del Contrato Administrativo’ Ed. 179, p. 655-700.

constitucional (amparo); este último, en esencia, es un juicio de casación o de anulación. De acuerdo con la doctrina francesa, el contrato administrativo no puede estar sujeto a arbitraje. Así, mientras que conforme al Derecho francés cualquier modificación del equilibrio contractual o su rescisión o terminación requiere del pago de una indemnización, tal obligación de indemnización existe solamente en forma rudimentaria en México cuando se reclaman los llamados gastos no recuperables o la inversión perdida.

En México, hasta el caso *Commisa*, la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa era un riesgo latente, sin embargo, en la práctica arbitral prevalecía la consideración de la misma como acto *de iure gestionis* y, por ende, arbitrable. Como lo había señalado el jurista mexicano Diego Andrade Max: “*El acto jurídico contractual imputable a algún órgano del estado en calidad de parte de ese mismo acuerdo de voluntades, constituye indiscutible un acto iure gestionis*”.⁸

C) El caso *Commisa*: la conversión de un Acto de *iure gestionis* a un acto de *iure imperii* en juicio paralelo y su consecuente inarbitrabilidad

El Caso ICC 13613/CCO/JRF *Commisa v. Pemex* versa sobre múltiples reclamos incluyendo daños y perjuicios por parte del contratista en contra de *Pemex* derivado de un contrato de construcción de plataforma petrolera.⁹ Como consecuencia de un supuesto incumplimiento por parte del contratista, el 16 de diciembre de 2004 *Pemex* rescinde administrativamente y unilateralmente el contrato por el abandono del contratista de la obra y el no acatamiento de instrucciones, y aplica penalidades convencionales equivalentes al diez por ciento del monto total de la obra ejecutada hasta el 23 de mayo de 2003 y otras sanciones por la inobservancia de la entrega de gas conforme a las fechas de los eventos críticos pactadas. Asimismo, *Pemex* ejecuta fianzas por el monto de las penalidades convencionales.¹⁰ El 1º de diciembre de 2004, *Commisa* inicia el arbitraje ICC en contra de *Pemex*. En paralelo, el 23 de diciembre de 2004, COMISSA presenta un amparo para lograr la anulación de estos actos y el otorgamiento

8 Véase Diego Andrade Max: *Las Personas Morales de Derecho Público como Partes en el Arbitraje Comercial Internacional*, Universidad Iberoamericana, 1992, p. 73; ibídem: *Mexican Governmental Agencies as Parties to International Commercial Arbitration - Historical, Theoretical and Practical Aspects*, Univ.-Diss., University of Vienna, May 1994, p. 153.

9 Herfried Wöss, Adriana San Román Rivera, Pablo T. Spiller, Santiago Dellepiane, *Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts* (Oxford University Press, February 2014), paras. 3.185-200.

10 Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, pp. 10, 12.

de la suspensión inmediata de los mismos. El arbitraje y el juicio de amparo se desarrollan en forma paralela. Mientras *Commisa* logra la suspensión durante el procedimiento, pierde el amparo.

Como requisito de admisibilidad de un amparo se requiere un acto de autoridad o un acto de *iure imperii*. Es decir, al demandar por la vía de amparo el contratista tuvo que argumentar que la rescisión administrativa era un acto de *iure imperii* y no de *iure gestionis*. Sin embargo, la existencia de tal acto de autoridad fue negada por el Juzgado Décimo Cuarto del Distrito en Materia Administrativa que decidió sobreseer el amparo en primera instancia el 23 de agosto de 2005. Por lo tanto, el juez de primera instancia en amparo correctamente negó la admisibilidad del amparo por ser la rescisión administrativa un acto de *iure gestionis* y no de un acto de *iure imperii*.¹¹ Sin embargo, *Commisa*, en vez de dejarlo así, persiguió el juicio constitucional en paralelo al arbitraje en contra de la rescisión administrativa y diversos actos de *Pemex* e interpuso un recurso de revisión ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual finalmente reconoció la existencia de un acto de autoridad¹² y dejó a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ejercer su facultad de atracción por la importancia del asunto.¹³ A su vez, la Suprema Corte en su sentencia del 23 de junio de 2006 consideró constitucional la facultad unilateral del Estado de ejercer sus facultades de rescindir unilateralmente un contrato administrativo, el cual consideró como un:

“privilegio especial de la Administración Pública, que los colocan en una situación distinta y más favorable de la que rige para los particulares que con ella contratan, característica propia de los contratos administrativos, en donde impera la potestad exorbitante del derecho común, esto es, un régimen contractual excepcional de la Administración, que no disfrutan los sujetos que celebran un contrato de derecho privado”.¹⁴

En esa misma sentencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló que:

“al ejercer la autoridad administrativa la facultad o potestad de rescisión, no se restringe ni se priva al particular que contrató con la administración

11 Véase Amparo en revisión 1081/2006, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006, p.18.

12 *Amparo en revisión 1081/2006* p. 24-5, 28.

13 Facultad de la Suprema Corte de atraer un caso que cumple con ciertas características.

14 *Amparo en revisión 1081/2006* p. 58.

pública, del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia impartida por los tribunales, pues el particular afectado, titular de este derecho, dispone de los instrumentos procesales, previstos en la ley, mediante los cuales puede impugnar eficazmente el acto jurídico administrativo de la rescisión contractual...”¹⁵

Por lo tanto, *Commisa* logró convertir lo que en la primera instancia todavía se consideraba como un acto *iure gestionis*, en acto *iure imperii* con lo que sembró la causa original de la anulación del laudo. Al considerarse la rescisión administrativa como un acto *de jure imperii*, la ejecución de las garantías y la aplicación de las penalidades convencionales quedó revestida de la presunción legal de su legalidad. Al perder la contratante el amparo, tal presunción legal ya no se pudo revertir.¹⁶ Es justamente la presunción de validez de un acto de autoridad que se confirma al no lograrse la anulación la que puede tener un efecto desastroso sobre un laudo arbitral en juicio paralelo lo que se ha aclarado por la Suprema Corte de Justicia a causa del amparo interpuesto por *Commisa*. La determinación efectuada por la Suprema Corte, hecha a solicitud de *Commisa*, de que la rescisión administrativa es un acto de autoridad con todas sus consecuencias implica su inarbitrabilidad, aunque la Corte no lo establece así expresamente ya que el examen de la Corte se limita a la cuestión de la constitucionalidad de la facultad exorbitante y unilateral de la administración pública de rescindir el contrato sin previo juicio. Sin embargo, la Corte establece la jurisdicción del Juez del Distrito en Materia Administrativa para resolver sobre la rescisión administrativa en juicio ordinario administrativo, es decir, en un juicio en méritos, como se explica en detalle más adelante. Lo anterior significa que se excluye el arbitraje para resolver cualquier tema relacionado con la rescisión administrativa, así como las consecuencias contractuales de tal rescisión.

El *dictum* de la Corte en el caso *Commisa* provocó la expresa excepción de la arbitrabilidad en las leyes federales de obras y adquisiciones públicas y su extensión a cualquier acto de autoridad en la Ley APP. El problema es que la inarbitrabilidad del tema de la validez del acto de autoridad también afecta el tema de la legalidad o ilegalidad contractual y todas sus consecuencias, como es la procedencia de diversos reclamos y el derecho a daños y perjuicios por lo que el único camino para resolver en méritos una vez realizada la rescisión

¹⁵ Citado en Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, p. 14.

¹⁶ Herfried Wöss ‘Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México - la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF’ (2012) 14 Spain Arbitration Review, pp. 111-131, Transnational Dispute Management, Vol. 9, Issue 3, April 2012.

administrativa es justamente el juicio ordinario administrativo, lo que deja sin efecto práctico la cláusula arbitral.

D) La anulación del laudo *Commisa* por violación al orden público y cosa juzgada refleja como consecuencia del juicio paralelo

Como se ha ya revisado, el laudo en el caso *Commisa* fue anulado por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en 2009 por violación del orden público y la cosa juzgada refleja de la sentencia de amparo que dejó ileso al acto de autoridad de *Pemex* de la rescisión administrativa y la ejecución de las fianzas por las penalidades convencionales. Lo anterior fue consecuencia de la sentencia del 23 de febrero de 2007 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual sobreseyó el amparo indirecto a la Demandante en contra del acto de rescisión administrativa por ser competente de manera exclusiva un Juez de Distrito en Materia Administrativa en concordancia con lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte que se menciona líneas arriba.¹⁷ El Tribunal Colegiado en el procedimiento de anulación señala:

“[Y]a que si bien es cierto hubo un convenio arbitral de someter al mismo todas las controversias que se suscitaban con motivo al contrato de obra pública y su convenio; también es cierto que la hoy recurrente como un ente público tenía la facultad de rescindir administrativamente dicho contrato en forma unilateral e imperativa, facultad que no fue renunciada ni era renunciable. De tal manera que al dictar la rescisión administrativa, tal acto de autoridad impedía al tribunal arbitral pronunciarse a ese respecto aun cuando lo hiciera de manera indirecta o paralela.”¹⁸

“... se actualiza la eficacia refleja de la cosa juzgada únicamente en cuanto a que las consideraciones que quedaron transcritas de las ejecutorias pronunciadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se obtiene que la primera analizó la constitucionalidad de las normas antes citadas, siendo que de la ejecutoria relativa se desprende que se hizo referencia a que la rescisión administrativa emitida por la hoy recurrente, era un acto administrativo de autoridad, impugnabile ante los Tribunales de la

¹⁷ Amparo en revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, p. 15.

¹⁸ *Id.* pp. 410-1.

Federación, al ser una cuestión que pertenecía a la jurisdicción contenciosa administrativa del orden federal, en específico a los Jueces de Distrito, en términos de la jurisprudencia de rubro: “CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.”

“Por ello, sobre el aspecto de inconstitucionalidad resuelto por el Alto Tribunal, tiene eficacia refleja de cosa juzgada, en el presente asunto, ya que existe identidad de partes, y aun cuando la causa ahí justipreciada, no fue de forma directa el fondo de la rescisión administrativa, sino los preceptos en que se fundó, contravenían o no la Constitución Federal, el criterio que se refleja para orientar la presente resolución, es que no cabe duda que la rescisión administrativa es un acto autoritario que únicamente es impugnabile ante los Tribunales de la Federación y que al no haberse declarado la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, continúa firme esa rescisión hasta el momento en que se resuelve el presente recurso, pues no obra constancia en contrario.”

“Asimismo, la determinación adoptada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tiene eficacia refleja de cosa juzgada en relación a lo determinado en el laudo arbitral, en razón de que se pronunció sobre la rescisión administrativa, mediante el análisis de temporalidad de su emisión, por lo que de forma indirecta, al haberse negado el amparo, también dejó firme la rescisión administrativa y que solo era modificable mediante el juicio ordinario administrativo federal seguido ante un Tribunal Federal, pues como se dijo con anterioridad, tal actuación en ejercicio de atribuciones legales de orden público, no puede ser modificada, anulada o revocada, por un tribunal establecido para resolver meros problemas que afectan intereses particulares.”¹⁹

“Por tanto, al haber quedado firme la rescisión administrativa hasta el momento que se resuelve el presente recurso, y que se trata de un acto de autoridad únicamente anulable, modificable o revocable por el procedimiento ordinario mencionado, ello incidía en que la resolutoria de amparo debió considerar que ni el tribunal arbitral ni el Juez de Distrito que conoció del incidente de nulidad de laudo arbitral, atendieron esa cuestión previo a

19 *Id.* pp. 452-55.

resolver el fondo del asunto que se les planteó, ya que estuvo en aptitud de justipreciar que la competencia y jurisdicción que se le otorgó, solo era para resolver cuestiones que involucraran intereses privados, ya que su constitución precisamente es de esta naturaleza, y que impedía juzgar un acto de autoridad por ser de naturaleza pública, por lo que al no ajustarse a lo que ha quedado expuesto, existió transgresión al orden público y en consecuencia, ese laudo es nulo, conforme al precepto 1457 del Código de Comercio.”²⁰

“Así, al estar firme y válido hasta el momento que se resuelve el presente recurso, la rescisión administrativa y su sustento como fue el incumplimiento imputado a la contratista, esto impidió que esa circunstancia pudiese ser modificada, aun paralela o indirectamente como lo hizo el tribunal arbitral, lo que a su vez impedía que se pronunciara sobre el reclamo de diversas prestaciones relacionadas con el contrato, ya que como se dijo, al estar subsistente la rescisión, esa circunstancia resolvió cualquier obligación derivada del acuerdo de voluntades como hubiera sido algún incumplimiento previo o subsecuente, por lo que para reclamar alguna prestación derivada de eso, era o es condición necesaria que se revoque la rescisión y que inclusive en el procedimiento ordinario administrativo, se determine lo relativo a los trabajos que adujo la tercera perjudicada, no le fueron cubiertos, pero solo a través de la vía idónea para ello y no mediante el procedimiento arbitral, ya que no es dable dividir la continencia de la causa.”

“Luego al no haberlo considerado así la Juez del Distrito, son incorrectas sus afirmaciones sobre este tema, ya que sí existió eficacia refleja de cosa juzgada como lo afirmó la quejosa, únicamente en la medida que ha quedado expuesta, pues al haberse pronunciado el tribunal arbitral sobre las causas que dieron origen a la rescisión administrativa como fue el incumplimiento del contratista, así como sus consecuencias como eran el pago de las penalidades convencionales y demás prestaciones, ello trastocó la actual firmeza de ese acto; de ahí que al encontrar sustento esta institución procesal en los artículos 14° y 16° constitucionales, por reconocerse como un pilar fundamental del Estado mexicano la certeza y seguridad jurídicas, es evidente que se contravino la noción de orden público a que se contrae la fracción II, del artículo 1457, Código de Comercio.”²¹

20 *Id.* p. 457.

21 *Id.* p. 458.

La sentencia del Tribunal Colegiado que anula el laudo merece los siguientes comentarios: al quedar firme la rescisión administrativa y los demás actos de *iure imperii*, quedan válidas todas sus consecuencias con fundamento en la institución del contrato administrativo y las facultades exorbitantes del Estado que fueron confirmadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta por *Commisa*. Asimismo, quedó firme la presunción de la legalidad del acto de autoridad por no haber sido combatida en el juicio ordinario administrativo ante un Juez de Distrito en Materia Administrativa en su oportunidad.

Al establecer la Suprema Corte que la vía exclusiva para litigar el tema de rescisión administrativa era el juicio ordinario administrativo privó al contratista el derecho constitucional establecido en el artículo 17° de la Constitución a los medios alternativos de solución de controversias, ya que hace el derecho al arbitraje establecido en la legislación aplicable a *Pemex* irrisorio. Sin embargo, ese resultado era previsible al presentar *Commisa* su demanda de amparo e insistir que la rescisión administrativa sea considerada acto de autoridad. La situación hubiera sido diferente si *Commisa* no hubiera iniciado un juicio paralelo y el tema de la arbitrabilidad de rescisión administrativa se hubiera invocado por *Pemex* en la fase de ejecución. En ese caso no hubiera procedido el argumento de cosa juzgada por la falta de una decisión judicial anterior.

En consecuencia, a continuación pasamos a analizar el tema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros anulados bajo las convenciones de Nueva York y Panamá.

III. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales internas que anulan laudos arbitrales bajo las Convenciones de Nueva York y Panamá

Desde los años noventa, las Cortes Federales estadounidenses han debatido sobre el tema omnipresente de la ejecución de los laudos arbitrales: específicamente, ¿qué hacer con los laudos que han sido anulados en su lugar de origen? Para responder a esta pregunta, primero se identificará los criterios relevantes para la anulación de laudos bajo la Convención de Nueva York. Luego, se analizará los estándares conforme a los cuales los laudos anulados pueden ser ejecutados en jurisdicciones extranjeras.

A) El poder para anular laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York

Los tribunales estadounidenses han reconocido repetidamente la tensión inherente entre las jurisdicciones primarias y secundarias que intervienen en un laudo. Esto es, entre jurisdicciones bajo las cuales se emite un laudo y aquellas en las que un laudo es ejecutado seguidamente²². El Tribunal Federal del Segundo Distrito clarificó esta dicotomía en el caso *Yusuf*²³ en 1997:

“La Convención [de Nueva York] contempla específicamente que el Estado en el cual, o bajo la ley del cual, se emite un laudo, es libre para anular o modificar un laudo conforme a su derecho arbitral interno y su colección completa de fundamentos legales expresos e implícitos para remediar una situación. Ver Convención [de Nueva York], art. V(1)(e). Sin embargo, la Convención [de Nueva York] es igualmente clara que cuando una acción de ejecución es deducida en un Estado extranjero, el Estado puede rechazar la ejecución del laudo únicamente sobre la base de las causales establecidos en el Artículo V de la Convención [de Nueva York]”.

Dicho de otra manera, la jurisdicción primaria se refiere al derecho interno donde, o bajo el cual, se emite un laudo. La jurisdicción secundaria de un laudo, por otra parte, se refiere a la jurisdicción donde se busca la ejecución de dicho laudo. La decisión del caso *Yusuf* inequívocamente reconoció el poder de la jurisdicción primaria para anular un laudo basado en su derecho interno. Dicho poder está referido en el artículo V(1)(e) de la Convención, que señala:

“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...)

(e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

22 Ver *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

23 Ver *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc.*, 126 F.3d 15, 23 (2d Cir. 1997).

Por ejemplo, el caso *Baker Marine*²⁴ de 1999 reconoció el poder de anulación de la jurisdicción primaria. Al rechazar la ejecución de un laudo que había sido anulado por las Cortes nigerianas (y decidida bajo el Derecho nigeriano), el Tribunal Federal del Segundo Circuito indicó: “no sería apropiado ejecutar un laudo arbitral bajo la Convención cuando tal laudo ha sido anulado por las Cortes nigerianas”.²⁵

El derecho arbitral interno de los Estados Unidos surge de la Ley Federal de Arbitraje (en inglés, “FAA”). Así, cuando un laudo se emite en el territorio o bajo las leyes de los Estados Unidos, una parte puede basarse en cualquiera de las causales explícitas o implícitas de la FAA para solicitar su anulación. Esto es precisamente lo que sostuvo el tribunal en el caso *Yusuf*:

“Leemos el Artículo V(1)(e) de la Convención [de Nueva York] como que permite a un tribunal en el país bajo cuya ley se condujo el arbitraje a aplicar su derecho arbitral interno, en este caso la FAA, a una moción para anular o dejar sin efecto un laudo arbitral”.²⁶

B) El poder para rechazar la ejecución de un laudo arbitral extranjero

Una Corte Federal estadounidense puede rechazar la ejecución de un laudo extranjero únicamente sobre la base de siete causales listadas en el artículo V. Por un lado, las Cortes estadounidenses puede ejecutar laudos extranjeros que han sido anulados en su lugar de origen únicamente en un caso específico: cuando la decisión de anulación contraviene el orden público de los Estados Unidos (*U.S. public policy*).

En los primeros casos decididos por las Cortes estadounidenses, existió un gran debate sobre las diferencias semánticas entre los artículos V y VII de la Convención. Mientras el primero utiliza las palabras ‘se podrá’ (en inglés, ‘*may*’), el segundo usa las palabras ‘no afectarán’ (en inglés, ‘*shall*’); en consecuencia, el artículo V fue considerado habitualmente como que establecía un estándar permisivo.

A fin de entender mejor esta distinción, la siguiente sub-sección identificará primeramente los párrafos relevantes de los artículos V y VII y luego discutirá los precedentes judiciales que se han pronunciado sobre esta materia.

24 Ver *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

25 *Baker Marine*, 191 F.3d p. 196.

26 Ver *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc.*, 126 F.3d 15, 29 (2d Cir. 1997).

El artículo V(1) indica:

“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
- d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
- e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

El artículo V(2) indica:

“2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) Que , según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

En contraste, el artículo VII(1) de la Convención de Nueva York alude al carácter internacional de los procedimientos arbitrales. Indica:

1. Las disposiciones de la presente Convención *no afectarán* la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Este conflicto entre las palabras ‘se podrá’ (en inglés, ‘*may*’) del artículo V, y ‘no afectarán’ (en inglés, ‘*shall*’) del artículo VII crearon una gran confusión en los primeros casos de ejecución de laudos bajo la Convención de Nueva York. Este dilema de ejecución llegó por primera vez a las Cortes Federales del Circuito en el año 1996 a través del caso *Chromalloy*²⁷. Un tribunal en El Cairo, Egipto, había otorgado a una compañía estadounidense, *Chromalloy Aeroservices Inc.*, más de US\$18 millones en una disputa en contra de la República de Egipto. *Chromalloy* solicitó la ejecución de este laudo en los Estados Unidos, pero antes de que se emitiera una decisión en los Estados Unidos, la Corte de Apelaciones de El Cairo anuló el laudo sobre la base de que los árbitros habían aplicado indebidamente el Derecho egipcio privado²⁸. La Corte Federal a pesar de eso ordenó la ejecución del laudo. Demarcando la tensión entre el artículo V(2) y el artículo VII, la Corte explicó:

“Mientras que el Art. V contempla un estándar discrecional, el Art. VII de la Convención [de Nueva York] requiere que, “Las disposiciones de la presente Convención no ... privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.” 9 U.S.C. Sect. 201 nota. Dicho de otro modo, bajo la Convención, *Chromalloy* mantiene todos los derechos a la ejecución de este Laudo Arbitral que hubiera tenido en ausencia de la Convención. Como resultado, la Corte estima que, si la Convención no existiera, la Ley Federal de Arbitraje otorgaría a *Chromalloy* el derecho legítimo para reclamar la ejecución de este laudo arbitral.”

27 Ver *Matter of Arbitration Between Chromalloy Aeroservices, a Div. of Chromalloy Gas Turbine Corp. & Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

28 Cairo Court of Appeal, December 5, 1995, 25 Y.B. COM. ARB. 265-68 (1999).

La Corte se refirió al acuerdo arbitral de las partes, que decía: “La decisión de dicha Corte será final y obligatoria y no puede ser objeto de ninguna apelación u otro recurso”. Como consecuencia, la Corte Federal sostuvo que la decisión de la Corte de Apelaciones de El Cairo contradecía el orden público estadounidense, que favorece los arbitrajes finales y obligatorios. La Corte Federal explicó:

“Ninguna nación se encuentra bajo una obligación implacable de ejecutar intereses extranjeros que son fundamentalmente perjudiciales a aquellos del foro nacional”. *Laker Airways Ltd. V. Savena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, 937 (D.C. Cir. 1984).

En suma, *Chromalloy* se fundamenta sobre la idea de que una parte puede solicitar la ejecución de un laudo extranjero bajo el derecho arbitral nacional, esto es, la FAA. Esta posición, sin embargo, ha sido ampliamente abandonada. Los casos que siguieron esta decisión se han alejado de la teoría de *Chromalloy* y han rechazado la importancia del orden público estadounidense al momento de considerar la ejecución de laudos anulados.

En efecto, en 1999, el Tribunal Federal del Segundo Circuito comenzó a erosionar la teoría *Chromalloy* cuando emitió la decisión *Baker Marine*²⁹. *Baker Marine* obtuvo dos laudos, uno por US\$2.23 millones y otro por US\$750.000, en contra de *Danos* y *Chevron*, respectivamente. Nigeria fue la sede del arbitraje, de manera que *Baker Marine* naturalmente buscó la ejecución de los laudos en ese país. La Corte nigeriana anuló ambos laudos sobre la base de que las pruebas aportadas en el expediente no fundamentaban las conclusiones del tribunal, y que el tribunal había otorgado incorrectamente daños punitivos. *Baker Marine* entonces solicitó la ejecución de los laudos en la Corte Federal del Distrito Norte de Nueva York. Esta Corte rechazó autorizar la ejecución de los laudos por cuanto “no sería apropiado ejecutar un laudo arbitral extranjero bajo la Convención cuando dicho laudo ha sido anulado por las Cortes nigerianas”. En apelación, *Baker Marine* invocó el artículo VII de la Convención, tal como había sucedido en el caso *Chromalloy*. Revisando la decisión de la Corte distrital en apelación, del Tribunal Federal del Segundo Circuito rechazó los argumentos de *Baker Marine* y enterró toda ambigüedad que quedaba con relación al artículo VII y la FAA. La Corte explicó:

“Nada sugiere que las partes tuvieron la intención de que el derecho arbitral interno estadounidense gobernara sus disputas. El propósito esencial de

29 *Ver Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

la FAA es asegurar que los acuerdos arbitrales privados sean ejecutados conforme con sus términos”.

Curiosamente, la Corte del caso *Baker Marine* hizo distinciones con el caso *Chromalloy*. Explicó la Corte: “La Corte distrital [en el caso *Chromalloy*] concluyó que Egipto estaba buscando ‘repudiar su promesa solemne de acatar los resultados del arbitraje’, y que el reconocer la decisión egipcia [de anulación] sería contrario a la política de los Estados Unidos que favorece el arbitraje”³⁰. Por otro lado, en *Baker Marine*, donde las consideraciones de orden público estadounidense no estuvieron en juego, el Tribunal Federal del Segundo Circuito determinó que el derecho arbitral interno carecía de todo rol en la determinación de si el laudo debería ser ejecutado.

Una vez más, en 1999, la Corte Distrital del Distrito Sur de Nueva York debió decidir un caso en que se le solicitaba interpretar la relación entre la FAA y la Convención de Nueva York³¹. El señor Spier, un ciudadano estadounidense, había recibido un laudo por mil millones de liras en Italia, que había sido seguidamente anulado por la Corte Suprema de Casación italiana. El señor Spier, sin embargo, solicitó la ejecución del laudo ante la Corte Distrital de Nueva York, que estuvo de acuerdo con la anulación basada en que la FAA era completamente inaplicable. Después de todo, esta fue una decisión emitida por un tribunal italiano en Italia. La ejecución de este laudo extranjero estaba *exclusivamente* regulada por el artículo V(1)(e) de la Convención por dos razones: (1) no existía ninguna clase de consideración de orden público estadounidense en el caso, contrariamente a lo que sucedió en el caso *Chromalloy*; y (2) el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York regula la ejecución de laudos que son anulados en su lugar de origen.

La Corte en el caso *Spier* hizo una distinción adicional con la decisión en el caso *Chromalloy* basada en los mismos argumentos de la Corte que decidió el caso *Baker Marine*. La Corte en el caso *Spier* explicó:

“Pero leo esta nota de pie de página en el caso *Baker Marine* para identificar como una circunstancia decisiva el repudio efectuado por Egipto de su promesa contractual de no apelar un laudo arbitral. Solo dicha circunstancia es individualizada como violatoria del orden público estadounidense articulado

30 *Baker Marine* (Nig.) Ltd. v. *Chevron* (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194, 197 (2d Cir. 1999).

31 En *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999).

en la FAA, lo que por lo tanto justifica la ejecución del laudo egipcio por la corte distrital”.³²

La decisión *Spier* inauguró una nueva etapa para la ejecución de laudos arbitrales anulados en los Estados Unidos. La decisión implicó una clara progresión desde la posición establecida en el caso *Chromalloy*, bajo la cual los laudos extranjeros anulados podían ser anulados simplemente cuando la decisión contravenía el orden público estadounidense. La decisión *Spier* sin embargo no definió claramente el estándar bajo el cual los laudos anulados podrían ser dejados sin efecto en los Estados Unidos. En este contexto, y con el incremento de solicitudes de ejecución para laudos arbitrales extranjeros/internacionales, la decisión en el caso *Termorio* pavimentó el camino a los tribunales estadounidenses que debían emitir decisiones sobre ejecución, al dar un fundamento claro para los casos futuros.

En efecto, en 2007, la Corte Federal del Distrito de Columbia finalmente alzó y definió la barra con relación a argumentos fundados en orden público. En el caso *Termorio*³³, dicha Corte sostuvo que “Toma mucho más que una mera aserción de que la decisión de un Estado primario ‘ofende el orden público de’ un Estado secundario para derrotar una defensa basada en el artículo V(1)(e)”³⁴. La Corte del Distrito de Columbia explicó que dicha Corte podría permitirse ignorar una anulación extranjera cuando la parte demuestra que la decisión de anulación violó el orden público estadounidense. Esto ocurría únicamente cuando la decisión de anulación era “repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se solicita la ejecución”³⁵. Esta sería la situación, por ejemplo, en que la decisión “tiende claramente a erosionar el interés público, la confianza pública en la administración del derecho, o la seguridad de los derechos individuales de libertad personal o propiedad privada”³⁶.

Este breve análisis sobre la ejecución de laudos arbitrales anulados en la jurisdicción de origen muestra cómo ha cambiado la actitud de los tribunales estadounidenses sobre el curso de una década. Luego de haber claramente abandonado la doctrina del caso *Chromalloy* y adoptado el estándar del caso *Termorio*, las Cortes Federales estadounidenses están actualmente más dispuestas a dejar sin efecto laudos extranjeros que han sido anulados en sus jurisdicciones primarias. Esta tendencia actual, sin embargo, es morigerada por la deferencia

32 *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279, 287 (S.D.N.Y. 1999).

33 *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

34 *Termorio*, 487 F.3d p. 937.

35 *Termorio*, 487 F.3d p. 938.

36 *Termorio*, 487 F.3d p. 938.

que las Cortes Federales distritales demuestran hacia el orden público estadounidense. Un laudo arbitral anulado puede aún ser ejecutado ante una Corte estadounidense si un juez encuentra que la decisión de dejar sin efecto el laudo fue adoptada en contravención al orden público estadounidense. De esta manera, entonces, la decisión del caso *Commisa* viene a unirse al siempre creciente cuerpo jurisprudencial que sin duda continuará distanciándose de la posición del caso *Chromalloy*, para asentarse cada vez más en el estándar del caso *Termorio*.

IV. *Commisa* en las Cortes Estadounidenses

A) La primera acción de Nueva York: el laudo es confirmado

En enero de 2010, *Commisa* solicitó a la Corte Distrital del Distrito Sur de Nueva York (la “S.D.N.Y.”) confirmar el laudo arbitral de 2009 (el “Laudo”). PEP se opuso a la solicitud de ejecución presentada por *Commisa*, solicitando a la Corte ordenar la suspensión del caso mientras la resolución de sus esfuerzos de nulidad estaban pendientes en México. El 2 de noviembre de 2010, el Juez distrital Hellerstein confirmó el laudo y *Commisa* comenzó a tomar medidas para ejecutar dicha decisión.

PEP apeló la decisión referida ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, en donde logró una solicitud de emergencia de suspensión de la ejecución mientras estuviera pendiente su apelación.³⁷ Luego de la decisión de anulación emitida en agosto de 2011 por la Corte mexicana, PEP solicitó al Segundo Circuito reenviar el caso a S.D.N.Y. El Segundo Circuito aceptó la solicitud de PEP en febrero de 2012, y el caso fue reenviado al S.D.N.Y. para que “analizara en una primera instancia si es que la ejecución del laudo debía ser rechazada por cuanto ‘había sido dejada sin efecto o suspendida por una autoridad competente del país en el cual o bajo la ley del cual se había otorgado el laudo’”.³⁸

37 Aún cuando el Segundo Circuito denegó la solicitud de suspensión de PEP, las partes lograron un acuerdo para suspender la ejecución luego que PEP depositara US\$395.009.641,34 en una cuenta mantenida en una cuenta de la Corte.

38 Mandate of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit p. 2, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, U.S.C.A. Case No. 10-4656-cv (2d Cir. Mar. 8, 2012).

B) Segundo round ante la S.D.N.Y.: El laudo ICC es aprobado

El 27 de agosto de 2013, el Juez Hellerstein del S.D.N.Y. aceptó la petición de *Commisa* para la ejecución del laudo, y a su vez rechazó deferir la anulación decretada por la Corte mexicana³⁹. Citando el hecho de que la Corte mexicana fundamentó su decisión en una ley que aplicó retroactivamente, y fundada en la ausencia de foros alternativos ante los cuales *Commisa* pudiera presentar sus reclamos, la S.D.N.Y. estimó que la decisión mexicana había violado “nociones básicas de justicia”⁴⁰.

Tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá reconocen en prácticamente un lenguaje idéntico, que un tribunal puede rechazar la ejecución de un laudo arbitral que ha sido debidamente anulado en el lugar sede del arbitraje. El texto no especifica si o en qué circunstancias un tribunal puede elegir confirmar dicho laudo. El artículo V(1)(e) de la Convención de Panamá, que gobierna la ejecución del laudo en el caso *Commisa*, señala:

“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución... [q]ue la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia”.⁴¹

El S.D.N.Y. interpretó el lenguaje permisivo del artículo V(1)(e) [“se podrá denegar”] en el sentido que le otorgaba discreción para confirmar un laudo arbitral que había sido debidamente anulado por un tribunal extranjero cuando la decisión subyacente es “repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en los Estados Unidos”⁴². Al ejercitar su discreción, la S.D.N.Y. en el caso *Commisa* se apartó de la amplia mayoría de las Cortes estadounidenses que han revisado solicitudes bajo las convenciones de Nueva York o Panamá para

39 Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, 962 F. Supp. 2d 642 (S.D.N.Y. 2013) [en lo sucesivo COMMISA]. PEP apeló esta decisión ante la Segunda Corte de Apelaciones de Circuito. Hasta que el Segundo Circuito decida esta apelación en lo que queda de este año, la decisión del S.D.N.Y. en COMMISA permanece como el derecho válido dentro del Circuito.

40 COMMISA, 962 F. Supp. 2d p. 661.

41 En inglés, el texto relevante dice “*The recognition and execution of the decision may be refused.*” Ver Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 5, para. 1(e), 13 de enero de 1975, 1438 U.N.T.S. 245; O.A.S.T.S. No. 42; 14 I.L.M. 336.

42 COMMISA, 962 F.Supp. 2d p. 657 (citando *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 939 (D.C. Cir. 2007)).

rechazar la ejecución de laudos arbitrales que han sido debidamente anulados.⁴³ Bien sea debido a un entendimiento de que las Cortes carecen de discreción para confirmar un laudo anulado del tipo contemplado en el artículo V(1)(e) de las convenciones de Nueva York o Panamá, o debido a que los hechos del caso particular no meritaban confirmación, la mayoría de las Cortes han invocado el principio de cortesía internacional (*international comity*) y defirieron a las decisiones de anulación dictadas por tribunales extranjeros⁴⁴.

Para determinar si la decisión de anulación de la Corte mexicana se conformó a las nociones “básicas” o “fundamentales” de justicia, el S.D.N.Y. revisó el proceso legal que resultó en la anulación del laudo, enfocándose principalmente en dos puntos: (i) si la Corte mexicana aplicó retroactivamente leyes para llegar a su decisión; y (ii) el efecto de la decisión de anulación en *Commisa*. Tanto PEP como *Commisa* entregaron a la S.D.N.Y. resúmenes de los procedimientos legales mexicanos apoyados por prueba documental y peritos legales mexicanos.⁴⁵ En su decisión, el juez distrital insistió que él no estaba “ni decidiendo, ni revisando el Derecho mexicano”.⁴⁶ Por el contrario, él basó su decisión “no sobre la base del mérito sustantivo de una ley mexicana específica, sino en su aplicación a eventos que ocurrieron antes de la adopción de dicha ley”.⁴⁷

1. La decisión mexicana de anulación se basó en la aplicación retroactiva del artículo 98°

La ley que recibió el mayor nivel de estudio por parte del juez distrital, y cuya supuesta aplicación demostró ser el punto más irritante para dicho juez, fue el artículo 98° de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, del 2009,⁴⁸ que no estaba en vigor al momento en que las partes suscribieron su contrato⁴⁹. La Corte mexicana hizo una referencia extensa a esta ley en

43 Ver, e.g., *Baker Marine, Ltd. v. Chevron, Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999); *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 936 (D.C. Cir. 2007).

44 Debe mencionarse que el artículo V(1)(e) únicamente cubre acciones de anulación emitidas por una autoridad “competente”, usualmente una corte de jurisdicción apropiada ubicada en la sede del arbitraje. Las cortes estadounidenses normalmente no prestan deferencia a decisiones de anulación emitidas por cortes que carecen de jurisdicción en un asunto determinado.

45 El juez sostuvo una audiencia de tres días en la cual escuchó el testimonio ofrecido por el Dr. Claus Werner von Wobeser Hoepfner en representación de *COMMISA* y de Roberto Hernández-García a nombre de PEP.

46 *COMMISA*, 962 F.Supp. 2d p. 661.

47 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p.661

48 Esta ley establece que las disputas relativas a rescisiones administrativas no son arbitrables. Ver la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas art. 98, Diario Oficial de la Federación [DO], 28 de mayo de 2009 (Méx.), disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo29.pdf

49 Las partes contrataron en 1997 y 2003. Ver *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 644-45.

su decisión de anulación, aun cuando sostuvo que estaba utilizando el artículo 98° únicamente como un “principio guía”.⁵⁰ La S.D.N.Y. no quedó satisfecha con esta explicación y concluyó que la Ley del 2009 tuvo un rol esencial para la decisión de la Corte mexicana.

Además del artículo 98°, la Corte mexicana sostuvo que se basó en una decisión de la Suprema Corte mexicana del año 1994, en la cual dicha Corte estableció que las rescisiones administrativas constituían actos de autoridad.⁵¹ Sin embargo, debido a que la decisión de 1994 no mencionó el arbitraje, la S.D.N.Y. sostuvo que dicha decisión era insuficiente para poner a *Commisa* en aviso de temas que afectaban la ejecución de su acuerdo de arbitraje.⁵² Lo que la S.D.N.Y. omite señalar es que la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa fue provocada por el juicio paralelo de *Commisa* que culminó con la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, que declaró constitucional la rescisión administrativa como acto de autoridad unilateral sujeto a la competencia exclusiva de los tribunales administrativos, lo que a su vez causó la excepción de la arbitrabilidad de la terminación y rescisión administrativa en las reformas de 2009 antes mencionadas.

Ante la inexistencia, de acuerdo con la S.D.N.Y., de ninguna ley que pusiera a *Commisa* en aviso de que sus reclamos no eran arbitrables, la S.D.N.Y. concluyó que *Commisa* sufrió un perjuicio injusto cuando por primera vez tomó conocimiento varios años luego de iniciados los procedimientos de arbitraje, de que el litigio judicial era el único medio disponible para perseguir sus reclamos.⁵³ La Corte sostuvo que cuando *Commisa* comenzó sus procedimientos arbitrales en el 2004, tuvo una expectativa razonable de que sus disputas con PEP serían arbitrables.⁵⁴ *Commisa* había demostrado que sus contratos con PEP, así como la Ley Orgánica de PEP, que regula las operaciones de PEP como la instrumentalidad mexicana, y las normas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) contemplaban la posibilidad de arbitraje. La S.D.N.Y. decidió que se trataba de una violación flagrante del orden público estadounidense y una ofensa inherente a los principios universales de justicia el hecho de que la Corte mexicana fundamentó su decisión en la aplicación retroactiva de una ley para

50 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 650.

51 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 650, 658-59.

52 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 659, 661.

53 La Corte también sostuvo que PEP había esperado indebidamente hasta octubre de 2007 para alegar que el acuerdo de arbitraje era inválido por razones de orden público, y de hecho, careció de fundamento legal en estas argumentaciones hasta el 2009, fecha en que el artículo 98° fue promulgado. Ver *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 647, 658.

54 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 661.

dejar sin efecto un laudo emitido a favor de una entidad privada, en este caso para beneficiar una entidad gubernamental.⁵⁵ Lo que omite considerar S.D.N.Y. es que al solicitar *Commisa* que la rescisión administrativa se considerara como acto de *iure imperii* el 23 de diciembre de 2004, era previsible que se volviera inarbitrable la misma por el riesgo sistémico del contrato administrativo arriba mencionado.

2. *Una aceptación de la decisión de anulación mexicana no dejaría ningún recurso a Commisa*

El segundo tema que la S.D.N.Y. exploró en su opinión fue el significado y efecto de la anulación mexicana sobre *Commisa*. En el intervalo entre el comienzo de los procedimientos arbitrales y la anulación del laudo por la Corte mexicana, tuvieron lugar eventos significativos y radicales en el Derecho mexicano relativos a la regulación de las rescisiones administrativas. El artículo 14 (VII) de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de 2007⁵⁶, otorgó jurisdicción al Tribunal Fiscal y Administrativo para decidir casos que involucraran obras públicas y entidades mexicanas estatales⁵⁷. Igualmente, en el 2010, la Suprema Corte mexicana sostuvo que el Tribunal Fiscal y Administrativo poseía jurisdicción exclusiva para decidir disputas que surgieran de rescisiones administrativas. En esencia, estas reformas, aplicadas retroactivamente, limitaron a *Commisa* a un tribunal exclusivamente para litigar sus reclamos surgidos de la rescisión administrativa de PEP.

Luego de la anulación del laudo, *Commisa* dedujo sus reclamos ante el Tribunal Fiscal y Administrativo. En el 2012, dicho tribunal rechazó todos los reclamos de *Commisa*, estableciendo que el plazo de prescripción de diez años aplicable al incumplimiento de reclamos contractuales ante los tribunales mexicanos era inaplicable por cuanto el Tribunal Fiscal y Administrativo poseía un plazo de prescripción de cuarenta y cinco días⁵⁸. Además, el tribunal argumentó que los reclamos de *Commisa* estaban prohibidos debido a la *res judicata*, ya que dos tribunales habían decidido con anterioridad que las rescisiones administrativas

55 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 659.

56 Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa art. 14(VII), Diario Oficial de la Federación [DO], 3 de junio de 2011 (Méx.), disponible en: www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/f74e29b1-4965-4454-b31a-9575a302e5dd/ley_organica_trib_fed_just_fis_admva.htm

57 Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administración art. 14 (VII); *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 647-48.

58 Según la Corte, el plazo de prescripción de 45 días había largamente expirado, por cuanto comenzó a correr cuando PEP decretó su rescisión administrativa el 14 de diciembre del 2006.

fueron legales, y que PEP había emitido su rescisión de manera apropiada. Tales decisiones se refirieron a la constitucionalidad de las rescisiones administrativas en general, a la oportunidad de la rescisión de PEP, y a si PEP había cumplido con las leyes aplicables a la rescisión administrativa; las decisiones no analizaron los méritos de los reclamos de *Commisa* en contra de PEP.⁵⁹ Agravando la situación, una de las decisiones determinó que como la rescisión de PEP fue decretada dentro del plazo y conforme a la ley, *Commisa* debía pagar daños a PEP⁶⁰.

Basado en tales circunstancias, el Juez Hellerstein de S.D.N.Y. concluyó que el rechazo de la ejecución del laudo dejaría efectivamente a *Commisa* sin un remedio legal.⁶¹ Uno de los peritos de PEP argumentó que *Commisa* tenía un remedio ante los tribunales mexicanos por cuanto podía reclamar en contra de la decisión de la Corte Administrativa que rechazó sus reclamos.⁶² Este testimonio no convenció a la S.D.N.Y., en particular, por cuanto cualquier decisión que forzara a *Commisa* a continuar agresivamente sus litigios en México agregaría una “demora indebida y no razonable a un caso que ha demorado [ya] más de diez años”.⁶³

3. *Precedentes legales permiten la confirmación de los laudos anulados en circunstancias limitadas*

Mientras esta no es la primera vez que las Cortes estadounidenses han debido enfrentarse con una solicitud para confirmar un laudo que ha sido anulado en el sitio del arbitraje, la decisión de la S.D.N.Y. en el caso *Commisa* representa solo la segunda oportunidad en que una Corte ha aprobado dicha solicitud. Esta no es una estadística sorprendente. La mayoría de los autores están de acuerdo en que los tribunales extranjeros no deberían confirmar laudos arbitrales que

59 El contrato permitía a PEP rescindir administrativamente el contrato bajo circunstancias específicas. Debido a que las cortes únicamente deciden sobre los puntos de oportunidad y cumplimiento con la legislación sobre rescisión administrativa, *COMMISA* no pudo argumentar que PEP carecía de derecho a decretar la rescisión conforme al contrato.

60 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 660.

61 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 644, 659.

62 El experto señaló que el hecho que el Tribunal Administrativo se apoyara en el artículo 14 (VII) de 2007 fue equivocado por cuanto dicho artículo estaba orientado hacia el futuro y la Constitución mexicana prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes. *Id.* p. 660 n.24.

63 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d 660 n.24

han sido anulados por una autoridad competente,⁶⁴ y las Cortes estadounidenses están generalmente de acuerdo.⁶⁵

Una excepción bien conocida es la del caso *Chromalloy Aeroservices*,⁶⁶ ya revisada anteriormente en este artículo. La decisión *Chromalloy* ha sido objeto de fuertes críticas por cuanto la Corte del Distrito de Columbia citó el artículo VII de la Convención de Nueva York para justificar la validez de la decisión de un tribunal extranjero que anuló un laudo arbitral, basada en los estándares para anular laudos domésticos bajo la FAA⁶⁷. En ampliamente aceptado en todos los sistemas legales que un laudo arbitral puede ser anulado únicamente por un tribunal competente basado en el sitio del arbitraje⁶⁸. Solo el derecho sustantivo del sitio del arbitraje debería ser aplicado para determinar si un laudo debería ser anulado. Sin reconocerlo, la Corte en el caso *Chromalloy* desconoció este principio. El tribunal egipcio dejó sin efecto el laudo como inapropiado basado en la aplicación errónea del Derecho egipcio por parte del tribunal arbitral⁶⁹. Sin embargo, debido a que bajo la FAA el error o una aplicación errónea de la ley son bases insuficientes para rechazar la ejecución de un laudo doméstico, la Corte del Distrito de Columbia sostuvo que el laudo egipcio era válido y que la decisión de anulación del tribunal extranjero no tenía derecho a gozar de efecto *res judicata* en los Estados Unidos⁷⁰.

Como también se indicó anteriormente en este artículo, la Corte en el caso *Chromalloy* justificó igualmente su rechazo a otorgar deferencia al tribunal egipcio basada en fuertes consideraciones de orden público estadounidense a favor de un arbitraje final y obligatorio⁷¹. Debido a que la cláusula arbitral contractual

64 Albert Jan van den Berg, 'When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958?', (1985) 6 *PACE L. REV.* 25, p. 41-42; W. Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair* (1992) p. 115-16 (1992); ver también Gary Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, (2011) p. 1118-23 (mencionando la legislación aplicable).

65 Ver, e.g., *Termorio*, 487 F.3d p. 936 ("[U]n laudo arbitral no existe para ser ejecutado en otros Estados Contratantes si ha sido legítimamente 'dejado sin efecto' por la autoridad competente en el Estado en que el laudo fue hecho").

66 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996) [en lo sucesivo *Chromalloy*].

67 El Juez Green de D.D.C. explicó que, además de evaluar un laudo arbitral extranjero conforme al artículo V de la Convención de Nueva York, el artículo VII de la Convención requiere que una corte considere los reclamos de las partes que solicitan la ejecución bajo el derecho interno aplicable. El artículo VII de la Convención establece que una parte interesada puede valerse de todos los derechos "que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque". En consecuencia, la D.D.C. evaluó el laudo bajo el Capítulo 1 de la FAA, que trata de los laudos arbitrales domésticos, además del Capítulo 2 de la FAA, que gobierna los laudos extranjeros. *Id.* pp. 909-10.

68 *COMMISA*, 939 F. Supp. p. 643.

69 La Corte de Apelaciones egipcia encontró que era inapropiado que el tribunal aplicó el derecho civil en lugar del derecho administrativo.

70 *Chromalloy*, 939 F. Supp. p. 911.

71 *Chromalloy*, 939 F. Supp. p. 913.

contemplaba que todos los laudos arbitrales serían finales, obligatorios, e inapelables, la Corte del Distrito de Columbia sostuvo que los tribunales egipcios carecían de jurisdicción sobre el caso⁷².

A pesar del estándar discrecional establecido en *Chromalloy*, decisiones posteriores han traído resultados diversos. En *Baker Marine, Ltd. v. Chevron, Ltd.*⁷³, el Segundo Circuito no siguió la decisión *Chromalloy*, pero se contuvo de desacreditar el razonamiento de la Corte del Distrito de Columbia en el caso⁷⁴.

De manera similar, en el caso *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, la Corte del Distrito de Columbia decidió no ejecutar la anulación del laudo arbitral bajo la Convención de Panamá basada en que no existía ningún antecedente en el expediente que indicara que los procedimientos de anulación colombianos estuvieran “contaminados o que la decisión de esa Corte no fuera auténtica”⁷⁵. La Corte igualmente indicó que en ausencia de circunstancias extraordinarias, las Cortes distritales no deberían ejercer el estándar discrecional de *Chromalloy* con respecto a la anulación de un laudo por una autoridad competente extranjera⁷⁶.

En definitiva, al interpretar *Chromalloy*, *Baker Marine* y *Termorio*, el Juez Hellerstein en *Commisa* estableció que una Corte puede confirmar un laudo arbitral cuando la anulación dispuesta por un tribunal extranjero contradice el orden público estadounidense.

A menos que el Segundo Circuito revierta la decisión del Juez Hellerstein, el caso *Commisa* permanecerá como un caso prominente que delinea los tipos de circunstancias que justifican la ejecución de laudos anulados. Basados en el caso *Commisa*, podemos inferir que incluso luego de haber sido anulado por la autoridad competente en el Estado primario, un laudo arbitral extranjero puede ser ejecutado ante el S.D.N.Y. cuando:

72 La única postura fáctica de *Chromalloy* puede explicar su estatus como un Llanero Solitario. Por ejemplo, en *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999), el Distrito Sur de Nueva York reconoció una sentencia emitida por la corte italiana de mayor rango, esto es, la Corte Suprema de Casación italiana, que dejó sin efecto un laudo arbitral emitido a favor de un ciudadano estadounidense en contra de una compañía italiana, razonando la “circunstancia decisiva” sosteniendo la decisión del caso *Chromalloy* fue que “el repudio hecho por Egipto de su promesa contractual de no apelar un laudo arbitral”. *Id.* p. 287 (citando a *Baker Marine*, 191 F.3d p. 197 n.3). Destacando la ausencia de un lenguaje similar en el contrato de *Spier*, la Corte concluyó que no existió “una razón adecuada para rechazar el reconocimiento de las sentencias de tribunales italianos”. *Id.* p. 288.

73 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

74 En *Baker Marine*, el juez Leval del S.D.N.Y se enfocó en distinguir los hechos de *Chromalloy*, notando que el solicitante no argumentó que la Corte nigeriana actuó de manera contraria al derecho nigeriano al anular el laudo, y que el contrato no estableció que los laudos eran inapelables.

75 *Termorio*, 487 F.3d p. 930.

76 *Ver id.* at 938. Juez Edwards igualmente de manera implícita criticó *Chromalloy* cuando comentó que la Convención de Nueva York no permite a las cortes “re-pensar de manera rutinaria el juicio de un tribunal en un Estado primario, cuando un tribunal en el Estado primario ha actuado legítimamente en conformidad a la ‘autoridad con jurisdicción’ para ‘dejar sin efecto’ un laudo arbitral hecho en su país”. *Id.* p. 937.

- i) la anulación se basa principalmente en leyes que no se encontraban en vigor al tiempo en que las partes celebraron el contrato, o sobre precedentes que no se refieren específicamente al arbitraje;
- ii) la parte solicitante no recibe un aviso justo de que sus disputas no son arbitrables; y
- iii) rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo sería contrario a las nociones fundamentales de justicia en los Estados Unidos, y dejaría a una parte privada sin la posibilidad de litigar sus reclamos.

El caso *Commisa* demuestra que las Cortes estadounidenses pueden priorizar los intereses del público estadounidense sobre el principio de cortesía internacional, y pueden revisar una decisión de anulación emitida por una Corte extranjera a fin de determinar si viola nociones fundamentales de justicia y trato justo. Conforme a sus críticos, los casos *Chromalloy* y *Commisa* permiten el reestudio de sentencias extranjeras, lo que altamente probable que genere fricciones entre Estados extranjeros⁷⁷. Los críticos sostienen que los tribunales extranjeros probablemente recíprocarán al entrar a evaluar los méritos de las decisiones de anulación emitidas por las Cortes estadounidenses aplicando el Derecho estadounidense, e intentarán ejecutar laudos estadounidenses anulados en los Estados Unidos.⁷⁸

C) Otra apelación

El 15 de octubre de 2013, PEP presentó una apelación ante el Segundo Circuito. PEP ha argumentado, entre otras cosas, que la discusión efectuada por el S.D.N.Y. de los méritos de la decisión de anulación de la Corte mexicana contraviene precedentes judiciales que indican que dicha Corte no puede revisar el análisis del Derecho mexicano hecho por una Corte mexicana, incluso si lo pudiera efectuar de una manera acuciosa⁷⁹. En su réplica, *Commisa* argumenta que la revisión judicial efectuada por el Juez Hellerstein estuvo “limitada a determinar el signi-

77 Ver Francisco González de Cossío, ‘Ejecución de laudos anulados: Hacia un estándar analítico uniforme’, Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, 14 (Abr. 2014), disponible en [http://www.caic.com.mx/boletines/EJECUCION%20DE%20LAUDOS%20ANULADOS%20-%20%20HACIA%20UN%20ESTANDAR%20ANALITICO%20UNIFORME%20\(v3\).pdf](http://www.caic.com.mx/boletines/EJECUCION%20DE%20LAUDOS%20ANULADOS%20-%20%20HACIA%20UN%20ESTANDAR%20ANALITICO%20UNIFORME%20(v3).pdf)

78 Ver *id.* pp. 14-15.

79 Ver Brief for Respondent-Appellant p. 18, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, No. 13-4022 (2d Cir. Jan. 28, 2014). PEP también ha argumentado que el Juez Hellerstein no debió haber confiado en *Chromalloy*, pues no era un precedente autoritativo en el Segundo Circuito, y ha sido rechazado por las cortes de otros circuitos.

ficado y efecto de la decisión [mexicana de anulación]⁸⁰, y que encuentra apoyo en precedentes judiciales que reconocen que una Corte “debería dudar si prestar deferencia a una sentencia que está en conflicto con las nociones fundamentales de justicia”⁸¹. La Corte escuchará argumentos de las partes en agosto de 2014⁸².

Otra apelación ha sido también presentada en contra de la decisión de otro juez distrital del S.D.N.Y. en el caso *Thai-Lao Lignite Co., Ltd. v. Government of Lao People’s Democratic Republic*⁸³, que rechazó ejecutar un laudo arbitral que había sido anulado en la sede del arbitraje. En dicho caso, un reclamante tailandés buscó ejecutar un laudo arbitral emitido en Malasia. Luego que el S.D.N.Y. confirmó el laudo y que los procedimientos de ejecución estaban en marcha, una Corte competente en Malasia anuló el laudo. Pronunciándose sobre una solicitud de reconsideración, el Juez Wood del S.D.N.Y. dejó sin efecto su decisión previa y rechazó ejecutar el laudo. El Segundo Circuito decidirá ambas apelaciones durante este período judicial de sesiones. La decisión será de gran interés para compañías que operan internacionalmente (y para sus abogados) que arbitran en contra de negocios e individuos que mantienen propiedad en Nueva York.

V. Conclusión

Como lo demuestra el caso *Commisa* la persecución de un juicio paralelo a un arbitraje para lograr la anulación de una rescisión administrativa en un juicio administrativo o constitucional puede tener consecuencias fatales a la arbitrabilidad de la misma y de todas sus consecuencias. Al convertir en juicio administrativo o constitucional el acto de *iure gestionis* de la rescisión administrativa a un verdadero acto de autoridad de *iure imperii* se le resta la arbitrabilidad *ratione materiae*. La decisión de la S.D.N.Y. ignora que el problema de la inarbitrabilidad fue de cierta manera auto-provocado y se deriva del riesgo sistémico de la figura del contrato administrativo derivado del Derecho francés y aplicado en México y otros países latinoamericanos.

Mientras que *Commisa* ciertamente fue privada del arbitraje de manera injustificada, el peligro de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa fue

80 Brief for Respondent-Appellant pp. 54-55.

81 Brief for Appellee at 41, *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, No. 13-4022 (2d Cir. Abr. 11, 2014) (citando *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 656, 657).

82 *Corporación Mexicana de Mantenimiento. v. Pemex-Exploración y Producción*, Docket No. 13-04022 (2d Cir. Oct. 16, 2013), Expediente de la Corte.

83 10-CV-5256 KMW DCF, 2014 WL 476239 (S.D.N.Y. Feb. 6, 2014).

latente y previsible al iniciarse el juicio paralelo. Lamentablemente, la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de México rendida a causa del amparo interpuesto por *Commisa* ha causado un daño considerable al sistema arbitral mexicano cuya única solución parece el abandono por el legislador del sistema del contrato administrativo en proyectos de infraestructura.

La decisión de la S.D.N.Y. para confirmar el laudo anulado se encuentra actualmente bajo apelación en Nueva York. Si el tribunal arbitral confirma la decisión de la Corte inferior, el laudo tendrá una larga vida en los E.U.A. con *Pemex* tratando de evitar los esfuerzos de *Commisa* de ejecutar el laudo.