



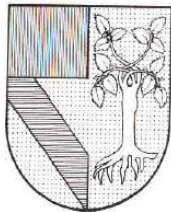
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

JUAN RAFAEL AMADOR ESPINOSA

**ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE OBRA
PÚBLICA**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco, Noviembre de 2013



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. JUAN RAFAEL AMADOR ESPINOSA

Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA”**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



DR. EDUARDO ISAIAS RIVERA RODRÍGUEZ



GOMEZARNAIZ
A B O G A D O S

11 de septiembre de 2013

Mtro. Gustavo Gómez Domínguez
Secretario Académico de la Facultad de Derecho
Universidad Panamericana
Campus Guadalajara
PRESENTE

Estimado Maestro Gómez,

Por este medio me permito comunicar a Usted que, en mi calidad de Asesor de Tesis, he revisado cuidadosamente el documento titulado "ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.", que como trabajo de recepción profesional presenta el pasante en derecho Juan Rafael Amador Espinosa, la cual en mi concepto y en los términos establecidos por la Institución, reúne los requisitos de un trabajo de carácter recepcional.

Por este motivo otorgo a la tesis antes referida mi VOTO APROBATORIO y en consecuencia le solicito atentamente se dé inicio al procedimiento de revisión correspondiente.

Sin otro particular me despido poniéndome como siempre a sus apreciables órdenes.

Atentamente,


MAESTRO RUBÉN DARÍO GÓMEZ ARNAIZ

A mi madre por sus esfuerzos y apoyo incondicionales.

A mi hermana, Abuelo y Mamábu por creer en mí.

A mi familia, los quiero a todos.

A los Licenciados Rubén Darío Gómez Arnaiz, Alejandro Ripoll González y Alejandro Achirica Ponce por sus valiosos consejos, apoyo y guía durante la carrera y en especial durante la preparación del presente trabajo de tesis.

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS.....	6
PRESENTACIÓN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	10
1. CONCEPTOS BÁSICOS.....	13
1.1. Delimitación del tema.....	14
1.2. Medios Alternativos de Solución de Controversias.....	15
1.2.1. Clasificación.....	17
2. ANTECEDENTES DE ARBITRAJE EN LEYES ADMINISTRATIVAS.....	19
3. ARBITRAJE COMERCIAL.....	25
3.1. Antecedentes.....	25
3.1.1. La Convención de Nueva York.....	27
3.1.2. La Ley Modelo de la CNUDMI.....	29
3.2. Naturaleza Jurídica.....	31
3.2.1. Teoría Contractual.....	32
3.2.2. Teoría Jurisdiccional.....	34
3.2.3. Teoría Mixta.....	34
3.2.4. Teoría Autónoma.....	35
3.3. Definición.....	36
3.4. Acuerdo Arbitral.....	38
3.4.1. Requisitos de Existencia.....	39
3.4.1.1. Consentimiento.....	39
3.4.1.2. Objeto.....	42
3.4.2. Requisitos de Validez.....	42
3.4.2.1. Capacidad.....	43
3.4.2.2. Ausencia de Vicios del Consentimiento.....	45
3.4.2.3. Forma.....	46
3.4.2.4. Causa u Objeto.....	48
3.4.3. Principios que rigen al acuerdo arbitral.....	49
3.4.3.1. Principio de Autonomía.....	49
3.4.3.2. Principio Pro-arbitraje.....	54
3.4.3.3. Principio de Interpretación Estricta.....	54
3.5. Arbitrabilidad.....	55
3.5.1. Arbitrabilidad Objetiva.....	57
3.5.2. Arbitrabilidad Subjetiva.....	60
3.6. Ventajas del Arbitraje.....	61
4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	66
4.1. Personalidad del Estado.....	66
4.2. Contratos con la Administración Pública.....	67

4.2.1. Principios de los Contratos Administrativos.....	71
4.2.2. Contrato de Obra Pública.....	77
4.2.2.1. Elementos Esenciales.....	80
4.3. Acto de Autoridad.....	81
5. CONVENENCIA DE ARBITRAR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS...	92
5.1. No existe una jurisdicción exclusiva.....	94
5.2. No se afecta el régimen exorbitante.....	98
5.3. Los contratos administrativos son transigibles.....	100
5.4. Otras leyes lo prevén.....	103
5.5. TLCAN.....	111
5.6. Caso COMMISA y tendencia.....	113
CONCLUSIÓN.....	118
PROPUESTAS.....	120
BIBLIOGRAFÍA.....	122

TABLA DE ABREVIATURAS

§ / §§	Sección / Secciones
Apud	Citado por
CAM	Centro de Arbitraje de México
CANACO	Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México
CCI (ICC)	Cámara de Comercio Internacional con sede en París (<i>Chambre du Commerce International – International Chamber of Commerce</i>)
Cfr.	Con referencia a
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Ibídem / Ibíd.	Igual al anterior
LAASSP	Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público
LAPP	Ley de Asociaciones Público-Privadas
LOPS	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas
MASC	Medios Alternativos de Solución de Controversias
Op. Cit.	Obra Citada
p. / pp.	Página / Páginas
RAE	Real Academia Española
RLAASSP	Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público
RLAPP	Reglamento de la Ley de Asociaciones Público-Privadas
RLOPS	Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas
s. / ss.	Siguiete / Siguietes
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
TLCAN	Tratado de Libre Comercio con América del Norte

PRESENTACIÓN

“El Arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia”¹

El tema de mi tesis surgió gracias a la oportunidad que tuve de representar a la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara (UP), en el IX Concurso Interuniversitario de Arbitraje Comercial Internacional, organizado por el Centro de Arbitraje de México (CAM) en el año 2009.

El caso hipotético que en esa ocasión se planteó al equipo representativo de la UP, fue relacionado con un Contrato Proyecto de Prestación de Servicios (PPS) cuyo objeto era la construcción y administración de un hospital del sector público, entre una Empresa Privada y el Ministerio de Salud de Urania, un país ficticio con las mismas leyes que los Estados Unidos Mexicanos (México). Al respecto es indispensable señalar que en mi opinión el Contrato PPS es el antecedente de lo que hoy regula la Ley de Asociaciones Público-Privadas (LAPP) y su Reglamento (RLAPP).

La controversia sustentada en el caso hipotético, derivaba de un supuesto incumplimiento de la empresa privada que motivó la rescisión administrativa del Contrato PPS.

En el Contrato PPS, se había acordado una cláusula compromisoria², antes de las reformas a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la

¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2008, p. 2.

² El término cláusula compromisoria deriva del francés *clause compromissoire* que se utilizaba para referir a la obligación contractual que tienen las partes para acudir a Arbitraje en caso de que surja alguna controversia entre ellas, derivada o con motivo de ese contrato. El término se utilizaba en

Ley de Arrendamientos, Adquisiciones y Servicios del Sector Público, publicadas el 28 de mayo de 2009 en el Diario Oficial de la Federación³ y otra cláusula compromisoria posterior a dichas reformas.

Entre otras cuestiones a resolver era si la controversia referida en el párrafo anterior era o no arbitrable. El “por qué no” es fácil, todo estaba en contra de la arbitrabilidad de los contratos con el estado⁴. Sin embargo, el “por qué si” fue toda una aventura. En esa ocasión concluimos, con base en una tesis aislada⁵, que la voluntad del legislador no era negar la arbitrabilidad de la rescisión administrativa o de la

contraste al “acuerdo de arbitraje” que es el que pacta una vez surgida la controversia. Actualmente esta diferenciación se considera irrelevante, por considerarlos como sinónimos.

³ Cfr. § 3.

⁴ Ver *Infra* §2.

⁵ PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RUBRO: ARBITRAJE COMERCIAL. ASPECTOS RELEVANTES Y PRINCIPIOS QUE RIGEN EL TÍTULO CUARTO DEL LIBRO QUINTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO. El arbitraje comercial regulado en el Código de Comercio, en su parte final, fue reformado e introducido con sus características actuales mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993, y según se asentó en la iniciativa presidencial que representa su exposición de motivos, prácticamente adopta, casi en su integridad, la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por sus siglas CNUDMI y como UNCITRAL por sus siglas en inglés), instrumento creado para regular cualquier arbitraje comercial, sea nacional o internacional, público o privado. En materia civil, el arbitraje -y principalmente el privado- se regula en cada legislación estatal, dado que el ámbito competencial de las legislaciones procesales que las contienen es de carácter local, lo que trae como resultado que en el derecho civil de aplicación ordinaria el estatuto del arbitraje sea distinto en cada estado; pero para evitar esa problemática de dispersión, en materia mercantil o comercial -que es de competencia legislativa federal, conforme a la fracción X del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos- se estableció un estatuto único en el Código de Comercio respondiendo con ello a la unicidad que caracteriza a la materia federal y que se exige por el ámbito de aplicación espacial de las leyes mercantiles, las cuales rigen en todo el territorio nacional. Los más importantes principios generales de este apartado normativo son la prevalencia de la voluntad de las partes sobre la norma y el de intervención judicial excepcional, que consisten en concebirlo como una regulación supletoria a falta de pacto en contrario, pues en materia de procedimientos arbitrales nacionales o internacionales, públicos o privados, el acuerdo entre las partes prevalecerá sobre la regulación establecida en la ley (artículos 1415, 1416, fracción III, 1417, fracción II, y 1418 de dicho Código). Sin embargo, cuando durante el procedimiento arbitral, por acuerdo o por disposición legal, sea necesaria la intervención de la autoridad judicial estatal, federal o local, según el caso, su intervención se regirá por las reglas establecidas en la ley (artículos 1418, fracción II, y 1422 del propio ordenamiento); asimismo, la normatividad relativa también cobrará aplicación cuando las partes en disenso acuerden que dicha norma sea utilizada por un tribunal arbitral, sea éste cualquier persona (física o moral, árbitro o árbitros) o institución, sea permanente o no (artículos 1416, fracciones II y V, 1417, fracción I, y 1426 del aludido Código), o incluso pública o privada. Tesis Aislada No. 1a.CLXX/2009

terminación anticipada de los contratos⁶, sino que el espíritu de la norma es que no era necesario que el Estado acudiera a un procedimiento arbitral para rescindir administrativamente o terminar anticipadamente los contratos administrativos.

Era un buen argumento para esa ocasión, y así lo sostuvimos hasta la audiencia final. Sin embargo, basar el argumento en una tesis aislada no es sólido y después de varias conversaciones con renombrados abogados, entendí que por otras circunstancias⁷, el legislador expresamente había prohibido arbitrar la terminación anticipada y la rescisión administrativa de los contratos de obra pública.

Hoy, después de tres años de ese concurso, en el desarrollo del presente trabajo de tesis me encuentro motivado por encontrar el argumento “sólido” que abra las puertas del procedimiento arbitral a todas las controversias derivadas o con relación a los contratos celebrados con el estado, particularmente en los contratos de obra pública, en caso de que el mismo exista, o en su defecto dilucidar si es posible utilizar el procedimiento arbitral en este tipo de controversias.

⁶ Artículo 98 Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPS) y 80 de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP).

⁷ Cfr. GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje y Contratación Gubernamental*, artículo consultado el 18/03/2013 http://www.caic.com.mx/boletines/ARBITRAJE_Y_CONTRATACION_GUBERNAMENTAL.pdf

INTRODUCCIÓN

En los tiempos en lo que vivimos, el avance de la ciencia y tecnología es cada vez mayor y más veloz, las limitaciones a la comunicación cada vez se ven más tenues, y por consecuencia la facilidad de realizar negocios es cada vez mayor.

La economía presenta grandes retos y mantener las relaciones comerciales es muy apreciado y valorado por los empresarios. La oferta que realiza el arbitraje a sus usuarios es una solución pacífica, eficaz, rápida y especializada a sus conflictos.

Hoy en día, conscientes de lo que representa el atractivo para la inversión de recursos de nacionales y extranjeros en nuestro país, el legislador busca dar una seguridad jurídica mayor a los inversionistas y sus inversiones. Lastimosamente no se ha llegado a concretar por completo, pero es indudable que el camino ha comenzado a andarse.

El arbitraje en los contratos administrativos de obra pública representa un atractivo a los inversionistas nacionales y extranjeros, como lo planteo en el presente trabajo de investigación, toda vez que supone que en la solución de conflictos en esta materia el estado ya no será juez y parte, como hasta ahora.

Si bien es cierto, que en virtud del principio de división de poderes no puede considerarse como un mismo ente jurídico al poder ejecutivo y al poder judicial, resulta también innegable el hecho de que el estado es quien decide sobre los conflictos.

Sobre esta realidad, resulta el planteamiento del problema del presente trabajo de investigación, así como resulta del interés de todos que los la resolución de conflictos dé certeza y seguridad jurídica a todos los involucrados, toda vez un contrato administrativo como unidad, contiene exactamente la misma cantidad de interés público en unas cláusulas como en otras, por lo que la justificación de que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos (cláusulas exorbitantes) no sean arbitrables y todo el contenido fuera de estas sí, carece de sentido y de razón de ser.

Con el fin de resolver el problema planteado, mediante los métodos de investigación deductivo y de análisis trataré los objetivos de este trabajo que son:

- I. Conocer si la administración pública puede acudir al arbitraje o no.
- II. Conocer si existe compatibilidad entre las cláusulas compromisorias y los contratos administrativos de obra pública.
- III. Conocer la naturaleza jurídica de las figuras denominadas “rescisión administrativa y terminación anticipada” y saber si son arbitrables.
- IV. En su caso, proponer una reforma que permita, de facto y no solo de *iure*, comprometerse en árbitros en los contratos administrativos de obra pública.

Este orden es solo por consecuencia lógica. Estos temas no necesariamente siguen el mismo orden en su desarrollo, por cuestiones de claridad en la exposición. En este sentido mi hipótesis es que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública son arbitrables en condiciones ordinarias. Hoy en día, no son arbitrables, por una prohibición expresa. Por lo que trataré de analizar la conveniencia de mantener dicha prohibición o proponer que sea eliminada.

Hago un atento llamado al lector para que no confunda al arbitraje de inversión o bajo cláusulas paraguas con la fórmula de arbitraje aquí propuesta. El Arbitraje de Inversión es aquel que en “el Derecho Internacional de Inversiones consiste en un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión”⁸.

El arbitraje de inversión o bajo cláusulas paraguas debe entenderse al tipo de arbitraje que⁹:

1. Se funda en un tratado bilateral de inversión (BIT por sus siglas en inglés) y multilaterales.
2. El demandado siempre es un estado, en el que se han realizado las inversiones reclamadas.

En este tipo de arbitraje se protege el derecho internacional de las inversiones. Los elementos resultan necesariamente un estado que recibe directa o indirectamente la inversión y un inversionista que es nacional de un estado distinto.

⁸ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E., *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> consultado el 03 de febrero de 2013.

⁹ Para mayor información Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, 2009.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

Con el creciente aumento de los negocios internacionales y el gran número de tratados comerciales celebrados por México¹⁰, las empresas y los empresarios han aprovechado la oportunidad de intermediar con diferentes culturas, países y prácticas comerciales y como es normal existen riesgos y desacuerdos en la ejecución de los negocios, que necesitan ser resueltas de una manera confiable, eficaz e imparcial.

Las dudas y complejidades surgen entonces, no es lo mismo ejercer la defensa de un derecho en tu país, que hacerlo en algún país extraño, en una lengua que no se conoce, o bajo una serie de reglas y formas de pensar que nos son ajenas.

Así pues, desde hace tiempo en nuestro país, se ha hablado mucho de los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), especialmente desde el decreto de reforma publicado en el DOF el día 18 de junio de 2008 al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que les dio sede constitucional, y poco a poco han ido ganando terreno en cada una de las especializaciones del Derecho en nuestro país.

La reforma de 2008 calló muchas voces que luchaban en contra, sobre todo, del arbitraje, rompiendo el paradigma de que acudir a arbitraje era acudir a un tribunal “especial” para ser juzgado.

¹⁰ México cuenta con una red de 12 Tratados de Libre Comercio con 44 países (TLCs), 28 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIs) y 9 acuerdos de comercio (Acuerdos de Complementación Económica y Acuerdos de Alcance Parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos>. Consultado el 07/07/2013

1.1. Delimitación del tema

Existe en la mente de la mayoría de las personas no familiarizadas con el Arbitraje Comercial Internacional una confusión con el término, que el Árbitro Internacional Yves Derains, lo ejemplifica de forma clara al decir que: “Ocurre a menudo que en aeropuertos, los aduaneros o los oficiales de inmigración me pregunten, algo sospechosos, la razón de mis frecuentes viajes. La respuesta “soy un árbitro internacional” sucinta sin excepción una nueva pregunta: “¿en qué deporte?””¹¹.

Al ser este un trabajo de investigación especializado cuando hablamos de Arbitraje debemos entender “un método de resolución pacífica de controversias”¹² que se caracteriza por contar con los siguientes elementos¹³: (a) una controversia; (b) que será resuelta por un tercero, que es un particular; (c) que esa solución es final; y (d) debe ser vinculatoria, no sugestiva.

Por lo que no debe confundirse con el arbitraje de ninguna clase de encuentro deportivo, ni del arbitraje denominado deportivo, ni arbitraje de inversión, ni del arbitraje administrativo, que es como el estado mexicano denomina a los procedimientos administrativos ante ciertas dependencias, por ejemplo, ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), las juntas de conciliación y arbitraje en materia laboral, Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), entre otras.

¹¹ DERAIS, Yves, *Prefacio*, en la obra de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Árbitro*, Ed. Porrúa, México, 2008, p. IX.

¹² SIQUEIROS, José Luis, *Prólogo*, en la obra de, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.* p. XIII

¹³ *Cfr.* GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *Op. Cit.* pp. 19 y 20.

El objeto de estudio de este trabajo es exclusivamente, en materia de arbitraje, el Arbitraje Comercial, a partir de nuestra legislación. Específicamente enfocado a su uso en los contratos administrativos de obra pública.

1.2. Medios Alternativos de Solución de Controversias

En algunos países del mundo como en Estados Unidos o Argentina, se denomina a los MASC como procedimientos “ADR”, acrónimo de *Alternative Disputes Resolution*, lo que ha derivado en distintas traducciones y diferentes formas de llamarlos, por ejemplo, “SAC”, Solución Alternativa de Controversias, o “RAC”, Resolución Alternativa de Controversias, inclusive, algunos autores utilizan el acrónimo MASC para *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos* o *Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*, sin embargo no hace mayor diferencia el nombre por el que se les trate debido a que la esencia es la misma.

El Licenciado Estavillo Castro establece que los MASC son un “conjunto de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución”¹⁴.

Por otra parte el Doctor González de Cossío define a los MASC como “herramientas que con creciente frecuencia son utilizadas para solucionar diferencias

¹⁴ ESTAVILLO CASTRO, Fernando, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo V, M-P, 2ª. Edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 66. También visible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf>

de manera amistosa y sin la necesidad de tener que recurrir a medios adversariales, como el arbitraje y el litigio”¹⁵.

En opinión de los Licenciados Gorjón y Steele, los MASC “son técnicas aplicables a un caso concreto para encontrar la solución al conflicto o controversia”¹⁶. Complementando la idea el Doctor González de Cossío dice que “[s]i bien los MASC pueden ser útiles en diversas circunstancias, no todo problema es apto para encontrar una solución mediante los mismos”¹⁷.

Los MASC, son alternativos a “todo medio permitido por la ley distinto al juicio ante tribunales”¹⁸, personalmente concuerdo con la Licenciada Azar cuando menciona esto, aunque entiendo las razones de los autores González de Cossío y Estavillo, de dejar fuera al arbitraje por ser un medio adversarial, sin embargo considero que sólo existe un procedimiento principal, que en todo caso sería un juicio, todos los demás son alternativos (a éste).

En este sentido, prefiero llamarles Medios Alternativos de Solución de Controversias, ya que literalmente se definen como: **Medios** (en contraste con el “fin”, son sólo el camino, no el objetivo); **Alternativos** (significa subsidiario a lo principal, en nuestro contexto sería todo lo diferente a un juicio ante los tribunales del Estado); Para dar **Solución** (la Real Academia Española lo define como: “*f.* Acción y efecto de resolver una duda o dificultad. *f.* Satisfacción que se da a una duda, o razón con que

¹⁵ GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. op. cit.*, p. 25

¹⁶ GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. et al., *op. cit.*, p. 17.

¹⁷ GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op. Cit.* p. 52.

¹⁸ AZAR MANSUR, Cecilia, *Mediación y Conciliación en México: dos Vías Alternativas de Solución de Conflictos a Considerar*, México, Ed. Porrúa, 2003, p.10.

se disuelve o desata la dificultad de un argumento. *f.* En el drama y poema épico, desenlace de la trama o asunto. *f.* Paga, satisfacción. *f.* Desenlace o término de un proceso, de un negocio, etc.”¹⁹); a una **Controversia** (es una “discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”²⁰).

Según los especialistas, algunos de los MASC más conocidos son²¹: la conciliación; la mediación; los buenos oficios; la transacción; la amigable composición; la determinación por un experto neutral (*expertise*); el pequeño juicio (*mini trial*); el juicio privado (*rent-a-judge*); el arbitraje derivado (*court-annexed arbitration*); el juicio sumario ante jurado; el oyente neutral; la adaptación de contratos; las consultas; la investigación.

La doctrina divide a los MASC por dos criterios principales²², la (i) intervención de terceros; y la (ii) adversarialidad del método. Éste último criterio aplica solo para diferenciar los métodos que confrontan a las partes de los que no lo hacen.

¹⁹ Real Academia Española (RAE), Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., Formato Electrónico, <http://lema.rae.es/drae/?val=solucion>, consulta realizada el 03/02/2013.

²⁰ *Ibid.*, <http://lema.rae.es/drae/?val=controversia>, consulta realizada el 03/02/2013.

²¹ *Cfr.* INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS (IJUNAM), *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VII, Ed. Porrúa / UNAM, 2ª ed., México, 2004, pp. 13 y ss. | *Cfr.* GÓNZALEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje*, *op. Cit.* p.26.

²² Existen otros criterios como onerosos o gratuitos, públicos o privados, voluntarios u onerosos, *Cfr.* IJUNAM, *Op. Cit.* pp. 11 y ss.

1.2.1. Clasificación

De acuerdo a si interviene un tercero o no en la solución de la controversia, la doctrina ha clasificado en dos grupos a los MASC, el primero denominado autocompositivo y el segundo heterocompositivo.

Los métodos autocompositivos, “suponen la solución del conflicto a cargo de las partes involucradas en él”²³. Carnelutti afirma que “es la composición del litigio que efectú[an] las partes, unilateral o bilateralmente durante el desarrollo del juicio o fuera de él”²⁴. El método autocompositivo más conocido es la negociación.

En cuanto los métodos heterocompositivos, son en los que las partes ponen en manos de un tercero el poder de solucionar la controversia y convienen atenerse y cumplir la decisión del tercero. Un ejemplo de método heterocompositivo es el arbitraje.

²³ AZAR MANSUR, Cecilia, *Op. Cit.* p. 6.

²⁴ Citado por Cipriano Gómez Lara en *Teoría General de Proceso*, Harla, 8ª ed., México, 1990, p.26
Apud, AZAR MANSUR, Cecilia, *Op. Cit.* p. 6.

2. ANTECEDENTES DE ARBITRAJE EN LEYES ADMINISTRATIVAS

Hace ya varios años el arbitraje comenzó a reflejarse en las leyes administrativas en nuestro país, tal es el caso que desde 1994 la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas²⁵, ya hacía referencia en su artículo 15 que:

Artículo 15.- Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, salvo aquéllas en que sean parte empresas de participación estatal mayoritaria o fideicomisos públicos, serán resueltas por los tribunales federales.

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen esta materia de manera expresa.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados de que México sea parte o de que la Contraloría conozca, en la esfera administrativa, de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los contratos antes referidos, en los términos del Título Sexto de esta Ley.

Sólo podrá pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquéllas controversias que determine la Secretaría, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos de pleno derecho.²⁶

La secretaría a la que hace referencia este artículo es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), dichas reglas de carácter general nunca se publicaron, y por lo tanto, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, hoy, Secretaría de Economía (SE) nunca pudo dar su opinión al respecto. Parece que esta disposición se encontraba mucho más atinada que su escisión en dos leyes que le sucedieron, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas²⁷ (LOPS) y la Ley de Arrendamientos Adquisiciones y Servicios del Sector Público²⁸ (LAASSP)²⁹ que en su publicación original disponían en su artículo 15:

²⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 30 de diciembre de 1993, vigente a partir del 01 de enero de 1994.

²⁶ Énfasis agregado.

²⁷ Publicada en el DOF el 04 de enero de 2000.

²⁸ Publicada en el DOF el 04 de enero de 2000.

²⁹ Cabe mencionar que la LAASSP y la LOPS contienen las mismas disposiciones, hasta el día de hoy, en cuanto a arbitraje se refiere.

Artículo 15.- Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales.

Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente.

Lo previsto en los dos párrafos anteriores es sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte, o de que en el ámbito administrativo la Contraloría conozca de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los procedimientos de contratación, o bien, de las quejas que en audiencia de conciliación conozca sobre el incumplimiento de lo pactado en los contratos.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen de manera expresa la forma en que podrán resolver sus controversias.³⁰

Como se puede observar esta disposición legal estableció mayor número de requisitos, la obligación de publicar unas “*nuevas*” reglas de carácter general (tal vez porque las anteriores nunca fueron publicadas) a la hoy llamada Secretaría de la Función Pública (SFP) y contar con la opinión favorable de la SHCP y de la SE. Las reglas referidas en la SFP tampoco fueron publicadas.

Posteriormente, en 2008 el arbitraje encontró sede constitucional, derivado de una reforma al artículo 17 de la CPEUM para disponer³¹:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que se requiera supervisión judicial.

³⁰ Énfasis agregado.

³¹ Reforma publicada en el DOF el día 18 de junio de 2008.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.³²

En gran medida derivado de la citada reforma constitucional, el 28 de mayo de 2009 se publicaron en el DOF, reformas muy relevantes a la luz de nuestro tema, que modificaron el artículo 15 (entre otros) de la LOPS, para disponer lo siguiente:

Artículo 15. Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

La solución de las controversias se sujetará a lo previsto por el Título Séptimo de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte.³³

La reforma del 28 de mayo, fue el primer paso para abrir la posibilidad de realmente poder incluir el arbitraje en contratos administrativos, ya que el título séptimo se refiere a la solución de controversias, y no es exclusivamente al arbitraje, sino también establece los presupuestos legales referentes a la instancia de inconformidad y la Conciliación, específicamente, el artículo 98, es el relevante para nuestro tema, a saber,

Artículo 98. Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.³⁴

³² Énfasis agregado.

³³ Énfasis agregado.

³⁴ Énfasis agregado.

El artículo 98 de la LOPS establece claramente que tratándose de contratos de obra pública, las “controversias” derivadas de “la interpretación a las cláusulas de los contratos” y las “cuestiones derivadas de su ejecución” pueden ser resueltas por arbitraje. Recientemente se publicó en el DOF la Ley de Asociaciones Público-Privadas³⁵ (LAPP) y su Reglamento³⁶ (RLAPP), ambas contienen disposiciones interesantes (pero muy restrictivas) en cuanto a arbitraje se refiere, la LAPP dispone en su artículo 139 que:

Artículo 139. Las partes de un contrato de asociación público-privada podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato en términos de lo dispuesto en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio.

El procedimiento arbitral podrá convenirse en el propio contrato o en convenio independiente. En todo caso, se ajustará a lo siguiente:

- I. Las leyes aplicables serán las Leyes Federales Mexicanas;
- II. Se llevará en idioma Español; y
- III. El laudo será obligatorio y firme para ambas partes. En su caso, solo procederá el juicio de amparo.

No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.

La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo solo podrá dirimirse por los tribunales federales.³⁷

Así las cosas al catálogo dado por la LOSEP (y la LAASSP) de los actos que no permiten arbitrabilidad que son “la rescisión administrativa ni la terminación anticipada” de los contratos, la LAPP agrega la prohibición de arbitrar “la revocación de las

³⁵ Publicada en el DOF el 16 de enero de 2012.

³⁶ Publicada en el DOF el 05 de noviembre de 2012.

³⁷ Énfasis agregado.

concesiones y sus autorizaciones en general, y los actos de autoridad. La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo solo podrá dirimirse por los tribunales federales.”³⁸. Los actos de autoridad, que más de alguno pensaría que son todos los actos de la autoridad, sin embargo queda por ver si, la rescisión administrativa o la terminación anticipada son consideradas como “actos de autoridad”, ya que existe confusión respecto de la arbitrabilidad de estos actos. Solo la validez de los actos de autoridad, es de competencia exclusiva³⁹, al amparo de la LAPP.

Ahora bien el RLAPP dispone en la parte relativa a arbitraje que:

Artículo 143.- Con las limitaciones señaladas en el artículo 139, párrafo tercero, de la Ley, las partes de un contrato de asociación público-privada podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato, particularmente sobre las causales de rescisión previstas en el artículo 122, fracciones I y II, de la Ley, así como las acordadas por las partes.

Los actos de autoridad considerados como tales para efectos de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no podrán ser materia de la cláusula arbitral.⁴⁰

Artículo 144.- El reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en los procedimientos arbitrales se sujetarán a las disposiciones del título cuarto del libro quinto del Código de Comercio, las cuales prevén que la resolución correspondiente no será objeto de recurso alguno. Conforme con tales disposiciones y, en su caso, en los términos de la ley de la materia, solo procederá el juicio de amparo.

Artículo 145.- El servidor público facultado para convenir un procedimiento arbitral, deberá tener nivel mínimo de Director General u homólogo en las dependencias, o su equivalente en las entidades.

³⁸ Artículo 139 LAPP

³⁹ WÖSS, Herfried, *Solución de Controversias al Amparo de la Nueva Ley Mexicana de Asociaciones Público-Privadas*, México, 2012, pp. 4 y 5. Consultado el 27/02/2013 <http://www.woesetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/70.pdf>

⁴⁰ Énfasis agregado.

Los actos de autoridad, considerados por el RLAPP son los mismos que lo actos que pueden ser señalados como actos reclamados por una autoridad para efectos del juicio de amparo (artículo 143 *in fine*).

En este sentido resulta importante destacar que según la nueva Ley de Amparo, recientemente publicada, considera que se considera autoridad (responsable) para efectos de amparo a:

La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general⁴¹.

En virtud de esta definición legal nos queda claro que la autoridad responsable para efectos de amparo es aquella que afecta la esfera jurídica de una persona de manera unilateral y obligatoria. La definición es clara, la afectación debe ser unilateral y obligatoria, nos queda por analizar si los actos que se derivan de una relación jurídica sinalagmática son unilaterales.

⁴¹ Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Ley publicada en el DOF 02 de abril de 2013; Artículo 5, Fracción II.

3. ARBITRAJE COMERCIAL

3.1. Antecedentes

Ignacio Medina Lima dice que:

El primer arbitraje llevóse a cabo por mandato de Zeus, en ocasión de haberse suscitado una cuestión acerca de quien fuera la más bella entre tres grandes deidades femeninas: Hera, Atenea y Afrodita. Para decidirlo el padre de los dioses ordenó a Hermes, hijo suyo y de la diosa Maya, que hiciera saber a Paris, dios joven dotado de prendas masculinas relevantes, que vivía apacentando unos bueyes en el monte Gágaro, que sería éste quien debería decidir el conflicto y entregar en premio a la que declarase vencedora una gran manzana de oro, que desde luego el propio Hermes puso en sus manos. En un principio Paris trató humildemente de declinar el encargo, mas al fin hubo de acatar el mandato de Zeus y, desde luego, se dispuso a cumplirlo. Al efecto, mandó que las diosas vinieran ante él y ordenó, además, que para juzgar su belleza se le mostraran completamente desnudas. Ellas obedecieron y, además, cada una a su turno, en la forma más seductora posible, fueron tratando de inclinar a su favor el juicio de Paris. Así, Hera, en primer lugar, después de hacerle observar su impecable perfección estética, le prometió hacerlo señor de Asia, con todas sus riquezas, si él decidiera otorgarle la codiciada manzana. Atenea, por su parte, le aseguró que si el fallo le favoreciera, ella lo convertiría en el más sabio, hermoso y fuerte de todos los hombres, capaz de vencer en todas las batallas. Finalmente, Afrodita, además de hacerle ver de cerca su propia perfección femenina, ofrecióle a cambio del fallo a su favor lograr para él el amor de Helena, delicada y sublime hija de Zeus y de Leda, a la que, a pesar de ser esposa de Menelao, ella podría hacer que lo abandonara para entregarse a Paris. Éste, tras realizar la difícil comparación entre las tres deidades concursantes, entregó por fin la gran manzana de oro a la diosa del amor, Afrodita. Y fue tan justa la decisión del árbitro en aquella ocasión, que desde entonces y a lo largo de los siglos Venus-Afrodita ha sido reconocida siempre como paradigma de belleza femenina⁴².

Existe uniformidad entre autores sobre el origen del arbitraje, se le considera tan antiguo como venerable, los más conservadores afirman que el arbitraje precede históricamente a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales estatales.

El arbitraje como lo conocemos actualmente comenzó con antecedentes nacionalistas. Una de las primeras leyes sobre arbitraje en el mundo, fue la aprobada

⁴² MEDINA LIMA, Ignacio, "El arbitraje privado en nuestro derecho", Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, t. XXXVIII, enero-junio, 1988, p. 158, *Apud.* SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, Ed. Oxford, 2ª ed., México, 2001, p. 40.

por el parlamento inglés en 1698. Francia incluyó el procedimiento arbitral por primera vez en el código de procedimientos civiles de 1806. En Alemania, la primera regulación del arbitraje como lo conocemos ahora, fue en 1877, mediante el Código de Procedimientos Civiles (ZPO). Por su parte, Estados Unidos de América, promulgó en 1925 la Federal Arbitration Act, primera legislación en esta materia.⁴³

No obstante su origen tan antiguo, el arbitraje como lo conocemos ahora tiene como precedentes directos los años finales del siglo XIX y principios del siglo XX, aquí fue donde comenzó el desarrollo y evolución del arbitraje moderno (y sobre todo del internacional).

Como antecedente internacional, se hicieron dos convenciones en la Haya, la primera en 1899 y la segunda en 1907, las dos convenciones fueron llamadas *Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes* (Convención de la Haya para la resolución pacífica de Controversias Internacionales), la convención de 1899 creó la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya y la convención de 1907, ratificó y expandió la sección relativa.⁴⁴

En el año de 1923 Francia creó la Corte Internacional de Arbitraje, derivado de los esfuerzos de la comunidad empresarial internacional representada por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, con el fin de encontrar sede arbitral independiente y neutral que resolviera controversias entre partes de diferentes países.⁴⁵

⁴³ Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. Cit.* pp. 41 y ss.

⁴⁴ Cfr. GÓNZALEZ de COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op. Cit.* p. 3.

⁴⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 4.

Por su parte las convenciones celebradas en Ginebra, Suiza fueron otros grandes antecedentes del arbitraje moderno, el *Geneva Protocol on Arbitration Clauses* (Protocolo de Ginebra sobre cláusulas arbitrales) de 1923 y la *Geneva Convention on the Execution of Foreign Awards* (Convención de Ginebra sobre la ejecución de laudos extranjeros) de 1927. Ambos de los primeros instrumentos multilaterales en materia de arbitraje, aunque no fueron perfectos, a partir de estos instrumentos y con la finalidad de lograr su debido perfeccionamiento nació la iniciativa que dio vida a la Convención de Nueva York.⁴⁶

3.1.1. La Convención de Nueva York

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, o también conocida como la Convención de Nueva York, fue concluida el 10 de junio de 1958 en la ciudad de Nueva York. Para México es aplicable desde 1971, año en que se adhirió a la Convención de Nueva York.

La Convención de Nueva York es el resultado de grandes esfuerzos e impulsos internacionales, entre otros, con la finalidad de evitar el doble *exequatur* de la Convención de Ginebra de 1927, asimismo establece una serie de requisitos mínimos y uniformes para lograr un procedimiento arbitral exitoso.

⁴⁶ Cfr. *Ibíd.*, p. 4 y 5.

En opinión del Doctor González de Cossío⁴⁷, “el éxito de la Convención de Nueva York puede apreciarse en forma palpable por tres factores: el primero consiste en que 145⁴⁸ países son miembros de la Convención”. Y continúa:

En segundo lugar, con la finalidad de interpretar y aplicar la Convención de Nueva York es común que los tribunales de un país analicen las decisiones de cortes extranjeras con la finalidad de sondear como fueron interpretadas y aplicadas disposiciones específicas de la Convención. No obstante que estas decisiones nacionales no son automáticamente vinculatorias (es decir, no hay “*stare decisis*” internacional) la aplicación de las reglas comunes de la Convención de Nueva York ha tenido influencia directa en el desarrollo del Derecho y práctica arbitral internacional, la cual en forma creciente influye en forma significativa a las partes en controversia, los árbitros, las jurisdicciones y los jueces nacionales, sin importar su origen.

El tercer factor resulta de los dos anteriores. Actualmente es aceptado que los acuerdos y laudos arbitrales deben ser ejecutados por tribunales estatales de la mayoría de los Estados parte de la Convención de Nueva York. El respeto de los acuerdos y laudos arbitrales es un requisito esencial para que el arbitraje internacional tenga éxito, y la Convención de Nueva York ha sentado los cimientos para el éxito de este objetivo.

Coincidió en que la Convención de Nueva York ha cobrado gran relevancia en materia de arbitraje, tal y como lo comenta el Doctor González de Cossío, no puede pasar desapercibido a los abogados la gran aceptación de la misma, la cual queda claramente evidenciada con la adopción de la misma por una gran cantidad de países, como ninguna otra convención de su clase.

Abundando en la importancia de la Convención de Nueva York, podemos afirmar que es el instrumento que le ha dado mayor certeza jurídica las partes que recurren a él ya que asegura un mecanismo para la ejecución de los laudos arbitrales, en los diferentes países Partes de la Convención.

⁴⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. pp. 6 y ss.

⁴⁸ La actualización de los países es del autor, fecha de actualización: 12 de octubre de 2012 (Fuente: *Institute for Transnational Arbitration, Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties*). http://www.cailaw.org/ita/publications/Scoreboard_Current.pdf fecha de consulta 03/02/2013.

Hace casi 15 años el Licenciado Abascal en referencia a la Convención señaló en el coloquio celebrado en la *Sala del Consejo de Administración Fiduciaria de la Sede de las Naciones Unidas*, Nueva York, el 10 de junio de 1998:

La Convención de Nueva York es el instrumento más importante que se ha elaborado en el siglo XX sobre el Arbitraje Comercial Internacional y sobre el Derecho Mercantil Internacional uniforme. Se podría decir que la Convención de Nueva York ha sido la "súper carretera" de los contratos internacionales. Esta situación explica la necesidad de que se promueva su conocimiento y su interpretación, y de que siga creciendo en productos⁴⁹.

En mi opinión las palabras del Licenciado Abascal siguen vigentes hasta el día de hoy y más aún sus deseos, compartidos por todo el coloquio⁵⁰, siguen en cumplimiento.

3.1.2. La Ley Modelo de la CNUDMI

Otro esfuerzo, muy importante, de la comunidad internacional es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de arbitraje comercial aprobada el 21 de junio de 1985, modificada en 2006 (Ley Modelo).

La intención de los redactores de la ley modelo es "ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral"⁵¹. La Ley Modelo,

⁴⁹ ABASCAL ZAMORA, José María, *Mejoramiento de la difusión de información, la asistencia técnica y la capacitación*, Apud., *La Ejecución de las Sentencias Arbitrales de la Convención de Nueva York, Experiencias y Perspectivas coloquio celebrado en la Sala del Consejo de Administración Fiduciaria de la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, el 10 de junio de 1998 para celebrar el 40º Aniversario de la Convención de Nueva York*. Consultado el 03/02/2013 http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ CNUDMI, 1985 - *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006*, consultado el 04/02/2013.

“regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral”⁵².

La Ley Modelo se basa en una pluralidad de ordenamientos jurídicos, con el fin de uniformar (“armonizar”) la legislación arbitral en los Estados⁵³. De acuerdo con la nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI “la Ley Modelo responde al propósito de resolver problemas relacionados con la situación actual (1985) de las leyes nacionales sobre arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas”⁵⁴.

Al día de hoy⁵⁵, 66 estados (o regiones /estados /provincias pertenecientes a), han promulgado leyes de arbitraje con base en la Ley Modelo. Entre estos estados, se incluye México, cuya adopción, casi literal, fue publicada en el DOF el día 22 de julio de 1993 mediante reformas al Código de Comercio, aunque no se han adoptado las enmiendas de 2006.

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

⁵² *Id.* http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html consultado el 04/02/2013.

⁵³ Cfr. GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

⁵⁴ CNUDMI, *Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI sobre la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional*, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>

⁵⁵ Cfr. CNUDMI, *Situación actual, 1985 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional*, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html Consultado el 04/02/2013.

3.2. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje, fue la discusión del siglo XX y se puede notar en palabras del Doctor González de Cossío, cuando menciona que “la naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate”⁵⁶. Sin embargo no ha encontrado una respuesta generalmente aceptada por la doctrina.

Para algunos esta cuestión es mayormente doctrinal y carece de relevancia. Siguiendo la opinión del Doctor González de Cossío, “el debate académico sí tiene un impacto en la regulación y práctica del arbitraje: la actitud que el Derecho y tribunales nacionales tomen en relación con los procedimientos y el laudo arbitral depende en gran medida de la concepción en la que se tenga la naturaleza jurídica del arbitraje”⁵⁷.

Concuerdo con el Doctor González de Cossío, ya que, aunque más que una actitud, podría derivar en un sinfín de críticas y vestiduras rasgadas, siguiendo una postura más que la otra. Recuerdo, que en alguna conferencia durante la universidad escuché a más de un abogado decir: “en México, nos gusta todo cuadrado, siempre tenemos que encuadrar las cosas”, es decir, que tendemos a “encasillar” o “etiquetar” las figuras jurídicas que desconocemos o nos son nuevas conforme a lo que sí conocemos. Aprendí que sí existe la innovación en las figuras jurídicas y sí una figura se llama, p.e., arrendamiento financiero, es un arrendamiento financiero, no un arrendamiento tradicional con opción; Contrato PPS, es un contrato de proyecto de prestación de servicios, no es un contrato llave en mano con servicios de administración. Por lo que en mi opinión el arbitraje tiene una naturaleza [*sui generis* (propia)] de arbitraje, misma que se define por sus elementos propios.

⁵⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. p. 12.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 13.

Los elementos propios por los que se define el arbitraje, siguiendo al doctor González de Cossío es que un arbitraje tiene cuatro características: a) una controversias; b) que será resuelta por un particular ajeno a la misma; c) que su decisión es inapelable; y d) dicha decisión es obligatoria⁵⁸. Por lo que si llegare a faltar alguno de estos elementos no podríamos hablar de arbitraje comercial.

Dejando de lado mi opinión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, por el momento, el debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje gira[ba] alrededor de cuatro teorías o corrientes principales, la teoría contractual, la teoría jurisdiccional, la teoría mixta y la teoría autónoma, a continuación daré una breve explicación de cada una de ellas.

3.2.1. Teoría Contractual

La Teoría Contractual, en palabras del Doctor González de Cossío, “sostiene que el arbitraje tiene naturaleza contractual” como se puede inferir, y continua “sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada voluntad de las partes”⁵⁹.

Como base para apoyar esta postura tenemos como ejemplo la ley española de 1953 por la que se regula[ba]n los arbitrajes de derecho privado, determina la naturaleza contractual del arbitraje⁶⁰, y por tanto “una manifestación más del poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas”⁶¹. En el mismo sentido en

⁵⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. p. 57.

⁵⁹ *Ibid.* p. 14.

⁶⁰ Cfr. Ley del 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado, *Exposición de Motivos y Artículo 5*, consultado el 10/02/2013, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1953-16398&a=a&orden=conte>

⁶¹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1990, *Apud*, ROSA MORENO, Juan, *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill – Universidad de Alicante, Madrid, 1998, p. 61.

Francia la corte de casación detalló: “los laudos arbitrales que se fundamentan en un acuerdo arbitral constituyen una unidad con el mismo y comparten su naturaleza contractual”⁶². Asimismo, nuestros tribunales, se han pronunciado, apoyando esta teoría⁶³.

Esta tesis se funda en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Claro está, dentro de los límites fijados por la autoridad y el Derecho. Se concibe al arbitraje como una obligación que está regida por el Derecho de los contratos, en donde los árbitros no tienen más poderes que los que les otorga el propio contrato, su decisión es autónoma y es el acuerdo de las voluntades el que asegura su ejecución⁶⁴.

“El corazón de la teoría contractual es que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales”⁶⁵. En mi opinión la teoría contractual exagera la voluntad de las Partes toda vez que todo el poder de decisión de los árbitros, según esta teoría, proviene exclusivamente de la voluntad de las partes.

⁶² Caso *Roses v. Moller et Cie.*, Corte de Casación, 27 de julio de 1937, *Apud.* GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁶³ *Cfr.* TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, *Arbitraje. la autonomía de la voluntad es fuente de las facultades y límites del árbitro (interpretación de los artículos ii. 1 de la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y 1 de la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional)*, Tesis: I.3o.C.935 C. y TERCERA SALA, *Arbitraje*.

⁶⁴ IJUNAM, *op. cit.*, p. 31

⁶⁵ GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 14.

3.2.2. Teoría Jurisdiccional

Según esta postura, se entiende al arbitraje como una institución análoga a la administración de justicia, siendo así el convenio entre particulares para someter sus litigios a la jurisdicción del Estado o tribunal. En esta tesis se asocia al árbitro con el juez. Se parte de la idea de que al ser administración de justicia un servicio público, la jurisdicción de los árbitros no puede admitirse más que en el supuesto de que esté integrada a la organización de un servicio⁶⁶.

Esta teoría sostiene que “es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción”⁶⁷. La teoría jurisdiccional “utiliza como último eslabón argumentativo que la efectividad del arbitraje depende, en última instancia, del poder estatal”⁶⁸.

3.2.3. Teoría Mixta

La teoría mixta, supone una reconciliación entre la teoría contractual y la teoría jurisdiccional, como podemos notar, se puede decir que el arbitraje conlleva elementos tanto contractuales como jurisdiccionales.

La teoría mixta “fue desarrollada por el profesor Sauser-Hall en su reporte al *Institut de Droit International* en 1952 en el cual argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de todos los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez de la sumisión al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo”⁶⁹.

⁶⁶ IJUNAM, *Op. Cit.* pp. 31 y 32.

⁶⁷ GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, op. cit.*, p. 13.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 14.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 16.

Esta teoría ha sido la mayormente aceptada, pero no de forma unánime. Según la teoría mixta el arbitraje “es un sistema de justicia privada creada contractualmente”⁷⁰. En cuanto a este argumento del que personalmente difiero, porque no se trata de hacer justicia, sino de resolver controversias.

3.2.4. Teoría Autónoma

La teoría autónoma fue originalmente desarrollada por Jacqueline Rubellin-Devichi en 1965 quien “sostenía que el carácter del arbitraje no podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades. Bajo esta luz, el arbitraje no podría ser calificado como meramente contractual o jurisdiccional, y tampoco como una “institución mixta””⁷¹.

La teoría autónoma no deja de reconocer los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje sin embargo no les da tanta importancia como las otras tres teorías. Esta teoría se enfoca a visualizar el arbitraje por sí mismo, de conformidad con sus fines. Esta teoría se encuentra en mayor armonía con la concepción moderna del arbitraje, en mi opinión.

Como conclusión, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje comparto la opinión del Doctor González de Cossío⁷², cuando se refiere a que el debate entre las teorías de la naturaleza jurídica del arbitraje es sano, sin embargo recuerda que el arbitraje es un medio para resolver controversias, nunca un fin. Por otra parte, Emmanuel Gaillard opina que “desde el punto de vista ideológico, podemos apreciar que las

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Ibid.*, RUBELLIN-DEVICHI, Jaqueline *Apud ibid*, p. 17.

⁷² *Cfr.* GÓNZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, op. cit.*, p. 18.

representaciones subyacentes a cada una de estas *teorías* han perdido toda utilidad, ya sea por haber cumplido su objeto o por haber devenido éste obsoleto”⁷³.

3.3. Definición

De acuerdo con José Luis Siqueiros el arbitraje es “un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia”⁷⁴.

El profesor Medina Mora define al Arbitraje como:

El desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles, entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o a un tribunal arbitral independientes, les señala los términos básicos de su misión, indica el Derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento arbitral, conviene en el lugar y la lengua del arbitraje⁷⁵.

Por su parte el Doctor González de Cossío menciona que, cuando hablamos de arbitraje “se deben contemplar procedimientos que involucren los siguientes elementos: (1) La existencia de una controversia; (2) Cuya solución vendrá de un

⁷³ GAILLARD, Emmanuel, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, Ed. Limusa, México, 2012, p. 21. Cursivas agregadas.

⁷⁴ SIQUEIROS, José Luis, “El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria”, *Revista Pauta*, México, año 99, 2000, p. 3, consultado el 10 /02/2013, <http://www.iccmex.mx/correos/2011/agosto/da2011/material/1/Pauta%2029.pdf>.

⁷⁵ MEDINA MORA, Raúl, *Cláusula y acuerdo arbitrales*, en PEREZNIETO CASTRO, Leonel (comp.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Distribuidores Fontamara, 2000, p.15, *Apud*, IJUNAM, *op. cit.*, p. 29.

tercero que es particular y no una autoridad; (3) Que la decisión es final (no sujeta a apelaciones); y (4) Que la decisión es vinculatoria (no sugestiva)”⁷⁶.

La doctrina internacional⁷⁷ considera que

[E]l arbitraje debería ser definido con referencia a sus dos elementos constituyentes reconocidos casi unánimemente por los tribunales y la doctrina. El primero, la tarea de los árbitros es resolver la controversia. Segundo, la fuente del papel judicial de los árbitros es el contrato: el poder de los árbitros para resolver una controversia deriva del consentimiento de las partes. Por lo tanto, el arbitraje comprende ambos elementos, judicial y contractual⁷⁸.

Nuestra legislación, al igual que la Ley Modelo, no definen propiamente al “arbitraje”, sino que de manera circular disponen que se entenderá por arbitraje: “cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”⁷⁹.

Tomando en cuenta las definiciones anteriores, incluyendo los debates sobre su naturaleza jurídica yo definiría al arbitraje como: “Un método alternativo a los juicios ante tribunales estatales, elegido por las partes de común acuerdo, para resolver de manera definitiva, sus controversias, mediante un sistema adversarial, que respeta los principios básicos del proceso, ante uno o tres árbitros”.

⁷⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, op. cit., p.57.

⁷⁷ GAILLARD, Emmanuel, et al., *FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International and Taxation Publishers, Netherlands, 1999, p.11.

⁷⁸ Literalmente dice: “*Arbitration should be defined by reference to two constituent elements which commentators and the courts almost unanimously recognize. First, the arbitrators’ task is to resolve a dispute. Second, the source of this judicial role is the contract: the arbitrators’ power to decide a dispute originates in the common intention of the parties. Thus, arbitration comprises both a judicial and a contractual element*”.

⁷⁹ Artículo 1416 F. II, Código de Comercio vigente (CCom). La Ley Modelo en su artículo 2, inciso a), dispone que: “arbitraje” significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo.

3.4. Acuerdo Arbitral

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente⁸⁰.

Una de las características más relevantes del acuerdo de arbitraje es que “deberá constar por escrito”⁸¹. Sobre el contenido que debe tener un acuerdo de arbitraje⁸², la mayoría de las instituciones de arbitraje recomiendan a través de sus cláusulas modelo⁸³ acordar el número de árbitros, ciudad sede del arbitraje, idioma y Derecho aplicable al fondo del arbitraje. Los arbitrajes institucionales, es decir, los que son administrados por instituciones especializadas en Arbitraje (CCI, CANACO, CAM, LCIA, AAA, CAIC, etc.) y bajo sus propias reglas de arbitraje, son denominados arbitrajes institucionales. En estos casos es muy importante nombrar correctamente a la institución y sus reglas ante las cuales se quiere resolver la controversia, un error en las consideraciones aquí señaladas y convertirían la cláusula en patológica.

Los acuerdos de arbitraje, como todos los contratos, despiertan preguntas sobre su formación (particularmente el consentimiento). Un acuerdo de arbitraje no puede ser reconocido o ejecutado a menos que se haya formado válidamente. La formación de los acuerdos arbitrales, requiere de los siguientes elementos: (a) consentimiento; (b) los términos esenciales del arbitraje; (c) que no existan defectos en el acuerdo de arbitraje (las llamadas cláusulas patológicas)⁸⁴.

⁸⁰ Artículo 7(1) de la Ley Modelo y 1416 F. I. del CCom.

⁸¹ Artículo 7(2) de la Ley Modelo y 1423 del CCom.

⁸² Para conocer algunas consideraciones Cfr. REISMAN, W. Michael, et al., *International Commercial Arbitration cases, materials and notes on the resolution of international business disputes*, University Casebook Series, New York, 1997, pp. 150 y ss.

⁸³ Cfr. p.e. Reglamento de Arbitraje CANACO, consultado el 12/02/2013 <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=111&con=informacion>; Reglamento de la LCIA (Corte de Arbitraje Internacional de Londres) consultado el 12/02/2013 http://www.bu.edu/lawlibrary/PDFs/research/portals/pdfs/lcia_rules_arbitration_spanish.pdf; Cámara de Comercio Internacional consultado el 12/02/2013 http://www.iccmex.mx/documentos/publicos/2007/enero/810_esp%2003.pdf; entre otras.

⁸⁴ BORN, Gary B., *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012, p. 69, Consultado el 11/02/2013 en: http://www.kluwerarbitration.com/book-toc.aspx?book=TOC_Born_2012 traducción del autor: “*Arbitration agreements, like other categories of contracts, give rise to questions of*

En este trabajo solo analizaré lo referente a los requisitos de existencia y de validez del acuerdo de arbitraje, conforme a la legislación aplicable en nuestro país. En cuanto al tema que aborda el autor anteriormente citado, Born, sobre cláusulas arbitrales patológicas, exceden, por mucho, el objeto de estudio de la presente tesis.

3.4.1. Requisitos de Existencia

El acuerdo arbitral, al ser un acto jurídico como cualquier otro, debe cumplir con ciertos requisitos con el fin de poder surtir plenamente sus efectos, a saber, (i) consentimiento; y (ii) objeto.

3.4.1.1. Consentimiento

En los actos jurídicos, el consentimiento es especialmente necesario para que surta sus efectos en la realidad. El arbitraje no es indiferente a este requisito.

“Para que un acuerdo de arbitraje exista, las partes válidamente debieron consentir ese acuerdo. La pregunta es ¿Cuándo las partes válidamente han consentido el acuerdo arbitral? La respuesta se reduce a: depende, de los principios generalmente aplicables a los contratos y especialmente a su formación en cada sistema jurídico”⁸⁵. Así pues, en palabras de Emmanuel Gaillard: “el consentimiento

contract formation (particularly issues of consent). An agreement to arbitrate cannot be recognized or enforced unless it has been validly formed. The formation of arbitration agreements raises several related issues: (a) consent to the agreement to arbitrate; (b) the essential terms required for an arbitration agreement; and (c) defects in the arbitration agreement (or so-called “pathological” arbitration clauses)”.

⁸⁵ BORN, Gary B., *Op. Cit.*, traducción del autor: “*In order for an arbitration agreement to exist, the parties must have validly consented to that agreement. The question whether parties have validly*

sobre un acuerdo arbitral radica en la intención común de las partes a someter las controversias surgidas o que puedan surgir entre ellos, ante uno o más árbitros”⁸⁶.

El consentimiento es el elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior”⁸⁷. “En materia de arbitraje el consentimiento para arbitrar no puede suponerse. Debe ser claro. La ambigüedad es fatal. Lo anterior puesto que, dado el consentimiento de someter al arbitraje trae aparejada una renuncia a acudir a un tribunal estatal, dicha renuncia debe ser clara y expresa”⁸⁸.

En términos de la Real Academia Española, el consentimiento es definido como la “Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes”⁸⁹.

Según nuestra legislación los contratos se perfeccionan con la simple manifestación del consentimiento por las partes⁹⁰, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes,

consented to an arbitration agreement is governed in most legal systems by generally-applicable principles of contract law, and specifically, contract formation”.

⁸⁶ GAILLARD, Emmanuel, et al., *op. cit.*, p. 253. Traducción del autor: “*Consent to an arbitration agreement lies in the parties’ common intention to submit disputes which have arisen or which may arise between them to one or more private adjudicators*”.

⁸⁷ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, 21ª ed., México, 2009, p. 121.

⁸⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 64.

⁸⁹ RAE, *op. cit.*, consultada el 11/02/2013 <http://lema.rae.es/drae/?val=consentimiento>.

⁹⁰ CCF, Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Siguiendo esta lógica, el Código de Comercio vigente (CCom) dispone que:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato⁹¹.

En este sentido el requisito de consentimiento en los acuerdos arbitrales comerciales se cumple cuando de conformidad con nuestra legislación existe: (a) un documento firmado por las partes que contenga una cláusula arbitral; (b) un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios que dejen constancia del acuerdo; (c) una demanda y contestación (ante tribunales judiciales) en donde se afirme la existencia de un acuerdo arbitral, sin que sea negada por la otra parte; (d) una referencia a un documento firmado por las Partes que contenga una cláusula arbitral.

⁹¹ Artículo 1423 CCom.

3.4.1.2. Objeto

De conformidad con la legislación federal el objeto directo del contrato es la creación o transmisión de obligaciones o derechos⁹² y “el objeto de las obligaciones es una prestación positiva o negativa: la dación de una cosa, el hecho que debe ejecutar el deudor o la abstención a que está sometido. El objeto de la obligación se considera también como el objeto indirecto o mediato del contrato que la engendra”⁹³. Ahora bien, debe puntualizarse que “en el contexto del acuerdo arbitral, el objeto será la controversia que surja de una determinada relación jurídica”⁹⁴.

En este sentido, el objeto de un acuerdo de arbitraje será cualquier controversia que surja de una determinada relación jurídica entre las partes⁹⁵.

Entender el objeto del acuerdo de arbitraje resulta relevante al momento de determinar el alcance de la controversia así como para la ejecución del laudo, cuestión que rebasa el objeto de estudio de la presente tesis.

3.4.2. Requisitos de Validez

De conformidad con lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles para que un contrato sea jurídicamente válido se requiere que⁹⁶: (i) las partes deben gozar de plena capacidad legal para obligarse; (ii) no deben existir vicios del

⁹² Cfr. Artículo 1793 CCF.

⁹³ BORJA SORIANO, Manuel, *Op. Cit.* pp. 138 y ss. | Cfr. Artículo 1824 CCF.

⁹⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, op. cit.*, p. 69.

⁹⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 69 y ss. | Artículo 1416 F.I. CCom | Artículo 7 de la Ley Modelo | Artículo (II) 1 de la Convención de Nueva York.

⁹⁶ Cfr. Artículo 1797 CCF. | GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, op. cit.*, p. 70 y ss.

consentimiento; (iii) el objeto o fin debe ser lícito y posible; y (iv) el consentimiento debe otorgarse en la forma requerida.

3.4.2.1. Capacidad

Con el fin de establecer la validez de los actos jurídicos, comienzo con definir el requisito de validez denominado capacidad por lo que en palabras del Doctor Diego Robles “la capacidad es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y asumir obligaciones, así como para ejercer los primeros y cumplir con las segundas por sí misma”⁹⁷.

En materia de Arbitraje, como para los actos jurídicos en general debe analizarse cuidadosamente este tema, toda vez que determinar si una persona es capaz, o no, depende de la legislación que le sea aplicable a conforme a su estatuto personal, el tema se vuelve aún más complicado cuando se trata de personas morales o personas morales de derecho público⁹⁸. Situación que explico a continuación:

Personas Físicas. La regla general es que todos somos hábiles para contratar⁹⁹, lo que son inhábiles se encuentran taxativamente enumerados en la ley¹⁰⁰.

Persona Moral de Derecho Privado. Las personas morales de Derecho Privado derivan su capacidad de sus Estatutos (o acta constitutiva) dependiendo de esto se puede deducir si tienen capacidad suficiente, o si se trata de un objeto *ultra vires*. Personalmente considero que todas las personas morales pueden convenir un acuerdo arbitral y concuerdo con la opinión del Doctor González de Cossío cuando dice “el que no lo mencione expresamente [*en sus estatutos*] no debe ser causal de

⁹⁷ ROBLES FARIAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Oxford, México, 2011, p. 177.

⁹⁸ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 70 y ss.

⁹⁹ Cfr. Artículos 24 y 1798 CCF.

¹⁰⁰ Cfr. Artículos 23 y 450 CCF.

interpretar que le es imposible realizar dicho acto, a menos que el texto de su objeto social sea restringido”¹⁰¹.

El profundo análisis sobre si la persona moral de Derecho Privado puede o no someterse a arbitraje, debe realizarse en cuanto a sus apoderados. Ya que por los poderes, que pueden ser muy taxativos, no podrían convenir, válidamente, un acuerdo arbitral¹⁰². Sin embargo la Convención de Nueva York refiere a la capacidad de las personas que se someten a arbitraje, pero no de sus representantes¹⁰³.

Persona Moral de Derecho Público. “Una persona moral de carácter público puede ser parte en el arbitraje”¹⁰⁴. Se debe distinguir entre dos especies¹⁰⁵: (i) El Estado mismo; y (ii) Una dependencia o entidad del Estado.

El Estado

Citando al Docto González de Cossío: “perecen existir tres posturas legislativas al respecto [*de la capacidad de un Estado para someterse a arbitraje*]: (1) las que permiten que el Estado sea parte de un arbitraje, (2) las que no lo permiten; y (3) las que sujetan dicha posibilidad a un procedimiento previo o autorización legislativa o de un órgano gubernamental”¹⁰⁶.

Sin embargo, algunos autores sostienen que el estado tiene una limitación intrínseca para someterse a arbitraje, argumentación que pone al estado como un

¹⁰¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, op. cit., p. 71. Cursivas añadidas.

¹⁰² Cfr. *Ibíd.*, pp. 70 y ss.

¹⁰³ Cfr. *idem.* | SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. Cit.* p. 77.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 75.

¹⁰⁵ Cfr. *idem.*

¹⁰⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, op. cit., pp. 75 y 76 | Ver también REDFERN, Alan, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 97. <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306> consultado el 12/02/2013

soberano, que no se puede someter a ninguna potestad, por otro lado, algunos argumentan que tiene plena capacidad jurídica para someterse a arbitraje y más bien se trata de arbitrabilidad subjetiva¹⁰⁷. Actualmente existe una tendencia legislativa para reconocer la capacidad del Estado para someterse a arbitraje¹⁰⁸.

Dependencia o Entidad

En teoría al igual que las personas morales de Derecho Privado, las dependencias o entidades se rigen por el acto de su constitución, en este caso una ley. Esta ley orgánica es la que dirige la vida de una dependencia o entidad.

3.4.2.2. Ausencia de Vicios del Consentimiento

Ahora bien el requisito indispensable para la validez de cualquier acto jurídico es la ausencia de vicios del consentimiento¹⁰⁹, “el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”¹¹⁰.

Aún y cuando el otorgamiento del consentimiento a un acto jurídico es un requisito de existencia, la ausencia de vicios en el consentimiento es un requisito de validez, esto tiene sentido debido a la creación de los actos jurídicos, porque una vez

¹⁰⁷ Ver *Supra* § 4.5.1 y §6. | Cfr. GAILLARD, Emmanuel, et al., *Óp Cit.* p. 317 | GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op. Cit.* pp. 76 y ss. | REDFERN, Alan, *et. al., Op. Cit.* p. 99, consultado el 12/02/2013 <http://www.kluwarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306#63>

¹⁰⁸ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op. Cit.* p. 76.

¹⁰⁹ Cfr. ROBLES FARIAS, Diego, *Op. Cit.* pp. 241 y ss.

¹¹⁰ Artículo 1812 CCF, Ver también del CCF Artículo 17 “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios”.

otorgado el consentimiento el acto nace a la vida jurídica de manera perfecta cuando no existen los vicios en dicho consentimiento.

3.4.2.3. Forma

Ahora bien, la manera en que se otorga el consentimiento es muy importante en nuestra legislación, aun y cuando por regla general no se exige una formalidad especial para ser otorgado. En este sentido no se puede entender el consentimiento sin la forma, “la forma se refiere a la manera en que la voluntad debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados”¹¹¹. Existen actos consensuales, formales y solemnes. Los consensuales son en los que para su perfeccionamiento es suficiente el consentimiento expresado de forma verbal. Los actos formales son aquellos que para su perfeccionamiento requieren ser otorgados por escrito, por escrito ante dos testigos, por escrito ante fedatario público. Los actos que deben celebrarse bajo solemnidades ineludibles y que su falta acarrea la nulidad absoluta del acto, son llamados actos solemnes, por ejemplo el matrimonio o el testamento¹¹².

Tratándose de arbitraje, como ya ha sido mencionado en el presente trabajo de investigación¹¹³, el acuerdo por el cual las partes se obligan a someter sus disputas a un arbitraje debe constar por escrito¹¹⁴.

¹¹¹ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et. al.*, *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, 3ª ed., México 2007, p. 139.

¹¹² *Cfr.* ROBLES FARIAS, Diego, *op. cit.*, pp. 322 y ss. | *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *Op. Cit.* pp. 80 y ss.

¹¹³ *Supra* § 4.4.1.1.

¹¹⁴ *Cfr.* Artículo 1423 CCom | Artículo 7 de la Ley Modelo | Artículo II (1) Convención de Nueva York | BORN, Gary B., *Op. Cit.* pp. 563 y ss. <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31362> consultado el 12/02/2013 | REDFERN, Alan, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 85 y ss. <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306> consultado el 12/02/2013. | *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del*

En este sentido el consentimiento debe ser otorgado de manera clara por lo que repercute en la forma en la que se exprese, que va más allá de “por escrito”. Aclarando este requisito el acuerdo arbitral debe ser otorgado en un documento por escrito en donde se exprese claramente la voluntad de las partes a someterse obligatoriamente a resolver sus controversias en un arbitraje, no como una opción potestativa¹¹⁵.

Esta idea se encuentra asociada a lo establecido en el artículo 7 del CCF¹¹⁶, el cual dispone que: “La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”.

Claro que debe distinguirse entre clases de acuerdos optativos, la voluntad de someterse a arbitraje debe ser inequívoca, por lo que considero que si las partes acordaron, por ejemplo, “arbitraje ante CAM o Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)”. La voluntad de someter sus controversias a arbitraje, en este ejemplo, es claro. Considero que si las partes acuerdan “arbitraje o tribunales estatales” no demuestran su plena voluntad de someterse a arbitraje¹¹⁷. Ésta consideración es personal, toda vez que la cuestión no ha sido resuelta. Existen

consensualismo, consultado el 12/02/2013
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ACUERDO%20ARBITRAL%20NUEVA%20FORMA.pdf>

¹¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. p. 80.

¹¹⁶ Ver también artículo 6 CCF “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

¹¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. pp. 131 y ss. | Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *El Convenio Arbitral: entre la Estabilidad y el Desatino*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (Coordinador), *Estudios de Arbitraje, Libro Homenaje al Profesor Patricio AYLWIN AZÓCAR*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2006, p.702 y ss.

reglamentos como el Reglamento de Arbitraje CANACO¹¹⁸ o el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC)¹¹⁹ que tratan de inhibir ésta situación.

3.4.2.4. Causa u Objeto

La causa es el fin que busca el contrato. Este fin debe ser tan lícito, como las razones subjetivas por las que se celebra el acto jurídico¹²⁰. En materia arbitral “si el objeto motivo o fin determinante de la voluntad de las partes al pactar un acuerdo arbitral es burlar una norma de orden público o imperativa se estará en presencia de un caso de fraude a la ley”¹²¹. Lo anterior quiere decir que si el resultado del acuerdo es antijurídico debe existir una sanción de nulidad.

En este sentido si la causa de arbitrar es antijurídica, el arbitraje debe entenderse como ilícito. El caso de ilicitud en arbitraje se aplica por tres motivos específicos, cuando se quieren arbitrar actos¹²²: (i) ilícitos; (ii) de jurisdicción exclusiva; o (iii) cuando la materia es inarbitrable. Así pues podemos afirmar que existen actos jurídicos que no pueden ser sometidos a Arbitraje, uno de ellos, actualmente, es la Rescisión Administrativa y la Terminación Anticipada de los Contratos Administrativos.

¹¹⁸ Artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Que a la letra dispone: “Cuando las partes hayan acordado que sus controversias relacionadas con una relación contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, o utilicen expresiones que denoten su intención de someterse a este Reglamento, tales controversias se resolverán de conformidad con el presente Reglamento de Arbitraje, sin perjuicio de las modificaciones que las partes pudieran acordar”.

¹¹⁹ Artículo 4 (1) del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. Mismo que a la letra dispone: “Cuando las partes hayan acordado que las controversias entre ellas que dimanen de o se relacionen con una determinada relación contractual o no contractual, se sometan al arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje CAIC o cualquier otra expresión que comunique esa intención, tales controversias se resolverán de conformidad con el presente Reglamento.”

¹²⁰ Cfr. ROBLES FARIAS, Diego, *op. cit.*, p.311.

¹²¹ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op. Cit.* p. 88.

¹²² *Idem.* | Estas situaciones acarrearán una consecuencia especial que solo se encuentra prevista por el Derecho Arbitral, por lo que se trata de cuestiones de arbitrabilidad (§4.5.) y no de requisitos de validez del acuerdo arbitral.

Derivado de lo anterior si el acuerdo arbitral no puede surtir sus efectos ante alguna de estas situaciones, de ilicitud, jurisdicción exclusiva o inarbitrabilidad, tampoco es menos cierto que la parte de la controversia que no incluye estas situaciones pueda ser sometida a arbitraje. Toda vez que sería muy fácil evadir la obligación arbitral argumentando cualquiera de estas situaciones¹²³.

3.4.3. Principios que rigen al acuerdo arbitral

El acuerdo arbitral al ser un acto jurídico *sui generis*, está regido por sus propios principios¹²⁴, y de conformidad con el Doctor González de Cossío son: (i) principio de autonomía del acuerdo arbitral; (ii) principio a favor de la validez (o principio pro-arbitraje¹²⁵); y (iii) principio de interpretación estricta.

3.4.3.1. Principio de Autonomía¹²⁶

“El principio fundamental que gobierna los acuerdos de arbitraje internacional es el de su autonomía”¹²⁷. Lo que tradicionalmente se entiende por autonomía¹²⁸ del acuerdo arbitral es la “independencia” que goza del contrato que lo contiene, como lo estableció la *Cour de Cassation* en 1963: “el acuerdo de arbitraje puede contenerse

¹²³ *Ibíd.*, pp. 88 y ss. | LEW, Julian D.M., et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 213 y ss. consultado el 14/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn27507#29>

¹²⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, op. cit. pp. 113 y ss.

¹²⁵ Como le denomina Francisco González de Cossío | Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, op. cit., p. 127.

¹²⁶ Este principio también es llamado “separabilidad” o “independencia”, según González de Cossío lo correcto es autonomía y según Born es separabilidad, Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. p. 113 | BORN, Gary B., *Op Cit.*, p. 315, consultado el 12/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31348#2>

¹²⁷ GAILLARD, Emmanuel, et al., op. cit., p. 197. Traducción del autor: *The fundamental legal principle governing international arbitration agreements is that of their autonomy.*

¹²⁸ *Ibíd.* pp. 197, 218 y ss.

en un convenio independiente o estar incluido como una cláusula en un contrato, y en ciertas circunstancias debe tener, salvo circunstancias excepcionales, total autonomía jurídica y no debe verse afectado por el hecho de que el contrato antes mencionado pueda ser invalidado”¹²⁹.

Este principio es muy interesante, tanto en la teoría como en la práctica. Para los tratadistas Redfern & Hunter significa que la cláusula arbitral, en un contrato, se considera separada del contrato principal del que forma parte, y como tal, no se ve afectada por la terminación del contrato. De hecho, sería contraproducente si la terminación o una reclamación sobre la nulidad del contrato fuera suficiente para terminar con la cláusula arbitral, en estos casos es se recurre a arbitraje¹³⁰.

La primer institución arbitral en reconocer la autonomía como un principio arbitral fue la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su reglamento de arbitraje de

¹²⁹ Cfr. Cass. 1e civ., May 7, 1963, Ets. Raymond Gosset v. Carapelli, JCP, Ed. G., Pt. II, No. 13,405 (1963) *Apud.*, GAILLARD, Emmanuel, *et al.*, *op. cit.*, p. 197. Traducción del autor: *[I]n international arbitration, the arbitration agreement, whether concluded separately or included in the contract to which it relates, shall, save in exceptional circumstances..., have full legal autonomy and shall not be affected by the fact that the aforementioned contract may be invalid. Apud, BORN, Gary B., Op. Cit. p. 312 y 313, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31348#2> consultado el 12/02/2013.*

¹³⁰ REDFERN, Alan, *et al.*, *Op. Cit.* p. 117, consultado el 12/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306#138>, traducción del autor: *The concept of the separability of the arbitration clause, is both interesting in theory and useful in practice. It means that the arbitration clause in a contract is considered to be separate from the main contract of which it forms part and, as such, survives the termination of that contract. Indeed, it would be entirely self-defeating if a breach of contract or a claim that the contract was voidable was sufficient to terminate the arbitration clause as well; this is one of the situations in which the arbitration clause is most needed.*

1955¹³¹, postura que fue seguida por las reglas de arbitraje de la CNUDMI de 1976¹³², las cuales se referían expresamente la autonomía del acuerdo arbitral.

Este principio se encuentra reconocido en nuestra legislación¹³³ en el artículo 1432 CCom. El principio de autonomía de las cláusulas también es tratada por nuestra legislación civil, al considerar que la nulidad de una cláusula, no conlleva la nulidad del resto, surtiendo efectos las que lo puedan hacer, con el fin de conservar el contrato. Lo anterior en base a las reglas de interpretación de los contratos contenidos en nuestra legislación¹³⁴, y especialmente en el principio de conservación de los contratos¹³⁵.

El principio de autonomía de la cláusula arbitral acarrea varias consecuencias, la primera es que no sigue la suerte del contrato principal, por ejemplo en el caso de que éste sea declarado nulo, inválido, inexistente, asimismo la terminación del contrato no afecta la terminación de la cláusula arbitral, típicamente¹³⁶.

¹³¹ GAILLARD, Emmanuel, *et al.*, *op. cit.*, p. 200. *[u]nless otherwise agreed, the Arbitral Tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any claim that the contract is null and void or allegation that is non-existent provided that the Arbitral Tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The Arbitral Tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the respective rights of the parties and to adjudicate their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void.*

¹³² *Ibíd.*, p. 201 *[f]or the purposes of article 21[i.e., the determination by the arbitral tribunal on its jurisdiction], an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.*

¹³³ Que en la parte conducente dispone: [...] A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria. [...].

¹³⁴ Cfr. Artículos 1851 a 1857 CCF.

¹³⁵ Cfr. ROBLES FARIAS, Diego, *Op. Cit.* pp. 389 y ss. | Cfr. RICO ÁLVAREZ, Fausto *et. Al.*, *Op. Cit.* pp. 183 y ss.

¹³⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op Cit.* pp. 116 y ss.

La segunda consecuencia del principio de autonomía de la cláusula arbitral, es que en virtud de la misma se otorga al tribunal arbitral las bases de poder decidir sobre su propia competencia (principio de *compétence-competence*)¹³⁷, aunque algunos autores no lo consideren como su base, hasta consideran que pueden existir un principio aún si no existiera el otro¹³⁸. En lo personal concuerdo con una tercera postura¹³⁹, que los considera estos principios como complementarios, ya que el principio de *compétence-competence* no es, necesariamente, consecuencia del principio de autonomía de la voluntad.

Por último y como tercera consecuencia, que en mi opinión es la más relevante, es lo que en el argot del Derecho Internacional Privado se denomina *dépeçage* que consiste en el desmembramiento de los diversos derechos y obligaciones que derivan de una relación jurídica determinada sometiéndolos a diferentes cuerpos normativos¹⁴⁰. Es decir que “la cláusula arbitral además de ser independiente del contrato que la contiene, es independiente del Derecho sustantivo aplicable. Sin embargo esta independencia no es total, tiene dos limitaciones: las reglas imperativas de la jurisdicción involucrada y el orden público internacional”¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. REDFERN, Alan et al., *Op. Cit.* p. 119, consultado el 12/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306#138>.

¹³⁸ Cfr. BORN, Gray B., *Op. Cit.* pp.402 y ss. consultado el 12/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31350>.

¹³⁹ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op. Cit.* pp. 125 y ss.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 124.

¹⁴¹ Cfr. *Ibíd.*, p. 125. | Cfr. BORN, Gary B., *Op. Cit.* pp. 354 y ss.

En opinión de Emmanuel Gaillard y John Savage¹⁴², decir que la ley que rige al contrato principal es la que rige a la cláusula arbitral es ir muy lejos. Comparto esta opinión, el acuerdo arbitral debe regirse por su propia ley, en nuestro país aplicaría el mismo sistema conflictual contenido en el Artículo 13 CCF. En un mundo ideal todo acuerdo arbitral debería regirse por una verdadera *lex arbitrii*¹⁴³, y no a capricho de la *lex arbitri* o de la legislación del Estado donde se pretenda ejecutar el laudo.

Para ejemplificar la importancia del asunto, imagine, que en un contrato en el cual las partes han acordado como normatividad aplicable a la forma del contrato es la ley Inglesa, al fondo del arbitraje la ley Francesa y el convenio se firma en Shanghái. En un contexto de autonomía del acuerdo arbitral ¿Cuál sería la ley aplicable a la formación del acuerdo arbitral? La doctrina ha dado varias soluciones¹⁴⁴: (i) la ley del contrato; (ii) la ley del lugar del arbitraje; (iii) la intención de las partes (a la francesa); o (iv) una combinación (a la suiza).

Esta cuestión no ha sido resuelta, lo más recomendable es que se pacte, como parte del acuerdo arbitral, el derecho que lo rige, así como distinguir en el propio contrato la ley que rige al contrato, al procedimiento arbitral y al acuerdo de arbitraje¹⁴⁵.

¹⁴² GAILLARD, Emmanuel, *et al.*, *op. cit.*, p. 222, traducción del autor: *in our opinion, it would therefore be going too far to interpret such clauses as containing an express choice as to the law governing the arbitration agreement.*

¹⁴³ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, *op. cit.*, p.26, que hace referencia a la correcta terminología. *Lex arbitri* = ley del árbitro; *lex arbitrii* = ley de arbitraje.

¹⁴⁴ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, *et al.*, *Op. Cit.* pp. 218 y ss. | Cfr. REDFERN, Alan, *op. cit.*, p. 166 y ss. consultado el 12/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=Ch3-ipn26307#5>.

¹⁴⁵ Cfr. *idem*.

3.4.3.2. Principio Pro-arbitraje

El principio en favor de la validez del acuerdo arbitral o pro-arbitraje se deriva de los esfuerzos de los redactores de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo los cuales buscan dos objetivos, a saber, mitigar la hostilidad legislativa al arbitraje y uniformar las legislaciones arbitrales¹⁴⁶.

Este principio denota la obligación de los jueces de realizar un restringido nivel de revisión del laudo, cuando se presente para su ejecución y que solo por las taxativas causas de nulidad¹⁴⁷ o denegación¹⁴⁸ pueden afectar el laudo, asimismo en el caso de que a un juez se le presente un asunto que contenga un acuerdo arbitral debe remitir a las partes a arbitraje¹⁴⁹, y, por último, la interpretación del acuerdo debe hacerse de la manera más favorable para que éste surta sus efectos.

3.4.3.3. Principio de Interpretación Estricta

El principio de interpretación estricta se encuentra asociado a la idea de que el arbitraje es una excepción a la justicia estatal. Sin embargo, siguiendo la opinión del Doctor González de Cossío, los acuerdos arbitrales no deben ser de interpretación estricta, sino de aplicación estricta¹⁵⁰. Es decir, que deben aplicarse siempre que se pacte e interpretarlos libremente, no solo limitando a una interpretación estricta.

Las razones son que la interpretación estricta¹⁵¹: (i) sería contraria al principio pro-arbitraje; (ii) sería contraria a la tendencia actual de considerar al arbitraje como el

¹⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, op. cit., p. 127.

¹⁴⁷ Artículo 1457 CCom.

¹⁴⁸ Artículo 1462 CCom.

¹⁴⁹ Artículo 1424 CCom.

¹⁵⁰ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. p. 128.

¹⁵¹ Cfr. *ibíd.* pp. 129 y ss.

método por excelencia para resolver controversias comerciales y/o internacionales; y (iii) no refleja la realidad de que el arbitraje se está convirtiendo en la regla y no la excepción.

3.5. Arbitrabilidad

Se puede decir que la arbitrabilidad es: “la ausencia de una prohibición del Estado de someter una controversia a un procedimiento arbitral”¹⁵². Para que un acuerdo arbitral pueda surtir sus efectos, no solo debe ser válido (siguiendo los requisitos de validez expuestos), también debe ser lícito¹⁵³. Ciertamente “objeto o fin lícito” (Cfr. § 4.4.2.4.) y la arbitrabilidad se distinguen en primer lugar por las leyes bajo las que se rigen, los requisitos de validez se encuentran en la *lex arbitrii* y la arbitrabilidad se encuentra contenida en la legislación sustantiva de la materia; en segundo lugar, por lo general, la inarbitrabilidad resulta en un acuerdo arbitral válido pero no ejecutable¹⁵⁴; y en tercer lugar la arbitrabilidad busca proteger el interés público o general (orden público)¹⁵⁵ y los requisitos de validez resguardan intereses privados (como la capacidad o la forma)¹⁵⁶.

El fundamento de la arbitrabilidad se encuentra en los artículos II (1) de la Convención de Nueva York¹⁵⁷, en la Ley Modelo, se puede observar en el artículo 36

¹⁵² PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *et al. Tratado de arbitraje comercial internacional Mexicano*, Ed. Limusa, México, 2009, p. 65.

¹⁵³ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, *et al., op. cit.*, p. 312.

¹⁵⁴ Cfr. BORN, Gary B., *Op Cit.*, pp. 769 y ss., consultado el 13/02/2013 <http://www.kluwarbitration.com/document.aspx?id=ipn31366> consultado el 13/02/2013.

¹⁵⁵ Cfr. *idem* | Cfr. LEW, Julian D. M., *et al., op. cit.*, p. 188, consultado el 13/02/2013 <http://www.kluwarbitration.com/document.aspx?id=ipn27507> | Cfr. REISMAN, W. Michael, *Op. Cit.* pp. 304 y ss. | Cabe hacer una aclaración, el orden público del que hablamos es el orden público nacional, el de cada Estado. Sin embargo, apuesto por la idea de llegar a la concepción de un verdadero orden público internacional.

¹⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, Op. Cit.* p. 98.

¹⁵⁷ “Artículo II (1) Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan

(1)(a) y (b), que en nuestra legislación se refleja en los artículos 1457 y 1462 CCom¹⁵⁸. La arbitrabilidad se revisa en dos momentos en la ejecución del acuerdo arbitral, y en la ejecución del laudo.

Personalmente concuerdo en que no todo puede ser arbitrable, es notable que existe una euforia por el término. Como ya fue expuesto el presente trabajo de investigación se acota al arbitraje comercial, por lo que en este sentido considero que se debe de ser muy cuidadoso cuando se decide que una controversia es sometida a arbitraje y respetar los beneficios del mismo al permitir o denegar el arbitraje en cada caso.

Abundando en el tema, existen dos tipos de inarbitrabilidad, reconocidas unánimemente por la doctrina, la primera tiene que ver con la materia (*ratione materiae*) y la segunda dependiendo de la parte (*ratione personae*). A continuación trataré cada una.

surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” Énfasis agregado. | Cfr. Artículo 1424 CCom.

¹⁵⁸ **Artículo 1457.-** Los laudos arbitrales solo podrán ser anulados por el juez competente cuando. **I.-** La parte que intente la acción pruebe que: a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana; [...] **II.-** El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público. | **Artículo 1462.-** Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando: **I.-** La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que: **a)** Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; [...] **II.-** El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público. Énfasis agregado.

3.5.1. Arbitrabilidad Objetiva

Como regla general cualquier controversia puede ser sometida a arbitraje, pero la libertad contractual no es absoluta¹⁵⁹, existen ciertas materias que por el contenido de interés público se encuentra “protegida” y reservada de forma exclusiva a los tribunales estatales¹⁶⁰.

Respecto a las materias que pueden o no ser sometidas a arbitraje, el Doctor González de Cossío menciona que:

No hay una respuesta uniforme acerca de las áreas que pueden ser sometidas al arbitraje. La arbitrabilidad tiene un espacio-temporalidad. Los temas arbitrales varían de jurisdicción en jurisdicción. Más aún, en áreas que históricamente se consideraban no arbitrales se han ido abriendo al arbitraje en la medida en que ha crecido la confianza en dicho mecanismo¹⁶¹.

Como lo señalé, la arbitrabilidad se encuentra en el ordenamiento sustantivo, por lo que acarrea una complejidad: ¿a cuál derecho sustantivo debe atenderse? El que las partes convinieron al fondo de la controversia, en su caso; el que aplica a la formación del contrato o al de la cláusula arbitral; el de la sede del arbitraje; el que tenga mayor conexión con el negocio.

Existen varios argumentos al respecto¹⁶²:

¹⁵⁹ Artículo 24 CCF | Cfr. REDFERN, Alan, *et al.*, *op. cit.*, p.213 consultado el 13/02/2013 <http://www.kluwarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306> | Cfr. REISMAN, W. Michael, *et al.*, *Op. Cit.* p. 304.

¹⁶⁰ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 97 y ss. | Cfr. REDFERN, Alan, *et al.*, *Op. Cit.* pp. 214, <http://www.kluwarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306#162> consultado el 14/02/2013 cita: *Each State decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social, and economic policy.*

¹⁶¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

¹⁶² Cfr. *Ibíd.* pp. 99 y 100.

- El Doctor Van der Berg¹⁶³, entre otros, sostiene que la arbitrabilidad debe ser determinada según la *lex fori* (ley de la sede del arbitraje), ya que la Convención de Nueva York así lo exige y porque se debe evitar juzgar la arbitrabilidad de disposiciones extranjeras, toda vez que cada corte examina la arbitrabilidad bajo su propio derecho.
- Otros autores sostienen que la arbitrabilidad debe examinarse bajo la ley aplicable al acuerdo arbitral.
- Otra teoría es la que sostiene que se debe hacer un análisis del Derecho aplicable al convenio arbitral conjuntamente con el Derecho de la sede.
- Jan Paulsson, sostiene que el acuerdo debe ser válido, a menos que la parte pruebe que la materia no es arbitrable conforme al Derecho que las partes eligieron aplicable al contrato y la ley de la sede del arbitraje¹⁶⁴.
- Por último, siguiendo la teoría del ideal de un orden público internacional, toda vez que los árbitros no tienen foro, deben aplicar los requisitos de un verdadero orden público internacional¹⁶⁵.

No comparto por completo ninguna de las teorías hasta aquí señaladas, en mi opinión, exista una sexta opción, y es el del lugar de ejecución del laudo, que, conforme a la legislación de nuestro país, el artículo 1462 fracción II CCom, se puede negar la ejecución del laudo si la materia no es arbitrable conforme a nuestra legislación, sin embargo aplicando el principio pro arbitraje, se debería demostrar que tanto la *lex fori* como la *lex executionis* no permiten la arbitrabilidad de dicha materia.

¹⁶³ VAN DER BERG, Albert Jan, *The New York Convention*, pp. 152 y 153, *Apud, ibídem.* p. 99.

¹⁶⁴ PAULSSON, Jan, *Still Through a Glass Darkly, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Arbitration in the next decade*, Special Supplement, 1999, p. 104, *Apud, idem.*

¹⁶⁵ GAILLARD, Emmanuel, *et al.*, *Op. Cit.* p. 330, *Apud, idem* cita: *when examining the objective arbitrability of an international dispute, a court must apply its conception of international public policy* | LEW, Julian D.M., *et al.*, *op. cit.*, p. 197. Consultado el 14/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn27507#29> cita: “*There is an alternative view which maintains that as they are not organs of a particular legal order arbitration tribunals should determine arbitrability on the basis of a genuinely international public policy*”.

Para determinar si una controversia es arbitrable conforme a nuestra legislación, se debe examinar que¹⁶⁶:

- (i) no sea una materia expresamente excluida;
- (ii) sea una materia de libre disposición;
- (iii) no afecte el interés público nacional; y
- (iv) no involucre un derecho de tercero.

Materias expresamente excluidas. En la legislación sustantiva de ciertas materias existe expresamente la prohibición de ser sometidas a arbitraje, estableciéndolas como “competencia exclusiva” de los tribunales nacionales¹⁶⁷. En algunas jurisdicciones existen materia de “competencia exclusiva” tratándose de arbitrajes domésticos, pero perfectamente arbitrables en arbitrajes internacionales¹⁶⁸.

Materias de libre disposición. “Los derechos a los cuales un particular puede libremente renunciar son de evidente arbitrabilidad”¹⁶⁹. También existen derechos que no siendo renunciables, pueden ser arbitrables, un ejemplo son los derechos morales, que aun siendo irrenunciables, no existe disposición expresa que prohíba su arbitrabilidad¹⁷⁰, lo que no está expresamente prohibido, está permitido para los particulares.

¹⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *Op. Cit.* pp. 101 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. Artículo 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC); Artículo 3 del Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, del 03 de mayo de 1992; Artículo 80 LAASSP; Artículo 98 LOSEP; Cuestiones Laborales y de Seguridad Social; entre otras | Cfr. *idem*.

¹⁶⁸ Cfr. p.e., *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 105 S Ct 3346 (1985). | Ley Belga y Ley Francesa de Arbitraje doméstico. | Cfr. GAILLARD, Emmanuel, *et al. Op. Cit.* pp. 314 y 318, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn20048#309> consultado el 14/02/2013. | BORN, Gary B., *Op. Cit.* pp. 775 y ss., consultado el 14/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31366>.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 109. | Cfr. Artículo 6 CCF.

¹⁷⁰ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 109.

Interés público. Existen controversias que por su naturaleza no solo afectan a las partes, sino también a terceros. Un ejemplo es el Derecho Penal, pues existe un interés público en sancionar las conductas ilícitas¹⁷¹.

Derechos de tercero. Bajo el principio *res inter alios acta*, ninguna persona podría válidamente ventilar un derecho en Arbitraje, si previamente no lo ha consentido. Aunque, la estipulación a favor de tercero se considera una excepción¹⁷².

3.5.2. Arbitrabilidad Subjetiva

Este tema se relaciona, típicamente, con las personas morales de Derecho Público, tanto dependencias o entidades públicas, así como empresas de participación estatal, que en algunos sistemas jurídicos les está prohibido o se encuentran sujetas a un permiso especial¹⁷³. Algunos autores consideran a la arbitrabilidad subjetiva como una simple cuestión de capacidad.

En mi opinión la arbitrabilidad subjetiva se distingue, en razón de que las personas morales de carácter público tienen plena capacidad para realizar todos los actos jurídicos y tratándose del acuerdo arbitral se trata de una prohibición (limitación) expresa. Asimismo, se trata de una cuestión establecida en la ley sustantiva y no en disposiciones procesales, como el Arbitraje.

¹⁷¹ Cfr. *ibíd.*, p. 111. | Cfr. *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc*, 473 US 614, 105 S Ct 3346 (1985). *Apud*, REDFERN, Alan, *et al.*, *Op. Cit.* pp. 214, consultado el 14/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306#162> cita: *A claim under the antitrust laws is not merely a private matter ... Antitrust violation can affect hundreds of thousands, perhaps millions, of people and inflict staggering economic damage. We do not believe Congress intended such claims to be resolved elsewhere than the Courts.*

¹⁷² Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 112.

¹⁷³ Como en la anterior LAASSP y LOSP vigentes en el año 1994 y 2000. | Cfr. GAILLARD, Emmanuel, *et al.*, *Op. Cit.* pp. 313 y ss., consultado el 14/02/2013 <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn20048#309>.

3.6. Ventajas del Arbitraje

Coincido con la opinión de Doctor González de Cossío cuando expresa que el Arbitraje es ideal para controversias que sean: mercantiles, complejas o internacionales¹⁷⁴. En este contexto el emperador chino Kank-hsi mencionó que:

Los procesos judiciales aumentarán dramáticamente si no se atemoriza a los individuos en relación con los tribunales. Deseo, por tanto, que aquellos que tienen la posibilidad de acudir a los tribunales sin ninguna contemplación y de tal manera que temerán la ley y se aterrarán de comparecer ante un magistrado. De esta manera los buenos ciudadanos que puedan tener dificultades entre ellos mismos, las resolverán como hermanos enviándolas al arbitramento de algunos ancianos o del líder de la comunidad. Para que aquellas que sean problemáticas, obstinadas o discutibles, que se arruinen en las cortes de ley¹⁷⁵.

Concuero con la cita, sin embargo, difiero con la conclusión, tomando como base la famosa frase del Doctor González de Cossío, de que el arbitraje es para adultos¹⁷⁶, y aun en las controversias problemáticas, obstinadas o discutibles pueden encontrar solución en Arbitraje.

Personalmente encuentro en el arbitraje, en contraste con la jurisdicción ordinaria, una forma amigable de solucionar los conflictos entre las partes y así poder mantener sus relaciones comerciales. Considero que el arbitraje logra este efecto por su celeridad y flexibilidad. La especialización de los árbitros, en contraste con los jueces, también contribuye en gran medida.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *Op. Cit.* pp. 1 y 561.

¹⁷⁵ PARK, *Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad*, Revista internacional de arbitraje, 2005.11, 12. *Apud.*, PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *et al.*, *op. cit.*, p. 342.

¹⁷⁶ *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 1.

Como características (ventajas) del Arbitraje, Gorjón y Steele encuentran que¹⁷⁷: es un proceso especializado; simple e informal; armoniza la relación comercial; es vinculante; los árbitros son expertos en la materia; tiene un carácter desnacionalizado y eminentemente internacional; otorga seguridad jurídica. Siendo estas algunas de sus cualidades primordiales.

El CAM, menciona que las ventajas del arbitraje se encuentran en: la rapidez del procedimiento; la certidumbre de la fuerza legal del laudo; la especialización de los árbitros; la independencia e imparcialidad de los árbitros; la confidencialidad de los procedimientos; costo (vs. juicios); y eficacia de los procedimientos¹⁷⁸.

Asimismo, no muy alejado de las ventajas que expone el CAM, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) perfila que las ventajas del Arbitraje radica en que¹⁷⁹: las decisiones son definitivas y vinculantes; el reconocimiento internacional de los laudos; la neutralidad¹⁸⁰; la especialización de los árbitros; la rapidez y economía (vs. juicios); la confidencialidad.

El arbitraje se presenta como una fórmula dinámica y “deslocalizada” o desnacionalizada, *i.e.*, transnacional, lo que resulta de manera lógica, como mecanismo idóneo para resolver controversias transnacionales, se debe regir por

¹⁷⁷ Cfr. GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. *et al.*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁸ Cfr. <http://www.camex.com.mx/index.php/nuestros-servicios/arbitraje> consultado el 21/02/2013.

¹⁷⁹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI, *Servicios de Solución de Controversias*, http://www.iccmex.mx/documentos/publicos/2007/enero/810_esp%2003.pdf consultado el 21/02/2013.

¹⁸⁰ Esta “neutralidad” se deriva de la libertad de las partes para someterse a la sede, idioma, reglas, y árbitros, que decidan.

leyes transnacionales¹⁸¹. Lo que representa una ventaja, especialmente cuando las partes provienen de diferentes jurisdicciones estatales.

Abundando en el tema de la “deslocalización” que “considera que el arbitraje no necesariamente está anclado a un orden jurídico particular”¹⁸². Aún más, algunos autores sostienen la que el Arbitraje no se encuentra basado en ningún ordenamiento jurídico nacional, ya sea por el lugar de la sede, por el lugar de ejecución del laudo o de la ley aplicable al fondo de la controversia, o de éstas en conjunto, sino que se concibe que la base del Arbitraje es un ordenamiento jurídico arbitral, también llamado *lex arbitrii*¹⁸³. Lo anterior, basados en dos ideas: (i) que los árbitros no imparten justicia [en nombre de ningún Estado] sino que resuelven conflictos, basados en un verdadero orden público internacional¹⁸⁴; y (ii) que ningún Estado tiene el monopolio de la jurisdicción del arbitraje¹⁸⁵.

Derivado de lo anterior se presenta como una ventaja el dinamismo de las reglas transnacionales. Con base en la idea de considerar un verdadero orden público internacional por los árbitros, al momento de tomar sus decisiones.

Además, el laudo arbitral es inapelable, *i.e.*, la decisión del tribunal arbitral es final. Hoy en día se considera más fácil ejecutar un laudo arbitral en el extranjero que una sentencia, con base en la Convención de Nueva York, que otorga un amplio reconocimiento internacional. Lo que además representa gran agilidad y eficacia.

¹⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Porrúa, México, 2007, pp. 164 y ss.

¹⁸² *Ibid.*, p. 165.

¹⁸³ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, *Op. Cit.* pp. 37 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. *idem.*

¹⁸⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 45 y ss.

El arbitraje es el “instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político”¹⁸⁶, y ha demostrado lograr “uno de los objetivos más importantes de la ciencia jurídica: la observancia de la ley y la creación de un Estado de Derecho”¹⁸⁷.

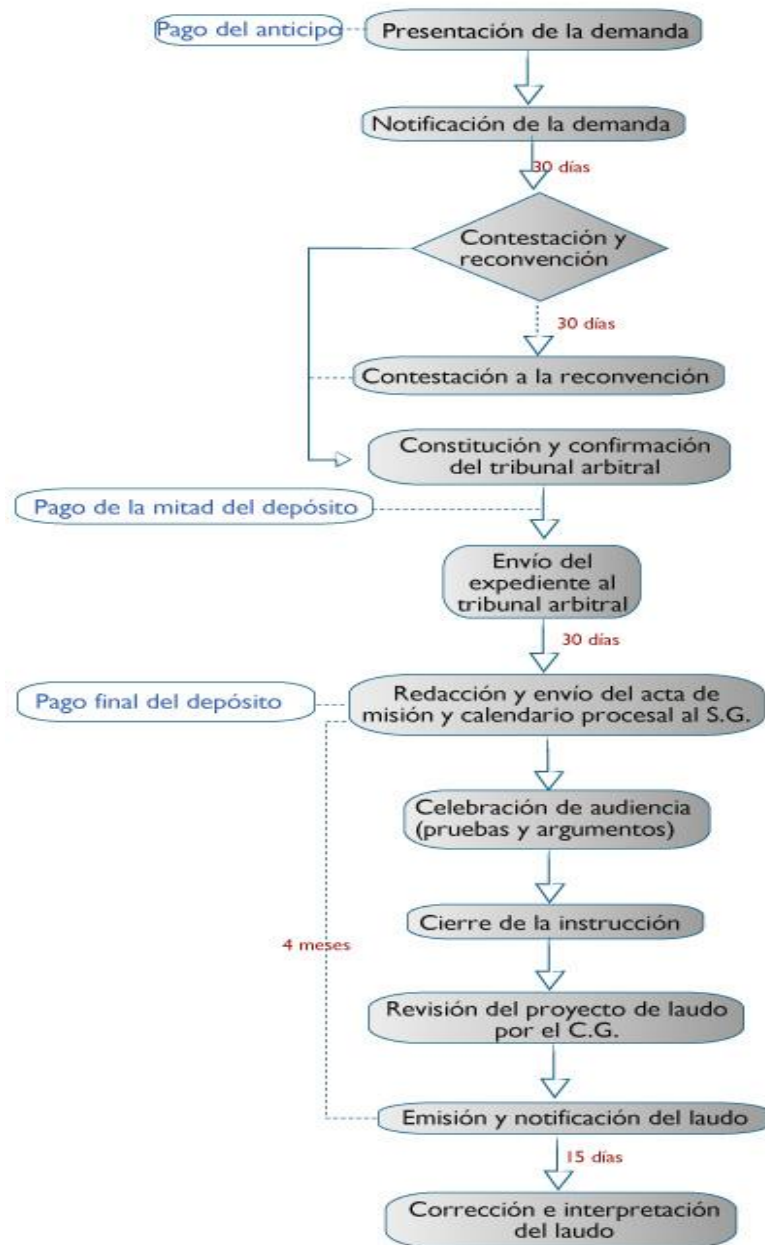
En resumen, el arbitraje es un medio especializado y flexible, basado en normas transnacionales, que sirve para resolver controversias por árbitros expertos y especializados, de manera eficiente (costo-beneficio) y final.

En procedimiento arbitral respeta los principios básicos de procedimiento y derecho de audiencia, por lo que no difiere de manera exponencial al procedimiento ante, nuestras cortes estatales, salvo los principios que ya he señalado. A continuación, presento un diagrama de flujo de la representación del procedimiento arbitral llevado a cabo ante el CAM¹⁸⁸.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y el Desatino*, op. cit., p. 697.

¹⁸⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. pp. 562 y s.

¹⁸⁸ <http://www.camex.com.mx/index.php/arbitraje-cam/distintivos-del-arbitraje-cam#> consultada el 21/02/2013.



4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1. Personalidad del Estado

Siendo congruentes con el objetivo del presente trabajo de tesis, comienzo este capítulo explicando la personalidad jurídica del Estado, desde el punto de vista de las autoridades en la materia. “Para Ferrara, la personalidad jurídica colectiva es producto del orden jurídico, éste se le reconoce y se la atribuye”¹⁸⁹. Por su parte, para Acosta Romero, “la personalidad jurídica del Estado es concomitante y nace paralelamente con el ente social, es decir, al constituirse un Estado independiente, soberano y autodeterminarse, tiene derechos y obligaciones y, por tanto, tiene, desde ese momento, personalidad jurídica, que no es ni una ficción, ni una creación abstracta del Derecho”¹⁹⁰.

Existen diversas teorías que tratan de explicar la personalidad jurídica del Estado¹⁹¹, como la de la doble personalidad del Estado. Esta teoría afirma que el Estado tiene dos voluntades, una de Derecho Público y una de Derecho Privado; La primera se refleja cuando actúa como soberano frente a los particulares (*con imperium*) y la segunda en las relaciones de coordinación con los particulares.

Otra teoría, similar, es la que sostiene que el Estado tiene una sola personalidad jurídica pero se expresa por dos voluntades, una de Derecho Público, otra de Derecho Privado.

¹⁸⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Primer Curso, Ed. Porrúa, 17ª ed. actualizada, México, 2004, p. 109.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, pp. 109 y s.

¹⁹¹ *Cfr. Ibíd.*, p. 110 y ss.

Concuero con la opinión de Acosta Romero¹⁹², la personalidad del Estado es solo una, así como su voluntad. Esta personalidad surge cuando el estado es libre y soberano y se ve manifestada por diversos órganos de representación, por lo que nunca deja de ser una persona de derecho público capaz de ejercer derechos y cumplir obligaciones.

El estado “cuando se regula por normas de Derecho Civil o algunas otras de Derecho Privado, no deja de ser estado, ni de cumplir las finalidades que al mismo le corresponden”¹⁹³.

Lo anterior quiere decir que, si bien existe un régimen especial para los contratos celebrados con la administración pública, éste no se encuentra alejado del derecho civil y solo otorga prerrogativas especiales a la administración, sin que se trate de otra personalidad del Estado.

4.2. Contratos con la Administración Pública

Para el desarrollo de sus actividades, el estado sostiene relaciones jurídicas con los particulares, las cuales no son todas dentro de un esquema de supra-subordinación. “Un contrato no pierde su naturaleza civil por el hecho de que una ley especial prescriba una formalidad determinada”¹⁹⁴. En este sentido del artículo 1832 CCF¹⁹⁵ se desprende que no existe una incompatibilidad entre un contrato

¹⁹² Cfr. *idem*.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 111.

¹⁹⁴ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, 46ª ed., México, 2007, p. 396.

¹⁹⁵ “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

indiscutiblemente civil y la necesidad de que ciertas circunstancias sean regidas por una ley especial¹⁹⁶.

Los profesores Nava Negrete y Quiroz Acosta en el Diccionario Jurídico Mexicano sostienen que el contrato administrativo es: “el contrato que celebra la administración pública con los particulares con objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación se rige por procedimientos de Derecho Público”¹⁹⁷.

El Doctor Gabino Fraga identifica a los contratos administrativos desde el punto de vista de la finalidad. “Cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo”¹⁹⁸.

“Para que un contrato celebrado por la administración se califique como administrativo, es necesario, primero, que se le relacione con la organización o el funcionamiento de un servicio público – interés general-; segundo, que contenga una o varias cláusulas exorbitantes del Derecho Común”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cfr. FRAGA, Gabino, *op. cit.*, pp. 396 y ss.

¹⁹⁷ MARQUEZ ROMERO, Raúl Coordinador editorial, diccionario jurídico mexicano, Ed. Porrúa IJUNAM, ed. Histórica, México, 2009, p. 834.

¹⁹⁸ FRAGA, Gabino, *op. cit.*, p. 400.

¹⁹⁹ DE LAUBADÉRE, André, *Les Contrats Administratif*, pp. 7, 46, 85, t.I, *Apud.*, SERRA ROJAS, Andrés, *Op. Cit.* p. 639, Nota al pie No. 9.

Existen diversos criterios, como vemos según las definiciones anteriores, que tratan de explicar el contrato administrativo²⁰⁰:

Criterio Subjetivo. Este criterio sostiene que por ser el Estado parte en un contrato se trata de un contrato administrativo.

Criterio de la Jurisdicción. Derivado de que las controversias de estos contratos se ventilan ante tribunales federales (contencioso administrativo), este criterio considera esto como fundamento suficiente para clasificar a los contratos como administrativos.

Criterio Formal. En observancia de ciertas formalidades exigidas por las leyes especiales, como los procedimientos de contratación, se entienden como exclusivas de los contratos administrativos.

Criterio de la Cláusula Exorbitante. De conformidad con este criterio, siempre que se pacten cláusulas que rebasen la órbita del Derecho Civil, cuando se conviene con la administración, o bien se le atribuyen a un particular poderes o facultades específicas respecto a terceros, imposibles de atribuir conforme a Derecho Privado. “[L]a nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia, en ellos, de cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, es decir, de cláusulas que no tendrían cabida dentro del Derecho Común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de Derecho Público”²⁰¹.

La cláusula exorbitante:

²⁰⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo*, IJUNAM, McGraw-Hill, México, 1997, pp. 145 y ss., <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf> consultado el 14/02/2013. | Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Administrativo Especial, Vol. I, Op. Cit.* pp. 632 y ss. | Cfr. BÉJAR RIVERA, LUIS JOSÉ, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Oxford, México, 2007, pp. 241 y ss.

²⁰¹ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General De Los Contratos Administrativos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, vol. 1, p. 103, *Apud, Ibíd.*, p. 147.

Es una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular. El Estado define previamente el régimen jurídico que regulará todos sus actos, que no pueden ser otros que la imperiosa necesidad del mantenimiento de los servicios públicos. Cuando el Estado lo estima conveniente no establece este régimen y el contrato no puede llamarse un contrato administrativo²⁰².

“La existencia de una categoría especial de contratos, los administrativos, solo puede justificarse por la circunstancia de que ellos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el Derecho Civil”²⁰³. Este método ha sido sostenido por el Consejo de Estado Francés²⁰⁴, y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)²⁰⁵ y por nuestros altos tribunales²⁰⁶.

Criterio Teleológico. Este criterio define a los contratos con base en la finalidad que buscan, en este caso podría ser la satisfacción de una necesidad de interés general o un logro de utilidad pública.

Criterio Legal. Es un criterio muy pragmático y se atiene a la letra de la ley.

Criterio Mixto.

Debe prevalecer un criterio mixto, conforme al cual se pueden considerar contratos administrativos, aquellos en los que, cuando menos, una de las partes es una persona de Derecho Público, en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales, y posible contenido de cláusulas exorbitantes del Derecho Privado y no contrarias al Derecho Público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, y cuyas controversias que pudieran suscitarse

²⁰² SERRA ROJAS, Andrés, *Op. Cit.* p. 641.

²⁰³ FRAGA, Gabino, *Op. Cit.* p. 397.

²⁰⁴ También ha sido criticado | *Cfr.* FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.* p. 148 consultado el 14/02/2013 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>.

²⁰⁵ *Cfr.* Pleno. Rubro: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS. Tesis: P. IX/2001.

²⁰⁶ *Cfr.* Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, Rubro: CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL O MERCANTIL. DIFERENCIAS. Tesis: VI.3o.A.50 A.

deberán ser de competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de Derecho Administrativo²⁰⁷.

Concuero con la idea de un criterio mixto, en el que claro, destaca un régimen de las cláusulas exorbitantes, además de que un solo criterio no es suficiente para definir a los contratos administrativos, sin embargo, tendría que ser forzosamente una persona de Derecho Público²⁰⁸ con una persona de Derecho Privado. El “Criterio de la Jurisdicción” está por demás decir que es inaplicable. Como demostraré en el Capítulo 6 del presente trabajo de investigación, con base en el actual régimen jurídico del arbitraje. Mismo que hice mención en el capítulo 3 de la presente tesis.

4.2.1. Principios de los Contratos Administrativos

Derivado de lo anterior podemos decir que el contrato administrativo es: un acuerdo de voluntades por virtud del cual, una persona de Derecho Público, en ejercicio de sus funciones administrativas y observando formalidades especiales (*p.e.* licitación pública), en un régimen exorbitante del Derecho Civil celebra con un

²⁰⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, p. 149. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf> consultado el 14/02/2013.

²⁰⁸ Si fueran dos personas de Derecho Público, estaríamos hablando de contratos de Derecho Público. | LOPS **Artículo 1** [...] Los contratos que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades y los actos jurídicos que se celebren entre dependencias, o bien, los que se lleven a cabo entre alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa, no estarán dentro del ámbito de aplicación de esta Ley. Cuando la dependencia o entidad obligada a realizar los trabajos no tenga la capacidad para hacerlo por sí misma y contrate a un tercero para llevarlos a cabo, este acto quedará sujeto a este ordenamiento. | *Cfr.* LAASSP **Artículo 1** [...] Los contratos que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades, y los actos jurídicos que se celebren entre dependencias, o bien los que se lleven a cabo entre alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa, no estarán dentro del ámbito de aplicación de esta Ley; no obstante, dichos actos quedarán sujetos a este ordenamiento, cuando la dependencia o entidad obligada a entregar el bien o prestar el servicio, no tenga capacidad para hacerlo por sí misma y contrate un tercero para su realización.

particular, para encomendarle la satisfacción de una necesidad de carácter general o del interés público, o el logro de utilidad pública.

Siguiendo las ideas de Jorge Fernández, la teoría del contrato administrativo descansa en una serie de principios, de los que vale la pena resaltar los siguientes²⁰⁹: Principio de legalidad, Principio de Continuidad, Principio de Mutabilidad, Principio de Equilibrio Financiero.

Principio de legalidad. Este principio refiere a que la Autoridad solo puede hacer lo que la ley le permita expresamente, en contraste con los particulares que pueden realizar todo lo que la ley no les prohíba. En este sentido “toda actividad del Estado, ya sea función administrativa, jurisdiccional o legislativa, debe ajustarse a la ley. Así los actos de los órganos del poder ejecutivo han de ser producidos conforme a disposiciones previamente emitidas por el legislador”²¹⁰.

Principio de Continuidad. Este principio observa la importancia de que los trabajos públicos no deben verse interrumpidos, ni retrasados, para que puedan alcanzar oportunamente su finalidad.

Principio de Mutabilidad. Los contratos administrativos pueden ser modificados por la voluntad unilateral del estado, dentro de los límites del interés público y aún en contradicción del principio *pacta sunt servanda*.

²⁰⁹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, p. 151, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf> consultado el 15/02/2013.

²¹⁰ MARTÍNEZ MORALES, RAFAEL I., *Derecho Administrativo, 1er. y 2º. Cursos*, Ed. Oxford, 5ta ed., México, 2004, p. 248.

[L]a administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su voluntad en la gestión del interés general. Su responsabilidad privativa de interés general no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando. De ahí su potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, que aseguren una mejor realización de aquel o una mejor adaptación a sus fines. Potestad cuya renuncia, aun declarada sería nula y sin valor. La inmutabilidad del contrato (principio del *contratus lex*) se ve matizada, coloreada administrativamente, por la inmutabilidad del fin²¹¹.

Asimismo como lo señala Jèze: “sería absurdo que la Administración continuase haciendo funcionar durante años un servicio público que se ha hecho inútil, o que mantuviese una organización que se ha vuelto inadecuada, o recibiese prestaciones que se han hecho inútiles para el servicio público”²¹².

Principio de Equilibrio Financiero. También conocido como el principio de la ecuación financiera, refiere a que el contrato administrativo debe mantener el equilibrio financiero establecido en su celebración, para que ninguna de las partes resulte perjudicada, por una relación inequitativa, sea por causas imputables al Estado o no, para ello se emplean mecanismos como el “hecho del príncipe” y la teoría de la imprevisión²¹³.

Por su parte el Licenciado M. Alejandro Ripoll González²¹⁴, en una conferencia privada en 2009, recopila y señala que los principios que rigen al contrato

²¹¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, p. 225, *Apud.*, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, pp. 152, consultado el 15/02/2013 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>

²¹² JÈZE, Gastón, *Les Principes Généraux de Droit Administratif, Théorie générale des contrats de l'administration*, Rev. de Dr. Pub., 1931, p. 73 *Apud*, FRAGA, Gabino, *op. cit.*, p. 402.

²¹³ *Cfr.* FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, pp. 152 y ss., consultado el 15/02/2013 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>

²¹⁴ RIPOLL GONZÁLEZ, Manuel Alejandro, *Principios de los Contratos Administrativos*, Academia, RRS Abogados, S.C., conferencia privada llevada a cabo el 22 de septiembre de 2009 en las oficinas de Ramos, Ripoll & Schuster Abogados.

administrativo, además de los señalados por el Maestro Jorge Fernández, podemos encontrar: el Principio de Colaboración, Principio del Interés Público, Principio de Desigualdad Jurídica, Principio de Obligaciones Inherentes y Principio de Finalidad. A continuación desarrollo cada uno de estos principios:

Principio de Colaboración. Este principio se basa en la incapacidad del Estado para realizar, por sí mismo, todas las actividades para el cumplimiento de su actividad administradora. Existen varias razones lógicas y políticas por las que los Estados buscan la colaboración de los particulares. Una de ellas es el uso de los recursos públicos de una forma eficiente, transparente y con honradez²¹⁵. “[...] Primeramente la

²¹⁵ *Cfr. Artículo 134.* “Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.”

Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación, los estados y el Distrito Federal, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo anterior. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 74, fracción VI y 79.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales por parte de los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

CPEUM en su artículo 134, reconoce implícitamente la necesidad que tiene el Estado de “colaborar” con los “particulares” para el desempeño de sus funciones”²¹⁶.

Principio del Interés Público. Satisfacer los intereses públicos es la función principal de la Administración Pública. “Debemos entender al interés público como el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de la comunidad y protegidos permanentemente mediante la intervención del Estado [...]”²¹⁷.

Principio de Desigualdad Jurídica. Uno de los principios rectores de los contratos civiles es la igualdad entre las partes. En los contratos administrativos, el Estado, con su posición de superioridad respecto del particular, puede imponer cláusulas especiales que no quedan sujetas a negociación.

El artículo 31 y en general el Título Sexto de la LOPS son muestra de este principio, ya que contienen estipulaciones no negociables. Asimismo, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito en una tesis estableció que “En resumen, para que se den los caracteres distintivos de un contrato administrativo deben concurrir los siguientes elementos: 1) El interés social y el

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.”.

²¹⁶ RIPOLL GONZÁLEZ, Manuel Alejandro, *op. cit.*, p. 7.

²¹⁷ *Idem.*, p. 8.

servicio público; 2) La desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado; 3) La existencia de cláusulas exorbitantes; y, 4) La jurisdicción especial²¹⁸.

Principio de Obligaciones Inherentes. Las obligaciones de las relaciones jurídicas en los contratos administrativos, no solo derivan de éstos, sino también de la ley administrativa especial. Por lo que al existir obligaciones inherentes a éstos, también existen derechos, por consecuencia. Lo anterior se entiende como las obligaciones del Estado, son derechos del particular, y las obligaciones del particular son derechos del Estado²¹⁹. Cabe mencionar que el Estado celebra los contratos, formal y materialmente, en búsqueda de cumplir con sus atribuciones.

En este sentido, la relación de los derechos del Estado y la necesidad de cumplir con sus atribuciones, puede llevar a la necesidad de sacrificar los derechos del particular frente al cumplimiento de sus atribuciones²²⁰.

Principio de Finalidad. El interés público como motivo o fin que busca el Estado en la celebración de los contratos administrativos, es reconocida unánimemente por la doctrina²²¹. Por ejemplo, volviendo a citar al maestro Gabino Fraga “cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas

²¹⁸ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, Rubro: CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL O MERCANTIL. DIFERENCIAS. Tesis: VI.3o.A.50 A. énfasis agregado.

²¹⁹ Cfr. RIPOLL GONZÁLEZ, Manuel Alejandro, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

²²⁰ Cfr. FRAGA, Gabino, *op. cit.*, p. 402.

²²¹ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo, Op. Cit.* | Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel. *Derecho Administrativo Especial, Vol. I, Op. Cit.* | Cfr. RIPOLL GONZÁLEZ, Manuel Alejandro, *Op. Cit.*

no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo”²²².

Por la interrelación que existe entre el principio de obligaciones inherentes, el principio de interés público, y el principio de la finalidad, se puede entender que la actuación del Estado siempre tiene como finalidad el interés público.

Una vez dicho lo anterior será más fácil comprender el concepto de contrato administrativo, y ahondar especialmente en el contrato administrativo de obra pública.

4.2.2. Contrato de Obra Pública

El Contrato Administrativo de Obra Pública, es aquel que tiene por objeto “la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio”²²³.

Según el Doctor Acosta Romero, el Contrato de Obra pública es:

Un acuerdo de voluntades por medio del cual la Administración Pública Federal, Local o Municipal, por conducto de sus dependencias ordena a un particular la construcción o reparación de una obra pública. Se emplea con frecuencia el término obra pública en el sentido material [...] pero debemos entender que obra pública no es solo la que se construye o edifica por primera vez sino también las modificaciones materiales a las obras existentes, como correcciones, ampliaciones, etcétera²²⁴.

²²² FRAGA, Gabino, *op. cit.*, p. 400.

²²³ SERRA ROJAS, Andrés, *Op. Cit.* p. 661.

²²⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Administrativo Especial, Vol. I, Op. Cit.* p. 638.

Para Manuel María Díez, el contrato de obra pública es: “aquel por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueran establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, vale decir, el Estado”²²⁵.

El concepto de obra pública se encuentra en la LOPS, que por su trascendencia transcribo a continuación:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

I. El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble;

II. Se deroga.

III. Los proyectos integrales, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología;

IV. Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

V. Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;

VI. Los trabajos de infraestructura agropecuaria;

²²⁵ DÍEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1967, t. III, p. 27, *Apud*, NAVA NEGRETE, Alfonso y QUIROZ ACOSTA, Enrique en MÁRQUEZ ROMERO, *Op. Cit.* p. 855.

VII. La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten;

VIII. Las asociadas a proyectos de infraestructura que impliquen inversión a largo plazo y amortización programada en los términos de esta Ley, en las cuales el contratista se obligue desde la ejecución de la obra, su puesta en marcha, mantenimiento y operación de la misma, y

IX. Todos aquellos de naturaleza análoga, salvo que su contratación se encuentre regulada en forma específica por otras disposiciones legales. Corresponderá a la Secretaría de la Función Pública, a solicitud de la dependencia o entidad de que se trate, determinar si los trabajos se ubican en la hipótesis de esta fracción.

Los servicios relacionados con las obras públicas, también se encuentran definidos en la LOPS²²⁶. Para los fines de este trabajo de tesis solo utilizaré el término obras públicas, sin embargo deberá entenderse que se incluyen los servicios relacionados en dicho concepto.

El maestro Fernández Ruíz dice que “Para muchos, el de obra pública es el contrato administrativo por antonomasia”²²⁷, y lo define como el contrato mediante el cual “un sujeto a quien se denomina contratista –por lo general un particular–, se obliga a construir, reconstruir, reformar, preparar, mantener o demoler un bien inmueble, mediante el pago de un precio al que se obliga otro sujeto que siempre será un órgano de la administración pública”²²⁸.

²²⁶ Artículo 4 LOPS.

²²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, p. 161, consultado el 24/02/2013 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>.

²²⁸ *Idem*.

4.2.2.1. Elementos Esenciales

Citando al Doctor Serra Rojas, en el contrato administrativo concurren elementos básicos y elementos circunstanciales. Los primeros son²²⁹: a) los sujetos, por una parte la Administración Pública y por la otra una persona de Derecho Privado; b) competencia y capacidad, cabe mencionar que la competencia exclusiva de los tribunales federales ya no es vigente; c) consentimiento, fijado por la leyes administrativas, no cualquier funcionario público puede obligar a la administración; d) forma, que debe ser por escrito; e) Objeto, se encuentra subordinado a la LOPS.

“Todos estos elementos se encuentran subordinados a un régimen general de Derecho Público [...] también en ellas encontramos para determinar los elementos circunstanciales, tales como el plazo, la conmutabilidad, transferibilidad, licitación, garantías y sanciones”²³⁰.

Ahora bien, para el Doctor Acosta Romero, los elementos del Contrato de Obra Pública son²³¹: a) el sujeto activo, que construye u ordena la construcción de la obra; b) el régimen jurídico, generalmente de Derecho Público; c) la obra, destinada a satisfacer necesidades generales; d) sujeto pasivo, el contratista que la ejecuta.

En mi opinión el régimen jurídico al que se encuentran sujetos estos contratos, como ya lo mencioné, es un régimen exorbitante del Derecho Privado, no propiamente de Derecho Público.

²²⁹ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés, *op. cit.*, p. 665.

²³⁰ *Idem.*

²³¹ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Administrativo Especial, Vol. I, Op. Cit.* p. 639.

En resumen²³² podemos encontrar como:

- **Elementos esenciales** de los contratos administrativos a: los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa; de manera aislada se señala también: la forma, la competencia y capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y a la licitación.

- **Elementos no esenciales** podemos encontrar: el plazo, las garantías y las sanciones.

4.3. Acto de Autoridad

El acto de autoridad, se entiende como toda actuación de la Autoridad, lo que es literalmente cierto. Sin embargo, debemos matizarlo para efectos del presente trabajo de investigación. Como comenta el Licenciado Eduardo Pallares,

Se han formulado muchas definiciones del concepto de autoridad. Entre otras cabe citar la del Lic. Trueba Barrera, que dice: “El término autoridad para los efectos del amparo comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales ya de hecho, y por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”. En concepto del autor, la autoridad es el individuo o conjunto de individuos que de hecho o de jure, ejecutan actos de carácter legislativo, administrativo o judicial. Al formular esta definición, me fundo en que todas las autoridades del Estado están comprendidas en los tres poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por lo cual, el concepto general de autoridad ha de comprender a las entidades jurídicas que de un modo o de otro realizan las tres funciones en las que se agota el poder soberano del estado²³³.

Siguiendo estos criterios doctrinales, debemos comenzar por definir “Autoridad” que, según, lo ha establecido nuestros Tribunales, históricamente se consideraba

²³² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, p. 155, consultado el 24/02/2013 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>.

²³³ PALLARES EDUARDO, *Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1967, *sub voce* “autoridad” *Apud.*, CRUZ BARNEY, Oscar, *Solución de Controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Ed. Porrúa – IJJUNAM, México, 2002, p. 165.

como autoridad a aquel ente que dispusiera de la fuerza pública²³⁴. Recientemente nuestra Suprema Corte abandonó este criterio. El criterio vigente es que: “con fundamento en una norma legal pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado”²³⁵.

²³⁴ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO. Rubro: AUTORIDADES, QUIENES LO SON. El carácter de autoridad responsable de una determinada entidad, para los efectos del juicio de garantías, no depende de su naturaleza jurídica, sino de la participación que tenga o pueda tener, con o sin facultades, en la gestación o ejecución de los actos reclamados, y esta cuestión solo puede dilucidarse con pleno conocimiento de causa en la audiencia constitucional, con vista de los informes justificados y de las pruebas que rindan las partes, pues de otra manera se estaría prejuzgando sobre el particular; en consecuencia, debe admitirse la demanda respecto de tal autoridad, sin perjuicio de que en la citada audiencia se resuelva si tiene o no el indicado carácter. Tesis: XXI. 1o. 99 K. | SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Rubro: AUTORIDAD, CONCEPTO DE, PARA EFECTOS DEL AMPARO. De acuerdo con lo establecido por el artículo 103, fracción I, constitucional y el artículo 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, la procedencia del juicio de garantías se encuentra supeditada al hecho de que los actos que en el mismo se reclamen provengan de autoridad, debiendo entenderse por tal, no aquella que se encuentra constituida con ese carácter conforme a la ley, sino a la que dispone de la fuerza pública en virtud de circunstancias legales o de hecho, y que por lo mismo esté en la posibilidad material de obrar como individuo que ejerza actos públicos, dictando resoluciones obligatorias para los gobernados, cuyo cumplimiento pueda ser exigible mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública. Tesis: VI.2o. J/286 | PRIMERA SALA. Rubro: AUTORIDAD. Por autoridad debe entenderse a toda persona que dispone de la fuerza pública, en virtud de circunstancias legales o simplemente de hecho, pues la característica de los actos de autoridad, radica no simplemente en que el autor de estos desempeñe una función pública, sino en que dichos actos lleven el imperio inherente a la facultad de ordenar, es decir, de imponer una voluntad a los demás. Tesis:

²³⁵ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo V, Febrero de 1997; Pág. 118 **AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.** Este Tribunal Pleno considera que debe interrumpirse el criterio que con el número 300 aparece publicado en la página 519 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, que es del tenor siguiente: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El término 'autoridades' para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.", cuyo primer precedente data de 1919, dado que la realidad en que se aplica ha sufrido cambios, lo que obliga a esta Suprema Corte de Justicia, máximo intérprete de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a modificar sus criterios ajustándolos al momento actual. En efecto, las atribuciones del Estado Mexicano se han incrementado

En resumen, Autoridad es quien dicta, ordena, ejecuta, trata de ejecutar u omite ejecutar, un acto que afecta la esfera jurídica del particular de forma unilateral e imperativa²³⁶. Ahora bien, por “Acto de Autoridad”²³⁷ nuestros tribunales han

con el curso del tiempo, y de un Estado de derecho pasamos a un Estado social de derecho con una creciente intervención de los entes públicos en diversas actividades, lo que ha motivado cambios constitucionales que dan paso a la llamada rectoría del Estado en materia económica, que a su vez modificó la estructura estadual, y gestó la llamada administración paraestatal formada por los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal, que indudablemente escapan al concepto tradicional de autoridad establecido en el criterio ya citado. Por ello, la aplicación generalizada de éste en la actualidad conduce a la indefensión de los gobernados, pues estos organismos en su actuación, con independencia de la disposición directa que llegaren a tener o no de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado. Esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad. Por ello, este Tribunal Pleno considera que el criterio supracitado no puede ser aplicado actualmente en forma indiscriminada sino que debe atenderse a las particularidades de la especie o del acto mismo; por ello, el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de amparo, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades. **PLENO**

²³⁶ Cfr. Artículo 5, fracción II de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dispone: “**Artículo 5o.** Son partes en el juicio de amparo: **II.** La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

²³⁷ [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Febrero de 2005; Pág. 1620 **ACTO DE AUTORIDAD. ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO ESTABLECER SI LA ACCIÓN U OMISIÓN DEL ÓRGANO DEL ESTADO REVISTE ESA NATURALEZA.** La concepción del acto reclamado es un tema medular dentro del análisis relativo a la procedencia del juicio de amparo, pues constituye un requisito indispensable para ello, tal como lo disponen los artículos 103 de la Carta Magna y 1o. de la Ley de Amparo, preceptos que consagran la procedencia del amparo, en primer lugar, contra leyes o actos de autoridad; así, conforme a la doctrina, el acto reclamado consiste en un hecho voluntario e intencional, positivo (decisión, ejecución o ambas) o negativo (abstención u omisión) que implica una afectación de situaciones jurídicas abstractas (ley) o que constituye un acto concreto de efectos particulares (acto stricto sensu), imputable a un órgano del Estado e impuesto al gobernado de manera imperativa, unilateral y coercitiva. En este aspecto, no todos los hechos que el particular estime contrarios a su interés son susceptibles de impugnarse en el juicio de garantías, sino únicamente los actos de autoridad; y no todos aquellos que el órgano del Estado realice tendrán esa naturaleza, puesto que dicho calificativo ineludiblemente involucra la actuación o abstención de un órgano estatal frente al gobernado, en sus relaciones de supra a subordinación, cuyas características son la unilateralidad, imperatividad y coercitividad. Consecuentemente, el juzgador, a fin

interpretado que se entienden los actos mediante los cuales la Autoridad afecta, con base en una norma general, unilateralmente, la esfera jurídica de los particulares u omite realizar dicho acto. A continuación, por su trascendencia en la construcción del término y con el fin de reforzar la idea de Autoridad, existen varios criterios judiciales al respecto²³⁸.

Es importante mencionar que la dogmática administrativa, se ha basado en gran medida en la dogmática civil. Por lo que debemos adoptar los criterios de la materia civil para determinar los actos de autoridad²³⁹.

En particular, una de las instituciones nucleares del Derecho, sin calificativos, es la del acto jurídico considerándolo como una manifestación de voluntad que produce consecuencias

de establecer si el acto reclamado tiene la naturaleza de acto de autoridad, debe ante todo constatar si éste afectó de manera unilateral la esfera jurídica de la parte quejosa y si se impuso contra y sobre la voluntad de ésta; adicionalmente, de acuerdo con su naturaleza, debe considerar si puede exigirse su cumplimiento, pues de no concurrir estas condiciones, el juicio de amparo resulta improcedente en contra de actos que no son de autoridad. **DECIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.** Énfasis añadido.

²³⁸ Cfr. [J]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 145-150, Sexta Parte; Pág. 366. **AUTORIDADES. QUIENES LO SON.** Este tribunal estima que para los efectos del amparo son actos de autoridad todos aquellos mediante los cuales funcionarios o empleados de organismos estatales o descentralizados pretenden imponer dentro de su actuación oficial, con base en la ley y unilateralmente, obligaciones a los particulares, o modificar las existentes, o limitar sus derechos. **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO** y [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; Pág. 1089. **AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS.** Las notas que distinguen a una autoridad para efectos del juicio de amparo son las siguientes: a) La existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de supra a subordinación con un particular; b) Que esa relación tenga su nacimiento en la ley, lo que dota al ente de una facultad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser pública la fuente de esa potestad; c) Que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular; y, d) Que para emitir esos actos no requiera acudir a los órganos judiciales ni precise del consenso de la voluntad del afectado. **SEGUNDA SALA.**

²³⁹ Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Rubro: ACTO DE AUTORIDAD. ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO ESTABLECER SI LA ACCIÓN U OMISIÓN DEL ÓRGANO DEL ESTADO REVISTE ESA NATURALEZA. Tesis: Tesis: I.13o.A.29 K.

jurídicas. Sobre tal idea se ha desarrollado la de acto administrativo entendiendo por tal el dictado por un órgano de la Administración, en el ejercicio de una potestad administrativa, por el que se crea, modifica o extingue una situación individualizada²⁴⁰.

En este sentido la autora Julieta Ovalle Piedra opina que la rescisión de los contratos administrativos no debe ser considerada como acto de autoridad. Ya que, en su opinión, realmente es un pacto comisorio expreso²⁴¹, es decir, un acto regido por el derecho civil y no por un régimen especial, o exorbitante. Esta opinión se encuentra basada en un análisis a la regulación de la rescisión administrativa²⁴². Considerando que aunque la figura se encuentre en una ley administrativa, la regulación no difiere del acto civil.

Sin embargo, una reciente tesis aislada emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del sexto circuito expresamente clasifica a la rescisión administrativa como un acto de autoridad²⁴³.

²⁴⁰ ESCUIN PALOP, Vicente, *EL Acto Administrativo Implícito*, Civitas, Madrid, 1999, p. 71, *Apud*, BÉJAR RIVERA, Luis José, *op. cit.*, p. 196.

²⁴¹ [J]; 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Junio de 2001; Pág. 165 **PACTO COMISORIO EXPRESO. OPERA DE PLENO DERECHO, SIN QUE SEA NECESARIO QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL DETERMINE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)**. La interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 1284, 1327, 1348, 1350, 1427 y 1437 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, conllevan a establecer la procedencia del pacto comisorio en los contratos bilaterales como una manifestación de la voluntad negocial de las partes que tiene por objeto la adquisición, por ellas, de una facultad potestativa de rescindir total o parcialmente el contrato en virtud del incumplimiento injusto de las obligaciones consignadas en el pacto, cuyo ejercicio produce, de pleno derecho, la rescisión del contrato, lo que no es contrario al principio que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, puesto que al ser las partes las que pactan libremente la manera de resolverlo, no es preciso que la autoridad judicial determine la procedencia o improcedencia de la rescisión del contrato, en la inteligencia de que la oposición de la parte que incumple al reconocimiento del ilícito, podrá determinar la intervención judicial para el solo efecto de declarar la existencia o inexistencia del mismo. **PRIMERA SALA.**

²⁴² OVALLE PIEDRA, Julieta, *Contratos administrativos y arbitraje en México*, Boletín CAIC, Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, México, agosto 2013, pp. 11 y ss., www.caic.com.mx.

²⁴³ [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3; Pág. 2103. **RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS**

RELACIONADOS CON LAS MISMAS, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD, SUSCEPTIBLE DE SER IMPUGNADO EN LAS VÍAS LEGALES CORRESPONDIENTES, ATENDIENDO AL TIPO DE AUTORIDAD QUE LA EMITE (FEDERAL, ESTATAL O MUNICIPAL) Y LEGISLACIÓN APLICABLE.

Conforme a la jurisprudencia número 2a./J. 4/2010 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, página 312, de rubro: "RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.", y a la ejecutoria que le dio origen dictada en la contradicción de tesis 422/2009, se obtiene que la rescisión administrativa de un contrato de obra pública, decretada por las dependencias y entidades de la administración pública federal, reúne las características para ser considerada como un acto de autoridad, pues con fundamento en los artículos 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se emite esa decisión unilateral, extinguiendo por sí o ante sí una relación contractual en la que es parte un particular, afectando su esfera jurídica; asimismo, dicha rescisión la decreta un órgano integrante de la estructura orgánica de la entidad contratante, sin acudir a los tribunales judiciales o administrativos y sin el consenso de la voluntad del afectado. Así, el indicado criterio es aplicable también tratándose de una resolución de tal naturaleza dictada por una dependencia o entidad de la administración pública del Gobierno del Estado de Puebla o de algún Municipio de esa entidad federativa, pues el citado artículo 134 de la Constitución Federal, que analizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la referida contradicción de tesis, no sólo tiene aplicación en el ámbito federal, sino también en los Estados, pues establece los principios que deben observarse en las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra, a favor de la Federación, los Estados, los Municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales; y el diverso precepto 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que también interpretó el Alto Tribunal, guarda similitud, en su texto, con el artículo 71 de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la Misma para el Estado de Puebla, pues ambos disponen que las dependencias y entidades de la administración pública podrán rescindir administrativamente los contratos en la materia, por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. No escapa a este Tribunal Colegiado que cuando quien dicta la resolución de rescisión administrativa es una dependencia que no es de la administración pública federal no es procedente el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como lo estableció este órgano colegiado en la tesis VI.3o.A.353 A, publicada en los señalados medio de difusión y Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 1387, de rubro: "OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS. CORRESPONDE A LOS JUECES DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y NO AL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS POR LA INTERPRETACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS PARTICULARES CON LAS DEPENDENCIAS DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS EN TÉRMINOS DE LA LEY RELATIVA." **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.**

Amparo en revisión (improcedencia) 403/2011. Ingeniería Especializada en Construcción y Servicios,

Esta tesis aislada se encuentra fundada en una Jurisprudencia por contradicción. Dicha jurisprudencia contiene el criterio actual de la jurisdicción y competencia (como regla general) para la interpretación de los contratos administrativos celebrados por la federación o sus órganos²⁴⁴.

S.A. de C.V. 27 de octubre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Raúl Oropeza García. Secretario: Alejandro Ramos García.

Nota: La parte conducente de la ejecutoria relativa a la contradicción de tesis 422/2009 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, marzo de 2010, página 1977.

Por instrucciones del Tribunal Colegiado de Circuito, la tesis que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 3, febrero de 2012, página 2404; se publica nuevamente con las modificaciones en rubro y texto que el propio tribunal ordena sobre la tesis originalmente enviada. Énfasis agregado.

²⁴⁴ [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Enero de 2010; Pág. 312. **RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.** Del artículo 14, fracción VII, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que establece que este órgano jurisdiccional conocerá de los juicios promovidos contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la administración pública federal, a través del juicio contencioso administrativo regulado en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se concluye que la rescisión administrativa de contratos públicos decretada con fundamento en los artículos 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es impugnabile en el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pues se declara ante su incumplimiento; a su vez, la sentencia definitiva emitida en el juicio referido podrá reclamarse en amparo directo ante un Tribunal Colegiado de Circuito, con fundamento en los artículos 44, 46, 158 y 159 de la Ley de Amparo y 37, fracción I, inciso b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el cual ejercerá un control constitucional sobre lo resuelto respecto de la rescisión administrativa. **SEGUNDA SALA.**

CONTRADICCIÓN DE TESIS 422/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Quinto y Cuarto, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 9 de diciembre de 2009. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Roberto Rodríguez Maldonado. Énfasis agregado.

Estos criterios son los más recientes y es como debemos proceder. Por lo que para efectos de mi tesis considero ambos criterios como los correctos.

Ahora bien, en mi opinión, podemos considerar al acto de autoridad, como el género y el acto administrativo como la especie. Por lo que todo acto administrativo debe entenderse como un acto de autoridad, pero no todo acto de autoridad es un acto administrativo.

Lo anterior es así ya que por acto administrativo podemos entender, según Manuel M. Diez, que el acto administrativo “es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en el ejercicio de la potestad administrativa”²⁴⁵.

Sin embargo,

Construir un concepto adecuado de acto administrativo que cubra todas las implicaciones del mismo resulta complejo”²⁴⁶, no menos cierto es que “para definir lo que se debe entender por un acto administrativo, podemos advertir ciertos elementos comunes [...] entendiendo como tal, entonces, a toda declaración de voluntad unilateral y concreta, dictada por un órgano de la administración pública, en ejercicio de su competencia administrativa, cuyos efectos jurídicos son directos e inmediatos”²⁴⁷.

Dicho lo anterior, podemos observar que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de Obra Pública, son actos de autoridad, toda vez que cumplen con las características mencionadas. Tomo como fundamento los artículos 60 y 61 de la LOSP, que, por su importancia, transcribo a continuación:

²⁴⁵ DIEZ, Manuel M., *Apud* MÁRTINEZ MORALES, Rafael I., *op. cit.*, p.240.

²⁴⁶ BÉJAR RIVERA, Luis José, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

²⁴⁷ PÉREZ DAYAN, Alberto, *Teoría General del Acto Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 53.

Artículo 60. Las dependencias y entidades podrán suspender temporalmente, en todo o en parte, los trabajos contratados por cualquier causa justificada. Los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades designarán a los servidores públicos que podrán ordenar la suspensión y determinar, en su caso, la temporalidad de ésta, la que no podrá ser indefinida.

Asimismo, podrán dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general; existan causas justificadas que le impidan la continuación de los trabajos, y se demuestre que de continuar con las obligaciones pactadas se ocasionaría un daño o perjuicio grave al Estado; se determine la nulidad de actos que dieron origen al contrato, con motivo de la resolución de una inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública, o por resolución de autoridad judicial competente, o bien, no sea posible determinar la temporalidad de la suspensión de los trabajos a que se refiere este artículo. En estos supuestos, la dependencia o entidad reembolsará al contratista los gastos no recuperables en que haya incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la operación correspondiente.

Artículo 61.- Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

I. Se iniciará a partir de que al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes, y

II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, la dependencia o entidad contará con un plazo de quince días para resolver, considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer el contratista. La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de dicho plazo.

III. Se deroga.

Las dependencias y entidades podrán, bajo su responsabilidad, suspender el trámite del procedimiento de rescisión, cuando se hubiere iniciado un procedimiento de conciliación respecto del contrato materia de la rescisión.

Así pues, se pacte²⁴⁸ o no, en el contrato de obra pública, la entidad contratante puede, de manera unilateral y obligatoria, concluir la relación contractual con el particular. Mediante la rescisión administrativa o la terminación anticipada de la

²⁴⁸ Aunque pactar causales de Terminación Anticipada sería un pacto nulo. Artículo 150 RLOPS.

relación contractual. La regulación de la terminación anticipada y la rescisión administrativa, se encuentra en los artículos 150 a 163 RLOSP.

En este sentido, haciendo un análisis lógico jurídico sobre la naturaleza jurídica de la terminación anticipada y la rescisión administrativa de los contratos de Obra Pública podemos decir que encuentran su fundamento en una norma general (ley), son actos unilaterales y obligatorios que afectan la esfera jurídica del particular. Por lo tanto no cabe duda que son de Actos de Autoridad. El resultado de este análisis se realiza a la luz del criterio de la SCJN que considero vigente, que es considerar a la rescisión administrativa como un acto de autoridad²⁴⁹.

Cabe destacar que recientemente este criterio ha tenido continuidad por un Tribunal Colegiado²⁵⁰. Sin embargo, es de resaltar que estos actos sólo se pueden realizar dentro de una relación contractual previa entre el estado y el particular.

²⁴⁹ [J]; 8ª. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Núm. 78, Junio de 1994; Pág. 18. **CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.** Tomando en consideración que la resolución mediante la cual una autoridad rescinde unilateralmente y en forma imperativa un contrato de obra pública, por causas que se dicen imputables al contratista, con apoyo en los artículos 43 de la Ley de Obras Públicas y 58 de su Reglamento, así como en una de las cláusulas del propio contrato, constituye un acto de autoridad de naturaleza administrativa, relacionado con un contrato también administrativo y con disposiciones de esa materia, como lo son la citada Ley de Obras Públicas y su Reglamento, resulta competente para conocer del juicio administrativo federal iniciado por el particular en contra de la autoridad emisora del acto, el juez de Distrito en Materia Administrativa respectivo, pues concurren los requisitos que el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación exige para que se actualice dicha hipótesis competencial, consistente en la existencia de una controversia suscitada con motivo de la aplicación de una ley federal, en la que deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad de naturaleza administrativa. **PLENO.** Énfasis agregado.

²⁵⁰ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO, Rubro: **RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD, SUSCEPTIBLE DE**

5. CONVENENCIA DE ARBITRAR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En mi opinión, no cabe duda que los actos de autoridad son inarbitrables. Por dos razones, la primera es que no se puede someter al Estado a arbitraje en virtud de la ejecución de una potestad soberana e irrenunciable, sin su consentimiento. La segunda es que la relación jurídica Estado-particular se encuentra regulada por un régimen especial (relación de supra-subordinación). Sin embargo, existen motivos que nos hacen pensar que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública deberían ser arbitrables. En este sentido, dedico el presente capítulo a reflexionar sobre la conveniencia de arbitrar la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública. Las reflexiones que aquí pongo a consideración, se basan principalmente en su naturaleza jurídica.

La rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública tienen una naturaleza jurídica compartida. Son actos de autoridad, por ser facultad potestativa e irrenunciable del Estado (*Cfr.* Artículos 60 y 61 LOPS). La rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública se presentan como el origen del régimen exorbitante de los contratos administrativos. En este sentido, no debemos perder de vista que la Rescisión Administrativa y la Terminación Anticipada de los Contratos de Obra Pública son Cláusulas Exorbitantes, actos “*iure gestionis*” tratados por la LOPS como actos de “*iure imperii*”²⁵¹, que resulta de una influencia del derecho francés²⁵².

SER IMPUGNADO EN LAS VÍAS LEGALES CORRESPONDIENTES, ATENDIENDO AL TIPO DE AUTORIDAD QUE LA EMITE (FEDERAL, ESTATAL O MUNICIPAL) Y LEGISLACIÓN APLICABLE.

Tesis Aislada: VI.3º.A.4 A (10ª.). Previamente citada en esta sección.

²⁵¹ WÖSS, Herfried, “El Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México (La anulación del laudo del caso ICC 13613/CCO/JRF)”, Revista del Club Español del Arbitraje – 14/2012, p. 125 consultado el 18/03/2013.

²⁵² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje y Contratación Gubernamental*, CAIC, Boletines, consultado el 18/03/2013 http://www.caic.com.mx/boletines/ARBITRAJE_Y_CONTRATACION_GUBERNAMENTAL.pdf .

La rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública sólo pueden existir si previamente se concertó un acuerdo de voluntades entre el estado y el particular. Lo que no los hace menos un elemento esencial de los contratos de obra pública. Sin embargo, quiere decir que sólo se pueden entender en un contrato de obra pública. Es decir, en una relación sinalagmática Estado-particular.

En este sentido podemos concluir que la naturaleza jurídica de la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos es compartida. Efectivamente son actos de autoridad y efectivamente son cláusulas contractuales. Hacer notar esta naturaleza resulta de suma importancia para nuestra investigación, ya que es de destacar que la característica potestativa de estos actos no se ve afectada por su arbitrabilidad. Como lo fundamentare en el presente capítulo.

Algunos autores como el Doctor González de Cossío²⁵³, opinan que con la autorización del Estado la rescisión administrativa y terminación anticipada de los contratos de obra pública se podrían arbitrar. Comparto la opinión del Doctor González de Cossío, ya que con la eliminación de la prohibición podrían arbitrase dichos actos de autoridad, por no derivarse aislada o espontáneamente, sino porque el Estado se encuentra en una relación jurídica con el particular, aun y cuando la facultad derive de la ley.

[E]n este contexto quisiera señalar la conveniencia de incluir el arbitraje en los contratos o concesiones entre particulares y la administración pública para procurar evitar incurrir en el problema que, ya desde hace tiempo, apuntada el maestro Gabino Fraga al decir que “el control que la administración ejerce sobre sus propios actos (...) es insuficiente para la debida protección de los derechos de los administrados puesto que no existe la imparcialidad necesaria para llegar a considerar el propio acto o el acto del inferior como ilegal y para dejarlo, en consecuencia, sin efecto...”. Es cierto que dicho comentario es brindado en el contexto de la conveniencia que el control jurisdiccional de la administración sea realizado por un órgano distinto al que emitió el acto

²⁵³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 2011, p. 226.

impugnado. Sin embargo, considero que la misma consideración milita a favor de darle dicha facultad a terceros que reúnan un perfil determinado de independencia, imparcialidad, pericia y profesionalismo mediante la herramienta del arbitraje²⁵⁴. (Como bien lo podría ser cualquier árbitro).

La consideración de poder arbitrar la rescisión administrativa y la terminación anticipada no proviene de la nada, sino encuentra su fundamento en casos en los que ya se han arbitrado actos de autoridad. Cabe resaltar que el procedimiento de rescisión administrativa puede ser suspendido si las partes se someten a un procedimiento de conciliación respecto del contrato que se pretende rescindir.

En este sentido, y considerando en todo momento que el arbitraje armoniza con los principios del artículo 134 CPEUM²⁵⁵, mis argumentos se encuentran divididos y enunciados de la siguiente manera: 1) No existe una jurisdicción exclusiva; 2) No se afecta el régimen exorbitante de los contratos administrativos; 3) Los contratos administrativos son transigibles; 4) Otras leyes lo prevén; 5) Existen casos en tratados internacionales donde se permite arbitrar los actos de autoridad (TLCAN); y, por último, 6) Existen casos Internacionales que tienden a hacer arbitrables los actos de autoridad (Caso COMMISA).

5.1. No existe una jurisdicción exclusiva

Como hice mención al inicio del presente trabajo de investigación, históricamente existía una jurisdicción exclusiva acogida por los tribunales estatales para la resolución de los conflictos derivados de contratos administrativos. Como ya lo mencioné, varios doctrinistas considera(ba)n que la jurisdicción exclusiva era un elemento esencial de los contratos administrativos de obra pública.

²⁵⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. p. 78.

²⁵⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y Contratación Gubernamental*, op. cit., p. 20.

En nuestro país se ha eliminado la competencia exclusiva de los tribunales federales en materia de contratos administrativos paulatinamente. Desde 1994 la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas²⁵⁶, preveía la jurisdicción estatal solo como regla general y no como competencia exclusiva. Por su importancia transcribo el artículo 15 de la citada ley:

Artículo 15.- Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, salvo aquéllas en que sean parte empresas de participación estatal mayoritaria o fideicomisos públicos, serán resueltas por los tribunales federales.

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen esta materia de manera expresa.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados de que México sea parte o de que la Contraloría conozca, en la esfera administrativa, de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los contratos antes referidos, en los términos del Título Sexto de esta Ley.

Sólo podrá pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquéllas controversias que determine la Secretaría, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos de pleno derecho.²⁵⁷

Como se desprende del citado artículo, esta disposición era, la regla general de la competencia. En caso de que las leyes o reglamentos que regían a las entidades, no contuvieran disposiciones en este sentido. Asimismo, este artículo permitía pactar cláusulas arbitrales respecto de controversias que autorizará la SHCP, previa opinión de la SE. Además deja la ventana abierta a las disposiciones que se pudieran pactar en los tratados internacionales. Que nos hace pensar que dichos tratados pueden ir en contra de esta disposición.

²⁵⁶ Publicada en el DOF, 30 de diciembre de 1993, vigente a partir del 01 de enero de 1994.

²⁵⁷ Énfasis agregado.

Ahora bien, para el año 2000, en el que se publicó una ley para regular las adquisiciones del Estado y otra para regular la obra pública. Dicha ley (LOPS) no se alejaba mucho de la recién abrogada Ley de Adquisiciones y Obra Pública, ya que disponía que:

Artículo 15.- Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales.

Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente.

Lo previsto en los dos párrafos anteriores es sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte, o de que en el ámbito administrativo la Contraloría conozca de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los procedimientos de contratación, o bien, de las quejas que en audiencia de conciliación conozca sobre el incumplimiento de lo pactado en los contratos.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen de manera expresa la forma en que podrán resolver sus controversias.²⁵⁸

Posteriormente, este artículo fue reformado en el año 2009. Estrechamente relacionada con una reforma constitucional²⁵⁹ de 2008, especialmente al artículo 17 en su tercer párrafo (actualmente el cuarto párrafo) se dispone que: *“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”*. En este sentido el artículo 15 dispone desde entonces lo siguiente:

²⁵⁸ Énfasis agregado.

²⁵⁹ DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el DOF el 18 de junio de 2008.

Artículo 15. Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

La solución de las controversias se sujetará a lo previsto por el Título Séptimo de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte.²⁶⁰

Como vemos las excepciones que se pudieran llegar a pactar en los tratados internacionales son una constante. Ahora bien, el Título Séptimo hace referencia a la solución de controversias en los contratos de obra pública. El título de referencia regula la instancia de inconformidad, la conciliación y el arbitraje de los contratos de obra pública (*Cfr. infra §6.3*).

Como vemos, la tendencia histórica de nuestros legisladores es en el sentido de eliminar la exclusividad de competencia de los tribunales estatales. Actualmente en la LOPS existen diversas disposiciones que demuestran la no exclusividad, por ejemplo:

Artículo 103. Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de los contratos celebrados con base en esta Ley, serán resueltas por los tribunales federales, en los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alterno de solución de controversias, o éstas no resulten aplicables.

De conformidad con el artículo 14 fracción VII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, este Tribunal es el competente para resolver las cuestiones derivadas de los contratos de obra pública²⁶¹. Esto no quiere

²⁶⁰ Énfasis agregado.

²⁶¹ Segunda Sala, Rubro: RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. Tesis: 2a./J. 4/2010 | *Cfr.* Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito. Rubro:

decir que sea una jurisdicción exclusiva, sino especializada. Por su trascendencia transcribo dicho artículo a continuación:

ARTÍCULO 14.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación: [...]

VII. Las que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; [...]

En mi opinión y con fundamento en lo anteriormente expuesto, hoy en día no existe la jurisdicción exclusiva de los tribunales estatales respecto de los contrato de obra pública. Luego entonces, no existe un argumento en este sentido para prohibir o limitar la arbitrabilidad de la rescisión administrativa o la terminación anticipada de los contratos de obra pública.

5.2. No se afecta el régimen exorbitante

El régimen exorbitante de los contratos de obra pública, en mi opinión es lo que realmente hace que un contrato de obra pública sea un contrato administrativo. En este sentido, no resulta factible que se pierda este régimen especial y diferenciador de los demás contratos civiles. Lo que no sucede permitiendo su arbitrabilidad.

Como ya mencioné la terminación anticipada y la rescisión administrativa tienen su fundamento²⁶² en los artículos 60 y 61 de la LOPS.

RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE ADQUISICIONES O DE OBRA PÚBLICA. CONTRA DICHA DETERMINACIÓN DEBE AGOTARSE EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO (INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 56/2007). Tesis: III.2o.A.253 A (9a.).

²⁶² También se encuentran regulados por los artículos 150 a 163 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Artículo 60. Las dependencias y entidades podrán suspender temporalmente, en todo o en parte, los trabajos contratados por cualquier causa justificada. Los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades designarán a los servidores públicos que podrán ordenar la suspensión y determinar, en su caso, la temporalidad de ésta, la que no podrá ser indefinida.

Asimismo, podrán dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general; existan causas justificadas que le impidan la continuación de los trabajos, y se demuestre que de continuar con las obligaciones pactadas se ocasionaría un daño o perjuicio grave al Estado; se determine la nulidad de actos que dieron origen al contrato, con motivo de la resolución de una inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública, o por resolución de autoridad judicial competente, o bien, no sea posible determinar la temporalidad de la suspensión de los trabajos a que se refiere este artículo. En estos supuestos, la dependencia o entidad reembolsará al contratista los gastos no recuperables en que haya incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la operación correspondiente.

Artículo 61.- Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

- I. Se iniciará a partir de que al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes, y
- II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, la dependencia o entidad contará con un plazo de quince días para resolver, considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer el contratista. La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de dicho plazo.
- III. Se deroga.

Las dependencias y entidades podrán, bajo su responsabilidad, suspender el trámite del procedimiento de rescisión, cuando se hubiere iniciado un procedimiento de conciliación respecto del contrato materia de la rescisión.²⁶³

En este sentido las facultades potestativas del Estado para dar por terminado anticipadamente o rescindir administrativamente un contrato de obra pública no se ven afectadas de manera alguna. El sometimiento a cualquier medio alternativo, o incluso a la solución de controversias derivadas de estos actos es posterior a la decisión del

²⁶³ Énfasis agregado.

Estado. Es decir, el Estado no se ve afectado, en cuanto a sus facultades potestativas, si una vez dictadas, se resuelven las controversias que pudieran surgir por un medio alternativo al existente, que son los tribunales de la federación.

Abundando en este tema, es importante resaltar que la rescisión administrativa y la terminación anticipada no se deciden, o en caso de permitirse, no se decidirán a través de un árbitro, mediador o cualquier medio alternativo que se piense. Como actualmente no se deciden a través de un tribunal. Sino únicamente significa un cambio de sede para la solución de las controversias que pudieran surgir derivadas de una rescisión administrativa o terminación anticipada de un contrato de obra pública.

5.3. Los contratos administrativos son transigibles

En términos generales, como ya lo había citado, para determinar si una controversia es arbitrable conforme a nuestra legislación, se debe examinar que²⁶⁴:

- (i) no sea una materia expresamente excluida;
- (ii) sea una materia de libre disposición;
- (iii) no afecte el interés público nacional; y
- (iv) no involucre un derecho de tercero.

Ahora bien, por obvias razones no me pronunciare sobre el punto (i), en cuanto a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa o la terminación anticipada de los contratos de obra pública, ya que espero que nuestros legisladores lo hagan en un futuro cercano. Sin embargo, la rescisión administrativa y la terminación anticipada de

²⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit. pp. 101 y ss.

los contratos de obra pública no se encuentran excluidas para ser sometidos a conciliación²⁶⁵, tal y como lo disponen los artículos de la LOPS que cito a continuación:

Artículo 95. En cualquier momento los contratistas o las dependencias y entidades podrán presentar ante la Secretaría de la Función Pública solicitud de conciliación, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos.

Una vez recibida la solicitud respectiva, la Secretaría de la Función Pública señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá iniciar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud.

La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del contratista traerá como consecuencia tener por no presentada su solicitud.

Artículo 96. En la audiencia de conciliación, la Secretaría de la Función Pública, tomando en cuenta los hechos manifestados en la solicitud y los argumentos que hiciere valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.

Artículo 97. En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente. La Secretaría de la Función Pública dará seguimiento a los acuerdos de voluntades, para lo cual las dependencias y entidades deberán remitir un informe sobre el avance de cumplimiento del mismo, en términos del Reglamento de esta Ley.

En caso de no existir acuerdo de voluntades, las partes podrán optar por cualquier vía de solución a su controversia.²⁶⁶

Es importante mencionar que históricamente ha sido posible resolver mediante conciliación las controversias derivadas de los contratos administrativos (*Cfr.* Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los mismos, publicada en el DOF 04 de enero de 2000). Así como hacer resaltar el hecho de que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública no se encuentran excluidas de someterse a este medio alternativo de solución de controversias.

²⁶⁵ "Such conciliation procedure is fairly efficient and frequently used by parties to public contracts" WÖSS, Herfried, *MEXICO: Dispute resolution under the new public-private partnerships law*, The international journal of commercial and treaty arbitration, Global Arbitration Review, México, 2012, p. 3.

²⁶⁶ Énfasis agregado.

Cabe resaltar que en el caso de que no sea posible resolver dicha controversia por conciliación, se puede optar por cualquier otro medio. Por ejemplo, arbitraje. Así pues, en el caso de que el Estado decreta la terminación anticipada de un contrato de obra pública, el particular, inconforme con dicha decisión, puede presentar una solicitud de conciliación. En caso de que la controversia no llegue a una solución, legalmente se podría someter por ejemplo a un *dispute board*.

Luego entonces, resulta un contrasentido que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos no sean arbitrables, pero si puedan ser sometida a cualquier otro medio de solución de controversias, una vez que se sometió a conciliación.

Ahora bien, en cuanto sea una materia de libre disposición, es necesario que se permita expresamente su arbitrabilidad, con el fin de cumplir con este requisito. En cuanto al interés público nacional no se ve afectado, ya que es de interés público que las controversias, máxime si son del Estado. Ya que es necesario que se resuelvan con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez²⁶⁷. Como ya lo mencioné [Cfr. *infra* §4.6] el arbitraje cumple con estas características (ventajas).

Por último, en cuanto a los derechos de terceros, estos no se ven involucrados de forma alguna. Cabe hacer hincapié que si expresamente se permite la arbitrabilidad de la terminación anticipada y rescisión administrativa de los contratos de obra pública de la siguiente manera:

Artículo 98. Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones

²⁶⁷ Principios de la administración pública. Cfr. Artículo 134 CPEUM.

derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

~~No Será materia de arbitraje **incluso** la rescisión administrativa, y la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.~~

No habría lugar a duda sobre su arbitrabilidad.

En mi opinión, me parece un contrasentido jurídico que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública puedan ser sometidos a algunos MASC pero a otros no. Asimismo, esta situación rompe con el principio de la continencia de la causa, en el que todos los puntos litigiosos derivados de un sólo acto, deben resolverse en conjunto. El problema de la redacción actual son los juicios paralelos a los arbitrajes. Donde el riesgo es obtener sentencias/laudos contradictorios. En este sentido dado que la jurisdicción de tribunales federales es supletoria en caso de ausencia de acuerdo arbitral, es lógico pensar que debe ser éste quien absorba la competencia para resolver cualquier controversia derivada de los contratos de obra pública.

5.4. Otras leyes lo prevén

La LOPS es la única que regula el contrato de obra pública, sin embargo existen otras leyes que regulan diferentes contratos administrativos. En este sentido algunas leyes, reglamentos, lineamientos y acuerdos prevén el arbitraje para la solución de controversias derivadas de contratos administrativos. Como la que regula el contrato de asociación público-privada, especialmente el reglamento que dispone lo siguiente:

Artículo 143.- Con las limitaciones señaladas en el artículo 139, párrafo tercero, de la Ley, las partes de un contrato de asociación público-privada podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato, particularmente sobre las causales de rescisión previstas en el artículo 122, fracciones I y II, de la Ley, así como las acordadas por las partes.

Los actos de autoridad considerados como tales para efectos de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no podrán ser materia de la cláusula arbitral.²⁶⁸

Como referencia general el artículo 139²⁶⁹ dispone en su tercer párrafo que “*No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.*”, sin embargo, conforme al RLAPP “particularmente” el tribunal arbitral tiene la facultad de resolver controversias que deriven de las causales de rescisión del artículo 122 de la LAPP. Este artículo dispone lo siguiente:

Artículo 122. Sin perjuicio de las demás previstas en cada contrato, serán causas de rescisión de los contratos de asociación público-privada, las siguientes:

- I. La cancelación, abandono o retraso en la ejecución de la obra, en los supuestos previstos en el propio contrato;
- II. La no prestación de los servicios contratados, su prestación en términos distintos a los pactados, o la suspensión de éstos por más de siete días naturales seguidos, sin causa justificada; y
- III. En caso de que el proyecto requiera autorizaciones para la prestación de los servicios, la revocación de éstas.

En todo caso, los incumplimientos se sujetarán a lo dispuesto por las partes en el contrato y cualquier controversia al respecto será resuelta por los tribunales federales, o en su caso, mediante el procedimiento arbitral correspondiente.

²⁶⁸ Énfasis agregado.

²⁶⁹ **Artículo 139.** Las partes de un contrato de asociación público-privada podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato en términos de lo dispuesto en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio.

El procedimiento arbitral podrá convenirse en el propio contrato o en convenio independiente. En todo caso, se ajustará a lo siguiente:

- I. Las leyes aplicables serán las Leyes Federales Mexicanas;
- II. Se llevará en idioma Español; y
- III. El laudo será obligatorio y firme para ambas partes. En su caso, sólo procederá el juicio de amparo. No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.

La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.

El contenido de este artículo no difiere de manera sustancial de lo dispuesto en el artículo 61 de la LOPS²⁷⁰. Cabe mencionar que por definición, una rescisión sólo puede darse ante un incumplimiento de alguna de las partes en el contrato.

Por lo que existe una clara contradicción entre el RLAPP con la LAPP y la LOPS. La LAPP y la LOPS son claras, la primera al decir que los actos de autoridad (como ya establecí, la rescisión es un acto de autoridad²⁷¹) no son arbitrables y la segunda al especificar que la rescisión administrativa y terminación anticipada de los contratos de obra pública no son arbitrables. Sin embargo, aplicando el principio pro-arbitraje debería prevalecer la disposición del RLAPP²⁷².

Ahora bien, la ley vigente²⁷³ a las contrataciones que realiza la paraestatal Petróleos Mexicanos (“PEMEX”) dispone literalmente en su artículo 72 que:

Artículo 72.- Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios se regirán por las leyes federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales.

Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto.²⁷⁴

Como se puede observar, la Ley de PEMEX no diferencia, ni excluye la arbitrabilidad de ninguna controversia derivada de sus contratos administrativos.

²⁷⁰ **Artículo 61.-** Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. [...]

²⁷¹ *Cfr. infra §5 in fine.* | *Cfr.* Artículo 92 LAPP.

²⁷² Artículo 122 *in fine*.

²⁷³ Ley de Petróleos Mexicanos publicada en el DOF el día 28 de noviembre de 2008.

²⁷⁴ Énfasis agregado.

Asimismo, el Reglamento de la Ley de Petróleos Mexicanos²⁷⁵ es consistente con la Ley de Petróleos Mexicanos al disponer lo siguiente:

Artículo 63.- Los Organismos Descentralizados contratantes buscarán las mejores prácticas para la administración eficiente de los contratos, previando los mecanismos contractuales para solucionar los problemas que se presenten durante la ejecución, así como, en su caso, las diferencias y discrepancias surgidas entre las partes.

Si las diferencias son de carácter exclusivamente técnico, éstas se podrán someter al criterio de peritos o expertos designados directamente por las partes, en los términos y condiciones acordados en el contrato.

Artículo 64.- Las Disposiciones Administrativas de Contratación establecerán las causas, procedimientos y efectos de la rescisión administrativa, terminación anticipada y suspensión parcial o total de los contratos para llevar a cabo las Adquisiciones, Arrendamientos, Obras y Servicios de las Actividades Sustantivas de Carácter Productivo. El procedimiento de rescisión instaurado por las entidades será de naturaleza administrativa y no requerirá de declaración judicial o arbitral.

En las rescisiones administrativas o terminaciones anticipadas, se procederá a realizar un finiquito en los términos de este reglamento y de las Disposiciones Administrativas de Contratación.²⁷⁶

Las Disposiciones Administrativas²⁷⁷ a que se refiere el artículo anteriormente citado, son igualmente consistentes con la Ley y el Reglamento. En relación a nuestro tema, estas Disposiciones Administrativas prevén lo siguiente:

ARTÍCULO 68.- Tratándose de los mecanismos a que se refiere el artículo 63 del Reglamento, en el caso de que el contrato no incluya cláusulas que prevean los mismos, éstos podrán ser pactados, si el Organismo Descentralizado contratante lo considera conveniente, mediante convenio escrito celebrado entre las partes ya sea antes o después de que surja la controversia en cuestión. Adicionalmente, las partes podrán establecer en el contrato el pacto arbitral, en los términos que establezca para tal efecto el Área Jurídica, para aquéllas controversias que no hayan sido resueltas en definitiva a través de los mecanismos pactados en el contrato.

²⁷⁵ Publicada en el DOF el 04 de septiembre de 2009.

²⁷⁶ Énfasis agregado.

²⁷⁷ DISPOSICIONES administrativas de contratación en materia de adquisiciones, arrendamientos, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios. Publicadas en el DOF el 06 de enero de 2010. Última reforma publicada en el DOF el día 12 de marzo de 2012.

En los contratos se deberá establecer que los Proveedores y Contratistas podrán acudir a la instancia arbitral una vez que hayan agotado los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato.

Por lo que ve a la LAASSP, las disposiciones relacionadas con la arbitrabilidad de los contratos administrativos que esta regula, son muy similares a los de la LOPS, incluso podrían considerarse como una copia al carbón de las disposiciones de la LOPS, como a continuación transcribo:

Artículo 15. Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

La solución de las controversias se sujetará a lo previsto por el Título Sexto de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte.

Artículo 77. En cualquier momento los proveedores o las dependencias y entidades podrán presentar ante la Secretaría de la Función Pública solicitud de conciliación, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos o pedidos.

Una vez recibida la solicitud respectiva, la Secretaría de la Función Pública señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá iniciar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud.

La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del proveedor traerá como consecuencia tener por no presentada su solicitud.

Artículo 80. Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.

Artículo 81. El arbitraje podrá preverse en cláusula expresa en el contrato o por convenio escrito posterior a su celebración. En las políticas, bases y lineamientos deberá establecerse el área o servidor público responsable para determinar la conveniencia de incluir dicha cláusula o firmar el convenio correspondiente.

Artículo 84. Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos.

El Reglamento de la LAASSP²⁷⁸ sólo dispone²⁷⁹ que deberá ser un servidor público con nivel jerárquico de director quien decida sobre la conveniencia de pactar una cláusula arbitral. Sin embargo, no da las bases para que el servidor público responsable pueda tomar esta decisión²⁸⁰.

En cuanto a Políticas, Bases y Lineamientos (“POBALINES”), derivado de mi investigación me encontré con los de varias dependencias que contienen disposiciones relevantes para el tema que nos ocupa. Sin embargo sólo menciono los siguientes: en primer lugar hago referencia al POBALIN de la Comisión Nacional de Acuicultura y Pesca²⁸¹, que en la sección V.1.7. Firma de Contratos dispone, en su tercer párrafo, literalmente lo siguiente:

[E]n términos del artículo 99 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Dirección General de Infraestructura será la facultada para determinar la conveniencia de incluir en los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, la cláusula de arbitraje o incorporarla mediante convenio escrito posterior a la celebración del contrato.

²⁷⁸ Publicado en el DOF el 28 de julio de 2010.

²⁷⁹ **Artículo 137.**- El servidor público facultado para determinar la conveniencia de incluir la cláusula arbitral o firmar el convenio correspondiente, en los términos del artículo 81 de la Ley, deberá tener nivel jerárquico de director general en las dependencias o equivalente en las entidades.

²⁸⁰ Cabe destacar que el artículo 80 de la LAASSP fue reformado mediante un decreto publicado en el DOF el 16 de enero de 2012. Desde la reforma de 2009 y hasta 2012, este artículo disponía que: **“Artículo 80.** Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos de prestación de servicios de largo plazo previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta Ley o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.”.

²⁸¹ POLÍTICAS, bases y lineamientos en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas de la Comisión Nacional de Acuicultura y Pesca publicadas en el DOF el 10 de julio de 2013.

De manera similar, el POBALIN en materia de obra pública de la Procuraduría General de la República²⁸² (Dirección General de Recursos Materiales y Servicios Generales), dispone literalmente lo siguiente:

6.13. Área o nivel jerárquico del Servidor Público responsable de determinar la conveniencia de incluir una cláusula de arbitraje en los contratos de obras públicas y/o servicios relacionados con las mismas o en su caso, para la posterior elaboración de un convenio en el que se establezca dicha condición.

La DGRMSG a través de la DGAI, la DP o la DO indistintamente, consultará a la DGAJ, acerca de la conveniencia de incluir una cláusula de arbitraje en los contratos de obras públicas y/o servicios relacionados con las mismas o en su caso, para la posterior elaboración de un convenio en el que se establezca dicha condición.

El convenio modificatorio en el que se establezca la conveniencia de incluir la cláusula de arbitraje, será suscrito por el servidor público que haya intervenido en la formalización del contrato correspondiente.

En el mismo sentido, las Políticas, Bases y Lineamientos en Materia de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas de Petróleos Mexicanos, organismos subsidiarios y empresas filiales²⁸³ prevé en la sección III.33. literalmente lo siguiente:

III.33. ARBITRAJE.

Bases.

a) En caso de considerar conveniente la jurisdicción de tribunales arbitrales, podrá pactarse en los Contratos que todas las desavenencias que surjan en relación con el Contrato que no hayan sido resueltas por cualquiera de los mecanismos previstos en el Contrato, podrán ser sometidas a arbitraje.

Lineamientos.

III.33.1 En el Contrato se deberá establecer que la sede del arbitraje será la Ciudad de México, D.F.; el número de árbitros será de 3 (tres); y el idioma en el que se conducirá todo el procedimiento será el español, incluyendo todos los actos y documentos que se generen con motivo de la substanciación del procedimiento. Asimismo, se deberá establecer la institución administradora y las reglas aplicables al procedimiento arbitral. La Ley aplicable al fondo del arbitraje serán las leyes federales de los Estados Unidos Mexicanos, incluyendo, la LEY, y las demás disposiciones que deriven de la misma.

²⁸² Políticas, Bases y Lineamientos en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas publicado en el DOF el 18 de diciembre de 2012. Énfasis agregado.

²⁸³ Visibles en: <http://www.ptq.pemex.mx/RM/obrap/Documents/VIGENTES/POBALINES-OP.pdf> consultadas el 09 de septiembre de 2013. Énfasis agregado.

III.33.2 El laudo arbitral será definitivo y obligatorio para las partes.

Estas disposiciones responden a lo establecido por la Secretaría de la Función Pública mediante un acuerdo publicado el 09 de septiembre de 2010²⁸⁴, en el que señala como requisito en los POBALINES establecer el servidor público responsable de la inclusión, o no, del procedimiento arbitral en los contratos de obra pública que celebren las dependencias. Es importante destacar que tampoco establecen parámetros de referencia o herramientas a estos servidores públicos para tomar una decisión.

Ahora bien, contrario a las disposiciones de la LOPS y su reglamento, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (“SCT”) emitió sus POBALINES con fecha 14 de noviembre de 2011²⁸⁵, en los que literalmente excluye la posibilidad de pactar cláusulas arbitrales en los contratos que celebra. La sección 5.5 de estos POBALINES dispone que “5.5. En los contratos de OBRAS y/o SERVICIOS no se pactará cláusula de arbitraje alguna ni convenio posterior para ello.”. Esta disposición es un contraria a los lineamientos de la Secretaría de la Función Pública y a todas las disposiciones citadas en la presente sección por excluir la posibilidad de si quiera determinar la conveniencia de incluir una cláusula arbitral en un contrato de obra pública celebrado por la SCT. Esta es la única disposición que he encontrado que repudia el arbitraje.

Como conclusión podemos decir que existe la posibilidad de arbitrar la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos en diversas leyes que

²⁸⁴ ACUERDO por el que se emiten diversos lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios y de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, publicado en el DOF el 09 de septiembre de 2010. Artículo Cuarto, fracción VI, inciso a) y Artículo Quinto fracción XVII.

²⁸⁵ <http://www.sct.gob.mx/obrapublica/MarcoNormativo/2/2-3/2-3-2.pdf> consultado el 09 de septiembre de 2013.

regulan diversos contratos administrativos. En otras palabras, se desprende que, la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada de los contratos, se deriva de la prohibición del segundo párrafo del artículo 98 de la LOPS y no de su media naturaleza jurídica de acto de autoridad.

5.5. TLCAN

Bajo los mismos objetivos, la postura que ha adoptado México ante el arbitraje, ha sido cada vez de mayor apertura²⁸⁶, el Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), publicado el 20 de diciembre de 1993 en el DOF, se refiere genéricamente a la revisión de las decisiones sobre prácticas desleales de comercio y en él se establecen dos tribunales *arbitrales ad-hoc* y dos comités que son²⁸⁷: a) panel de expertos para conocer sí, en su opinión, una reforma legislativa, en materia de *antidumping* es congruente con el TLCAN, específicamente con el Capítulo XIX²⁸⁸; b) Tribunal Arbitral para revisar las resoluciones dictada en dichos temas por los órganos nacionales²⁸⁹; c) Comité especial para proteger el sistema de inversión²⁹⁰; d) Comité de impugnación extraordinaria²⁹¹.

El TLCAN ha sido referencia para demostrar la postura de México ante el Arbitraje, ya que su contenido refleja el pensamiento de apertura que existe sobre la arbitrabilidad de los actos de autoridad, en el ámbito internacional, ya que mediante las previsiones del Capítulo XIX TLCAN se resuelven las controversias sobre lo que se llegare a considerar contrario al TLCAN, como pueden ser las reformas jurídicas en

²⁸⁶ La evolución histórica sobre nuestro tema lo refleja, además de que el haber adoptado la Ley Modelo y ser parte de la Convención de Nueva York, habla muy bien de México, esperemos que así continúe.

²⁸⁷ Cfr. CRÚZ BARNEY, Óscar, *op. Cit.*, pp. 103 y ss.

²⁸⁸ Artículos 1902.2 y 1903 TLCAN.

²⁸⁹ Artículo 1904 TLCAN.

²⁹⁰ Artículo 1905 TLCAN.

²⁹¹ Artículo 1904 párrafo 12 y Anexo 1904.13.

materia de *antidumping* o cuotas compensatorias, siguiendo los principios básicos del procedimiento, por lo que “podemos concluir que el mismo presenta como principal característica el ser un arbitraje público de tipo contencioso-administrativo”²⁹².

Ahora bien, “lo medular del Capítulo XIX del TLC es el establecimiento de un mecanismo de revisión y solución de controversias –paneles *ad hoc*, independientes y binacionales de arbitraje–...”²⁹³ este mecanismo se trata del “más complejo de los contenidos en el Capítulo XIX y de acuerdo con información no oficial del Secretariado del TLCAN, a la fecha, de 74 casos entre los tres países, se han presentado 11 procedimientos ante paneles de revisión de resoluciones dictadas por autoridades mexicanas”²⁹⁴.

El mencionado artículo 1904 TLCAN, establece las reglas de revisión arbitral de las resoluciones definitivas²⁹⁵ dictadas por las autoridades competentes de cada Parte, además existe un procedimiento de revisión contenido en las *Reglas de Procedimiento*

²⁹² CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, 2da ed., Ed. Oxford, México, 2006, p. 571.

²⁹³ GIESZE, Craig, Los desafíos jurídicos de México, Canadá y Estados Unidos bajo el nuevo sistema de solución de controversias en materia antidumping y cuotas compensatorias del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, prácticas desleales del comercio internacional (antidumping), México, IJJUNAM, 1995, pp. 232 y 233, *Apud.*, CRÚZ BARNEY, Óscar, *op. Cit.*, p. 107.

²⁹⁴ CRÚZ BARNEY, Óscar, *op. cit.*, p. 107.

²⁹⁵ **Resolución Definitiva** significa "resolución definitiva" de una Parte, según se define en el Anexo 1911. (Artículo 1911). Para el caso de México significa: "(i) una resolución definitiva respecto a las investigaciones en materia de cuotas antidumping o compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial conforme al Artículo 13 de la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, con sus reformas; (ii) una resolución definitiva respecto a la revisión administrativa anual de la resolución definitiva respecto a cuotas antidumping o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, como se señala en su lista del Anexo 1904.15, inciso (o); y (iii) una resolución definitiva dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en una resolución existente sobre cuotas antidumping o compensatorias". (Anexo 1911).

*del Artículo 1904 y del Comité de Impugnación Extraordinaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*²⁹⁶ y en la *Aclaración a las Reglas de Procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicadas el 20 de junio de 1994*²⁹⁷.

En conclusión, derivado de lo anterior se demuestra que los referidos actos de autoridad son revisables mediante un sistema previamente pactado y que obligan al Estado a cumplir las resoluciones emitidas. Situación que no se aleja del Arbitraje en los contratos de obra pública, ya que también es la revisión de ciertos actos de autoridad, mediante un sistema previamente pactado y que es obligatorio para la partes.

5.6. Caso COMMISA y tendencia

Recientemente, el 27 de agosto de 2013, el Juez de Distrito Alvin K. Hellerstein²⁹⁸ otorgó la confirmación de un laudo arbitral dictado en contra de Pemex-Exploración y Producción “PEP” (subsidiaria de la para estatal PEMEX). Cabe destacar que el laudo que confirma el Juez Hellerstein, fue declarado nulo en México.

La relación jurídica entre PEP y Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (“COMMISA”) comenzó en 1997, en el que se le encargó a COMMISA la construcción e instalación de dos plataformas de extracción de gas natural en las costas de Campeche. La cláusula de solución era arbitraje CCI con sede en México, D.F.

²⁹⁶ DOF 20 de junio de 1994.

²⁹⁷ DOF 20 de marzo de 1996.

²⁹⁸ United States District Court, Southern District of New York “USDC SDNY” Caso No. 10-CV-206 (AKH) visible en: <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=323> consultado el 09 de septiembre de 2013. La presente sección se basa en esta sentencia.

Previo a la entrada en vigor del TLCAN, la Ley de Petróleos Mexicanos fue reformada para que PEMEX y sus subsidiarias pudieran convenir una cláusula arbitral en sus contratos internacionales. Esta reforma fue con el objeto de promover las inversiones en México permitiendo el arbitraje en disputas internacionales.

En 2004, PEP intentó rescindir administrativamente el contrato por supuestos incumplimientos de COMMISA. Cuando los esfuerzos de conciliación fracasaron, COMMISA interpuso una demanda de arbitraje conforme a la cláusula del contrato. Posteriormente PEP notificó a COMMISA la rescisión administrativa del contrato.

COMMISA solicitó el amparo y protección de la justicia federal contra la rescisión administrativa, pero fue declarada improcedente, ya que el Juez de Distrito no consideró a la rescisión administrativa como un acto de autoridad. En la Revisión, el Tribunal Colegiado consideró lo contrario y estimó que el amparo *era* la vía correcta para combatir la rescisión administrativa, por ser un acto de autoridad. Sin embargo, la constitucionalidad de la rescisión administrativa fue estudiada por la SCJN. Sin embargo la SCJN nunca analizó si los árbitros podrían resolver cuestiones de rescisión administrativa si así se pactado en el contrato. El caso fue devuelto al Tribunal Colegiado. En la sentencia se decidió negar el amparo y considerar que la rescisión administrativa fue apegada a derecho.

De forma paralela, el arbitraje se llevó a cabo. PEP argumentó que el panel arbitral era incompetente con base en que i) la cláusula arbitral no era suficientemente específica para otorgar competencia sobre la disputa; ii) COMMISA no había agotado otros medios alternativos, antes de recurrir al arbitraje; y que iii) COMMISA había renunciado al arbitraje por interponer recursos en tribunales estatales. “*Notably, PEP*

*did not argue at the time that arbitration was an improper forum for deciding disputes related to administrative rescissions*²⁹⁹. El panel arbitral, emitió un laudo preliminar declarándose competente para resolver todos los puntos controvertidos.

PEP solicitó la reconsideración de la competencia del tribunal arbitral, aunado a que ya se había decidido sobre la rescisión administrativa en tribunales federales, el principio de cosa juzgada impedía al panel arbitral conocer la controversia. Sin embargo el panel arbitral confirmó su competencia sujeta a lo que se establezca en el laudo final. Una vez más PEP solicitó que el panel arbitral se considerara como no competente, con fundamento en el principio de cosa juzgada y que COMMISA había renunciado al arbitraje por haber solicitado el amparo; adicionalmente PEP argumentó que la rescisión administrativa era un acto de autoridad y que los actos de autoridad son inarbitrables. El panel arbitral no estuvo de acuerdo y reafirmó su competencia.

PEP continuó participando en el arbitraje y nunca acudió ante los tribunales a recurrir el laudo preliminar de conformidad con el artículo 1432 del Código de Comercio. Entre el inicio del arbitraje y el laudo final existieron dos reformas importantes. La primera fue la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para resolver sobre cuestiones de contratos administrativos y la decisión de única competente (*Cfr. §5*). La segunda fue la reforma la LOPS en 2009 que expresamente prohíbe la arbitrabilidad de la rescisión administrativa (y la terminación anticipada de los contratos).

En 2009 se emitió el laudo final por mayoría de los integrantes del panel arbitral. El panel arbitral reafirmó su competencia en el laudo final. Consideró que el principio de cosa juzgada no era aplicable, ya que las cuestiones ventiladas en el amparo, eran

²⁹⁹ *Ibíd.* p. 7.

completamente distintas a las reclamadas en el procedimiento arbitral. Asimismo, consideró que las reformas de 2009 a la LOPS tampoco eran aplicables ya que la cláusula arbitral fue pactada conforme a la Ley de PEMEX. Cabe mencionar que el árbitro disidente consideró inarbitrables a los actos de autoridad.

COMMISA presentó el laudo para ejecución en la ciudad de Nueva York. Al mismo tiempo PEP solicitó la nulidad del laudo en tribunales nacionales. En primera instancia la solicitud de nulidad, en cuanto a los argumentos de inarbitrabilidad, fue negada con base en que PEP no recurrió esta decisión en tiempo (laudo preliminar), asimismo el Juez de Distrito considero que no existían afectaciones al orden público.

PEP recurrió esta decisión y obtuvo la nulidad del laudo con base en que el orden público está implícito en la rescisión administrativa, ya que ésta se emite con el fin de reguardar intereses económicos de la autoridad. Además el tribunal considero absurdo, que un particular (panel arbitral) pudiera resolver una cuestión sobre un acto de derecho público (rescisión administrativa). Este tribunal “guio” su decisión con base en el artículo 98 de la LOPS, que dispone la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada de los contratos de obra pública.

Cabe mencionar que el artículo 98 LOPS fue reformado en 2009. Cinco años después de que comenzó el arbitraje.

En conclusión, el Juez Alvin K. Hellerstein con base en la Convención de Panamá; distintos casos que concedieron la ejecución de laudos anulados en Estados Unidos de América; las disposiciones del TLCAN (que permite el arbitraje entre empresas estatales y privados) y lo que razonablemente podía esperar COMMISA de

la redacción de la cláusula arbitral; decidió renovar su decisión de confirmar el laudo y negar la petición de PEP de desechar la decisión.

Este caso resulta relevante e íntimamente relacionado con el tema de la presente investigación, ya que hace notar que el alcance de la cláusula arbitral en los contratos administrativos es suficiente para abracar aun cuestiones del régimen exorbitante. Como lo mencioné previamente en esta sección, no interfiere con el régimen exorbitante. Esta resolución hace notar que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública no son arbitrables por una prohibición expresa y no porque sean actos de autoridad. Además demuestra una tendencia de apertura al arbitraje³⁰⁰.

³⁰⁰ BORN, Gary B., *op. cit.*, p. 831 | WÖSS, Herfried, *Solución de Controversias al Amparo de la Nueva Ley Mexicana de Asociaciones Público-Privadas*, *op. cit.*, p. 5.

CONCLUSIÓN

Previo a enumerar mis conclusiones hago énfasis en que debemos seguir con una tendencia de apertura internacional³⁰¹ y mostrarnos como una jurisdicción a la vanguardia jurídica, representando un país atractivo para invertir, tanto a nuestros nacionales, como para los extranjeros. Y no sólo como una bonita sede para las audiencias arbitrales³⁰².

PRIMERO. La Administración Pública tiene, como ya lo vimos, la capacidad suficiente para acudir a defender sus derechos ante un tribunal arbitral. Derivado del Principio de Legalidad, que se le permita a una autoridad acudir al arbitraje, es una cuestión de arbitrabilidad subjetiva, fácilmente superable (que no es el caso al que nos enfrentamos).

SEGUNDO. El hecho de que no se permita ser objeto de arbitraje la terminación anticipada de los contratos de obra pública, así como la rescisión administrativa de los mismos, es un gran error. Clasificar a la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública como inarbitrables por ser actos de autoridad, sería tan absurdo como permitir que un particular se ampare frente a la rescisión de un contrato civil por un incumplimiento. Estos actos son inarbitrables por una prohibición expresa, no por su naturaleza jurídica.

³⁰¹ MANTILLA-SERRANO, Fernando, *El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea*, en Revista Internacional de Arbitraje, No. 2, enero – junio 2005, Universidad Sergio Arboleda/ Comité Colombiano de Arbitraje / Ed. Legis, Bogotá, Colombia, pp. 77 – 95 | FORTIER, Ives, *Arbitrability of Disputes*, en AKSEN, Gerald, et al. (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, S.A., Francia, 2005, visible en: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232957414240/1117_001.pdf

³⁰² MISTELIS, Loukas A., *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, en MISTELIS, Loukas A. et al., *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, International Arbitration Law Library Series Set Volume 19, 2009, p. 17. Consultado el 28/02/2013 en <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31585>

TERCERO. No encontramos ninguna justificación válida para que la rescisión administrativa o la terminación anticipada de los contratos de obra pública sean considerados como inarbitrables, como tampoco el legislador encontró ningún impedimento para permitir que sean sometidos a conciliación o a cualquier otro MASC.

CUARTO. El Arbitraje ofrece mayor seguridad jurídica a las partes en los contratos de obra pública, independientemente de su nacionalidad y ha demostrado ser un medio eficaz de solución de controversias³⁰³. Permitir someter a un medio “eficiente y confiable”³⁰⁴ la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos de obra pública, dará mayor seguridad jurídica y atraerá a nuestro país inversiones tanto de nacionales como de extranjeros, que en estos momentos al ver el régimen actual de la arbitrabilidad de estos contratos más que atraerlos, los aleja.

³⁰³ Algunos autores se han dedicado a mostrar y demostrar las bondades del arbitraje, p.e., ROMERO MÁRTINEZ, Edmundo, *El Arbitraje Comercial Internacional su Importancia como Método Eficaz de Resolución de Controversias*, Tesis de Licenciatura, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México, 1997 | SALCIDO BELTRÁN, Sergio Armando, *Subsidiariedad: Principio Informador del Arbitraje Comercial*, Tesis de Licenciatura, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México, 2010 | entre otros, de los citados en el presente trabajo.

³⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje como Solución al Dilema de las Obras de Infraestructura*, CAIC, 2012, p. 13, consultado el 03/03/2013 http://www.caic.com.mx/boletines/ARBITRAJE_Y_OBRAS_DE_INFRAESTRUCTURA.pdf.

PROPUESTAS

PRIMERO. Propongo que se reforme el artículo 98 LOSP, para quedar como sigue:

“**Artículo 98.** Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

Será materia de arbitraje **incluso** la rescisión administrativa, y la terminación anticipada de los contratos.”

SEGUNDO. Propongo que cuando se tenga que calificar los actos de rescisión administrativa y terminación anticipada de los contratos con el Estado se haga bajo la clasificación de actos mixtos, es decir, actos de autoridad derivados de una relación contractual, y no puramente como actos de autoridad.

TERCERO. Propongo que se contemple en el presupuesto de egresos de la federación una partida especial para cubrir los gastos del arbitraje, de conformidad con el artículo 100 de la LOSP.

CUARTO. Propongo que se dé una correcta difusión de las ventajas y bondades a los funcionarios públicos, a través de la inclusión en Manuales Administrativos y POBALINES, para forjar una cultura arbitral adecuada, dar herramientas a los servidores públicos para decidir sobre la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de obra pública, y que el arbitraje pueda ser bien y correctamente utilizado.

QUINTO. Propongo que se haga una revisión a las leyes de las entidades públicas con el fin de armonizar el criterio de arbitrabilidad, de conformidad con el Artículo 104 LOSP.

SEXTO. Propongo que se uniformen los criterios legales acerca de los MASC, y la arbitrabilidad de las controversias en las diversas leyes que rigen los contratos administrativos.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Vol. I, Ed. Porrúa, 3ª ed. actualizada, México, 1998.

_____, Teoría General del Derecho Administrativo, Primer Curso, Ed. Porrúa, 17ª ed. actualizada, México, 2004.

AZAR MANSUR, Cecilia, Mediación y Conciliación en México: dos Vías Alternativas de Solución de Conflictos a Considerar, México, Ed. Porrúa, 2003.

BÉJAR RIVERA, Luis José, Curso de Derecho Administrativo, Ed. Oxford, México, 2007.

BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa, 21ª ed., México, 2009.

Centro De Comercio Internacional UNCTAD/OMC, Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias: Como solucionar controversias mercantiles internacionales, Ed. Themis, México, 2003.

COMISIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, Memoria del “Foro sobre Normatividad Relacionada con la Contratación Pública de Obras, Bienes y Servicios”, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, 2008.

CONTRERAS VACA, Francisco José, Derecho Internacional Privado, *Parte Especial*, 2da ed., Ed. Oxford, México, 2006.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, Tomo II, Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura Federal – UNAM, México, 1997.

CRUZ BARNEY, Óscar, Solución de Controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Ed. Porrúa – IJJUNAM, México, 2002.

ESTAVILLO CASTRO, Fernando, Medios Alternativos de Solución de Controversias, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo V, M-P, 2ª. Edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, El Convenio Arbitral: entre la Estabilidad y el Desatino, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (Coordinador), Estudios de Arbitraje, Libro Homenaje al Profesor Patricio AYLWIN AZÓCAR, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2006.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo, IJUNAM, McGraw-Hill, México, 1997.

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, 46ª ed., México, 2007.

GAILLARD, Emmanuel, Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional, Ed. Limusa, México, 2012.

GAILLARD, Emmanuel, et al., FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International and Taxation Publishers, Netherlands, 1999.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2008.

_____, Arbitraje, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 2011.

_____, Arbitraje de Inversión, Ed. Porrúa, México, 2009.

_____, El Arbitraje y la Judicatura, Ed. Porrúa, México, 2007.

_____, El Árbitro, Ed. Porrúa, México, 2008.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. et al., Métodos alternativos de solución de conflictos, Ed. Oxford, México, 2008.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo VII, Ed. Porrúa / UNAM, 2ª ed., México, 2004.

MACRORY, Patrick, NAFTA Chapter 19 a successful experiment in International Trade Dispute Resolution, C.D. Howe Institute Commentary, Canada, 2002.

MANTILLA-SERRANO, Fernando, El Arbitraje y los Contratos estatales: la Óptica Europea, en Revista Internacional de Arbitraje, No. 2, enero – junio 2005, Universidad Sergio Arboleda/ Comité Colombiano de Arbitraje / Ed. Legis, Bogotá, Colombia.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo, 1er. y 2º. Cursos, Ed. Oxford, 5ta ed., México, 2004.

MÁRQUEZ ROMERO, Raúl Coordinador editorial, Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa IJUNAM, ed. Histórica, México, 2009.

PEÑA UGALDE, Omar Alejandro, La adquisición de bienes mediante licitación pública, Universidad Panamericana, México, 2005.

PÉREZ DAYAN, Alberto, Teoría General del Acto Administrativo, Ed. Porrúa, México, 2006.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al. Tratado de arbitraje comercial internacional Mexicano, Ed. Limusa, México, 2009.

REISMAN, W. Michael, et al., International Commercial Arbitration cases, materials and notes on the resolution of international business disputes, University Casebook Series, New York, 1997.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et. al.*, Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa, 3ª ed., México 2007.

RIPOLL GONZÁLEZ, Manuel Alejandro, Principios de los Contratos Administrativos, Academia, RRS Abogados, S.C., conferencia privada llevada a cabo el 22 de septiembre de 2009 en las oficinas de *Ramos, Ripoll & Schuster, Abogados*.

ROBLES FARIAS, Diego, Teoría General de las Obligaciones, Ed. Oxford, México, 2011.

ROMERO MARTÍNEZ, Edmundo, El Arbitraje Comercial Internacional su Importancia como Método Eficaz de Resolución de Controversias, Tesis de Licenciatura, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México, 1997.

ROSA MORENO, Juan, El arbitraje administrativo, Mc Graw Hill – Universidad de Alicante, Madrid, 1998.

SALCIDO BELTRÁN, Sergio Armando, Subsidiariedad: Principio Informador del Arbitraje Comercial, Tesis de Licenciatura, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México, 2010.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje comercial internacional en México, Ed. Oxford, 2ª ed., México, 2001.

_____, El Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF), Transnational Dispute Management, Vol. 9, issue 3, Abril 2012

Wöss, Herfried, MEXICO: Dispute resolution under the new public-private partnerships law, The international journal of commercial and treaty arbitration, Global Arbitration Review, México, 2012

_____, Solución de Controversias al Amparo de la Nueva Ley Mexicana de Asociaciones Público-Privadas, México, 2012.

LEYES, REGLAMENTOS Y TRATADOS

ACUERDO Por El Que Se Emiten Diversos Lineamientos En Materia De Adquisiciones, Arrendamientos Y Servicios Y De Obras Públicas Y Servicios Relacionados Con Las Mismas

CASO No. 10-cv-206 (AKH) Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex, Producción y Explotación

CÓDIGO de Comercio

CÓDIGO Civil Federal

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos

DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS de contratación en materia de adquisiciones, arrendamientos, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de petróleos mexicanos y organismos subsidiarios

LEY de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

LEY de adquisiciones y obra pública (Derogada)

LEY de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos

LEY de Asociaciones Público-Privadas

LEY de Comercio Exterior

LEY de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

LEY de Petróleos Mexicanos

POLÍTICAS, BASES Y LINEAMIENTOS en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas de petróleos mexicanos, organismos subsidiarios y empresas filiales

POLÍTICAS, BASES Y LINEAMIENTOS en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas (de la procuraduría general de la república)

POLÍTICAS, BASES Y LINEAMIENTOS en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas de la comisión nacional de acuacultura y pesca

POLÍTICAS, BASES Y LINEAMIENTOS en materia de obras públicas y servicios relacionadas con las mismas de la secretaría de la función pública

POLÍTICAS, BASES Y LINEAMIENTOS para la contratación y ejecución de obras públicas y servicios relacionados con las mismas de la secretaria de comunicaciones y transportes

REGLAMENTO de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

REGLAMENTO de la Ley de Asociaciones Público-Privadas

REGLAMENTO de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

REGLAMENTO de la Ley de Petróleos Mexicanos

TRATADO de libre comercio de américa del norte

RECURSOS ELECTRÓNICOS

ABASCAL ZAMORA, José Maria, Mejoramiento de la difusión de información, la asistencia técnica y la capacitación, La Ejecución de las Sentencias Arbitrales de la Convención de Nueva York, Experiencias y Perspectivas coloquio celebrado en la Sala del Consejo de Administración Fiduciaria de la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, el 10 de junio de 1998 para celebrar el 40º Aniversario de la Convención de Nueva York. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf

BORN, Gary B., International Arbitration: Law and Practice, Kluwer Law International, 2012, http://www.kluwerarbitration.com/book-toc.aspx?book=TOC_Born_2012.

CNUDMI, Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI sobre la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI, *Servicios de Solución de Controversias*,

http://www.iccmex.mx/documentos/publicos/2007/enero/810_esp%2003.pdf.

CRUZ BARNEY, Oscar, El Control Constitucional de las Resoluciones Antidumping y los Paneles del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, publicado el 06 de agosto de 2008, consultado el 02/03/2013 en

<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/9/art/art6.htm>.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, Le Rôle des Juridiction Étatiques devant l'Arbitrage Commercial International, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, tome 290 (2001), 2002, visible en :

http://eprints.ucm.es/6963/1/LE_R%C3%94LE_DES_JURISDICTIONS_%C3%89TATIQUES_DEVANT_L'ARBITRAGE.pdf.

FORTIER, Ives, Arbitrability of Disputes, en AKSEN, Gerald, et al. (eds.), Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, ICC Publishing, S.A., Francia, 2005, visible en:

http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232957414240/1117_001.pdf.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E., Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones, <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje y Contratación Gubernamental, <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20CONTRATACION%20GUBERNAMENTAL.pdf>.

_____, El Arbitraje como Solución al Dilema de las Obras de Infraestructura, CAIC, 2012

http://www.caic.com.mx/boletines/ARBITRAJE_Y_OBRAS_DE_INFRAESTRUCTURA.pdf.

LEW, Julian D.M., et al., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn27507#29>

MISTELIS, Loukas A. et al., Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International, International Arbitration Law Library Series Set Volume 19, 2009, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31585>.

NAVA NEGRETE, Alfonso, Derecho de las Obras Públicas en México, IJJUNAM, visible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2688/16.pdf>.

PAULSSON, Jan, El Poder de los Estados para hacer Promesas Significativas a los Extranjeros, Revista de Economía y Derecho, vol. 6, nro. 21 (verano de 2009) visible en: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232957414240/1117_001.pdf.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., Formato Electrónico, <http://lema.rae.es/>.

REDFERN, Alan, et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, 2009, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=Ch2-ipn26306>.

SIQUEIROS, José Luis, El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria, Revista Pauta, México, año 99, 2000, <http://www.iccmex.mx/correos/2011/agosto/da2011/material/1/Pauta%2029.pdf>.

STEINGRUBER, Andrea Marco, Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration, Tesis de "Doctor of Philosophy", Queen Mary University of London, School of International Arbitration, London, 2009, visible en: <https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/bitstream/123456789/415/1/STEINGRUBERNotionNature2009.pdf>.

WÖSS, Herfried, Arbitration, Alternative Dispute Resolution and Public Procurement in México, The 2009 reforms, analysis and their impact, Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, España, 7/2010 visible en: <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/30.pdf>.