

---

## **Comité Editorial**

**L. Pereznieto Castro**  
**J. Bosco**  
**† Ph. Fouchard**  
**F. Gorjón Gómez**  
**J.A. Graham**  
**G. Kaufmann-Kohler**  
**R. Lobo Niembro**  
**A. Mendoza**  
**P. Mayer**  
**W. Fagan**  
**B. Cremades**  
**Ch. Larroumet**  
**J.C. Fernández Rozas**

## **Director**

**J.A. Graham**

## **Partenario institucional**

**CEDDAL**

**ISSN**  
**1665-1804**

---

**2009**

**Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje**



**Latin American Journal for Mediation and Arbitration**

**Vol. IX – Número 2**

## Arbitraje, Medios Alternativos de Solución de Contraverisas y Compras del Sector Público en México

*Herfried Wöss, Wöss & Partners S.C.* \*

México

### Introducción

1. El 28 de mayo de 2009, se publicaron las reformas de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas y Servicios Públicos ("LOPSRM 2009") y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ("LAASSP 2009") en el Diario Oficial de la Federación (las "Reformas"), mismas que entraron en vigor 30 días posteriores contados a partir de la fecha de su publicación, salvo algunas disposiciones relacionadas con el sistema electrónico de compras gubernamentales ("CompraNet"). A través de las reformas ambas leyes se han modificado de manera significativa. Las reformas fueron aprobadas en el Congreso sin mayor debate<sup>1</sup> debido a la urgente necesidad de facilitar proyectos de infraestructura<sup>2</sup>. La LAASSP 2009 también se refiere a los contratos modelo que normalmente tienen un impacto significativo en la reducción de los riesgos de disputas<sup>3</sup>.



2. Ambas leyes contienen cambios importantes con respecto al arbitraje y los medios alternativos de solución de controversias, los cuales serán analizados en el presente artículo. Se entiende por medios alternativos de solución de controversias la solución de disputas distinta a litigios judiciales y al arbitraje en el sentido de solución amistosa de controversias tal como se define, entre otros, por la ICC<sup>4</sup>. Las reformas están aún sujetas a los reglamentos de ambas leyes y a la expedición de las disposiciones generales sobre medios alternativos de solución de controversias que serán publicadas por la Secretaría de la Función Pública.

3. Las reformas abren al arbitraje *a todos los contratos de obras públicas federales y a todos los contratos de servicio a largo plazo, tales como los Proyectos de Prestación de Servicios ("PPS") o Asociaciones Público-Privadas*<sup>5</sup>. Sin embargo, hay algunas cuestiones que es necesario examinar y entender a fin de lograr un procedimiento adecuado de solución de controversias, el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales sin mayores obstáculos. Antes de las reformas, el arbitraje sólo se había visto en empresas estatales, como Petróleos Mexicanos ("PEMEX"), sus subsidiarias y la Comisión Federal de Electricidad ("CFE"), cuyas "leyes orgánicas" expresamente contemplan el arbitraje. Antes de las reformas, la solución alternativa de controversias, aparentemente, sólo se limitaba a la conciliación ante la Secretaría de la Función Pública y el "*procedimiento de experto independiente*"

\* [hwoess@woessetpartners.com](mailto:hwoess@woessetpartners.com).

<sup>1</sup> Ver: Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2748-IV, jueves 30 de abril de 2009.

<sup>2</sup> CNNExpansión.com: Reformas agilizarán contratación pública, <http://cnnextension.com/obras/2009/05/2008/reformas-agilizaran-contratacion-pulica>, última visita Septiembre 2009.

<sup>3</sup> Ver, en general, Wöss, Herfried: The ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, Construction Law International, 3 (2008) 2, IBA International Construction Projects Committee, p. 6-11, en la p. 6.

<sup>4</sup> Ver: ICC Rules on Amicable Dispute Resolution.

<sup>5</sup> "Proyectos para Prestación de Servicios (PPS)"; Secretaría de Hacienda y Crédito Público, <http://www.ppp.sse.gob.mx/>, última visita octubre 2009.

para controversias de carácter técnico y administrativo radicadas en los grandes contratos de obras públicas de PEMEX y de la CFE.

5. A parte de los mecanismos anteriormente mencionados, los comités de solución de controversias en forma de un "dispute review board" se han usado en Proyectos de Prestación de Servicios tales como el proyecto del Hospital del Bajío<sup>6</sup>.

## I - Régimen Federal de Adquisiciones

6. El artículo 17, párrafo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla los medios alternativos de solución de controversias como el arbitraje. La solución de controversias en que intervengan entidades estatales, incluyendo empresas de participación estatal mayoritaria es una competencia federal, de conformidad con el artículo 104, fracción III, de la Constitución. Cabe resaltar que las disposiciones contenidas en los tratados internacionales prevalecen sobre la legislación federal<sup>7</sup>.

### *LOPSRM 2000*

7. La regla general antes de las reformas a la LOPSRM era que las controversias que surgieran con respecto a su interpretación y aplicación tenían que solucionarlas los tribunales federales<sup>8</sup>. Sin embargo, la Secretaría de Función Pública (anteriormente: Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativos; "SECODAM") permitía expresamente el arbitraje a través de normas generales, sujeto a la opinión previa de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial<sup>9</sup>. Sin embargo, dichas normas generales nunca se publicaron. Por lo tanto, y hasta las reformas, el arbitraje se ha limitado a PEMEX y a la CFE conforme a sus llamadas leyes "orgánicas"<sup>10</sup>.

8. En cuanto a los medios alternativos de solución de controversias, el artículo 45, sección XIII de la LOPSRM de 2000, establecía que los contratos de obras públicas debían contener los procedimientos para la solución de controversias de carácter técnico o administrativo. Dicha disposición llevó a la inclusión de los llamados procedimientos de "*peritos independientes*" en los contratos de obras públicas por medio de los cuales un experto independiente, generalmente un ingeniero, tiene que resolver, entre otras, las cuestiones de fuerza mayor, incluyendo su aplicación jurídica, lo que en ocasiones producía y sigue produciendo resultados bastante sorprendentes. Las determinaciones del perito independiente no sólo son obligatorias, sino que la competencia del experto independiente es absoluta, por lo tanto, limita la competencia del tribunal arbitral. Si el tribunal arbitral determina que hay irregularidades en la designación del experto independiente, exceso de competencia, error manifiesto, fraude o mala fe, puede anular la decisión del perito independiente sin que se resuelva la problemática de la competencia limitada del tribunal arbitral que convierte a ese sistema de solución de controversias *ad absurdum*. Incluso en ese caso, no está claro si el tribunal arbitral puede conocer de la "disputa técnica" o si tiene que remitir la disputa técnica a otro o al mismo experto independiente<sup>11</sup>. Un tribunal arbitral que conoce de la disputa técnica corre el riesgo de nulidad o no ejecución del laudo arbitral, debido a la falta de competencia.

<sup>6</sup> Wöss, Herfried: Dispute Boards in Mexico, Forum, Dispute Resolution Board Foundation, May 2007, p. 2

<sup>7</sup> Ver los artículos 5 y 15, párrafo 2, de la LOPSRM 2009 y el artículo 4 y 15, párrafo 2, LAASSP 2009.

<sup>8</sup> El término "tribunal federal" se entiende como "tribunal judicial federal" distinguiendo entre los tribunales judiciales locales y federales; ver: Artículo 15, párrafo 1, de la LOPSRM 2000.

<sup>9</sup> Ahora: Secretaría de Economía.

<sup>10</sup> Ver título 3 abajo.

<sup>11</sup> Ver Wöss, Herfried: Cláusulas escalonadas en contratos de obra pública en México - ¿sistema o patología? en: Solución de controversias en proyectos de infraestructura, Wöss & Partners, S.C., Boletín, Junio 2007, p. 1-5.

### **LOPSRM 2009**

9. El Título Siete de la nueva LOPSRM titulado "De la Solución de las Controversias" contiene disposiciones sobre el llamado procedimiento de inconformidad, la conciliación ante la Secretaría de la Función Pública, el arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias, así como los procedimientos judiciales. El Capítulo III ("Del Arbitraje, Otros Mecanismos de Solución de Controversias y Competencia Judicial") contiene las disposiciones pertinentes.

10. El artículo 98, párrafo 1, de la LOPSRM 2009 establece que un *acuerdo de arbitraje* podrá celebrarse con respecto a las controversias 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"<sup>12</sup>. De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 98, *la rescisión administrativa y la terminación anticipada* de los contratos así como cualquier otro asunto excluido por el Reglamento no estarán sujetos a arbitraje<sup>13</sup>. Lo anterior presenta varias preguntas relativas a la legislación aplicable al procedimiento arbitral, la competencia del tribunal arbitral y la arbitrabilidad.

### **Legislación aplicable al procedimiento arbitral**

11. Considerando que en la práctica y bajo la antigua ley, el procedimiento arbitral se rigió por el Código de Comercio, no existía disposición alguna clara a este respecto en la LOPSRM. De hecho, el Código de Comercio no era aplicable a contratos del gobierno federal ya que los mismos están sujetos al Código Civil Federal, entre otros, al menos en lo que se refiere al derecho sustantivo y no al adjetivo. Desde la reforma, el Título Cuarto del Libro Cinco del Código de Comercio que regula el procedimiento de arbitraje, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales se aplica ahora expresamente a los contratos públicos federales, de conformidad con el artículo 98, párrafo 1, de la LOPSRM 2009, siempre que exista un acuerdo de arbitraje.

### **Alcance del arbitraje**

12. El Artículo 98, párrafo 1, de la Ley de Obras Públicas de 2009 parece limitar el arbitraje a la interpretación del contrato y su cumplimiento, con lo cual aparentemente excluye cuestiones relacionadas con (1) la interpretación de la de la LOPSRM, su Reglamento y cualesquiera otras disposiciones legales aplicables, (2) la validez del contrato, y (3) la validez del acuerdo de arbitraje. Por lo tanto, surge la pregunta de si el legislador quería limitar la competencia del tribunal arbitral.

## **II - Interpretación y ejecución de contratos**

13. Parece que la limitación de la competencia del tribunal arbitral para la interpretación y ejecución de los contratos es meramente incidental, en virtud de la tradición legislativa. Esto se deduce del artículo 103 de la Ley de Obras Públicas que regula la jurisdicción de los tribunales judiciales, al señalar lo siguiente:

*"Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de los contratos celebrados con base de 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". (Énfasis añadido)*

<sup>12</sup> "Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación de 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."

<sup>13</sup> "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."

Una comparación entre el artículo 98, párrafo 1, y el artículo 103 de la LOPSRM muestra que la redacción es idéntica. La única diferencia es que el término "ejecución" ha sido sustituido por el término "aplicación" que no aparece agregar contenido normativo. Por lo tanto, el texto que establece la competencia del tribunal federal no es diferente de la del tribunal arbitral. El tribunal federal tiene jurisdicción plena sobre la materia de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Lo anterior indica que el uso de los términos "interpretación" y "aplicación" no tiene la intención de limitar el alcance de la jurisdicción del tribunal federal o del tribunal arbitral. Por consiguiente, tanto el tribunal federal como el arbitral tienen facultades para interpretar la ley aplicable, para determinar la validez del contrato y la validez de la cláusula de arbitraje.

14. La práctica jurídica de referirse a la "interpretación" y "aplicación" de un contrato cuando en verdad se quiere conferir plena competencia a una autoridad judicial se comprueba con la siguiente tesis:

**“SUMISION EXPRESA, COMPETENCIA POR. PARA SU VALIDEZ BASTA CON QUE SE INDIQUE EL LUGAR DE LOS TRIBUNALES A LOS QUE SE SOMETEN (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).**

*De conformidad con los artículos 151 y 152 de los Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y del Estado de Baja California, respectivamente, "es Juez competente aquél al que los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente...", entendiéndose que hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero que la ley les concede y designan con precisión el Juez a quien se someten, según lo dispuesto en los numerales 152 y 153 de los citados códigos. Por consiguiente, para la validez de la sumisión expresa a la competencia de un Juez se requiere lo siguiente: 1) que se renuncie clara y terminantemente al fuero que por ley les corresponde, y 2) que se designe con toda precisión al Juez a quien se someten. Ahora bien, si en el contrato base de la acción se estipuló que para la **interpretación y cumplimiento del mismo** las partes se sometían a los tribunales del Distrito Federal, renunciando al fuero que por razón de su domicilio o del de la ubicación del bien inmueble materia del contrato pudiera corresponderles, debe considerarse que existió sumisión expresa a la competencia del Juez del lugar designado, pues, por una parte, se renunció clara y terminantemente al fuero que por ley les correspondía y, por la otra, se designó con precisión el lugar de los tribunales a los que se someten, sin que pueda considerarse que además es necesario, para la validez de la sumisión, que se especifique a qué Juez de dicho lugar se someten, pues ello sería exigir a los particulares que determinen cuestiones que pueden no depender de su voluntad, sino de la ley y del turno que al efecto se lleve en la Oficialía de Partes Común a los juzgados respectivos, si la legislación procesal del Estado a cuya jurisdicción de sus tribunales se someten funciona a través de este sistema para designar por turno al juzgado que deba conocer de cada asunto dentro de los que reúnen los criterios de materia, cuantía y grado, que no son prorrogables, como es el caso del Distrito Federal; además de que si se está renunciando a la jurisdicción territorial de los tribunales de determinado lugar, sin especificarse concretamente cuál es el Juez a cuya competencia se renuncia en tanto la ley no señale el lugar de los tribunales a cuya jurisdicción se someten para que de acuerdo con los criterios legales de competencia establecidos por la legislación del lugar respectivo se determine al Juez que en concreto será competente para conocer del asunto.*

*Competencia 64/88. Suscitada entre los Jueces Segundo Civil en el Distrito Federal y Primero Civil en Tijuana, Baja California. 22 de junio de 1988. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.”<sup>14</sup> (Énfasis añadido)*

Lo importante es que la jurisdicción de los tribunales federales se subordina a cualquier acuerdo de arbitraje o de aplicar otros medios alternativos de solución de controversias. De una interpretación sistemática, por tanto, queda claro que la jurisdicción del tribunal arbitral es plena. Esto es sin perjuicio a las cuestiones no arbitrables que se discutirán más adelante en relación con la rescisión y terminación anticipada del contrato.

### III - Arbitraje, rescisión y terminación anticipada del contrato

15. El procedimiento de adjudicación en una licitación pública es considerado como un acto de Estado (acta iure imperii)<sup>15</sup>. Una vez que se adjudica un contrato, el Estado es considerado como un igual y actúa como un ente privado<sup>16</sup>, salvo por ciertas excepciones, como la rescisión por parte de la autoridad y la terminación anticipada del contrato los cuales no son arbitrables de acuerdo con el artículo 98, párrafo 2, de la LOPSRM.

16. La rescisión por parte de la autoridad o del contratista, debido a incumplimiento de la contratista se rige por el artículo 62, fracciones I y II, de la Ley de Obras Públicas. La terminación anticipada puede derivarse de circunstancias de interés general, que pueden causar lesiones graves a la autoridad<sup>17</sup>, de la imposibilidad de determinar la duración de una suspensión de las obras por la autoridad<sup>18</sup>, o de fuerza mayor<sup>19</sup>. Según el artículo 60, párrafo 2, de la Ley de Obras Públicas, dicha terminación también puede ser consecuencia de la declaración de nulidad del procedimiento de licitación pública por la Secretaría de la Función Pública o por resolución de autoridad judicial correspondiente como consecuencia de un procedimiento de inconformidad o de una intervención de oficio de conformidad con el artículo 94 de la LOPSRM.

17. La rescisión y terminación anticipada requieren una resolución administrativa por parte de la autoridad y, por tanto, no son susceptibles al arbitraje. En caso de inconformidad, dicho acto está sujeto a un procedimiento de revisión administrativa, de litigio y juicio de amparo, en su caso, ante tribunales federales, tales como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el Juzgado de Distrito en Materia Administrativa, los Tribunales Colegiados de Circuito o la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto hay que mencionar que existe una multitud de recursos y juicios aún concurrentes en materia de contratación pública que crea una severa falta de seguridad y previsibilidad jurídica. Al respecto es aplicable la siguiente tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

***“AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE***

<sup>14</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Octava Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, página: 346, tesis aislada, materia(s): civil.

<sup>15</sup> López-Elías, José Pedro: Aspectos jurídicos de la licitación pública en México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica, Núm. 4, México, 1999, p. 60 ss.

<sup>16</sup> Ver: Andrade-Max, Diego A.: Las Personas Morales de Derecho Público como Partes en el Arbitraje Comercial Internacional, Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 22, Año 1993, p. 431-450, en la p. 433.

<sup>17</sup> Artículo 60, párrafo 2, de la LOPSRM.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Artículo 62, párrafo 4, de la LOPSRM.



**CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS 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 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.*

*Amparo en revisión 1195/92. Julio Oscar Trasviña Aguilar. 14 de noviembre de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba.*

*El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diez de febrero en curso, aprobó, con el número XXVII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a diez de febrero de mil novecientos noventa y siete.*

*Nota: Esta tesis interrumpe el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial número 300, de rubro: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.",*

*publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, página 519.”*<sup>20</sup>

18. Al respecto, la primera pregunta es el alcance de la excepción de la arbitrabilidad. Parece que tal exclusión solamente se refiere a la cuestión de legalidad formal de la rescisión bajo la LOPSRM sin incluir cualesquier consideraciones de legalidad o ilegalidad en el contexto del contrato. Sin embargo, desafortunadamente, la terminación o rescisión anticipada debe ser fundamentada y motivada lo que abre la puerta para que la autoridad entre a la cuestión de incumplimiento del contrato.

19. La segunda pregunta que surge es si la falta de arbitrabilidad de la rescisión y la terminación anticipada incluye la determinación de las consecuencias como el derecho por *daños*<sup>21</sup> y *perjuicios*<sup>22</sup> en caso de una ilegal rescisión o terminación anticipada.

20. Debido a que la falta de arbitrabilidad se limita a cuestiones de rescisión y de terminación anticipada, el tribunal arbitral sigue siendo competente para pronunciarse sobre los daños y perjuicios. Sin embargo, el tribunal arbitral está obligado respetar la decisión tomada por la autoridad judicial con respecto a la legalidad o ilegalidad de la rescisión y terminación anticipada. Lo anterior significa que la reclamación por daños y perjuicios debido a una rescisión o terminación ilegal es susceptible de arbitraje y el tribunal arbitral puede decidir sobre los mismos, una vez que tales actos ilegales hayan sido determinados por la autoridad judicial. Sin embargo el retraso ocasionado por el litigio administrativo o juicio de amparo afectaría severamente al procedimiento arbitral. En resumen, la falta de arbitrabilidad de la terminación y rescisión anticipada es desafortunada y deja a las partes en una absoluta incertidumbre jurídica.

21. La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé el derecho a daños y perjuicios en casos de faltas graves de la resolución administrativa que se enumeran en el artículo 6 de dicha ley, si una parte lo demanda. Tales daños y perjuicios tienen que tomarse en cuenta, en su caso.

#### **IV - Nulidad del contrato y nulidad de la cláusula de arbitraje**

22. Según el artículo 15, párrafo 1, de la LOPSRM, los actos, contratos y convenios celebrados por las entidades públicas ejecutadas en contra de las disposiciones de dicha ley *"serán nulos e inválidos sujeto a la determinación previa de la autoridad competente."* Por lo tanto, surge la pregunta de quién es la autoridad competente para pronunciarse sobre la nulidad de tales actos, contratos y acuerdos, incluyendo la nulidad del acuerdo arbitral, el tribunal arbitral o la autoridad judicial.

23. A la luz de la clara preferencia por el arbitraje y la solución alternativa de controversias establecida en el artículo 103 de la LOPSRM, siempre que exista un acuerdo de arbitraje, no hay duda de que la autoridad competente para solucionar cuestiones de nulidad es el tribunal arbitral. Lo anterior incluye la competencia del tribunal arbitral para resolver cuestiones relacionadas con la nulidad del acuerdo de arbitraje a la luz de la "compétence-compétence" establecida en el Artículo 1432, párrafo 1, del Código de Comercio, en particular, de asuntos derivados de su patología, de la falta de capacidad de las partes, representación legal, de consentimiento y cualquier otra violación de la ley de obras públicas. Eso es sin perjuicio a cualquier obligación de la autoridad o la contratista de ampararse en contra de las bases de licitación si las leyes aplicables así lo requieren.

<sup>20</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tesis aislada, número de registro 199,459, Novena Época, Pleno, Tomo V, Febrero de 1997, tesis P.XXVII/97, p. 118.

<sup>21</sup> Como se define en el artículo 2008 del Código Civil Federal.

<sup>22</sup> Como se define en el artículo 2009 del Código Civil Federal.



24. En caso de que un tribunal arbitral confirme su competencia en cualquier asunto que afecte a la validez de la cláusula de arbitraje, dicha resolución sólo podrá someterse ante un juez federal de conformidad con los términos del artículo 103 de la LOPSRM. La elección entre un tribunal federal o del orden común previsto en el artículo 1422 del Código de Comercio no parece ser aplicable en caso de contratos públicos.

### **LAASSP 2009**

25. La LAASSP 2009 se refiere a la adquisición de servicios. Las reformas de la nueva ley con respecto a la solución de controversias son idénticas a las de la Ley de Obras Públicas 2009 y por lo tanto, no las repetiremos. Sin embargo, el arbitraje y la solución alternativa de controversias de conformidad con la LAASSP 2009 esta limitada a *contratos de servicios a largo plazo* tales como Proyectos de Prestación de Servicios o Asociaciones Público-Privadas como las define el artículo 3, sección VI, de la Ley de Adquisiciones Públicas que señala:

*“La prestación de servicios de largo plazo que involucren recursos de varios ejercicios fiscales, a cargo de un inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por sí o a través de un tercero, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios.”*

26. Las Asociaciones Publico-Privadas o “Proyectos de Prestación de Servicios” (“PPS”) se han utilizado con éxito desde algún tiempo a nivel federal y estatal, es muy probable que dicho mecanismo crezca en el futuro debido a la iniciativa de la ley sobre Sociedades Publico-Privadas que actualmente está en debate ante el Congreso. En los últimos años, México ha adoptado una serie de cambios legislativos en materia presupuestal y administrativa<sup>23</sup> acordes con los Lineamientos de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (“UNIDO”) para el Desarrollo de Infraestructura a través de proyectos Construir-Operar-Transferir (“Build-Operate-Transfer (BOT)”) de 1996<sup>24</sup> y la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés) sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada de 2001<sup>25</sup>. Dichas reformas están en consonancia con el programa actual de infraestructura del gobierno mexicano<sup>26</sup>. Incluso, algunos Estados tienen sus propias leyes sobre Proyectos de Prestación de Servicios que también se aplican a nivel municipal. La ley de la materia en el Estado de Tabasco, prevé expresamente un procedimiento de arbitraje en su artículo 56<sup>27</sup>.

27. El artículo 45, párrafo XXI, de la nueva Ley de Adquisiciones Públicas establece que los procedimientos de solución de controversias, distintos del procedimiento de conciliación previsto en la Ley, deben incluirse en los contratos de adquisición pública. El artículo 80 de la Ley autoriza las cláusulas de arbitraje limitadas a contratos de servicios a largo plazo con las mismas restricciones que mencionamos para los contratos de obras públicas.

### **Lugar del arbitraje**

28. Ambas leyes omiten el tema del lugar del arbitraje. Sin embargo, los artículos 16 de la Ley de Obras Públicas de 2009 y la LAASSP 2009 al referirse al derecho aplicable a los contratos parecen

<sup>23</sup> Ver: <http://www.pps.sse.gob.mx/html/marco.html>, última visita octubre 2009.

<sup>24</sup> Ver: <http://www.unido.org/index.php?id=o3426>, última visita octubre 2009.

<sup>25</sup> Ver: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2001Guide\\_PPIP.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PPIP.html), última visita octubre 2009.

<sup>26</sup> Ver: <http://infraestructura.gob.mx/pdf/ProgramaNacionalInfraestructura2007-2012.pdf>

<sup>27</sup> Ver: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TABASCO/Leyes/TABLEY74.pdf>, última visita octubre 2009.

proporcionar directrices al respecto. Los párrafos 1 y 2 de las citadas disposiciones contienen normas sobre los contactos mínimos con el lugar de cumplimiento de los contratos. La legislación extranjera aplica si el lugar de cumplimiento y la firma del contrato tienen lugar en el extranjero. Si los bienes y servicios vienen del extranjero, pero el lugar de cumplimiento se encuentra en México, los contratos están sujetos a la legislación nacional. Lo anterior parece indicar que cuando el lugar de cumplimiento del contrato es en México, el lugar del arbitraje debe ser en México. En la práctica, el lugar de arbitraje es México cuando el lugar del cumplimiento del contrato se encuentra en México.

## **V - Arbitraje de contratos antiguos bajo las nuevas disposiciones?**

29. Surge la pregunta si el arbitraje procede en el caso de contratos firmados bajo la leyes anteriores, que no previnieron el arbitraje debido a que las normas generales nunca se emitieron. En este sentido, el artículo 99 de la LOPSRM y el artículo 81 de la LAASSP establecen que se puede celebrar un acuerdo de arbitraje después de la fecha de entrada en vigor del contrato público.

30. Lo anterior parece permitir el arbitraje incluso para contratos que prevén procedimientos judiciales de conformidad con la legislación anterior. Sin embargo, los artículos octavos transitorios de la LOPSRM de 2009 y de la LAASSP 2009 establecen que los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de las nuevas leyes se rigen por la ley anterior. Esto es con la excepción de los "*procedimientos de conciliación, de inconformidad y de sanción que se encuentren en trámite o pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, deberán substanciarse y concluirse de conformidad con las disposiciones vigentes al momento de haberse iniciado tales procedimientos*", según lo establecido en los artículos noveno transitorios de ambas leyes. Lamentablemente, estos artículos no mencionan el arbitraje en virtud de la nueva ley a contratos anteriores.

31. Como regla general, cualesquiera normas de procedimiento judicial aplican desde el momento en que entren en vigor. El acuerdo de arbitraje celebrado en virtud de las nuevas leyes para controversias derivadas de contratos celebrados antes de la entrada en vigor de las nuevas leyes deberían ser válidos *de lege ferenda*. Se podría pensar en una norma expresa en el Reglamento que incluya el arbitraje bajo las nuevas reglas para contratos anteriores. Sin embargo, tal norma podría ser viciada de inconstitucionalidad.

## **VI - Solución alternativa de controversias**

32. El artículo 102 de la Ley de Obras Públicas 2009 y el artículo 84 de la LAASSP 2009 permiten la utilización de "otros mecanismos de solución de controversias", siempre que tales mecanismos estén reconocidos a través de disposiciones generales emitidas por la Secretaría de la Función Pública. Dichas disposiciones generales no han sido emitidas, pero es probable que se refieran a procedimientos de solución de controversias de instituciones nacionales e internacionales reconocidas como son dispute boards, procedimientos de expertos, conciliación y mediación, entre otros.

33. Un contrato puede contemplar medios alternativos de solución de controversias, pero no el arbitraje como en el caso del Proyecto de Prestación de Servicios del "Hospital del Bajío" bajo la LAASSP de 2000, que establecía la conformación de un comité para la revisión de controversias el cual emitiría recomendaciones. Una vez terminado el procedimiento ante el comité de revisión de controversias, las partes podrían acudir a un tribunal federal<sup>28</sup>. Esta combinación también es posible en virtud de la nueva ley, siempre que la Secretaría de la Función Pública haya emitido las disposiciones generales.

---

<sup>28</sup> Wöss, Herfried: Dispute Boards in Mexico, Forum, Dispute Resolution Board Foundation, Mayo 2007, p. 2.

34. En este contexto, es necesario tener en cuenta, que los procedimientos de solución alternativa de controversias no necesariamente generan obligaciones de pago para la autoridad o para las empresas paraestatales de acuerdo con sus procedimientos financieros internos, lo que inevitablemente conduce a nuevos litigios ante el tribunal arbitral o ante los tribunales federales, a menos que las disposiciones generales cuiden los efectos presupuestarios que emanan de las decisiones de los procedimientos de solución alternativa de controversias.

### PEMEX y la CFE

35. Cualquier restricción con respecto al arbitraje no se aplicaba ni se aplica a las llamadas entidades descentralizadas como la CFE y PEMEX, que contemplan el arbitraje en sus llamadas leyes "orgánicas". Lo anterior ha quedado claramente establecido en el artículo 15, párrafo 4, de la LOPSRM 2000 y el artículo 104 de la LOPSRM de 2009, así como el artículo 15, párrafo 5, de la LAASSP 2000 y el artículo 86 de la LAASSP 2009. Según el artículo 22, fracción VI de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, los directores generales de los organismos descentralizados son competentes para someter a arbitraje.

### Pemex

36. El artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios expresamente contempló el arbitraje. Este artículo fue sustituido por el artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo de Petróleo (la "Ley Reglamentaria ") <sup>29</sup> y el artículo 72 de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos <sup>30</sup>. Mientras que el artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos <sup>31</sup> repite el texto del antiguo artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, el artículo 6 de la Ley Reglamentaria tiene una redacción ligeramente distinta que no parece ser de importancia.

37. De conformidad con el artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria, PEMEX *"no se someterá, en ningún caso a jurisdicciones extranjeras tratándose de controversias referidas a contratos de obra y prestación de servicio en territorio nacional y en las zonas donde la Nación ejerce soberanía, jurisdicción o competencia. Los contratos podrán incluir acuerdos arbitrales conforme a las leyes mexicanas y los tratados internacionales de los que México sea parte."* Este artículo establece que el lugar del arbitraje tiene que estar en México en caso de obras y servicios a realizarse en México. Esto indica que el lugar del arbitraje puede ser en el extranjero si las obras y servicios se realizarán en el extranjero. El punto de conexión, es por lo tanto, el lugar de ejecución de las obras y servicios.

38. El artículo 72, párrafo 1, de la Ley de Petróleos Mexicanos señala que *"los conflictos nacionales"* se resolverán por los tribunales federales a menos que exista un acuerdo de arbitraje. En caso de *"actos jurídicos de carácter internacional"*, PEMEX y sus subsidiarias podrán optar por la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos de arbitraje en caso de que sea conveniente para el propósito de dichos actos jurídicos. La expresión *"actos jurídicos de carácter internacional"* no se ha definido y podría ser interpretada en consonancia con el Convenio de La Haya

<sup>29</sup> Diario Oficial de la Federación del 28 de noviembre de 2008.

<sup>30</sup> Diario Oficial de la Federación del 28 de noviembre, 2008.

<sup>31</sup> *"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, ..."*

*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."*

sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005<sup>32</sup>, como cualquier acto jurídico en que una de las partes es extranjera. Sin embargo, a la luz de las prácticas de compras gubernamentales en México, el domicilio de la contratista no es relevante. De conformidad con el artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria, "los actos jurídicos de carácter internacional" deben entenderse como actos jurídicos relacionados con obras y servicios realizados fuera del territorio nacional, lo cual es la interpretación correcta.

39. Los artículos 51 y 52 de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos, distinguen entre (1) actividades sustantivas de carácter productivo mencionados en los artículos 3 y 4 de la Ley Reglamentaria y la industria de petroquímicos no básicos, y (2) otras actividades<sup>33</sup>. La LOPSRM y la LAASSP son aplicables a otras actividades fuera del régimen de compras públicas de PEMEX. Por lo tanto, surge la pregunta si en el ámbito de aplicación de la LAASSP se aplica la exclusión del arbitraje a contratos que no son Proyectos de Prestación de Servicios. Debido a que el artículo 6, párrafo 1, de la Ley Reglamentaria no hace tal distinción y se refiere a todo tipo de contratos de servicios de PEMEX queda claro que los contratos de servicios que no son Proyectos de Prestación de Servicios son susceptibles de arbitraje<sup>34</sup>. Como ambas leyes son reglamentarias de la Constitución, no queda claro qué norma prevalece.

40. De acuerdo con el artículo 35, párrafo 2, de la Ley de Petróleos Mexicanos y el artículo 67 de su Reglamento, los procedimientos de *conciliación* administrados por la Secretaría de la Función Pública en virtud de la LAOPSRM y la LAASSP se aplican a todas las disputas cubiertas por el régimen de compras públicas de PEMEX.<sup>35</sup>

41. La Ley Reglamentaria prevé la conciliación y el arbitraje en su artículo 14, fracción V, relativo a la regulación de las actividades contempladas en su artículo 4, párrafo 2, y la venta de gas "de primera mano". El segundo párrafo del artículo 4 permite el transporte, almacenamiento y distribución de gas por parte de entidades privadas, con sujeción a las autorizaciones correspondientes. Cabe destacar que la conciliación y el arbitraje se refieren también a la "interpretación" y la "aplicación" de contratos. Es importante subrayar que dichos contratos no se refieren a adquisiciones públicas como tal, sino más bien a la autorización de determinadas actividades para entidades privadas que antes estaban reservadas al Estado como es la venta de gas.

42. Ni la Ley Reglamentaria ni la Ley de Petróleos Mexicanos parecen restringir la competencia del tribunal arbitral, el arbitraje en materia de rescisión y terminación anticipada del contrato. El último párrafo del artículo 52 del Reglamento de la Ley de Petróleos Mexicanos establece que "*En los casos de los servicios que el Estado presta de manera exclusiva a través de los Organismos Descentralizados y de los contratos que los terceros sólo puedan celebrar con aquéllos, el recurso de revisión sólo podrá interponerse en contra de actos y resoluciones que pongan fin al procedimientos administrativo, a una instancia o resuelvan el expediente, siempre y cuando no se haya optado por el arbitraje previsto en la Ley Reglamentaria*". La terminación y rescisión administrativa requieren de una resolución administrativa.

---

<sup>32</sup> Ver: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.pdf&cid=98](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.pdf&cid=98), última visita enero 2010. De conformidad con el Artículo 1 ("Ámbito de aplicación"), párrafo 2, "A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado."

<sup>33</sup> Los artículos 3 y 4 de la Ley Reglamentaria definen el ámbito de la industria petrolera reservada al Estado, salvo ciertas excepciones.

<sup>34</sup> "Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrán celebrar con personas físicas y morales los contratos de obras y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiere."

<sup>35</sup> Diario Oficial de la Federación del 4 de septiembre de 2009.

**CFE**

43. Según el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, los conflictos nacionales que se derivan de los actos jurídicos en que forma parte la CFE están sujetos a los tribunales federales, a menos que exista un acuerdo de arbitraje. La CFE podrá aplicar el derecho extranjero, someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos de arbitraje, si esto es conveniente<sup>36</sup>. La redacción de esta disposición permite de forma clara los procedimientos de arbitraje nacional e internacional en materia mercantil.

44. Aunque la solución alternativa de controversias no se menciona en la Ley Reglamentaria, ni en la Ley de Petróleos Mexicanos, ni en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, no necesariamente se excluyen los procedimientos alternativos de solución de controversias en los contratos de obras públicas y adquisiciones públicas celebrados por PEMEX y sus filiales o por la CFE. Sin embargo, en el caso de la CFE hay que tomar en cuenta que se aplica la LOPSRM y la LAASSP.

**Conclusiones**

45. El nuevo régimen de la LOPSRM 2009 y de la LAASSP 2009, sin duda, representa un enorme paso adelante con respecto a la apertura de los contratos del gobierno federal para la solución alternativa de controversias y al arbitraje, a fin de reducir considerablemente el costo de litigio en México. En el caso de la LAASSP 2009 dicha apertura se limita a los Proyectos de Prestación de Servicios. Esperemos que los Reglamentos y las disposiciones generales no traigan consigo un revés a esta tendencia.

46. Algunas deficiencias notorias de la redacción de las disposiciones principales se deben a la tradición legislativa y práctica legal en México que pueden ser subsanadas a través de interpretación. Sin embargo, sigue siendo preocupante que en tiempos de vital importancia para acelerar proyectos de infraestructura se haya excluido la arbitrabilidad de la terminación y rescisión anticipada de los contratos sin precisar su alcance. Esto es aún más criticable cuando en caso de PEMEX se ve con claridad que no hay razón alguna para duplicar procedimientos de solución de controversias.

47. Es nuestra responsabilidad social como abogados que haya más proyectos de infraestructura a menor costo. La certeza jurídica y la utilización de buenos sistemas de solución de controversias son medios importantes para lograr este fin en beneficio del pueblo mexicano. Es importante que sigamos luchando.

---

<sup>36</sup> “Los actos jurídicos que celebre la Comisión Federal de Electricidad 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 exceptuada de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales.

*La Comisión podrá convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto.”*