

# Solución de Controversias al amparo de la Nueva Ley Mexicana de Asociaciones Público-Privadas

HERFRIED WÖSS\*

## 1. Introducción

El arbitraje moderno en México comenzó con las reformas al Código de Comercio de 1989<sup>1</sup> y con la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en 1993<sup>2</sup>. Las reglas de arbitraje en el Código de Comercio fueron actualizadas por última vez el 27 de enero de 2011 respecto a la ejecución de laudos arbitrales y asistencia judicial<sup>3</sup>.

Como el autor describe a detalle en un artículo previo<sup>4</sup>, el arbitraje de contratos con entidades paraestatales comenzó con la reforma al artículo 14 de la

---

\* Socio de Wöss & Partners, S.C., <http://www.woessetpartners.com> árbitro y abogado de parte en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversiones (<http://www.WhosWhoLegal.com>); fundador del Foro de Arbitraje de Inversiones junto con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Dra. Sonia Rodríguez Jiménez). Cualquier comentario a este artículo será bienvenido en la dirección de correo electrónico [hwoess@woessetpartners.com](mailto:hwoess@woessetpartners.com) Este artículo contiene un análisis de cuestiones jurídicas todavía no resueltas por el derecho mexicano y sirve únicamente para propósitos académicos, por lo que no deberá interpretarse como una declaración o representación de una opinión del autor en cualquier procedimiento arbitral.

1 Diario Oficial de la Federación, 5 de enero de 1989.

2 Diario Oficial de la Federación, 22 de Julio de 1993.

3 Luis Omar Guerrero Rodríguez / Ximena Suárez Enríquez: *El nuevo régimen legal para la intervención y auxilio judicial en el arbitraje: Comentarios a propósito de la reforma al Código de Comercio en materia arbitral*, Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, Número 2, 2010, p. 24-35; Francisco González de Cossío: *La Modificación a Derecho Arbitral Mexicano - Un Comentario*, 2012.

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

Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios y el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para la Comisión Federal de Electricidad, ambas del 22 de diciembre de 1993. La Ley Orgánica de PEMEX reza: “*Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos*

*Subsidiarios podrán (...) celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto*”. Dicha disposición fue remplazada con cambios mínimos al artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y el artículo 73 de la Ley de Petróleos Mexicanos el 28 de noviembre de 2008.

A las demás entidades federales se les impedía celebrar arbitrajes hasta las reformas a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público del 28 de mayo de 2009. Las reformas sometieron a arbitraje a todos los contratos federales de obra y adquisiciones a largo plazo. El 16 de enero de 2012, el requisito de largo plazo de los contratos de adquisiciones se eliminó y hoy en día todos los contratos federales de adquisiciones pueden ser sometidos a arbitraje. Aparte de esto, la amigable solución de controversias, que se introdujo el 28 de mayo de 2009, hoy en día puede ser utilizada en todos los contratos federales de obra y adquisición sin la necesidad de disposiciones generales de la Secretaría de la Función Pública, las cuales nunca se publicaron.

El derecho a mecanismos alternativos de solución de controversias se estableció en el tercer (hoy cuarto) párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal el 18 de junio de 2008, lo cual llevó a la creación a nivel estatal de distintas leyes e instituciones de solución alternativa de controversias con el fin de reducir la carga de trabajo en tribunales y juzgados.

Este rápido y tremendamente favorable desarrollo ha sido, naturalmente, víctima de retrocesos como la no arbitrabilidad parcial de contratos que involucran actos de autoridad y la reciente anulación del laudo de US\$300 millones en el caso ICC 13613 (COMMISA vs. PEMEX) a través de una combinación de elementos, particularmente el orden público y *res judicata*, los cuales han sido analizados a profundidad por el autor en otro artículo<sup>5</sup>.

Los proyectos de asociación público-privada que adoptan la forma de Proyectos de Prestación de Servicios (“PPS”) han sido desarrollados y ejecutados

5 Herfried Wöss: *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, April 2012, and Spain Arbitration Review 14/2012 (forthcoming), <http://www.woessetpartners.com> (Publicaciones).

satisfactoriamente durante los últimos diez años, utilizando la Iniciativa de Financiamiento Público con la asistencia de PartnerhipsUK. Dichos proyectos incluyen, entre otros, hospitales, desarrollos carreteros y centros culturales y deportivos<sup>6</sup>.

El 16 de enero de 2012, la Ley de Asociaciones Público Privadas (en adelante la “Ley APP”) fue publicada en el Diario Oficial de la Federación. Dicha Ley creó la figura de proyectos de asociación público-privada, mismos que se definen, de acuerdo al artículo 2, como “*aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el País*”. El artículo 3 de la Ley APP incluye cualquier tipo de asociación para desarrollar los llamados proyectos de inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica.

En general, la nueva ley está bien estructurada y proporciona un marco moderno para las asociaciones publico-privadas. Desafortunadamente, el capítulo de solución de controversias contiene varias imperfecciones, mismas que serán analizadas en este artículo. La ley contiene un mecanismo multinivel en su Capítulo XII que incluye negociaciones, comités de expertos, conciliación, arbitraje y solución judicial.

## 2. Negociaciones

De acuerdo al artículo 134, primer párrafo, de la nueva Ley APP, las partes deben tener como objetivo el resolver cualquier “*divergencia de naturaleza técnica o económica*” a través de negociación apegada a la buena fe. El término “*divergencias de naturaleza técnica o económica*” deriva del artículo 45, sección XIII de la Ley de Obras Públicas y, de hecho, fue eliminado en la reforma de mayo de 2009. No hay razón alguna para que las negociaciones se limiten a cuestiones técnicas o económicas y que no impliquen asuntos jurídicos.

Dichas negociaciones deben tener lugar dentro del plazo establecido por las partes. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo dentro de dicho período de negociación, la divergencia debe ser sometida a un comité de expertos conformado por tres miembros.

<sup>6</sup> Herfried Wöss: *Dispute Boards in Mexico*, Forum, Dispute Resolution Board Foundation, May 2007, <http://www.woessetpartners.com> (Publicaciones).

### 3. Comités de expertos

Los comités de expertos han sido utilizados como *dispute review boards* en algunos contratos APP como en el proyecto del Hospital Bajío. Dichos proyectos consisten en la construcción y operación (sin incluir servicios médicos) de un hospital público de especialidades con una duración de 25 años. El comité de expertos del Hospital Bajío se conformó de expertos en construcción durante la fase de construcción y de expertos en administración de hospitales durante la fase de operación; se emitieron recomendaciones no vinculatorias que fueron admitidas como pruebas en un procedimiento judicial posterior ante una corte federal. Solo hubo una *dispute review board* a lo largo del período contractual. No se reportó ninguna divergencia durante la fase de construcción. La construcción terminó antes de la fecha de terminación.

Bajo la Ley APP, una vez que las negociaciones llegan a su fin, cada una de las partes nombra a su experto y ambos expertos nombran al tercero. En caso de desacuerdo, el tercer experto será nombrado siguiendo el procedimiento establecido en el futuro reglamento de la Ley APP. El alcance de la determinación a la que llegue el comité de expertos está limitada a asuntos de naturaleza técnica o económica sin incluir cuestiones legales. Dicha limitación se establece expresamente en el artículo 134 de la Ley APP. Debido al vocabulario del segundo párrafo del artículo 134 de la Ley APP, la instalación de un comité de expertos es, al parecer, obligatoria.

Los nuevos comités de expertos son un paso atrás en el progreso ya logrado bajo los ya mencionados APPs. El comité de expertos no se trata de una institución permanente, sino que es *ad hoc*. No tiene plena jurisdicción, como las *dispute boards* de la ICC o de FIDIC, pero está limitada a cuestiones fácticas. Tal como lo muestra el “procedimiento de expertos independientes” en contratos modelo de compañías estatales mexicanas, la distinción entre cuestiones fácticas y cuestiones legales está causando problemas en México, particularmente en cuanto a la exclusividad que mantiene el experto sobre la determinación de cuestiones fácticas y cuando los términos de referencia se formulan de forma muy amplia (v.g. aplicación de penas convencionales por entrega tardía en lugar de la mera determinación de si una tormenta involucró fuerza mayor, lo cual da pie a una extensión de tiempo).

De acuerdo al artículo 135, sección V, de la Ley APP, cada una de las partes debe presentar una “*propuesta para resolver la divergencia*”, lo cual parece ser la rendición de un documento que contenga las posiciones de las partes debido a que el comité de expertos no tiene elementos de conciliación.

El segundo párrafo del artículo 135 de la Ley APP establece que la determinación de un comité de expertos es vinculante cuando es aprobada unánimemente por los miembros del comité. Dicha fuerza vinculatoria está limitada, evidentemente, a las cuestiones fácticas mencionadas anteriormente, sin incluir cuestiones legales. Una determinación por mayoría debería ser admitida como prueba en un procedimiento arbitral posterior. La admisión de reportes de expertos en procedimientos judiciales federales está sujeto a una serie de requisitos formales.

La solución que dan las leyes de adquisiciones y obras, consistente en permitir a la autoridad responsable el utilizar el mecanismo de solución alternativa de controversias más apropiado para cada caso concreto, parece ser una mejor solución que el comité de expertos previsto en la Ley APP, el cual no corresponde a las mejores prácticas de proyectos de infraestructura.

#### 4. Conciliación

El artículo 138 de la Ley APP remite al procedimiento de conciliación ante la Secretaría de la Función Pública previsto en las leyes de adquisiciones y obras. Dicho procedimiento de conciliación es medianamente eficiente y es frecuentemente utilizado por las partes en contratos públicos.

#### 5. Arbitraje

El artículo 139, párrafo 1, de la Ley APP reza: *“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 arbitraje debe llevarse a cabo en español. La referencia al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio se trata de una referencia a la *lex arbitrii*, lo cual es bienvenido, debido a que las leyes de obras públicas y adquisiciones no se refieren al régimen arbitral aplicable y la aplicabilidad del Código de Comercio en lugar del Código Federal de Procedimientos Civiles es únicamente una cuestión de práctica legal.

Sin embargo, el muy acertado acceso de los APPs mexicanos al arbitraje está opacado por las restricciones de arbitrabilidad.

## 5.1. No arbitrabilidad de los actos de autoridad

El artículo 139, párrafos 3 y 4, de la Ley APP contienen una variación de la parcial cuestión de no arbitrabilidad introducida en la reforma de mayo de 2009 a las leyes de obras y adquisiciones. Mientras que en dichas leyes únicamente la terminación del interés público y la rescisión por incumplimiento se consideran no arbitrables, la Ley APP le da un sentido distinto.

Los párrafos 3 y 4 del artículo 139 de la Ley APP dicen lo siguiente:

*“No podrá ser material 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.”*

Respecto a esto, es importante hacer notar que la exclusión de concesiones y autorizaciones del arbitraje va en contra de la tendencia internacional de hacer que dichos contratos públicos se sometan a arbitraje<sup>7</sup>, no obstante, no hay obligación bajo leyes internacionales de permitir el arbitraje. Las restricciones a la arbitrabilidad de concesiones pueden ser explicadas por medio de la tradición legal y la herencia franco-española de la Ley Mexicana. Sin embargo, hoy en día tanto la Ley francesa como la Ley española permiten el arbitraje de asociaciones público privadas<sup>8</sup> y no hay una explicación en los trabajos preparatorios de la Ley APP en cuanto al por qué de la no arbitrabilidad de la terminación y la rescisión de los contratos.

Otra cuestión es la excepción del arbitraje de actos de autoridad. De acuerdo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, algunos actos unilaterales de funcionarios de compañías estatales que modifican o extinguen *“situaciones jurídicas que afectan la esfera jurídica del gobernado”* son considerados actos de autoridad sujetos a amparo. Dicho amparo permite la suspensión inmediata y la anulación del acto de autoridad y tiene como objetivo remediar el estado de

7 Gary B. Born: *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, 2009, p. 831.

8 Bernardo M. Cremades, *State Participation in International Arbitration*, <http://bcremades.com> p. 10; Jean-Christophe Honlet / Barton Legum / Anne-Sophie Dufêtre, Salans: *France*, in: *The International Arbitration Review*, James H. Carter (Ed.), 2010, Law Business Research, Chapter 8, p. 104; Jean-Christophe Honlet / Gauthier Vannieuwenhuysse: *International arbitration and French public entities: the INSERM decision of the Tribunal des Conflicts*, IBA Arbitration Newsletter March 2011, p. 77, footnote 8, referring to Ordinance No 2004-559, dated June 2004.

indefensión de una parte contratante frente a una compañía estatal. El problema de esta línea de argumento es que combinado con otros ingredientes como la falta de una adecuada distinción entre orden público y ley pública, y la mala concepción del principio legal de *res judicata*, cualquier cuestión resuelta por un tribunal arbitral que pudiera ser considerada un acto de autoridad (como la ejecución de una garantía por parte de una compañía estatal) podría ocasionar la anulación del laudo arbitral como sucedió en el laudo del Caso ICC 13613 (COMMISA contra PEMEX), donde un juicio donde no se otorgó un amparo contra la terminación del contrato por parte de una compañía estatal fue considerado como *res judicata*, con un efecto sobre el laudo arbitral que se pronunció sobre el incumplimiento del contrato por parte de dicha entidad paraestatal.<sup>9</sup> La tesis sobre el acto de autoridad de la Suprema Corte llevó a la conversión de *actes iure gestionis* en *acte iure imperii*, con todas sus consecuencias.

Mientras que bajo las leyes de obras y adquisiciones no es claro si la no-arbitrabilidad está limitada a cuestiones de la validez del acto de autoridad o si también incluye cualquier efecto contractual de dicho acto, como su conformidad o no conformidad con el contrato y los daños que pudieran surgir, el artículo 139, párrafo 4, de la Ley APP claramente establece que solamente las desavenencias relacionadas con la “validez” del acto administrativo están reservadas a tribunales federales.

Esto se confirma en el artículo 122, párrafo 2, de la Ley APP, que establece que cualquier incumplimiento está sujeto a lo previsto en el contrato y que cualquier controversia que derive del mismo será resuelta por tribunales federales o por medio de arbitraje, lo cual confirma que cualquier cuestión que vaya más allá de la mera validez del acto de autoridad, es arbitrable.

Otra cuestión es la no previsión de potenciales actos de autoridad que pudieran surgir bajo un contrato público. Actualmente la rescisión por causa y la terminación por interés público por la compañía estatal son claramente actos de autoridad sujetos al procedimiento establecido en las leyes de obras públicas, adquisiciones y APP, no se excluye que quizá en un futuro surjan nuevos actos de autoridad, como se indicó por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito el 25 de agosto de 2011, en la anulación del laudo ICC 13612 del 6 de diciembre de 2009. Dicha “prueba” de actos de autoridad para efectos del amparo, establecida por la Suprema Corte, no da pie a un catálogo de actos de autoridad claramente definidos. Dicha no previsibilidad interfiere con el

<sup>9</sup> Véase el análisis de los elementos que tuvieron lugar en la dicha anulación en: Herfried Wöss, *El Orden Público*, op. cit., p. 1-19.

principio de legalidad bajo leyes mexicanas y con el estándar de transparencia bajo las leyes económicas internacionales.

Sin embargo, debido a que la no arbitrabilidad está limitada a cuestiones de validez del acto de autoridad, esto no debería interferir en un arbitraje bajo un contrato APP.

## 5.2. ¿Controversias contractuales sin ley?

El artículo 139, párrafo 1, de la Ley APP se refiere al “cumplimiento” del contrato APP y no utiliza fórmulas como la “interpretación y ejecución” de dichos contratos, lo cual normalmente se interpreta como una referencia a plena jurisdicción. Entonces, surge la pregunta de si el arbitraje bajo un contrato APP está limitado a la cuestión de incumplimiento contractual. En otras palabras, la determinación de nulidad de disposiciones contractuales u otras cuestiones no relacionadas al cumplimiento del contrato ¿están bajo la jurisdicción del tribunal arbitral?<sup>10</sup>

Debido a que las leyes de obras públicas, adquisiciones y APP contienen disposiciones obligatorias en contratos públicos, pueden surgir cuestiones de nulidad en arbitrajes bajo contratos públicos. Dichas disposiciones obligatorias se denominan como de “orden público” en el artículo 1 de dichas leyes, lo cual ocasiona confusión, en particular, en cuanto a la cuestión de si cláusulas contractuales que violan la ley aplicable son nulas relativas o absolutas, lo cual no será examinado a detalle en el presente artículo. La referencia al “orden público” en dichas leyes debe ser, sin duda, entendido como ley pública, en virtud de que las disposiciones de las leyes de obras públicas, adquisiciones y APP no coinciden con la definición legal de “orden público” inferida por el artículo 15 del Código Civil Federal.<sup>11</sup>

En jurisprudencia reciente<sup>12</sup>, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que las partes no pueden excluir o renunciar, ni modificar o cambiar, las disposiciones contenidas en la ley de obras públicas. En el caso mencionado, el precio financiero tuvo que ser pagado por la autoridad de acuerdo al artículo 69 de la ley de obras públicas aun y cuando la disposición correspondiente no había sido

10 Herfried Wöss, *The 2009 reforms*, op. cit., p. 22-23.

11 Herfried Wöss, *El Orden Público*, op. cit., p. 5-6.

12 “GASTOS FINANCIEROS. ES PROCEDENTE CONDENAR AL PAGO DE LOS MISMOS SI SE ACREDITA EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PAGOS DE ESTIMACIONES Y AJUSTES DE COSTOS, AUN CUANDO LAS PARTES NO LO HAYAN PACTADO EXPRESAMENTE EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 69 DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS.” Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVI, Noviembre de 2007, Tesis: 1ª./J. 144/2007, Jurisprudencia, Materia: Administrativa, p. 118.



incluida en el contrato. Esto es muestra de cómo las disposiciones contractuales y legales están entremezcladas en contratos públicos con entidades paraestatales en México. De hecho, los reclamos hechos por contratistas en contratos de obra pública y adquisiciones siempre se realizan con base en las disposiciones legales y contractuales aplicables. Es por esto que aparentemente no es posible separar las disposiciones contractuales de las disposiciones legales obligatorias en un contrato público.

El artículo 139, párrafo 1, de la Ley APP debe ser contextualizado con el artículo 140 de la Ley APP, mismo que establece que los tribunales federales son competentes para conocer de disputas que deriven de la interpretación y aplicación de la Ley APP, así como de actos que fundamentados en dicha ley o en disposiciones derivadas de dicha ley.<sup>13</sup>

Debido a que necesariamente cualquier disputa contractual de contratos públicos en México involucra la interpretación y aplicación de la ley aplicable, incluso en controversias relacionadas meramente con el incumplimiento del contrato, esta disposición restringe severamente el ámbito de aplicación de la disposición arbitral del artículo 139 de la Ley APP. La iniciativa legislativa omite una explicación para la separación entre cumplimiento contractual y la aplicación e interpretación de la ley. En particular, el tribunal arbitral no cuenta con una calidad legal para someter cuestiones de interpretación de la Ley APP a tribunales federales. Las partes podrían renunciar a su derecho al arbitraje si someten en paralelo una cuestión de interpretación de la Ley APP a tribunales federales.<sup>14</sup>

Es por esto que, y a pesar de la buena intención del legislador, el contenido del artículo 140 de la Ley APP conduce a una situación en la que el arbitraje se convierte en un riesgo grave. El problema podría ser resuelto a través de una interpretación sistemática: el artículo 140 de la Ley APP no puede ser interpretado de manera tal que deje sin efectos al artículo 139, párrafos 1 y 2. Asimismo, la opción de arbitrar incumplimiento contractual se confirma claramente en el artículo 122, párrafo 2, de la Ley APP. Entonces, el artículo 140 debería ser interpretado, “*sujeto a lo establecido por los artículos 122, párrafo 2 y el artículo 129 de la Ley APP*”, v.gr. otorgando jurisdicción exclusiva al tribunal arbitral. La referencia en el artículo 140 de la Ley APP a la jurisdicción exclusiva de

13 “Corresponde a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten de la interpretación o aplicación de esta Ley, así como de los actos que se celebren con fundamento en ella o en las disposiciones que de la misma emanen.”

14 Herfried Wöss, *El Orden Público*, op. cit., p. 10-13.

tribunales federales debe ser entendida únicamente en relación con la validez de actos de autoridad.

Sin embargo, sobra decir que la incertidumbre implica un riesgo. Como lo muestra la anulación del laudo COMMISA, incluso un laudo arbitral con un lenguaje cuidadoso no da un escudo en contra de dichos riesgos.

## 6. Conclusiones

La nueva Ley APP y las reformas a las leyes de obras públicas y adquisiciones, publicadas el 16 de enero de 2012, han abierto a todos los contratos de obras públicas, adquisiciones y APP al arbitraje. Mientras que la Ley APP deja en claro que la cuestión de no-arbitrabilidad parcial está limitada a la cuestión de validez de un acto de autoridad, el ámbito de la jurisdicción federal parece interferir con la jurisdicción del tribunal arbitral en cuanto a la interpretación y aplicación de la Ley APP, lo cual debe ser resuelto con una reforma legal.

En caso de terminación o rescisión infundada de contratos de obras públicas, adquisiciones y APP, el arbitraje de inversiones podría ser contemplada en lugar del arbitraje comercial.

Las soluciones y propuestas de reforma a las leyes de obras públicas, adquisiciones y APP serán analizadas en el V Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones, que tendrá lugar en el prestigioso Club Piso 51 de la Torre Mayor, en la Ciudad de México el 29 de junio de 2012.