

ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL

*Francisco González de Cossío**

The particular topic of State contracts impinges upon some of the gravest questions of International law.

This part of International law, like so many other branches of the law, is in great need of elaboration. This can best be accomplished by its application to concrete cases by arbitral tribunals. There is a wealth of material from which the law could by this means be developed.

Jennings, *State Contracts in International Law*¹

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	EL ANTECEDENTE: LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	3
III.	EL DESARROLLO	6
A.	RENOVADO INTERÉS EN ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL.....	6
1.	Ley de Obra Pública y Ley de Arrendamientos y Servicios	7
2.	Ley de Asociaciones Público Privadas	11
B.	EL CASO <i>COMMISA V PEP</i>	13
1.	El laudo	13
2.	El amparo.....	13
3.	La impugnación judicial y la nulidad	13
4.	La ejecución fuera de México	16
IV.	EL PROBLEMA.....	16
V.	UNA SOLUCIÓN: CONTRA LA <i>MALAISE FRANÇAISE</i> , EL ANTIDOTO <i>ANGLAISE</i>	18

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro, mediador y postulante en casos nacionales e internacionales.

¹ British Year Book of International Law (1961), 37, pp. 156, 182.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión citada en la portada de este artículo es relevante, no sólo porque proviene de uno de los titanes del Derecho Internacional, sino porque sigue siendo tan atinada como lo era cuando fue emitida hace más de 50 años. No solo eso, lo que es cierto con respecto a la contratación gubernamental *internacional* es aplicable también a la contratación gubernamental *local*, sobre la cual me enfoco en este ensayo.²

La utilización del arbitraje en la contratación gubernamental³ ha generado dudas y preocupaciones. No obstante sus bondades, se percibían riesgos. Recientemente, un doble desarrollo ha puesto el tema en el ojo del huracán. Por un lado, el incremento en su utilización—tanto legislativa como contractualmente. Por otro, la actualización de algunos de los riesgos aludidos.

Este ensayo comenta el desarrollo. Al hacerlo, busco un objetivo que deseo divulgar desde el comienzo: canalizar el debate constructivamente. Percibo que existe una proclividad a dar más eco a los *problemas* que a los *éxitos*. Por motivos que aún no acabo de comprender, comentaristas y expertos diversos están más dispuestos a poner la lupa en el *tropiezo* que en el *logro*. Y al hacerlo, el problema no se comenta—mucho menos analiza—con la profundidad y objetividad necesaria. Para mi gusto, ello es lamentable. No sólo porque es una manera parcial y poco seria de dialogar, sino también porque muestra una verdad a medias. Un panorama sesgado; cuando la realidad es distinta. Y ante una prognosis mala, la diagnosis dista de servir.

² Me ceñiré al derecho administrativo local y sus implicaciones en arbitraje. No abordo las ramificaciones internacionales por haberlo hecho en otros contextos. (¿CUÁNDO PACTA ES SERVANDA?: CLÁUSULAS PARAGUAS EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN e INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN LA EXPERIENCIA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, ambos visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje. A su vez, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 3a ed., 2011, pp. 951 a 976.)

³ Por sencillez, utilizo la frase genérica “contratación gubernamental” para abarcar todas las especies de contratos administrativos.

La realidad es que existen logros importantes y plausibles en esta materia. A continuación se comentarán (§III), no sin antes describir el trasfondo conceptual sobre el cual ocurre (§II) que explica el problema que genera (§IV). Expuesto ello, propondré una solución (§V).

II. EL ANTECEDENTE: LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO⁴

La teoría del contrato administrativo de la tradición jurídica civilista⁵ en esencia dice que el contrato administrativo guarda tanto *similitudes* como *diferencias* con el contrato regido bajo derecho privado.⁶ Las *similitudes* consisten en que parte de dicho acto jurídico se nutre, teje y rige por el derecho de las obligaciones. Por la teoría del contrato. Por principios de contratación, incluyendo la libertad contractual—aunque matizada.⁷ Las *diferencias* radican esencialmente en dos cuestiones. Primero, una de las

⁴ En la investigación y elaboración de esta sección me he beneficiado de conversaciones con una litigante y experta en derecho administrativo que mucho han nutrido mi entender sobre esta problemática: Julieta Ovalle Piedra. Deseo extenderle mi reconocimiento y agradecimiento por su orientación, deslindándola de cualquier error u omisión por los cuáles sólo yo soy responsable.

⁵ Es digno de énfasis que el régimen que a continuación describo no ha encontrado eco en jurisdicciones de *common law*. *Grosso modo*, para estas jurisdicciones, el régimen del contrato administrativo se circunscribe a la licitación y adjudicación (*public procurement*) en términos costo-eficientes, justos y ausentes de ilicitud (incluyendo corrupción). Pero hecho ello, el contrato se torna en un instrumento regido por el derecho privado. Como lo expone Cane: “Unlike French law ... English law recognizes no category of ‘public contracts’ subject to a regime of public law and distinct from contracts between private individuals and corporations. The starting point of English law is that the ‘ordinary’ law of contract regulates public contracting ... and private contracting alike”. (Peter Cane, ADMINISTRATIVE LAW, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, Fifth Edition, 2011, p. 224.)

⁶ Al respecto, ver Laubadère, TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS, Librairie générale de droit et jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1956. Laurent Richer, DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS, L.G.D.J., France, 2010. Christophe Guettier, DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS, Thémis Droit, París, Presses Universitaires de France, 2004.

⁷ Este punto merece énfasis. Mientras que en los contratos civiles las partes pueden pactar todo lo que no esté prohibido, en los contratos administrativos las partes pueden pactar sólo lo que esté permitido. Lo que el derecho administrativo aplicable permita. Claro, pueden no aceptarlo y simplemente no contratar. Pero no pueden escoger de entre el régimen administrativo qué pactar y qué no. Es a esto a lo que me refiero al aludir a la libertad contractual matizada administrativamente.

partes es un ente público que responde públicamente por su gestión. Después de todo, utiliza fondos públicos. Segundo, los intereses en juego. Siendo que contrata para, por ejemplo, prestar un servicio público, y ello con miras a satisfacer necesidades colectivas, sus intereses deben prevalecer sobre las necesidades individuales. Su régimen *viz* el contratante particular merece un tratamiento diverso. Después de todo, no son iguales. Mientras que uno responde a un interés *particular* (lucro), otro responde a un interés *público* (satisfacer una necesidad social). Aceptada la distinción, fluyen consecuencias diversas. Una relevante para los objetivos de este ensayo es el *régime exorbitante*:⁸ un conjunto de principios de los cuales carece el derecho contractual privado que dan prerrogativas al ente público por encima del ente privado.⁹ Un régimen que deroga derecho común. Una prerrogativa derivada de la fuerza pública¹⁰ que es tanto causa como consecuencia del hecho que el contratante público es *in natura* distinto al privado.¹¹ Dicha diferencia en la realidad tiene un reflejo en el mundo del derecho: la ausencia de igualdad que constituye el punto de partida del derecho civil contractual.¹²

⁸ Laubadère hace, en la biblia de esta materia, un análisis detallado de la *clause exorbitante*. (*ob cit*, pp. 85 *et seq.*)

⁹ Por ejemplo, el *ius variandi*: la posibilidad de cambiar algunos términos del contrato dentro de ciertos límites en línea con un propósito de interés general. Otro ejemplo es la terminación administrativa y la posibilidad de emitir decisiones auto-ejecutables. A su vez, en algunas jurisdicciones se acepta que el particular no cuenta con la *exceptio non adimpleti contractus*. El universo exacto de facultades exorbitantes varía no sólo de país en país (consecuencia natural de ser producto del derecho local), sino dentro del mismo dependiendo del régimen aplicable (por ejemplo, puede ser que conforme a una ley administrativa estatal existan más facultades exorbitantes que otro, inclusive del mismo país). Y para añadir a la complejidad, algunos entes públicos contemplan más facultades asimétricas que otros al confeccionar sus contratos de adhesión.

¹⁰ ‘*Prérogative de puissance publique*’ para parafrasear a Laubadère (*ob cit*, p. 91.)

¹¹ Su distinción exacta ante géneros próximos visibles en relaciones contractuales entre partes con asimetría económica puede ser difícil. Ante ello, una manera de determinar si una disposición o facultad es exorbitante—y no simplemente leonina—es que la cláusula exorbitante tiene ‘sello administrativo’ (“*porte la marque administrative*”, en palabras de Laubadère (*ob cit*. p. 100.))

¹² Aunque la infrecuencia es una característica de las cláusulas exorbitantes, el que una cláusula sea poco habitual no le merece el adjetivo “exorbitante”. Es por ello que la alusión al ‘sello administrativo’ es útil.

Esta teoría, si bien producto y peculiaridad del derecho francés,¹³ se contagió a jurisdicciones diversas. Una de ellas fue México. Como resultado, diversas jurisdicciones aceptan,¹⁴ casi como verdad de Perogrullo, que cuando un particular contrata con el Estado (o cualquier ente gubernamental), lo hace en términos distintos a los que aceptaría cuando contrata con otro particular. El siguiente segmento de Serra Rojas es ilustrativo del paradigma:¹⁵

La institución del contrato forma parte del sistema liberal ya que las partes lo celebran con libertad o en ocasiones sujeto a ciertas restricciones necesarias para asegurar el interés general. Un sistema totalmente diferente es el que existe en los Estados comunistas, en donde estas formas jurídicas no pueden llamarse propiamente contractuales, por la constante y total acción unilateral del Estado.

El contrato administrativo es una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración Pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los contratos que regula el código civil, la voluntad de las partes es la suprema ley, de allí nacen las normas que rigen esa relación jurídica aplicándose el propio Código como normas supletorias para llenar los vacíos no previstos por las partes. Sus principios generales radican en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad.

En los contratos administrativos la situación es diferente: la voluntad de las partes no pueden alterar los mandatos de la ley que se aplica directamente, las partes se subordinan a una relación de derecho público preestablecida o principios jurídicos creados ex – profeso para normar esas situaciones, que obedecen a los reclamos del interés público. De aquí cierta precariedad en la relación que se establece, que es de antemano conocida por los que contratan con la administración pública que actúa sin propósito de lucro y sólo trata de asegurar el interés general.

¹³ Guido Santiago Tawil, ON THE INTERNATIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS, ARBITRATION AND THE CALVO DOCTRINE, en ARBITRATION ADVOCACY IN CHANGING TIMES, ICCA Congress Series No. 15, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 327.

¹⁴ Por ejemplo, casi toda América Latina.

¹⁵ DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. Porrúa, México, D.F., 1995, 16ª edición, pp. 634-635.

Dicho paradigma ha propiciado la existencia tanto de un régimen *sustantivo* como *adjetivo* diverso.

Con respecto al *sustantivo*, el principio subsumido en la legislación administrativa diversa es que, siendo un órgano público parte del contrato, cuya misión es prestar un servicio público que es de interés público, su continuada prestación no puede estar sujeta a vicisitudes provenientes de los intereses privados, individuales, de la parte privada en dicha relación.¹⁶ Con respecto al régimen *adjetivo*, la misma *ratio* motiva la existencia de tribunales especializados que conozcan (a veces con jurisdicción exclusiva) de las disputas que puedan surgir de dicha relación jurídica – el contencioso administrativo y los tribunales administrativos del Poder Judicial.

Entender esto es clave, pues es la raíz del problema. El trasfondo que motiva el desarrollo que a continuación comento.

III. EL DESARROLLO

Existe un doble desarrollo en esta materia. Por un lado, un renovado e impetuoso interés en utilizar el arbitraje en la contratación gubernamental. Por otro, un caso que actualiza los riesgos que algunos veíamos en esta materia. A continuación se comentan.

A. RENOVADO INTERÉS EN ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL

Se observa un renovado interés en confiar al arbitraje la solución de problemas relacionados con la contratación gubernamental. Legislación administrativa diversa contempla la posibilidad de pactar arbitraje en la contratación gubernamental. Mientras que la Ley de Petróleos Mexicanos¹⁷ y

¹⁶ Al respecto, se recomienda Gabino Fraga, DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. Porrúa, México, D.F., 33ª edición, 1994, pp. 395 *et seq* y a Jorge Escola, COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, vol. II, Ediciones Depalma, 1984, pp. 678-679.

¹⁷ Artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos. Los nuevos lineamientos de contratación con PEMEX expresamente contempla y permiten el arbitraje. (Artículo

la ley de la Comisión Federal de Electricidad¹⁸ lo permitían desde hace tiempo, dos leyes administrativas importantes han modificado su régimen para autorizarlo. Más aún, una pieza legislativa importante del sexenio actual lo contempla dándole un papel importante: la Ley de Asociaciones Público-Privadas.¹⁹

Este desarrollo merece más comentario no sólo por el resultado, sino por su génesis.

1. Ley de Obra Pública y Ley de Arrendamientos y Servicios

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (“*Ley de Obra Pública*”) y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (“*Ley de Arrendamientos*”) llevaban tiempo contemplando la posibilidad de pactar arbitraje. Sin embargo, dicha posibilidad estaba en la práctica vedada dado el requerimiento de ambos cuerpos normativos de exigir que los acuerdos arbitrales que se celebren se hagan de conformidad con las reglas de carácter general que emita la Secretaría de la Función Pública,²⁰ *mismas que nunca fueron emitidas.*

Durante aproximadamente siete años se trabajó en los lineamientos exigidos por dichas leyes, sin que vieran la luz de día.²¹ En 2008 un

68 de las disposiciones administrativas de contratación en materia de adquisiciones, arrendamiento, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (DOF, 6 de enero de 2010)).

¹⁸ Artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Artículos 42 y 138 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

¹⁹ El autor ha presenciado conferencias del Jefe del Ejecutivo (Felipe Calderón) donde presume el logro de dicha ley, incluyendo su inclusión del arbitraje.

²⁰ La ley aludía a la Secretaria de Contraloría y Desarrollo Administrativo (ahora Secretaría de la Función Pública), y requería que los lineamientos fueran emitidos previa opinión de la Secretaría de Economía.

²¹ Divulgo que colaboré en dicho esfuerzo. Fueron muchas las versiones que se circularon de dichos lineamientos. Si bien redacté la primera versión, muchos expertos dieron opinión y nutrieron la misma. Un experto mexicano, Roberto Hernández, fue especialmente activo y atinado.

funcionario de alto nivel de la Secretaría de la Función Pública se avocó al tema, tomando con mucha seriedad la misión que se le confió. Para ello, tomó los mejores cursos de arbitraje que se ofrecen en México y creó un grupo de trabajo especializado. Tuve la suerte de formar parte de dicho grupo de trabajo. Las sesiones fueron muchas e intensas. Por su seriedad, el esfuerzo es digno de ser reconocido y aplaudido. El resultado no fue el mejor, pero fue un gran avance en la materia. Por ejemplo:

1. En vez de emitir lineamientos, se modificó la ley *de raíz* para contemplar en la misma el arbitraje. Ello para dar más seguridad jurídica a quien contrate.²²
2. Como regla, se permitió el arbitraje. Y no se sobrerreguló,²³ algo digno de tomarse en cuenta dada la frecuencia con la que se sucumbe a dicha tentación en este materia.²⁴
3. Se estableció un régimen liberal y permisivo.
4. Se contempló la posibilidad de pactar y utilizar otros mecanismos (como peritaje, mediación, conciliación y *dispute boards*).

Todo lo anterior es, en mi opinión, un avance positivo en esta materia. No sólo eso, es producto de un interés maduro, bien intencionado, de funcionarios diversos de fomentar la inversión en contratación gubernamental mediante la utilización del arbitraje y otros mecanismos. Ello merece reconocimiento y

²² Los lineamientos son más fáciles de modificar, lo cual podría restar confianza al contratante.

²³ Simplemente se reconoció que es aplicable la *lex specialis* sobre la materia: el derecho arbitral mexicano (Título IV del Libro V del Código de Comercio).

²⁴ Es enorme la cantidad de foros donde he escuchado que debe existir un cuerpo normativo independiente y especializado sobre este tema. Siempre que he preguntado el porqué la respuesta ha sido silencio. Se invita al lector que comulgue con dicho razonamiento a considerar que tenemos derecho arbitral de punta. Ante ello, mucho mejor establecer normas de engarce que hagan aplicable el mismo, que reinventar el hilo negro.

aplauso. Para mi gusto, el gremio arbitral mexicano no ha acabado de reconocer correctamente este esfuerzo.²⁵

A la par de lo bueno, existieron yerros. Al final del artículo 98 de la Ley de obra Pública se estableció que:

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.

El artículo 80 de la Ley de Arrendamientos decía que:

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.

El paso tomado por ambas leyes genera problemas diversos, en resumen:

1. La inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y de la terminación anticipada:
 - a) excluye del arbitraje dos de los problemas más serios que puede vivir un contrato administrativo;
 - b) provoca la existencia de procedimientos paralelos (arbitrales y administrativos); y
 - c) manda un mensaje negativo a quien contrata con el gobierno.

²⁵ Observo que muchos prefieren señalar sutilezas que reconocer el avance del panorama. Siempre es bueno buscar el mejor resultado, pero cuando ello se hace a costa de desconocer la compleja realidad que a veces hace difícil (o imposible) emitir un texto jurídico “perfecto”, ello es lamentable y pierde la oportunidad de construir. Pero además, ¿perfecto para quién? Como dice el viejo adagio: ante *dos* abogados expertos, ¡hay *tres* opiniones!

2. El establecimiento de una norma que permita la exclusión del arbitraje por el reglamento crea inseguridad jurídica al contratante.

Además de lo anterior, la Ley de Arrendamientos generaba²⁶ un problema adicional: adoptó un régimen de excepción, y en dos sentidos. Primero, al establecer que sólo puede pactarse en los contratos “previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley”, se excluyeron muchas especies de contratos administrativos.²⁷ Segundo, la redacción “sólo controversias de interpretación” genera dudas sobre el alcance material de la cláusula arbitral.²⁸

La restricción a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada merece un comentario adicional. Comencemos con su génesis: fue incluida en el texto de la iniciativa en la recta final de las sesiones del grupo de trabajo. A su vez, no fue incluida por los participantes del grupo de trabajo, sino por terceros. La respuesta que mereció fue un (aguerrido) rechazo. Muchos aperecibimos (yo fui insistente y enérgico) que contemplar dicha cortapisa acarrearía problemas. Tales, que posiblemente era mejor no modificar nada, que adoptar la iniciativa con dicha excepción.

²⁶ Este problema ha sido remediado por la reciente modificación al artículo 80 de la Ley de Arrendamientos (16 de enero de 2012).

²⁷ Durante las sesiones del grupo de trabajo manifesté que consideraba que ello era un error. Se me contestó que el motivo obedecía a que (a) eran los contratos donde más se preveía; y (b) que era para evitar que un funcionario que no sepa lo que está haciendo lo pacte en casos que no lo justifican. Contesté que para mi gusto ambos argumentos eran insuficientes. Con respecto al primer argumento, existían muchos otros contratos regidos por la Ley de Arrendamientos que podían justificar la utilización del arbitraje. Al citar algunos ejemplos que me vinieron a la mente (inclusive manifesté que bien podrían haber otros que no se me estuvieran ocurriendo en dicho instante—era mi respuesta inmediata al argumento que por vez primera se me hacía ver), se me admitió que era cierto. Sin embargo, no se hizo nada. Con respecto al segundo argumento, en mi opinión, ello es paternalista. Además, una ley no puede legislar para el neófito. Debe ser un régimen inteligente, no que suponga una *capitis diminutio* de su destinatario. Así lo manifesté. Tampoco recibí una respuesta.

²⁸ Es de admitirse que, aunque la redacción no ayuda, no percibo que la intención legislativa sea reducir el ámbito de conocimiento. (Ello también fue remediado con la modificación del 16 de enero de 2012.)

Pero lo más importante fue el motivo: al indagar sobre la razón de dicha inclusión se nos informó que obedecía a que ello era el estado actual de la materia, acorde a la jurisprudencia vigente. Esto fue materia de debate intenso. Muchos de los presentes disintieron sobre la rectitud de la aseveración. Otros admitieron (yo estuve dentro de éstos) que existían algunos casos que así lo sostenían, pero que habían otros que sostenían lo contrario. Más aún, siendo los segundos los más recientes, se observaba una tendencia a el paradigma.²⁹ Siendo que se consideraba mejor derecho no incluir la restricción,³⁰ era de preferirse que no se indicara nada.³¹ Sería un paso a favor de la mejor vertiente.

Lamentablemente, no se logró el cambio. Cuando esto fue hecho público, el gremio contestó ásperamente.³² En esencia, los motivos fueron los expuestos.

2. Ley de Asociaciones Público Privadas

La Ley de Asociaciones Público Privadas (“LAPP”) es una pieza legislativa de la cual la administración Calderón está orgullosa. Al exponer su virtudes expresamente se alude a su utilización del arbitraje y otros mecanismos.³³ En buena medida, el régimen es plausible. Sin embargo, existen arrugas que deben ser planchadas. Por ejemplo, su artículo 139 *in fine* dice:

²⁹ O por lo menos así podía argumentarse.

³⁰ Dejando así la posibilidad abierta para debatir el punto ante tribunales.

³¹ Hacerlo cristalizaba en ley lo que parecía que era el paradigma en vías de ser refinado.

³² Tanto en foros locales como internacionales lo que más se comentó fue la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada; y se hizo en términos negativos. Casi no se comentaron los aspectos positivos. Si bien esto merece la crítica que he hecho antes sobre el maniqueísmo observable en esta materia, también es cierto que reafirmó lo que en grupo de trabajo hicimos ver a quienes insistieron en incluir dicho precepto. Es decir, la comunidad de inversionistas y arbitral nacional e internacional nos dio la razón.

³³ Conferencia ante la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción en Los Pinos el 3 de mayo de 2012.

[...]

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.

Dos problemas son detectados:

1. La oración “En su caso, sólo procederá el juicio de amparo” provoca dudas sobre la procedencia del juicio de amparo.
2. La inarbitrabilidad de los actos de autoridad hace sospechar que se incluyó ‘por la puerta trasera’ la rescisión administrativa y la terminación anticipada, pues podrían considerarse actos de autoridad.

Sobre la primer preocupación, divulgo al lector que el CENTRO DE ARBITRAJE DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN fue consultado sobre dicho proyecto de ley. El texto previo decía “sólo procederá el juicio de amparo”.³⁴ Ello era un doble *foul*: por un lado, sí procede un recurso: el juicio de nulidad.³⁵ Por otro, el amparo *no* procede. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido tan clara como atinada y contundente a este respecto. Al traer la atención sobre esto, dicho texto se cambió. Quienes estuvieron involucrados en esta iniciativa mostraron una enorme apertura sobre el tema y deseo para emitir la ley en los mejores términos posibles.

Es cierto que hubiera sido preferible no incluir la oración “En su caso, sólo procederá el juicio de amparo” pues puede invitar confusión. También es cierto que sería mejor que en el mundo no hubiera guerras ni hambrunas ni maldad. La realidad no siempre es la utopía que algunos desean (y en base a

³⁴ Al respecto, ver González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., Tercera edición, 2011, p. 203.

³⁵ Artículo 1457 del Código de Comercio.

la cual parecen partir al emitir sus críticas). Lo que se logró fue un ‘second best’: dejar el punto abierto como una cuestión a ser resuelta por la *lex specialis*: la ley de amparo. (Y siendo que la SCJN ha sido clara en que no procede, la conclusión jurídica es la hipótesis “en su caso” de dicha oración nunca se actualiza.)

Sobre el segundo punto, aplican las mismas observaciones que he hecho con respecto rescisión administrativa.

B. EL CASO *COMMISA v PEP*

Resumir los puntos más sobresalientes de este caso es conveniente para los fines de este ensayo. El motivo es que ilustra la problemática abordada.

1. *El laudo*

El arbitraje CCI número 13613 entre Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. y Pemex-Exploración y Producción (“*COMMISA v PEP*”) tuvo como resultado un laudo (diciembre de 2009) que condenó a PEP a pagar a COMMISA más de trescientos millones de dólares.

2. *El amparo*

En forma paralela al arbitraje, COMMISA recurrió la rescisión administrativa en amparo.³⁶ Mucho puede decirse sobre este paso, particularmente a la luz del derecho de amparo. Dado el objeto de este ensayo sólo mencionaré que el amparo fue negado.³⁷ (Aunque sobreseído en

³⁶ Amparo en Revisión RA-123/2006, sentencia de 17 de mayo de 2006 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en Revisión 1081/2006, sentencia de 23 de junio de 2006 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

³⁷ La historia procesal de este amparo no es tan importante como el hecho que existió en forma paralela al arbitraje. Los motivos quedarán en manifiesto más adelante.

primera instancia³⁸ y en revisión³⁹ fue atraído por la Suprema Corte, misma que decidió no otorgar amparo⁴⁰ turnando el asunto a tribunal colegiado, mismo que negó la protección constitucional.⁴¹)

3. *La impugnación judicial y la nulidad*

Se solicitó la nulidad del laudo *inter alia* en base a que ventilaba cuestiones no arbitrables y violaba el orden público. El juez de nulidad rechazó la solicitud.⁴² Dicha sentencia fue recurrida en amparo argumentando violación a la garantía de legalidad siendo que el juez de nulidad no anuló no obstante que se encontraba en presencia de materias no arbitrables y violaciones al orden público. El juez de distrito negó el amparo.⁴³ Se interpuso recurso de revisión. El colegiado anuló.⁴⁴ Al hacerlo, razonó que:⁴⁵

- a) **Arbitrabilidad:** El laudo es nulo por ventilar cuestiones no-arbitrables. Dicha determinación descansó en tres premisas:
- i) *Actos de autoridad:* No obstante que el acuerdo arbitral contenido en el contrato es amplio, el Tribunal Colegiado

³⁸ El Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal lo negó el 23 de agosto de 2005 al considerar que PEP no era autoridad (Expediente 1950/2003).

³⁹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 17 de mayo de 2006 (Expediente 123/2006). Para ser exactos, fue sobreseído respecto de uno de los considerandos y se salvó la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("**Suprema Corte**") en otro.

⁴⁰ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006.

⁴¹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 23 de febrero de 2007.

⁴² Juez Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 24 de junio de 2010.

⁴³ Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 3 de septiembre de 2010.

⁴⁴ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011. (Para ser exactos, emitió una sentencia revocando la sentencia del Juez de Distrito, ordenando que dejara insubsistente la resolución reclamada y, en su lugar, emitiera otra considerando que el laudo arbitral es nulo.)

⁴⁵ Lo expuesto es un resumen. La sentencia del tribunal colegiado tiene poco menos de 500 páginas.

determinó que no abarcaba disputas provenientes de rescisiones administrativas pues estas son consideradas actos de autoridad. En apoyo a dicho razonamiento se citó una Jurisprudencia (por contradicción) de la Octava época del Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴⁶

- ii) *Jurisdicción exclusiva*: La inarbitrabilidad de la materia deriva de que existe competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos para ventilar actos de autoridad (incluyendo rescisiones administrativas).
- iii) *Cosa juzgada refleja*: dado que existía una decisión de un juez competente que determinó que la rescisión era constitucional,⁴⁷ dicha determinación era ‘cosa juzgada refleja’ *vis-à-vis* el tribunal arbitral.⁴⁸ En la medida en que (a) existían determinaciones que involucraron la rescisión⁴⁹ (b) en base a las cuales el tribunal otorgó consecuencias jurídicas,⁵⁰ el tribunal arbitral excedió su mandato al tocar una cuestión no arbitrable.

b) **Orden Público**: el laudo es nulo por ser contrario al orden público en la medida en que los contratos administrativos:

- i) están regulados por leyes administrativas y la Constitución Federal; e

⁴⁶ Aunque la decisión no descansó en el texto de la Ley de Obras o Ley de Arrendamientos, existió un argumento *a fortiori* consistente en que la no arbitrabilidad de dicha materia era prevista en otras leyes administrativas.

⁴⁷ Los juicios de amparo descritos en la sección III.B.2 anterior.

⁴⁸ La aplicabilidad de la teoría de cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales es un tema nunca antes visto—y erróneo. He comentado dicho paso en ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, enero 2012. Y en Revista del Club Español del Arbitraje, número 13, 2012, p. 147.

⁴⁹ Particularmente determinaciones contrarias a lo que el juez competente sostuvo.

⁵⁰ Penas convencionales y daños y perjuicios.

- ii) involucran necesidades gubernamentales delicadas que no pueden ser valoradas por un tribunal arbitral privado.

Como resultado, la autoridad responsable (el Juez de Distrito) emitió una sentencia declarando nulo el laudo arbitral.

4. *La ejecución fuera de México*

Ante la nulidad en México, se ha solicitado la ejecución en Nueva York.⁵¹ A la fecha de estas líneas, la decisión del juez neoyorquino estaba pendiente.⁵²

IV. EL PROBLEMA

Expuestos los antecedentes (§II) y el desarrollo que la materia ha tenido (§III), lo ocurrió en el caso *COMMISA v PEP* era de predecirse. De hecho, fue predicho. Quienes asesoramos y participamos en el grupo de trabajo de las leyes administrativas⁵³ hicimos alusión expresa a dicho peligro.⁵⁴ A su vez, expertos⁵⁵ e instituciones importantes (como CCI México) han hecho ver esta problemática.⁵⁶

⁵¹ Por transparencia, divulgo que soy el experto en derecho mexicano designado por los abogados de Estados Unidos de América que se opusieron a la ejecución. Es con autorización que divulgo lo que aquí expuesto.

⁵² Esta decisión será de interés en todo el mundo por motivos diversos. Uno es que versa sobre el (interesante y controvertido) tema de la ejecución de un laudo anulado en la sede del arbitraje. Otro es la calidad jurídica involucrada: los expertos más reconocidos del mundo están involucrados en ambos lados del debate, seguidos por expertos mexicanos de la más alta envergadura (excluyendo al autor, por supuesto).

⁵³ Descrito en la sección III.A.1 de este ensayo.

⁵⁴ Inclusive, algunos pusimos nuestras ideas y protestas por escrito. Véase por ejemplo, *DE LEYES Y EMBUTIDOS: EL ARBITRAJE EN MATERIA DE OBRA PÚBLICA, ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS CON EL SECTOR PÚBLICO*, Pauta 61, agosto 2010, p. 164 (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁵⁵ El Dr. Herfried Wöss ha analizado el problema en forma interesante en *EL ORDEN PÚBLICO, DERECHO PÚBLICO, COSA JUZGADA E INARBITRABILIDAD EN CONTRATOS PÚBLICOS EN MÉXICO (LA ANULACIÓN DEL LAUDO DEL CASO ICC 13613/CCO/JRF)*.

⁵⁶ CCI México organizó un evento en verano de 2009 donde se hicieron observaciones sobre la modificación a las leyes administrativas en cuestión por muchos practicantes y expertos. Una crítica que se escuchó con ahínco fue la inarbitrabilidad de la

Sin duda *COMMISA v PEP* atraerá la atención nacional e internacional. De hecho, ya se escucha en los pasillos y tras bambalinas. A su vez, se ha comentado en algunos foros. Algunos llegan al extremo de decir que mientras no se corrija el problema no recomendarán a sus clientes usar arbitraje.

Me pregunto si la postura es sostenible en la lógica y la praxis. Por principio, supone que hay una mejor opción. ¿La hay? El contencioso administrativo y el poder judicial son ideales para muchos casos, mas no todos. Existe una veta de casos cuyas necesidades son idealmente satisfechas mediante arbitraje—aún con esta problemática (sin que sea motivo para no corregir). Y si la contratación es con extranjeros, canalizarlos a vías locales no disipa su (legítima) preferencia por contar con mecanismos equi-distantes a ambas partes. Neutrales. Por ende, creo *y postulo* que la solución no es erradicar; es refinar, arreglar, dialogar sobre este problema con miras a hacer ver a los actores relevantes que el problema merece solución. Sin el mismo, sus planes de fomentar actividad e inversión en una actividad deseada (por satisfacer necesidades sociales, como la infraestructura) no serán exitosos, o costarán mucho más.⁵⁷

Es éste el ánimo que motiva este ensayo.

rescisión administrativa y terminación anticipada. Fue hecha con tanta energía que disgustó a algunos.

⁵⁷ La consecuencia necesaria de que el riesgo-país incrementará. El mercado de capitales exigirá, al ponderar cursar una inversión a México (incluyendo celebrar contratos con el gobierno), una prima adicional por el riesgo propiciado por dicho paradigma judicial. Si la inversión en cuestión no paga dicha prima, la inversión simplemente no ocurrirá. El motivo: no se justifica financieramente. El capital será atraído por proyectos alternos (probablemente en otros países)—que siempre hay. Por ende, la consecuencia más palpable detrás de todo este desarrollo es el incremento en la onerosidad de la contratación pública en México. Todos los contratos que celebren entes públicos mexicanos serán más onerosos (hasta que esto se corrija y se publicite su corrección).

Pero hay más que apuntar sobre este caso. A diferencia de otros casos,⁵⁸ lo que dio lugar a la decisión *COMMISA v PEP* no es corrupción o ignorancia.⁵⁹ Deriva del trasfondo de derecho administrativo. La *malaise française* descrita en la sección II de este ensayo.

V. UNA SOLUCIÓN: CONTRA LA *MALAISE FRANÇAISE*, EL ANTIDOTO *ANGLAISE*

Necesitamos poner la casa en orden.⁶⁰ Necesitamos aclarar este régimen. Mientras ello no ocurra, inversiones que nuestro país requiere—no, ansía—serán cursadas a otros mercados. Y las que sí ocurran tendrán lugar a un costo mayor: la consecuencia necesaria de ser una jurisdicción más riesgosa.

No es ninguna noticia que ningún Estado es autárquico en la satisfacción de necesidades y prestación de servicios públicos. Lo que es noticia es el impulso que ello recientemente ha obtenido. Hoy en día se observa nacional e internacionalmente mucha actividad sobre la materia. Un deseo de los entes públicos de hacer más uso del capital y pericia privada para lograr sus fines. De hacer *joint ventures* mediante los cuales se pueda apalancar en capital privado para prestar servicios públicos—máxime las restricciones presupuestarias. O de beneficiarse de los resultados de la investigación y desarrollo fruto de la inversión privada para brindar las mejores y más modernas opciones a los gobernados. Ello es tan maduro como conveniente. Nadie es experto en todo. Nadie tiene recursos ilimitados. Ante

⁵⁸ Donde lo que ha prevalecido es ignorancia de lo que en verdad ocurrió (por ejemplo, el caso *Infored* (para profundizar porqué, véase González de Cossío, EL CASO INFORED V GRUPO RADIO CENTRO: EL QUIJOTE MEXICANO), Revista del Club Español del Arbitraje, 12/2011, p. 17. Visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁵⁹ Esto es importante, pues afecta la solución. La prognosis de la patología debe quedar clara para que la diagnosis sea la correcta. En este caso, la semilla de la decisión es la indicada en la sección II de este ensayo.

⁶⁰ En una conferencia reciente postulé esto con vehemencia. (Véase Conferencia de presentación de libro Arbitraje, tercera edición, Universidad Iberoamericana, 23 de febrero de 2012. Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.)

ello, hacer asociaciones público-privadas⁶¹ es astuto—además de conveniente.⁶²

Esclarecido el *fin*, el arbitraje es un *medio*. Cuando la iniciativa privada contrata necesita y pide *certeza* con miras a aquilatar correctamente riesgos. El motivo es fácil de entender: cuando un particular contrata con un gobierno conlleva una inversión. *Y el costo más importante de toda inversión es el riesgo*. Una manera de reducir y manejar dicho costo es mediante la redacción de contratos detallados, sofisticados, que contemplen mecanismos que se cercioren que el contrato significa lo que dice. El mecanismo más aceptado que logra dicho propósito es el arbitraje.⁶³

El arbitraje es un mecanismo de credibilidad. Una manera de asegurar que un contrato significa lo que dice. Si se observan las exposiciones de motivos de las legislaciones que han contemplado el arbitraje, todas hablan en unísono: el arbitraje es deseable en la medida en que fomenta la actividad objeto de dicha *lex specialis*. La aseveración descansa no sólo en lo que dicen los documentos relacionados con dichas iniciativas o debates. También encuentra fundamento en la experiencia de quienes hemos vivido su génesis. Las autoridades se han percatado y convencido que la existencia del arbitraje fomenta la actividad pues da tranquilidad a los

⁶¹ O en general contratar con la iniciativa privada para llevar a cabo actividad gubernamental.

⁶² Y así ocurre mundialmente en temas diversos, como prisiones, materia energética, desechos y residuos peligrosos, etcétera. (Para abundar, ver por ejemplo el estudio elaborado por The Economist: “*Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopes 2010*”, The Economist Intelligence Unit, Octubre 2010.) En México se ha observado en materias como agua potable, alcantarillado, saneamiento, residuos sólidos, infraestructura hidráulica, operación de rellenos sanitarios, autopistas, puentes, hospitales y rellenos sanitarios. (Existen programas importantes que lo fomentan, por ejemplo el Programa de Modernización de Organismos Operadores de Agua (PROMAGUA), el Programa de Residuos Sólidos Municipales (PRORESOL) y proyectos apoyados por Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (BANOBRAS)).

⁶³ Un porcentaje importante de los casos en los que he actuado como árbitro ha involucrado contratos administrativos. Ello me ha dado la oportunidad no solo de reflexionar con detenimiento este problema, sino vivirlo empíricamente.

inversionistas. Por ello, si el objetivo de dicho régimen es incentivar una actividad considerada socialmente deseable, el arbitraje es un aliado.

Es más, iría un paso más lejos y afirmarí­a que el arbitraje es consistente con el artículo 134 de nuestra Constitución Federal. En la medida en que brinda un mecanismo sofisticado y confiable, reduce *riesgo*. Siendo el riesgo uno de los costos más serios de la contratación gubernamental, el mecanismo que lo aminora logra el propósito de “eficiencia”, así como ayudar a ‘asegurar las mejores condiciones en el manejo de los recursos públicos’, dictado por dicha norma constitucional. Siendo un instrumento que da credibilidad, logra el cometido de “eficacia” del precepto constitucional.

Pero ello requiere planchar la arruga conceptual que a la fecha existe en materia de contratos administrativos, y que ha sido detallada en este ensayo.⁶⁴

Expuesta la necesidad, la pregunta es obligada: ¿Cómo? Siendo que la raíz del problema está acendrada en la teoría decimonónica del contrato administrativo, ¿cómo corregir algo que proviene de una teoría profundamente enraizada en nuestro sistema jurídico?

En forma interesante, tenemos un problema *serio* con una solución *fácil*—que resumiré con el siguiente eufemismo: el remedio a la *malaise française* es el antídoto *anglaise*: un contrato entre un ente privado y un ente público se rige en su génesis por el derecho administrativo.⁶⁵ Pero ya

⁶⁴ Sección III.A.

⁶⁵ De allí que se diga que en Reino Unido no hay “*droit administratif*”—como lo presumía el Profesor Dicey hace cien años.

concluido, es un contrato como cualquier otro. El régimen contractual es igual para ambas partes.⁶⁶

Se trata de un cambio epistemológico que requiere de poco cambio legislativo. Irónicamente, una solución fácil a un problema difícil. Y es defendible en lo conceptual: no sería la primer materia en la cual se acepta la teoría de la doble personalidad del Estado: si bien soberano, cuando acude al mercado—cuando contrata—se le tratará como cualquier otro agente económico.⁶⁷

Si seguimos dicho ejemplo algún día algún comentador podrá decir sobre nosotros lo que un tratadista dice sobre una de las jurisdicciones más avanzadas del mundo en esta materia:⁶⁸

It is extremely rare for disputes arising out of the performance of government contracts to be subject to litigation. Such disputes are

⁶⁶ Una pregunta obligada es ¿qué hacer de la diferencia entre los contratos que ha—durante más de un siglo—justificado el que exista el régimen exorbitante: los (diversos) intereses en juego? Respondería que ello es saciado con las excepciones (y régimen en general) del derecho contractual. Son eficientes y suficientes para abordar la problemática que viven los entes públicos. No olvidemos la riqueza del derecho de las obligaciones.

⁶⁷ Recientemente dos amparos hicieron eco de esta teoría: el Amparo en Revisión RA-123/2006 (sentencia de 17 de mayo de 2006 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito) y el Amparo en Revisión 1081/2006 (sentencia de 23 de junio de 2006 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). En palabras del colegiado (citando lo razonado por el Juez de Distrito cuya sentencia analizaba “... el Estado a la vez es persona de derecho público, en donde asume las funciones de autoridad, es también una persona moral oficial de derecho privado, en tanto que es depositario, administrador o representante de los intereses económico que constituyen el patrimonio de la Nación, y con este carácter puede entrar en relaciones laborales, contractuales y civiles con los particulares en un plano de clara coordinación y no de supra a subordinación; por lo que sus actos quedan comprendidos dentro de aquellos que cualquier gobernado ejecuta, ya que en tales relaciones el Estado también queda sometido a las prevenciones del derecho laboral y civil como cualquier otro particular; por consiguiente, congruente con la doble personalidad del Estado ... sólo podrá legalmente ser considerado como acto de autoridad para los efectos del amparo, aquel que ejecute un órgano o funcionario del Estado, actuando con el imperio y potestad que le otorga su investidura pública, es decir, cuando el acto tenga su origen en relación directa con la función pública y el cargo que desempeña, en el plano que dentro del derecho administrativo se conoce como de supra a subordinación.” (Amparo en Revisión RA-123/2006, pp. 18-19).

⁶⁸ Cane, *ob cit*, pp. 233-234.

usually resolved by informal negotiation between the government and the contractor or, if this does not succeed, by **arbitration**. An important reason for this is that the relationship between government and its contractors is often more in the nature of a long-term cooperative venture for mutual advantage than a one-off commercial deal.