



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**



FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ACATLÁN

**ANÁLISIS DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO  
ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN  
ALGUNAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA.**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**RODOLFO ESTRADA HERNANDEZ**

ASESOR . LIC. EMIR SANCHEZ ZURITA

MEXICO, D. F.;

MARZO DEL 2005

m342538



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Autorizo a la Dirección General de Estudios de la  
UNAM a obtener en formato electrónico e imprimir el  
contenido de mi trabajo receptivo.  
Nombre: Rodolfo F. Estrada  
Hernández  
FECHA: 01/04/2015  
FIRMA: 

## DEDICATORIA

A Dios, por haberme permitido concluir este proyecto, ya que me dio claridad, lucidez y perseverancia, para poder lograrlo.

## DEDICATORIA

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, en donde con orgullo cursé la Licenciatura de Derecho y me formé como profesionista, carrera que ejerceré con humildad, ética y profesionalismo; buscando siempre servir fielmente a todo aquel que requiera de mis conocimientos.

## DEDICATORIA

A Naomi y Rodolfo, mis pequeños hijos, que Dios me dio, ya que ellos son mi motivo y mi inspiración para que yo siga adelante en nuestro proyecto de vida.

A Noemí mi esposa y fiel compañera, quien en las buenas y en las malas me ha apoyado para continuar siempre adelante dándome ánimo para no doblegarme en el camino.

## DEDICATORIA

A mis padres José Juan Estrada Castro y Leodegaria Hernández Villegas, quienes me dieron la vida y me guiaron por el buen camino del trabajo y el estudio.

A mis hermanos Francisca, Adriana, Federico, María del Rocío, María Guadalupe, Ana Irene, con quienes compartí alegremente mi infancia.

## DECATORIA

Al Lic. Emir Sánchez Zurita, mi asesor, ya que gracias a su apoyo y basado en sus grandes conocimientos me guió para concluir satisfactoriamente este trabajo.

## **INDICE**

Introducción.	1
---------------	---

### **CAPÍTULO I EL ARBITRAJE**

1.1. Concepto.	4
1.2. Orígenes del Arbitraje.	7
1.3. Características del Arbitraje.	14
1.4. Diversas clasificaciones del Arbitraje.	20
1.5. Fuentes del procedimiento Arbitral.	28

### **CAPÍTULO II EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN**

2.1. Fundamento legal.	30
2.2. Naturaleza Jurídica.	33
2.3. El Acuerdo Arbitral.	38
2.4. Arbitrabilidad de la Materia.	40
2.5. Principios Rectores del Procedimiento.	42

### **CAPÍTULO III EL ABRITRAJE EN ALGUNAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA**

3.1. Administración Pública.	44
3.2. El Servicio Público.	50
3.3. Procedimiento Administrativo.	62

3.4. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.	65
3.5. Arbitraje como Medio alternativo de solución de Controversias en algunas actividades de la administración pública.	68
3.6. Características del Arbitraje Administrativo.	73

#### **CAPÍTULO IV REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN DIFERENTES ÁMBITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

4.1. Regulación en otros Países.	76
4.1.1. España.	79
4.1.2. Estados Unidos.	82
4.2. Los Contratos Administrativos.	82
4.3. Regulación del Arbitraje en la Contratación Pública.	91
4.4. Regulación del Arbitraje en Pemex.	95
4.5. Regulación del Arbitraje Inversionista-Estado capítulo XI del TLCAN.	98
Conclusiones.	102
BIBLIOGRAFÍA.	105

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar si el mecanismo alternativo de solución de controversias llamado arbitraje puede llegar a ser funcional en el derecho administrativo y si México está apto para poder desarrollarlo en el ámbito de materias reguladas como son las telecomunicaciones, el sector energético, adquisiciones de bienes muebles o la realización de obras públicas o cualquier área que importe la prestación de un servicio público.

Podemos ver que el procedimiento administrativo en muchas ocasiones puede que sea poco funcional y la autoridad no siempre funde debidamente sus resoluciones o cometa muchas arbitrariedades en su calidad de autoridad administrativa, por ello el arbitraje podría servir como medio funcional para los ciudadanos que quieran recurrir a ello.

Sabemos que el Estado constituye una buena fuente de negocios, ya que realiza obras públicas y presta servicios con el fin de alcanzar un bien público, la participación de los particulares en estas obras y servicios es muy importante y que se vea instrumentada en los contratos administrativos, donde concurren a la suscripción de estos contratos personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeros. Por tanto, se hace necesario la implementación de un procedimiento arbitral que facilite y mantenga las relaciones de los ciudadanos o extranjeros con la Administración, que integre la negociación y la realización de los proyectos.

Por lo anterior, hay una inquietud tanto por los empresarios nacionales como extranjeros de buscar la certeza jurídica y la igualdad de circunstancias mediante mecanismos de solución que garanticen una resolución rápida, menos formal, pero igualmente válida, así como, la independencia de los jueces, ya que ninguna parte quisiera verse sujeta en un litigio en terreno enemigo y ante jueces pertenecientes a un sistema económico y político de una de las partes.

Así, el arbitraje es un método que puede llegar a ofrecer certeza jurídica e igualdad de circunstancias, debido a que las controversias serían resueltas con un grado razonable de predictibilidad, y sería un producto completamente de la voluntad de las partes y alternativo del recurso ordinario administrativo.

Como es posible observar el arbitraje trae consigo ciertas ventajas que salvaguardan la seguridad jurídica de las inversiones como de la prestación de servicios público, de hecho otorgar mayor rapidez en la resolución de los laudos, a comparación de un proceso jurisdiccional federal que puede tardar años, además, otorga la posibilidad de designar árbitros acorde con un perfil o especialidad determinada, garantizando mayor experiencia y calidad en el laudo a ejecutar.

Es por eso que en el capítulo primero, se busca dar una exposición de lo que es en sí la figura del arbitraje, y tener el conocimiento de lo que es este mecanismo de solución de controversia a través de su naturaleza, sus elementos, sus ventajas ante el proceso jurisdiccional federal, y por último los límites y las materias que pueden ser arbitrables.

En el capítulo segundo se desarrollará todo lo relativo al arbitraje como un mecanismo de solución, para ello se parte de su fundamento legal, su naturaleza jurídica, el acuerdo arbitral, arbitrabilidad de la materia y los principios que lo rigen para tener un conocimiento profundo de esta medio de solución de los conflictos.

En el capítulo tercero, se pretende desarrollar el concepto de la Administración Pública, de manera tal que podamos entender la función administrativa, sobre la base de que es el sujeto idóneo para garantizar con su actuación que se satisfagan las necesidades colectivas, pero también, ante la actuación de la Administración podemos encontrar muchas fallas de actuación o de omisión que puede llegar a provocar un perjuicio al ciudadano, por tanto, es necesario exponer lo que la justicia administrativa aporta dentro de la legislación administrativa a los particulares en defensa de sus derechos violados. Se

desarrollará lo que constituye una parte importante de nuestro estudio, el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias llevado al ámbito administrativo. Aquí se expondrá el concepto que se tiene de esta figura en el derecho administrativo, así como sus características y el ámbito de aplicación que llega a tener el arbitraje en el derecho administrativo, tema que no será fácil delimitar, ya que todavía encontramos mucha incredulidad a su aplicación en la actividad administrativa.

En el cuarto capítulo como parte final de nuestra investigación, desarrollaré lo relativo a la regulación del arbitraje en diferentes ámbitos de la Administración Pública, con la finalidad de observar cómo se tiene contemplado actualmente ésta figura en diversos ordenamientos jurídicos de diversos países y en México, con la finalidad de abrirnos a una realidad, que en nuestro derecho interno se presta una débil práctica arbitral en el entorno administrativo, a pesar de existir muchos tratados y leyes administrativas que la autorizan.

# **CAPÍTULO I**

## **EL ARBITRAJE**

### **1.1. Concepto.**

A continuación, transcribiremos una serie de conceptos doctrinales sobre el arbitraje con la finalidad de tener nociones claras de dicha figura, al respecto encontramos las siguientes definiciones, a saber:

Primeramente, el Diccionario Enciclopédico Océano establece que el término “árbitro, proviene del latín *arbitrari*, que significa juzgar, es una persona escogida por un tribunal para decidir una diferencia. Arbitraje, por ahora expresado en términos generales, es la acción o facultad de arbitrar, arreglo de un litigio por un árbitro y sentencia así dictada. Es la conciliación, mediación, juicio. En comercio, es la operación de cambio de valores mercantiles que se hacen comparando los precios de diferentes plazas”.<sup>1</sup>

Por su parte, el Diccionario jurídico Mexicano, señala que el vocablo arbitraje “es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCEANO, Editorial, Océano, S.A., Bogotá de Santa Fe. Colombia, 1993, p.76.

<sup>2</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Tomo I, A-G, 11ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1998, p. 198.

Por su parte, el autor Humberto Briceño Sierra<sup>3</sup> señala que el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Ciertamente es un procedimiento privado por lo convencional, y es desde luego producto de la experiencia y la cultura de los pueblos acumulada por siglos, desde las remotas épocas en que, precisamente por impulso de sus necesidades vitales, los hombres abrieron rutas en la tierra y el mar, por lo que fluyeron las corrientes mercantiles que propiciaron el intercambio permanente de valores, conocimientos y técnicas de progreso, entre las que se ubica la institución arbitral con toda su depurada sencillez.

Estructuralmente el arbitraje es una relación jurídica triangular en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, llamado por las mismas partes para componer las diferencias que les separan.

De igual manera Cipriano Gómez Lara, define al arbitraje aduciendo que es "...un genuino equivalente jurisdiccional, resultado de la evolución histórica de las formas de solución de la conflictiva social, y esto constituye un verdadero proceso que surge cuando las partes en conflicto pactan por anticipado que se sujetaran a la opinión que un tercero emita y se lleva ante jueces privados y no profesionales o estatales llamados árbitros, quienes estudiarán el asunto y darán su opinión resolviendo así el conflicto".<sup>4</sup>

César Sepúlveda considera que: "...el arbitraje es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que a las partes especifiquen, usualmente normas de

---

<sup>3</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto, EL ARBITRAJE COMERCIAL, DOCTRINA Y LEGISLACION, Editorial Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, México, 1998, pp. 12 y 13.

<sup>4</sup> GÓMEZ LARA, Cipriano, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1981, p. 41.

derecho internacional, y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes con arreglo final".<sup>5</sup>

Según la definición de Caravantes: "el juicio arbitral, es la discusión del negocio controvertido entre las partes ante dos o más personas privadas a quien ellos los someten para su decisión por el mutuo consentimiento. Dícese la discusión del negocio, porque debe entenderse de este por medio de alegaciones, pruebas y trámites con arreglo a los procedimientos judiciales, más a veces no tan solemnes como los que siguen los jueces ordinarios; se dice controvertidos entre partes, porque sin controversias, contiendas u oposición no hay juicio; ante dos o más personas privadas, porque los árbitros no entienden del negocio o autoridad de jueces sino por particulares con autoridad privada, aunque apoyada en las leyes que se le atribuyen para conocer en estos juicios y finalmente se dice, por el consentimiento mutuo de los litigantes porque los árbitros adquieren la fuerza y extensión de su autoridad de la escritura de compromiso que otorgan las partes con arreglo a derecho."<sup>6</sup>

Una vez expuesto los conceptos anteriormente transcritos, podemos retener algunas ideas de éstas para indicar que el arbitraje es la institución que se manifiesta en un procedimiento de origen convencional, estatutario o legal, en la que un tercero privado e imparcial se pronuncia jurisdiccionalmente sobre un objeto procesal. Así pues, el arbitraje se le podría definir como un instrumento de impartición de justicia alternativa tradicional proceso que se lleva a cabo en la esfera del órgano judicial del Estado.

---

<sup>5</sup> SEPULVEDA, César, DERECHO INTERNACIONAL, Edit. Porrúa, Edit. Cárdenas, México 1996.

<sup>6</sup> CARAVANTES, José de Vicente y, TRATADO HISTÓRICO, CRÍTICO FOLOSÓFICO DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES, Madrid, España, Imprenta de Gaspar y Roig, 1856, Tomo II p. 469.

## 1.2. Orígenes del Arbitraje.

El origen del arbitraje como medio para solucionar conflictos, surge en la constitución de la familia y de la sociedad, pues en esos tiempos cuando la defensa era una función privada, en la que la fuerza constituía el factor decisivo, en este momento cuando la familia comienza a consolidarse; facilitándose más tarde la solución de las controversias mediante la conciliación, y si ésta no era posible, se sometía a la decisión de terceros, quienes eran llamados “avenidores”, que generalmente eran los ancianos del grupo, los cuales valiéndose del respeto del grupo, que correspondía a su edad, y de su fuerza, derivada de su posición de patriarcas, lograban muchas veces, a través de su mediación en los conflictos, obtener un arreglo pacífico entre los contendientes, naciendo así el arbitraje.

Dicha institución ha debido ser, al decir de Don José de Vicente y Cervantes, una de las primeras necesidades y de las primeras prácticas de la humanidad: “nada más natural que si se suscita una contienda entre particulares, a presencia de un tercero, se recurre a él inmediatamente para interponerlo como mediador, como árbitro. Cada uno le dirige la palabra, trata de convencerlo de su derecho y concluye invocando su parecer”<sup>7</sup>.

Pero indudablemente con el desarrollo de los pueblos, llegó un momento en el cual la intervención de los mediadores resultó inútil para satisfacer plenamente las necesidades de justicia; y fue entonces cuando debió encargarse la solución de los conflictos a una o varias personas, las cuales eran escogidas libremente por las partes, y debían tener una rectitud e lustración reconocida, para que decidiesen, según su arbitrio, según su leal saber y entender. Naciendo así el arbitraje.

---

<sup>7</sup> CARAVANTES, José de Vicente y, Op. Cit., Tomo I, p. 28

Asimismo conviene advertir, que si bien es cierto que el arbitraje fue la primera forma de que se valieron las hombres para dirimir sus contiendas pacíficamente, éste no adquirió su carácter de verdadera institución jurídica, con que actualmente lo conocemos sino con que posterioridad; y como consecuencia lógica de su organización jurídica, que con los años adquirieron los grupos sociales. Dejó entonces de tener como único fundamento la voluntad de las partes, toda vez que pasó a ser regulado por el derecho, mismo que lo revistió de nuevas formalidades y fortificó la voluntad privada con la sentencia y protección de las leyes.

En la antigüedad, encontramos pueblos como el Egipcio y el Hebreo que contaban ya con la legislación arbitral, pues desde Moisés, ya se celebraban estos juicios, aún desde antes, el Antiguo Testamento nos proporciona algunos ejemplos de este modo tan sencillo de terminar con las controversias. Así leemos en el Libro de Génesis Capítulo 31 Versículos 36 y 37, que después de que se habían hurtado los ídolos de Labán, Jacob dice a éste: “entonces Jacob se enojó y riñó con Labán; y respondió Jacob y dijo a Labán ¿qué trasgresión la mía?, ¿cuál es mi pecado? ¿para que con tanto ardor, hallas venido en mi persecución?. Pues qué has buscado en todas mis cosas, ¿qué has hallado en todos los enceres de tu casa? Ponlo aquí delante de todos mis hermanos y los tuyos, y juzguen entre nosotros. En el Libro de Talmud, se nos hace referencia también, a un juicio que se seguía ante un tribunal integrado por diez árbitros que resolvían sobre cuestiones dudosas de litigantes; pero ya de una manera definida tenemos el juicio arbitral en el Libro Bíblico del Éxodo, en el Capítulo 21, Versículo 22, que determina la capacidad de juzgar por árbitros en las faltas a la ley sobre ciervos y sobre los homicidios.

En Grecia encontramos reglamentada esta institución por una ley de Solón que decía: “si los ciudadanos quieren elegir un árbitro para terminar sus diferencias sobre intereses particulares, tomen al que quieran de común acuerdo,

sujétense a lo que haya decidido sin poder recurrir a otro tribunal, y sea revocable la sentencia del árbitro". (Demosth Ley Ática, p. 344)<sup>8</sup>

En Atenas existían dos clases de árbitros, los que tenían carácter público, y que eran elegidos por suerte; y los que eran designados por las partes contendientes. Los primeros conocían de las causas públicas y los segundos, en razón de su origen, sólo conocían de los contratos privados que se les sometían.

Ambas clases de árbitros tenían que hacer un juramento antes de ejercer su cargo, y se les declaraba infames si se negaban a juzgar después de aceptar o si sentenciaban por favor o interés. Entre otras obligaciones que tenían unos y otros jueces, las que su fallo lo deberán de dar antes de ponerse el sol y ante el mundo, en un templo o lugar público. Tenían facultad de juzgar en rebeldía a la parte que no compareciere en el día señalado, y al fin de cada año, los árbitros con carácter público, debían dar cuenta de sus decisiones.

Existían también otra clase de árbitros, y eran los que juzgaban *ex aquo et bono*, conciliando a las partes y exigiendo que cada uno decidiese algo de sus pretensiones, estando regidos por fórmulas rigurosamente restringidas; de éstos se ha dicho "no hay diferencia entre un árbitro y un altar, porque ambos sirven de asilo al afligido". (Aris Retórica. Libro 3, Capítulo II).

Los Tesmotetas eran los que designaban el tiempo dentro del cual habían de dar los árbitros las sentencias, y presenciaban la elección de estos juzgadores.<sup>9</sup>

Entre los Lacedemonios en Esparta, administraban justicia al principio, los jueces con el senado compuesto por 28 individuos que conocían de las causas capitales. También se conocían los jueces árbitros, los cuales juzgaban en los

---

<sup>8</sup> CARAVANTES, *Op. Cit.*, Tomo I p. 27

<sup>9</sup> *Idem*, Tomo I, p.28

templos después de haber hecho jurar a las partes a que se someterían a su decisión.<sup>10</sup>

Por lo que respecta a los antecedentes históricos en el pueblo romano, son sin duda estos los más importantes para nosotros, en virtud de ser el Derecho Romano uno de los pilares en los que se apoyan todas las legislaciones actuales. Desde la Ley de las Doce Tablas se presenta el arbitraje con caracteres propios y bien definidos; así en las Tablas VI.4 y VIII.5 se reglamenta esta institución estipulando que tres árbitros serán los que han de resolver las acciones de participación de herencia o de la acción de apeo y deslinde.

Todo un título del Digesto y del Código, están consagrados a la regulación del arbitraje, en los Decretales. También está regulada esta institución encargada de decidir especialmente las contiendas entre personas unidas por vínculos de parentesco.

Asimismo, en el Derecho Romano se dividía el juicio en dos partes; una de las cuales se sustanciaba ante un magistrado, Pretor, o ante un "*Judex, Recuperator o Arbitrator*". Lo anterior nos indica que ya se hablaba de árbitro. También se distinguían los casos en que las partes, de común acuerdo y con entera libertad, podían nombrar un árbitro, en aquellos casos en que el magistrado o pretor debía enviar a los contendientes ante un juez, propiamente dicho, obedeciendo esto último, a que había acciones como las llamadas "famosas", que no podían someterse al arbitraje, sino que debían ser ventiladas ante un juez.

Respecto de la forma del arbitraje; éste estaba determinado de tal forma que precisara su objeto, finalidad y calidad de los compromitentes y árbitro que interviniera. Justiniano lo reglamentó y le dio la calidad de cosa juzgada a la sentencia arbitral si esta no era recurrida en tiempo y forma.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Idem, Párrafos números 62 y 64.

<sup>11</sup> CARAVANTES, *Op. Cit.*, Tomo I, p. 43

Los romanos distinguieron también varias clases de árbitros, entre los cuales tenemos:

El *Arbiter Compromissarius*, el cual era elegido por las partes, y mediante un acto llamado compromiso, le daban la facultad de dirimir terminar la controversia con su decisión, la cual las partes se obligaban a obedecer bajo cierta pena, que a veces, era mayor que el valor del litigio. (Leyes 2 y 3 de Recept).

El *Arbiter Juratus*, era también elegido por las partes quienes sin celebrar compromiso juraban acatar su decisión (Ley 4, Id).

El *Arbiter Ex Nudo Pacto*, era aquel en el cual no se establecía compromiso ni pena, ni juramento y su decisión era válida si las partes la aceptaban firmándola y no la contradecían en diez años. Posteriormente en virtud de la inutilidad práctica de este tipo de árbitros, fueron prohibidos.

El *Arbiter Sententis Judicium Constitutus*; este tipo de árbitros eran nombrados por sentencia del juez, y por lo regular, se destinaban para la solución de una litigación de una cuenta, para una transacción, por lo que solía llamársele *Oestimator*.

El *Arbiter In Causis Bonae Fidei*, que se daba por el pretor a las partes en las acciones de buena fe, este árbitro juzgaba *Ex Aequo Et Bono*, sin sujeción a fórmula alguna, y sólo a su buen saber y entender, y como se lo ordenara su conciencia.

El *Arbiter In Contractibus Adjectes*, que eran nombrados para dar su parecer sobre las diferencias que podían resultar entre ellos.

La pena que se daba al que no acatara las decisiones de los árbitros mencionados, podía reclamarse con acción *Exstiplito*.

No habiendo estipulación, sólo resultaba de la sentencia arbitral, la acción *Pacta Conveti* concedida por el pretor en *Pactos Nudo*.

Por lo que respecta al derecho español, el arbitraje se ha reglamentado en diversas leyes, encontrándose primero en la época de los Visigodos; Posteriormente en el Fuero Juzgo se fisionan todas las Leyes que lo establecían, y ya encontramos expresada con toda claridad, la facultad concedida a los particulares interesados a la solución de un conflicto, de elegir por mutuo consentimiento los jueces-árbitros que decidieran sus diferencias; y así se dispone en la Ley VIII del Título I, Libro II, del mencionado cuerpo de leyes lo siguiente: “que ninguno juzgue pleito, sino el juez, puesto por el Rey o elegido por las partes con testimonio de dos o tres hombres buenos; y el Puesto por el Rey o Señor de la Ciudad por los que tengan sus veces pueda encomendar a otro el conocimiento del pleito y este terminarlo con el mismo poder que aquél tenía”.

El Fuero Viejo de Castilla, en su título I Libro II, También reglamente el arbitraje como un medio pacifico de solución de conflicto como también el Fuero Real Cuerpo de Leyes publicado en el año 695, en su Ley II, Título VII, Libro I, nos menciona, refiriéndose a las personas que tienen facultad para juzgar de los pleitos: “ningún home no sea osado de juzgar pleito, sino fuere alcalde puesto por el Rey o a placer de omes. Las partes que lo tomen por avenencia para juzgar algún pleito”.<sup>12</sup>

En las Leyes de Partidas publicadas en el año 1263, encontramos establecidos los jueces árbitros y una completa reglamentación del juicio que se sustanciaba entre ellos, así vemos que la Ley I, Título IV, Partida III, se refiere a

---

<sup>12</sup> PALLARES, Eduardo. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 21ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A. p. 283.

las diferentes clases de jueces, mencionando entre ellos a los árbitros, y más adelante estas leyes, en su Título X, Ley VIII, Partida IV, al hablar de las diferencias surgidas dentro del matrimonio, nos explica que es lo que se debe entender por árbitro: “árbitro son los llamados en latín omes en que se avienen algunos, para meter en su mano algún pleito, que lo libres según su albedrío, poniendo penas a las partes”.

En la Constitución Política de Cádiz de 18 de marzo de 1812, en su artículo 280, encontramos reglamentada la facultad de terminar un conflicto por medio de árbitros, siendo esta Carta Política la primera que incluye en su articulado este derecho: “artículo 280.-No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”.

El Código de Comercio de 1829 en sus artículos 323 y 345, así como la Ley de Enjuiciamiento Mercantil en su artículo 255, nos habla asimismo del arbitraje, refiriéndose ya al arbitraje forzoso. La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, define en sus artículos del 770 al 818, las dos formas del juicio arbitral: de derecho y de amigable composición. También la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1851, en sus artículos 790 al 839, regula ampliamente esta institución.<sup>13</sup>

En el Derecho Canónico se contemplaba que los cristianos consuetudinariamente resolvían sus diferencias por la vía del arbitraje, donde el obispo fungía como árbitro. Con el transcurso del tiempo, ya no fue necesario el consenso de las partes sino que bastaba que cualquier contrario así lo solicitara para estar ambos sometidos al arbitraje.

En el derecho nacional los orígenes del arbitraje son diversos. En un principio fue reglamentado tanto en el Código de Procedimientos Civiles de 1872,

---

<sup>13</sup> ESCRICHE, Joaquín, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, 1ª Reimpresión, México, 1991, Tomo I, p. 427.

donde se permitió la substanciación de asuntos civiles entre árbitros; lo mismo sucedió en el Código que le reemplazo de 1884.

Sin embargo se cree que los antecedentes del arbitraje propiamente nacieron con el protocolo de Ginebra de 1923. Posteriormente se firmó la Convención de Ginebra para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 1927.

La Ley General de Instituciones de Seguros publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1835, en su Numeral 135 permitía, mediante la firma de un convenio de conciliación y la remisión al arbitraje voluntario derivados de reclamos.

La Ley de Cámara de Comercio y las de Industrias del 26 de agosto de 1941 estableció la facultad de dirimir controversias derivadas de conflictos comerciales o industriales por medio de árbitros o arbitradores.

La Ley de Monopolio y su Reglamento del año 1931, que no obstante ser una disposición de orden público, permitía a la Secretaría de Industria y Comercio y del Trabajo y Previsión Social intervenir como tribunales arbitrales.

De lo anteriormente expuesto, se podrá apreciar que la existencia del arbitraje se remonta tiempos pasados y si bien en nuestro país los textos jurídicos lo han regulado desde el siglo pasado su aplicación práctica fue letra muerta.

### **1.3. Fines y Características del Arbitraje.**

Respecto a los fines del arbitraje tenemos que pueden expresarse en: "...aspiraciones a una justicia mejor administrada (solución del conflicto), búsqueda de otra justicia sin los errores del sistema judicial, preocupación por la armonía (equidad), y que se trate de una controversia que no pueda ser sometida

a los tribunales<sup>14</sup>, sin que esto signifique que la institución no pueda conocer de asuntos que corresponden a la competencia judicial. Solo que hay área arbitral reservada: sería el caso del arbitraje en una competencia deportiva, o de asuntos que no son necesariamente contenciosos; el conflicto entre dos ministerios por los presupuestos del Estado. Se trata de conflictos que escapan a la regulación judicial.

Como opina Pedro Zamora Sánchez, “henos llegado así a un estadio de la evolución económica y social donde se puede decir que existen dos polos de atracción: la justicia del Estado y el arbitraje privado pero organizado. El segundo no se ha desarrollado como se pretende, en detrimento del primero, sino, al contrario, para asegurar de tal suerte que ella conserva el dominio reservado sobre cuestiones del Estado y la capacidad del estatuto provisional y de todos los sectores donde la protección de la sociedad y los imperativos del poder público exigen un control judicial”.<sup>15</sup>

Así también, los fines quedan determinados bajo las siguientes premisas:

a) Aspiraciones a una justicia mejor administrada. Este objetivo puede plantearse en dos aspectos: la atenuación del formalismo y la búsqueda de un juez mejor calificado. Las partes en el arbitraje buscan una solución al litigio y poco costosas. La atenuación del formalismo supone, por tanto, una mayor simplicidad del procedimiento. La mayoría de los autores consultados para este trabajo de investigación coinciden en afirmar que las virtudes del arbitraje son la rapidez del procedimiento, y su falta de publicidad.

b) Búsqueda de una justicia sin los errores del sistema judicial. El arbitraje ofrece la posibilidad de una solución experta, moderna, eficiente frente al rezago

---

<sup>14</sup> DAVID, René, LOS GRANDES SISTEMAS JURIDICOS CONTEMPORÁNEOS, Traducción Pedro Bravo Gala, 2ª Edición, Editorial Aguilar S.A., Madrid, España, 1978, pp. 112-113.

<sup>15</sup> ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, ÁRBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Editorial Centro de Investigaciones y Posgrado, México, 1984, p. 24-25.

y tardanza de la administración de justicia. Retrata de una "relación jurídica triangular en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro que es el sujeto ajeno a los intereses de la controversia y llamado por las mismas partes para componer las diferencias que los separan. La doctrina entiende que el arbitraje supone un sistema imparcial de solución de las controversias sin los errores y defectos de la administración de justicia".

c) Preocupación por la equidad. Algún tipo de derecho debe ser aplicable a la contienda: el derecho comercial o el derecho arbitral. En muchas cosas las partes sienten la insatisfacción que se aplique a la controversia el derecho estático. Se dice, con frecuencia, que las reglas del derecho preestablecido no alcanzan a cubrir las necesidades de los conflictos comerciales.

Entonces, se ha establecido el papel que juega la equidad en la administración de justicia. Se ha producido una diferenciación en el derecho estricto y la resolución arbitral. El juez posee atribuciones más amplias, incluso porque está dotado de la permanencia en el cargo, como parte de un sistema creado por el estado para resolver las controversias. El arbitraje, en el campo de las atribuciones, posee un alcance más restringido: destinado a solucionar el conflicto específico. Esta misma fundamentación permite que las partes opten por la solución en equidad. Contra el abuso del derecho, la solución arbitral tiende a proteger los intereses del grupo social, considerando el interés público y la justicia de los argumentos alegados por las partes.

d) Controversia que escapa a la solución judicial. La finalidad del arbitraje, de resolver controversias que escapan a la solución judicial será discutida por largo tiempo. Sin embargo, la institución arbitral abarca controversias que pueden ser competencia judicial o conflictos jurídicos, propiamente tales asuntos que no son contenciosos por naturaleza; y, materias que a nuestro juicio son de naturaleza arbitral; sería el caso de los asuntos comerciales entre particulares, o entre los particulares y la administración pública.

Por otro lado, en lo que hace a las características del arbitraje tenemos que estas pueden ser enumeradas de la siguiente manera:

I. Es un medio de solución de controversias.-El arbitraje está destinado a resolver una controversia. Ya que no estaríamos en presencia de un arbitraje si se tratase de un asunto no controvertido; como si las partes estuvieran de acuerdo, a se tratase de un asunto que no es materia de litigio. Se trata entonces de una institución de solución pacífica de las controversias, hoy día decidida por la cláusula compromisoria.

II. Es decidida por el o los árbitros.-El árbitro es un tercero imparcial destinado a resolver el asunto litigioso por voluntad de las partes. La solución del conflicto puede recaer en una o más personas físicas que poseen las facultades otorgadas por las partes y con las limitaciones impuestas por la ley. El árbitro está sujeto a la voluntad de las partes que han optado por la solución arbitral por diversas razones: economía, rapidez, costo, sencillez, intervención de expertos.

III. Por voluntad de las partes.-Es una característica de enorme importancia. Si bien la autonomía y el principio de libre contradicción pueden estar hoy en día atenuados por la autoridad pública o el legislador, es la voluntad de las partes la que anima a la institución familiar. La voluntad es la fuente del arbitraje. El árbitro es designado en la cláusula arbitral y sus facultades están reguladas por la ley.

IV. Con ausencia de competencia judicial.-Si bien el procedimiento judicial puede ser complementaria al arbitraje este puede revertir la forma de un simple dictamen, de una conciliación o simplemente intervenir en la culminación de un contrato. Por esta razón resulta correcto establecer que el arbitraje no queda siempre dentro del ámbito procesal. En muchos casos dentro del comercio se recurre al arbitraje *Intuito Personae*, con la idea de una solución personal del conflicto. La existencia de un conflicto jurídico judicial o no es la naturaleza de la institución arbitral. El conflicto jurídico es de fácil tipificación cuando nos

encontramos en presencia de una colisión de intereses, pero ofrece mayores dificultades de caracterización cuando se trata de situaciones jurídicas no disputadas.

Además, es de la esencia del arbitraje la elección o sometimiento del asunto a un tercero imparcial. Se trata de una persona totalmente ajena a los términos de la relación conflictiva, que no posee interés alguno en la realización o no de la prestación exigida. Su imparcialidad puede clasificarse como neutralidad, cuando se busca por ejemplo, al nacional de un país que no tenga manifiestos lazos de amistad con las partes.

V. Características derivadas del arbitraje.-Las características derivadas o secundarias son aquellas que se relacionan con las expresiones de forma de la institución arbitral. Así pues, las características sustanciales se relacionan con la vida misma de la institución, en tanto que las derivadas se refieren a la manifestación externa del arbitraje. No son parte misma de la esencia del arbitraje. Entre este tipo de características se encuentran las siguientes a saber:

a) La rapidez y sencillez del procedimiento.-La rapidez del procedimiento se relaciona con la crítica frecuente que se hace al inmenso retardo de la administración de justicia. El arbitraje ofrece una solución rápida. Se puede hablar de la resolución de una controversia; pero difícilmente de años.

Por otra parte la sencillez del procedimiento permite una pronta, carente de solemnidad y sin formalismo, impartición de justicia. Esto ofrece facilidades a las partes (no existen requisitos de demanda, prueba o fallo), que pueda realizar todas las diligencias necesarias para la oportuna solución del conflicto.

b) La economía del arbitraje.-En el proceso estatal, los gastos del juicio son elevados. Deben comprender los aranceles, honorarios de peritos y abogados, los gastos de los testigos, gastos de la contraparte etc. Esto conlleva lógicamente al

encarecimiento de la administración de justicia. El arbitraje permite una mayor economía en la administración de justicia. No se está ante un procedimiento gratuito, sin embargo el arbitraje resulta ser un procedimiento menos costoso. Por esta razón, es que creemos que la economía es una característica de la institución. Los gastos más comunes se refieren a los honorarios del árbitro o del tribunal, local del juicio; y más propiamente, aquellos gastos que se relacionan con el cumplimiento de la sentencia.

c) Intervención de expertos.-La complejidad de las relaciones económicas de hoy obliga a la intervención de los expertos. Especialmente, en materias comerciales y en las relaciones entre países. Por esta razón se requiere del experto para dirimir determinados y específicos asuntos controvertidos. Las nóminas de árbitros son elaboradas teniendo en cuenta la pericial y calidad profesional de las personas llamadas a resolver la controversia.

d) Privacidad.-Este argumento tiene relación con el carácter reservado de los asuntos comerciales. “Las relaciones comerciales entran a formar parte de la opinión pública si se plantea un litigio. Se afirma que, para el comerciante la publicidad en estos casos es desastrosa, la comparecencia ante los tribunales o la simple intervención de los medios masivos de comunicación, puede causar más perjuicio aún que la sentencia condenatoria”.<sup>16</sup>

Por tanto, la privacidad es un elemento importante del arbitraje, un argumento en su favor. A decir verdad, a una empresa nunca le convendrá estar ante la mira de la opinión pública. Es más, el incumplimiento de las obligaciones puede deteriorar en forma determinante la mancha de los negocios. Por ello, el arbitraje ofrece una adecuada satisfacción de la contienda sin necesidad de recurrir al conocimiento público tan dañino a los asuntos comerciales.

---

<sup>16</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Marcos, SITUACION ACTUAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL, México, Tesis de la Carrera de Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980 p.20.

e) Buena voluntad.-Esta característica se encuentra en la base del acuerdo arbitral. Las partes por propia voluntad acuden al arbitraje: existe un ánimo de arreglar la controversia por medios pacíficos. Existe el propósito de resolver conforme a derecho la controversia.

En fin, las características derivadas o secundarias del arbitraje se refieren a la posibilidad formal de arreglar las controversias. Se trata, entonces, de aquellas características externas del arbitraje: en referencia directa a los rasgos de este con relación a sus efectos (economía, rapidez, buena voluntad de las partes, etc.).

#### **1.4. Diversas clasificaciones del Arbitraje.**

Existe una clasificación diversa sobre el arbitraje, por tal razón en este apartado capitular nos referimos a algunas de éstas. Así tenemos que para Pedro Zamora Sánchez<sup>17</sup>, el arbitraje se clasifica de la siguiente manera:

a) Arbitraje Casuístico o *Ad-hoc*. Como su nombre lo indica, no existe un procedimiento común de arbitraje en este caso. El conflicto se resuelve sometiendo la divergencia a la decisión de un tercero con base en un procedimiento especial. Cada caso se trata de acuerdo a las características del asunto. El árbitro es un órgano jurisdiccional accidental, integrado por jueces no profesionales, que administran justicia en un caso particular. Así pues, el árbitro es un titular ocasional de una función pública.

Así pues, éste arbitraje se tramita en un procedimiento especial diseñado a las características del caso, efectuado por árbitros libres escogidos específicamente para tal fin pero que actúan en forma accidental o independiente llamados árbitros *ad-hoc*.

---

<sup>17</sup> ZAMORA ZANCHEZ, Pedro, ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Edit. Centro de Investigación y Posgrado, México, 1984, pp. 24-25

b) Arbitraje Institucional. Es aquel en el que la controversia se somete a la decisión de una institución especializada, nacional o internacional, a la cual se le entregan todas las facultades para cumplir su cometido. Se caracteriza por la intervención de un organismo profesional, que cuenta con reglas previamente aceptadas (procedimiento), y un listado de árbitros o técnicos anteriormente seleccionados. Es de mayor frecuencia cuando se quiere dotar a una entidad privada de las facultades de orientación, divulgación, explicación y práctica del procedimiento arbitral.

Así entonces, resulta válido señalar que el arbitraje institucional es aquel que es administrado por una institución bajo sus propias reglas expedidas con anterioridad. Este tipo de arbitraje generalmente surge al momento que las partes contratan mediante la "cláusula arbitral", ya que a la celebración del contrato generalmente piensan que la otra parte cumplirá tal y como lo pactó, y al establecer la cláusula antes mencionada únicamente están previendo de antemano la forma de solucionar el problema en caso de darse.

Se identifica a este tipo de arbitraje con los contratos de adhesión, ya que las partes únicamente deciden acudir al arbitraje y mencionan a que institución quieren adherirse para que les resuelva el caso, y ésta es quien, con las cláusulas o reglas que hubiere detectado con anterioridad, resolverá el problema; las partes únicamente se adhieren a dichas reglas.

Actualmente encontramos gran variedad de instituciones ante las cuales se puede llevar este tipo de arbitraje. Entre las más conocidas están:

- a) La Asociación Americana de Arbitraje (AAA), o American Arbitration Association.
- b) La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), o Interamerican Comercial Arbitratio Comision (IACAC).

- c) El Centro Internacional para la Solución de Diferencias de Inversión (CISDI), o The International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).
- d) La Cámara de Comercio Internacional (CCI), o The International Chamber of Commerce (ICC).
- e) La Corte de Londres de Arbitraje Internacional (CLAI), O The London Court of International Arbitration (LCIA).
- f) La Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), o The Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

Como ventajas del arbitraje institucional podemos mencionar las siguientes:

- a) La incorporación automática a un conjunto de reglas, lo cual se traduce en beneficios para las partes, pues les ahorra la tarea de pensar y redactar dichas reglas, permitiéndoles solucionar varios problemas, como es el caso de que una parte no quiera escoger al árbitro que le corresponde.
- b) La preparación de los árbitros en la materia de que se trata, la que se adquiere principalmente por la experiencia que van asimilando por su intervención en determinados asuntos.
- c) Un tercer beneficio, es que las instituciones ante las cuales se lleva el arbitraje, cuentan con personal entrenado para administrarlo, así el tribunal arbitral, como las personas secundarias, llámese secretarios encargados de cuestiones financieras o personalmente meramente administrativo, son en principio una garantía dentro del procedimiento. Todo lo anterior se traduce generalmente en neutralidad al resolver el conflicto.

Dentro de las desventajas que encontramos en el arbitraje institucional, tenemos que en primer plano:

- a) Que tiende a ser demasiado oneroso por todos los servicios que se prestan, siendo que en ocasiones se determina el costo tomando la base *ad valorem* del asunto, como es el caso de la Cámara de Comercio Internacional;
- b) Otro aspecto es la burocratización de las instituciones que no es privativo de las instituciones del sector público; desgraciadamente siempre vamos a encontrar algunos matices de este fenómeno, por muy pequeños que sean;
- c) Las partes no tienen control del arbitraje, es decir, no intervienen para determinar el modo de ventilar el procedimiento, pues todo se debe adaptar a las reglas de la institución; y,
- d) Por último, debemos mencionar que generalmente los términos establecidos en las reglas creadas por las instituciones son muy cortos, lo cual es beneficio para el actor ya que antes de presentar el escrito de demanda tiene tiempo para plantear todo el procedimiento, reunir las pruebas y tomar las decisiones necesarias de antemano; sin embargo, después de haber puesto en marcha el procedimiento y echando a andar la máquina arbitral contrarreloj, observamos que el demandado es quien tiene mayores perjuicios, pues dispone de poco tiempo para prepararse en su actuar, aunque en ocasiones los mismos árbitros conceden prórroga a los plazos establecidos.

c) Arbitraje Legal. Es la legislación positiva la que resuelve la controversia. Es decir, cuando se aplican las reglas de la legislación de un país en cuanto a procedimiento, sentencia, pruebas; y en general, en todo lo relacionado con las normas civiles y mercantiles.

d) Arbitraje Voluntario y Forzoso. El voluntario es el que emana de la voluntad de las partes. En cuanto al forzoso, este proviene de la ley, es el que por determinada materia las partes deben someter a arbitraje, por disposición de la ley.

e) Arbitraje de Derecho y de Equidad. El primero alude a aquel en que los árbitros deben instruir el proceso observando el mismo procedimiento del juicio ordinario. Respecto al arbitraje de equidad es aquel en que los arbitradores, amigables componedores o árbitros de equidad, pueden emitir un fallo sin sujeción a las disposiciones del procedimiento ante los tribunales ordinarios.

Abundando sobre lo anterior, encontramos que el arbitraje en equidad, es como en un principio se empezó a conocer esta institución jurídica, y es aquel tipo de arbitraje que resuelve la controversia bajo el principio de “*ex aequo, ex bono*”, que significa “lo que es equitativo es bueno”, es decir, resolver de acuerdo a la conciencia, buena fe guardada y verdad sabida del tercero que está conociendo el asunto. La persona que resuelve el asunto es conocida como “amigable componedor”, siendo generalmente uno solo, pues es difícil encontrar dos o más conciencias iguales, y el fallo mediante el cual da a conocer su resolución al asunto es conocido como “fallo en conciencia”.

En la actualidad no es muy utilizado este tipo de arbitraje, en ocasiones se recurre a él cuando el negocio es de poco valor económico. Se le considera un medio distinto de arbitraje para solucionar las controversias, atendiendo este último como la concepción moderna de la institución.

Dentro de la legislación mexicana, el único requisito exigido para utilizar este tipo de arbitraje, es que el amigable componedor esté facultado, por la voluntad expresa de las partes, para resolver el problema; dicho criterio resulta ser de aceptación internacional.

Por lo que hace al arbitraje en derecho, también conocido como de “*estricto iure*”, se da cuando los árbitros tienen que fallar la controversia ajustándose estrictamente a las reglas de derecho, tanto a las reglas sustantivas como a las reglas adjetivas. Este tipo de arbitraje es el más utilizado en la actualidad, porque

indudablemente trae mayor seguridad jurídica a las partes, y en consecuencia permite el desarrollo del comercio.

f) Arbitraje de Derecho Público y Privado. Es arbitraje de derecho internacional público cuando tienen por el objeto el arreglo de los litigios entre los Estados, como entidades soberanas, mediante jueces designados libremente y con arreglo a la ley. El arbitraje de derecho privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares, o en aquellos casos propios del derecho internacional privado, en que el Estado actúa como particular.

El arbitraje de derecho público es, "...el arreglo de los conflictos entre los Estados, con sujeción a los dictados del derecho internacional, por árbitros designados por los gobiernos interesados, quienes se comprometen a conseguir el laudo que recaiga como solución definitiva de la cuestión debatida",<sup>18</sup> es decir, se lleva a cabo entre Estados soberanos, sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas.

Por su parte, el arbitraje de derecho privado, se desarrolla entre sujetos o entidades de derecho privado, es decir, entre particulares. Es importante mencionar que el Estado, en virtud de la teoría de la doble personalidad, puede intervenir en este tipo de relaciones siempre y cuando lo haga en su calidad de "*iure gestionis*", o sea, como otro particular, y esto se da cuando el Estado actúa sin su calidad de soberano, ya que puede celebrar cualquier tipo de contratos, obligándose en las mismas condiciones que los particulares. Generalmente la administración pública paraestatal es la que actúa con esta calidad, por lo que se considera arbitraje privado. Este tipo de arbitraje es más usado en la actualidad que el derecho público.

---

<sup>18</sup> PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO, 30ª edición, Edit. Porrúa S.A., México 1998, p. 98.

g) Arbitraje Nacional e Internacional. Esta distinción se relaciona con la jurisdicción aplicable al arbitraje. La jurisdicción es definida como: "el poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes, o para aplicarlas en juicio. O bien si se atiende a las voces latinas *jus*, derecho, recto, y *decire*, proclamar, declarar, decir; que significa proclamar el derecho. También podría definirse el campo o esfera de acción o de eficacia de los actos de una autoridad, y aún, con exagerada amplitud, de un particular."<sup>19</sup>

La competencia, a su vez, es conceptuada como la actitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado, y generalmente se ha otorgado a las partes el derecho de programar la competencia territorial de los jueces, lo anterior de conformidad con lo que establece el numeral 149, de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Con estos elementos podemos establecer la diferencia entre arbitraje nacional e internacional. El arbitraje nacional o interno se discute dentro de un solo sistema jurídico, en la especialidad propia de un sistema o determinado ordenamiento jurídico. El derecho aplicable en este caso, viene dado por la Constitución Política y las leyes ordinarias correspondientes. El arbitraje comercial internacional, se refiere a la discusión ante las normas del derecho internacional de la institución arbitral. Esto es, los acuerdos, convenios, tratados, resoluciones de Naciones Unidas, que tienen relación con el arbitraje en el plano de las relaciones comerciales entre los Estados y demás sujetos de derecho internacional.

El arbitraje, en el plano internacional, resulta ser el medio más eficaz para decidir controversias entre comerciantes, sometiendo el asunto ante las leyes internacionales y tribunales extranjeros. Incluso, porque la actividad internacional desborda frecuentemente a las legislaciones nacionales y regula todas las

---

<sup>19</sup> BECERRA BAUTISTA, José, EL PROCESO CIVIL EN MEXICO. 16ª edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1999, p. 245.

relaciones económicas internacionales. Tal es el caso de las corrientes de las corrientes comercio exterior (las importaciones y exportaciones deben ser arbitradas conforme al derecho internacional comercial).

Por su parte Elyane Cristy Lozano y Romen Palmero<sup>20</sup> aparte de mencionar la anterior clasificación, agrega esta otra con respecto al arbitraje:

I.- Arbitraje Civil Mercantil y Mixtos. Mediante el primero se resuelven conflictos estrictamente derivados de contratación civil. Los contratos mercantiles, así como las relaciones entre comerciantes en caso de conflicto, serán resueltos por el arbitraje comercial. Los arbitrajes mixtos surgen cuando una de las partes es comerciante y la otra no lo es.

En tanto que el autor Carlos Rodríguez González-Valadez<sup>21</sup> añade sobre esta clasificación lo siguiente:

El arbitraje comercial, es aquel que se realiza cuando estamos en presencia de un acto mercantil. El civil, por simple exclusión, es aquel que no es comercial, es decir, que no tienen relación directa con el tráfico mercantil o no está regido por ordenamientos mercantiles. En tanto que el mixto, es aquel en el cual una de las partes interviene de una manera y la otra en diversa forma en el mismo acto, éste tiene naturaleza comercial y por la otra naturaleza civil.

II.- Amigable Composición y la Conciliación. Que sin ser técnicamente arbitraje, es necesario analizar. Cuando se encomienda la amigable composición se entiende que tiene como función principal, la de conciliar o avenir a las partes; el amigable componedor no dicta un laudo, ni fallo alguno. En su estricta

---

<sup>20</sup> LOZANO ROMEN PALMERO, Elyane Cristo, EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, DERECHO CONVENCIONAL Y LEGISLACION MEXICANA. Tesis Profesional de Licenciado en la Carrera de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1990 pp. 9-19

<sup>21</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ-VALADEZ, Carlos, ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MEXICO. SITUACION ACTUAL Y PERSPECTIVAS. Tesis de Licenciatura de la Carrera de Derecho. Universidad Iberoamericana, México, 1993 pp. 78-79.

connotación técnica no funge como juez, sino que únicamente propone a las partes una solución de compromiso de carácter amigable y les sugiere su acatamiento. No actúan en ningún momento como árbitros de derecho.

La conciliación se mantiene como uno de los mecanismos previos al arbitraje. La función del conciliador, como su nombre lo indica, es lograr la avenencia de las partes que mutuamente convienen en someter a este mecanismo antes de llegar al arbitraje propiamente dicho. Cabe destacar que ambos mecanismos existen tanto a nivel nacional como internacional.

### **1.5. Fuentes del procedimiento Arbitral.**

El arbitraje pertenece al Derecho Procesal, no obstante que alguna de sus partes pueda ser reclamada por las disciplinas sustantivas, como acontecía con la cláusula compromisoria, el convenio o el compromiso, pero en definitiva la idea fundamental, los conceptos elementales y las nociones.

En el arbitraje, como ante la judicatura estatal, se busca la resolución de un conflicto jurídico entre partes determinadas por obra de un tercero imparcial. Esta idea que da un sentido uniforme a toda la institución explica deductivamente aspectos orgánicos pertenecientes a la constitución del tribunal, la presencia o ausencia de impedimentos y aún las incompatibilidades. Inclusive se ha llegado a hablar de un árbitro neutral que sería aquél que, además de su imparcialidad, fuera ajeno a cualquiera ideología, interés económico o tendencia política de las partes. En realidad esta neutralidad es una manifestación más del hecho necesario de la imparcialidad.

Dentro de las fuentes del procedimiento arbitral encontramos las siguientes:

La costumbre.

El procedimiento mercantil

El procedimiento civil.

Las convenciones

“El derecho convencional internacional en nuestra materia es valorado como el instrumento por excelencia del arbitraje internacional. Se busca con la adhesión a las convenciones la integración al mundo comercial entre las diferentes potencias, y de todos aquellos Estados que no lo son, pero que buscan integrarse a la dinámica mundial del comercio. Exigiéndose como mínimo una base que avale el buen desempeño y desarrollo de las futuras negociaciones y transacciones entre particulares y Estados que requieren urgentemente de una apertura comercial.”<sup>22</sup>

El 4 de enero de 1989 entró en vigor la nueva regulación para el arbitraje comercial, prevista en el Código de Comercio en su título cuarto denominado “Del procedimiento arbitral”. Esta regulación es la primera específica en relación al arbitraje comercial.

La exposición de motivos de la iniciativa de reformas justificaba la inclusión de este título como disposiciones fundamentales, primordialmente sobre el acuerdo y su procedimiento. Se hacían también comentarios de que estas normas son concordantes con al CNY58 y la CP75 y de la ley modelo de la CNUDMI, sobre todo esta última, que tiene una influencia decisiva.

---

<sup>22</sup> Gorjón Gómez, Francisco. Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos”. Edit. McGraw Hill. México, 2000, p. 34

## **CAPÍTULO II** **EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN**

### **2.1. Fundamento legal.**

Las bases constitucionales para la celebración de contratos por parte de la administración pública, fueron establecidos parcialmente en el Constituyente de Querétaro, toda vez que en texto original de la Constitución Política sólo se hizo referencia a los contratos relativos a obras públicas por medio de subasta, con lo que se buscó permitir la libre competencia mediante la participación de todos los interesados, procurando con ello, contratar en las mejores condiciones de precio y calidad. El texto original decía así:

Art. 134. Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.

Esta disposición resultó insuficiente, ya que dejó abierta la posibilidad para la libre celebración de otros contratos, como los de servicios y suministros, además de que su reglamentación formal en una Ley del Congreso, se realizó hasta el 4 de enero de 1966, en que se expidió la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas. Anteriormente sólo existieron disposiciones aisladas cuya observancia dejaba mucho que desear, por lo que los tratadistas del Derecho Administrativo en México, apenas tocaban a estos contratos.

El 28 de diciembre de 1982 se reformó el artículo 134 constitucional, para regular el manejo de los recursos económicos de que dispone el Gobierno Federal sobre las bases de eficacia, eficiencia y honradez, y sujetar a licitaciones públicas las adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones, prestación de servicios y contratación de obras públicas del Gobierno federal. En los párrafos segundo y tercero de este artículo se establece:

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

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

Con base en el texto del artículo 134 constitucional se emitieron los siguientes ordenamientos.

1º. *Ley de Obras Públicas*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980, que regula todo lo relativo al gasto y a las acciones de planeación, programación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de las obras públicas que realice el Gobierno Federal, entre lo que se incluye la contratación de las obras públicas, que deberán ser adjudicadas mediante convocatorias públicas para concursos de contratistas, a quien haya ofrecido mejor calidad y precio, y garantice la debida ejecución de la obra. Sólo se exceptúan de concurso las obras con fines militares o para la armada, y las que sean necesarias para causas de seguridad nacional, por desastres, casos fortuitos y circunstancias que alteren el orden social, económico y de salud.

2º. La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, publicada en Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 1985, que regulaba los actos y contratos que lleven a cabo y celebren las dependencias y entidades con relación a la planeación,

programación, presupuestación y control de adquisiciones, arrendamiento de bienes muebles y prestación de servicios, y daba Facultades a la Secretaría de Programación y Presupuesto, de la Contraloría General de la Federación y Comercio y Fomento Industrial, para intervenir en estas operaciones. En esta ley se obliga a controlar sólo con personas inscritas en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal, a través de las licitaciones públicas para que libremente se presenten proposiciones, a fin de asegurar las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, y mediante dictamen adjudicar el pedido o contrato al concursante que reúna las mejores condiciones legales, técnicas y económicas, y garantice el cumplimiento de las obligaciones.

3º. La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, la cual en su artículo 3º

Por regla general toda clase de litigios se puede someter a juicio arbitral, sin embargo el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal exceptúa los negocios que no se pueden comprometer en árbitros por ser materias en las que se prevalece en interés público.

De tal manera que sólo pueden ser objeto de un juicio arbitral las relaciones jurídicas de las que es lícito disponer libremente, es decir, aquellas en las que estamos facultados para cederlas o enajenarlas; son bienes jurídicos respecto de los cuales ni el Estado, ni la sociedad tiene un interés predominante sobre ellos.

Expresamente el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece:

No pueden comprometerse en árbitros los siguientes negocios:

- I. El derecho de recibir alimentos;

- II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;
- III. Las acciones de nulidad de matrimonio;
- IV. Los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del Código Civil; y
- V. Los demás en que lo prohíba expresamente la ley.

## **2.2. Naturaleza Jurídica.**

La estructura jurídica del arbitraje es un triángulo en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, al igual que el proceso jurisdiccional. Por su parte, el autor Cipriano Gómez Lara nos indica que: "este fenómeno se semejaría al del cambio de cause de un río que vierte sus aguas en un canal. Las aguas serían el litigio y mientras éstas se encuentran en los causes del río, estaríamos en el campo del proceso. Pero en cuanto las aguas pueden ser desviadas de su cause normal e introducirlas en otro cause, el del canal sería el del arbitraje, como cause distinto al del litigio".<sup>23</sup>

Ahora bien, explicar la naturaleza jurídica del arbitraje es precisamente uno de los puntos más controvertidos que rodean a la institución del arbitraje como una forma heterocompositiva de la conflictiva social y antecedente del proceso jurisdiccional. La polémica orbita en torno a dos cuestiones: a) si se debe ubicar antológicamente al arbitraje como anterior o independiente al Estado o viceversa, si este último le da vida y lo regula; y, b) de deducir quién determina las características y resultados del arbitraje, el poder público o el contrato voluntad de las partes.

Existe por una parte la teoría contractualista o privatista que explican que el arbitraje como un acuerdo de voluntades de las partes en pugna; se apoya por la

---

<sup>23</sup> GOMEZ LARA, op.cit. p. 24

teoría de la voluntad de las partes (aunque se debe reconocer que la libertad contractual está acordada por la ley y la autoridad pública). Según los partidarios de la doctrina contractual, en esta convención o contrato los árbitros no pueden ir más allá que de las facultades expresamente delegadas; la decisión que toman es eminentemente autónoma y es la misma convención la que asegura su decisión. Sin embargo, sus detractores afirman que la actividad del árbitro y la característica de autonomía, es exclusiva y propia del juez.

Por la otra, está la teoría jurisdiccionalista o publicista que sitúan al arbitraje como una función semejante o que se puede confundir con la que el juez oficial publicó realiza en su juzgamiento compositivo dado a continuación de un procedimiento con lo que se demuestra su carácter jurisdiccional. En efecto, se parte de la idea de que la justicia es un servicio público, por lo que la jurisdiccionalidad de los árbitros no se puede concebir sino se integra a la organización de ese servicio público.

Los autores que apoyan la tesis mencionada del párrafo anterior señalan que: "el arbitraje importa una jurisdicción análoga con la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública".<sup>24</sup>

Lo cierto es que la discusión sobre su naturaleza es meramente especulativa; se ha atacado al arbitraje por aquellos que piensan que el Estado por sus finalidades y atribuciones, no deja la posibilidad de que la justicia pueda ser administrada por los particulares.

Así entonces, encontramos que a la naturaleza jurídica del arbitraje es uno de los temas controvertidos de esta institución en la actualidad.

Como lo mencionamos con antelación, el arbitraje dentro de la doctrina jurisdiccional se entiende como una institución análoga a la administración de

---

<sup>24</sup> ZAMOARA ZANCHEZ, op. cit. p. 27

justicia. Es decir, el arbitraje sería el convenio de dos particulares para someter sus litigios a la jurisdicción de determinado Estado o tribunal, se produce una asociación entre el árbitro y el juez. Esta discusión, que aún no termina, pretende señalar no sólo la naturaleza de la institución, sino la causa última de la misma.

El árbitro extrae sus poderes de una convención privada. El arbitraje es una obligación que está recogida por el derecho de los contratos. Sin embargo, se argumenta, que la actividad del árbitro, autónoma y exclusiva, es propia de un juez.

Ante esta última consideración la doctrina se encuentra dividida, ya que para algunos autores, el arbitraje es, en primera instancia, una situación de naturaleza contractual: reposa sobre una convención, su decisión es completamente autónoma y esta convención la que asegura su ejecución, por lo tanto no puede asignársele otra naturaleza que la contractual.

Para otros, a la inversa, parte de la noción que la administración de justicia es un servicio público. La jurisdicción de los árbitros no puede ser admitida más que si ella es integrada a la organización de este servicio. La decisión del árbitro es un juzgamiento rendido a continuación de un procedimiento, no se puede rebatir su carácter jurisdiccional.

Arbitraje, contrato o jurisdicción, son los puntos centrales de la diserción doctrinal. No se trata de una contienda meramente especulativa. De su tipificación depende la determinación del derecho aplicable y de sus efectos, existiendo argumentos importantes a favor de una u otra doctrina.

A la base de la discusión esta la fuente del poder arbitral. Se trata de discutir si el poder público o el contrato voluntad de las partes es el que determina las características y resultados del arbitraje. Los contractualistas señalan que la

potestad del árbitro viene dada por el compromiso arbitral; por lo cual para ser árbitro se requerirá de las mismas calidades para ser mandatario.

En el fondo la discusión se orienta a establecer jurídicamente el interés de la materia controvertida. En efecto, si las leyes del arbitraje provienen del derecho de los contratos o de las reglas del procedimiento, significa calificar la materia misma como controvertida incluso, porque también se deciden las posibilidades de ejecución de la sentencia arbitral.

Es más, en la naturaleza jurídica del arbitraje importa pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia, sobre el procedimiento y la prueba, como sobre los efectos jurídicos particulares de la cuestión sometida al tercero o árbitro.

En la actualidad progresa considerablemente la tesis, sobre todo en la materia de arbitraje comercial internacional. Fundamentalmente porque si se acepta esta tesis, es posible otorgar a las partes el máximo de libertad para definir las modalidades y establecer su reglamentación.

La tesis contractualista significa aceptar el principio de autonomía de voluntad de las partes. Si bien debe reconocerse que este principio posee los límites fijados por la autoridad jurídica y la ley. Personalmente considero que ambas tesis no son excluyentes ni contradictorias. La aceptación de la tesis contrato no significa que exista hostilidad ante el sistema judicial. En el fondo, es el propio Estado el que reconoce el valor jurídico del principio de autonomía de la voluntad de las partes y otorga eficacia a la convención. Creemos que ambos sistemas son compatibles en la perspectiva de coadyuvar a la administración de justicia. Es más concordamos que en buena reglamentación del arbitraje no puede lograrse sin la colaboración y control de los propios tribunales.

Una tercera corriente viene sometiendo que el arbitraje es de naturaleza mixta. El arbitraje interesa a la administración de justicia. Por esta razón se

afirma que en el arbitraje intervienen dos convenciones: por una parte, la autonomía de la voluntad o convención arbitral; y por la otra, la convención suscrita entre las partes y el tercero árbitro. Lo que se denomina *receptum* árbitro.

De esta manera, la naturaleza mixta del arbitraje consiste en estas fuentes del poder: la intervención de las partes por libre voluntad, y el compromiso entre estas y el árbitro. En este sentido, estaríamos en presencia de una institución jurídica semicontractual y semijurisdiccional. Con esta solución evidentemente transaccional, se establece la libertad suficiente para preferir una u otra solución dependiendo de razones prácticas (comerciales o políticas).

La discusión doctrinal continúa. Una última tesis nos dice que el arbitraje es una institución autónoma de naturaleza jurídica distinta al contrato y a la institución arbitral. Atacando las concepciones clásicas ya expuestas, esta tesis argumenta lo siguiente:

- a) Si el arbitraje cambia de naturaleza en el plano nacional e internacional;
- b) Si el arbitraje voluntario o forzoso no serán distintos en su esencia;
- c) Se trata de una institución, incluso etimológicamente distinta de cualquier otra figura jurídica.

La naturaleza jurídica del arbitraje nos debería llevar a encontrar un criterio diferenciador determinante que nos permita reconocer cuando estemos en presencia de un arbitraje o de otra institución semejante. Es más, existen un buen número de instituciones similares (mediación, intervención, jurisdiccional, etc.), que obliga a reflexionar sobre algunos criterios de diferenciación.

Las legislaciones nacionales adoptan ambas concepciones. Los tribunales más que considerar la naturaleza jurídica del arbitraje han adoptado por

soluciones pragmáticas y sujetas a la justicia y criterios de equidad. La discusión se ha centrado en el arbitraje convencional y obligatorio, incluso porque se ha llegado a establecer que el primero no sería más que una corriente del arbitraje obligatorio. Asimismo se puede observar una especialización del arbitraje en materia laboral, por ejemplo, observamos que las reglas del arbitraje asumen características peculiares. Otro caso especial sería los conflictos que se producen frente al derecho internacional o en administración pública, civil o comercial.

### **2.3. El Acuerdo Arbitral.**

El acuerdo arbitral es el fundamento de todo el proceso arbitral. En el arbitraje encuentra la fuente de su obligatoriedad, al convenir las partes en someter determinado o determinados litigios a la decisión del o de los árbitros.

Como consecuencia de ello, de suma importancia, es que será imposible para alguna de las partes, ocurrir ante la presencia jurisdiccional estatal para la resolución del conflicto determinado, pues ha renunciado expresamente a ella, al haber adoptado por el arbitraje. Por otro lado, la jurisdicción estatal está obligada a su vez a decretarse incompetente para el conocimiento del litigio.

Tradicionalmente la doctrina ha considerado dos formas que pueden revestir el acuerdo, a saber: la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral. A continuación se explicara cada una de ellas dejando en claro desde este momento, que los efectos de ambos casos serán los mismos, es decir, el sometimiento de la controversia prevista, a la decisión del o los árbitros.

La cláusula compromisoria como su nombre lo dice, es realmente una cláusula o estipulación inserta en un contrato que expresa la voluntad de las partes de someter al fallo de árbitros las controversias futuras que pueda surgir con relación a l contrato principal sin más especificaciones genéricas que sobre el

organismo arbitral, a veces las reglas del procedimiento, la sede del arbitraje y posiblemente el idioma que se empleará.

El compromiso arbitral o compromiso en árbitros, es un contrato en el que se establecen todas las prestaciones necesarias para la resolución de un conflicto ya suscitado.

La diferencia entre ambos radica principalmente en la forma que reviste, así como el momento de su celebración, es decir, la cláusula compromisoria se estipula antes de que nazca la controversia dentro del mismo contrato, y el compromiso suele celebrarse después de que ha surgido el conflicto, por lo general en un convenio independiente.

A la cláusula compromisoria se le conoce también con el nombre de contrato preliminar de arbitraje (aunque para muchos es realmente un contrato independiente celebrado antes del surgimiento de la controversia), y durante mucho tiempo, sobre todo en la doctrina española y francesa, la misma no tenía fuerza suficiente para obligar a las partes a acudir al arbitraje, toda vez que se le equiparaba en su naturaleza jurídica a un precontrato.

En efecto, se consideraba e incluso en algunas legislaciones, que la cláusula compromisoria era un contrato futuro denominado compromiso. Lo anterior, traía como consecuencia que en caso de incumplimiento por una de las partes para ir al arbitraje, en el caso de la cláusula del contrato preliminar, no se le otorgará por el poder judicial, el apoyo necesario para compeler a tal parte al procedimiento arbitral.

Debido principalmente a la práctica internacional generalizada de establecer en los contratos comerciales la cláusula compromisoria como fuente obligatoria para acudir al arbitraje, tanto la doctrina como la jurisprudencia, con ánimo de dar seguridad jurídica a una situación real, dotaron a la cláusula compromisoria de

completa validez y eficacia, equiparándola con el compromiso. Es decir, en palabras de Vázquez de Castro "...cláusula compromisoria no es una promesa de compromiso".<sup>25</sup>

De lo anteriormente, queremos afirmar que la cláusula compromisoria o contrato preliminar, no incluye la posibilidad de fijar las reglas del arbitraje, una vez surgida la controversia, a través de compromiso. Lo que se quiere resaltar es que, esta figura ahora tiene todo el reconocimiento de la jurisdicción estatal para el efecto de declararse incompetente en la resolución de conflictos en que exista una cláusula de este tipo por medio, no siendo estrictamente necesario, el tránsito de la cláusula al compromiso, sino que se puede pasar al arbitraje inmediatamente siempre que estuviere delimitada la controversia a resolver.

Es cierto que la cláusula compromisoria, al igual que el compromiso cierran la posibilidad del ejercicio de las acciones jurisdiccionales, en ella deben de establecerse para tener plena eficacia por lo menos la expresión clara de qué litigios se someterán a la decisión arbitral, para poder ocurrir directamente al arbitraje.

#### **2.4. Arbitrabilidad de la Materia.**

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal, regula el juicio arbitral; en el cual, no es considerado como uno de los juicios especiales; sino que tiene una consagración independiente, ya que está regulado en el Título Octavo de manera separada.

---

<sup>25</sup> VAZQUEZ DE CASTRO, Luis, LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN EL ARBITRAJE CIVIL. Ed. Civitas S.A., Madrid 1991, p. 53.

La palabra juicio de la expresión latina *judicium* que, en su acepción forense alude a un proceso contencioso que se instaura ante un juzgador para que éste decida sobre derechos o cosas que varias partes litigan entre sí.<sup>26</sup>

La palabra arbitral es un adjetivo que se refiere a lo perteneciente o relativo al arbitrador.<sup>27</sup>

Por regla general toda clase de litigios se puede someter a juicio arbitral, sin embargo, el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal exceptúa los negocios que no se pueden comprometer en árbitros por ser materias en las que prevalece el interés público.

De tal manera que sólo pueden ser objeto de un juicio arbitral las relaciones jurídicas de las que es lícito disponer libremente, es decir, aquellas en las que estamos facultados para cederlas o enajenarlas; son bienes jurídicos respecto de los cuales ni el Estado, ni la sociedad tiene un interés predominante sobre ellos.

Expresamente el artículo 615 del ordenamiento invocado establece:

No pueden comprometerse en árbitros los siguientes negocios:

- I.- El derecho de recibir alimentos;
- II.- Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;
- III.- las acciones de nulidad de matrimonio;
- IV.- Las concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del Código Civil; y
- V.- Las demás en que lo prohíba expresamente la ley.

---

<sup>26</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Espeso Calpe, S.A. 19ª edición. Madrid, España. 1970, p. 780.

<sup>27</sup> Idem. p.

En relación a la fracción IV, el Código Civil establece que puede haber transacción o compromiso en árbitros sobre los derechos pecuniarios de que la filiación legalmente adquirida pudiera deducirse, salvo aquellos casos en que este Código señale lo contrario.

## **2.5. Principios Rectores del Procedimiento.**

Por lo que se refiere al procedimiento arbitral, aun cuando mencionamos en un apartado anterior, que suele ser informal y flexible, en cuanto a plazos y etapas procesales, logrando así hacer un procedimiento rápido que nos libere de los infortunios y pesados gastos de un procedimiento judicial, no debe olvidarse que deben seguirse cierto principios que son de observancia indispensable, y que suelen ser muy útiles para lograr un arbitraje eficaz.

La regla de oro en el procedimiento arbitral según lo que comenta Alejandro Ogarrío<sup>28</sup>, y que esta prevista en nuestro Código de Comercio en su artículo 1434, es en el sentido de que las partes deberán ser tratadas con igualdad y se les deberá dar a cada una plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Esto es considerado como el elemento fundamental de los procedimientos arbitrales y como el principio rector de todo arbitraje comercial internacional, y que tanto, partes como árbitros no pueden dejar de prever dentro de su procedimiento.

Otros principios reguladores son:

- a) El principio de contradicción, que permite que las pruebas ofrecidas por las partes sean conocidas y comentadas por la contraria.
- b) El principio de congruencia, que exige que las pretensiones que se resuelvan en el laudo sean las mismas que fueron planteadas y

---

<sup>28</sup> Ogarrío, Alejandro. "El Procedimiento Arbitral", Arbitraje Comercial Internacional, en Pérez Castro, Leonel (comp.), Fontamara, México, 2000, p. 75

- debatidas durante el procedimiento arbitral, por ello un laudo no puede resolverse en torno a pretensiones diversas a las planteadas por las partes, so pena de caer en la ultra petita, es decir, más allá de lo pedido.
- c) El de exhaustividad, que obliga a que se resuelvan todas las pretensiones planteadas.
  - d) El de fundamentación y motivación si se trata de laudos dictados en arbitrajes apegados a derecho, pues en los ex aequo et bono, de equidad, no se requiere la fundamentación.
  - e) Principio de libertad formal, ya que el procedimiento arbitral se caracteriza por su flexibilidad y sencillez, derivadas de la autonomía de las partes, respetando desde luego los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

Ahora bien, toda esta exposición realizada fue con la finalidad de tener una visión de los que es la figura del arbitraje comercial, su fundamento legal, su procedimiento y conocer lo que se requiere para que se pueda llevar a cabo, ahora es el momento de proseguir con el estudio de la Administración Pública con el objetivo de introducir este mecanismo optativo en la solución de conflictos entre el particular y el Estado, en los diferentes supuestos en que se puedan desarrollar.

### CAPITULO III

## EL ARBITRAJE EN ALGUNAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

#### 3.1. Administración Pública

La Administración Pública, es la parte de los órganos del estado que dependen directa, o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes ( Legislativo y Judicial ), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a) elementos personales; b) elementos patrimoniales; c) estructura jurídica, y d) procedimientos técnicos.

Para hacer frente a esas actividades el Estado tiene que crear agencias o unidades administrativas que se encarguen precisamente de cumplir con los nuevos cometidos; y vemos así que surgen nuevas Secretarías y Departamentos de Estado, o bien, nuevas estructuras administrativas, que antes eran desconocidas como la descentralización, la desconcentración, las empresas públicas y el fideicomiso público, sector al que autores como James W. Landis, han denominado un nuevo poder administrativo diferente de los clásicos poderes del Estado, que tradicionalmente venían considerándose como las únicas formas de división y organización del poder.

Es así, como la Administración Pública moderna, tiene que enfrentarse a una problemática distinta y aplicar métodos y sistemas acordes con la época, para lograr con eficacia su función y lograr una coordinación entre la multitud de órganos que la integran, así como los órganos de los otros poderes y de las entidades federativas y municipales, en un sistema federal como el nuestro.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Edit. Porrúa S.A. México 2000, p. 106

La connotación principal del concepto de Administración Pública, se refiere a las actividades del sector público y como una parte de la organización del Estado. Para lo cual el autor Serrano Rojas, considera que dicho concepto está revestido en dos sentidos, el material y el orgánico. En su sentido material u objetivo "corresponde a la acción y actividad administrativa, es decir, a la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran."<sup>30</sup> En su sentido orgánico o subjetivo, se refiere al "conjunto de órganos, servicios o actividades tendientes a perseguir un interés privado o público."<sup>31</sup>

Dentro de este contexto diversos autores de origen europeo, como Pierre Escoube, denomina a la Administración Pública como el conjunto de medios de acción, sean directos o indirectos, humanos o materiales, de los cuales el Gobierno dispone para lograr los propósitos y llevar a cabo las tareas de interés público que no cumplan con las empresas privadas o las particulares.<sup>32</sup>

De lo que se desprende que el fin de la Administración es la realización del interés general sin el propósito de lucro, mediante una organización que forma parte de la actividad del Estado. Para estos efectos se entenderá como Administración Pública al complejo orgánico, los entes públicos menores encuadrados en el Poder Ejecutivo, es decir, a la Administración del Estado que se caracteriza por órganos centralizados y desconcentrados por excepción, los paraestatales, y que su función principal es la atender las necesidades públicas mediante los servicios administrativos o los servicios públicos, siguiendo el interés general que la Constitución y las leyes administrativas enmarcan y protegen. Las Entidades que integran la Administración Local también forman parte de éste complejo orgánico que coadyuvan en la ejecución de la actividad estatal, salvo las

---

<sup>30</sup> Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Porrúa, México, 1999, p. 85

<sup>31</sup> idem.

<sup>32</sup> Escoube, Pierre. Introducción a la Administración Pública. Material de trabajo de la Escuela Superior de Administración Pública de América Central, 1988.

funciones legislativas, jurisdiccionales y ejecutivas que tiene cada Poder de la Unión.

Una manera de explicar cómo es que la administración pública está integrada en un conjunto de organizaciones o una estructura jurídico-política reconocida en la Constitución, basta con revisar el Presupuesto Anual de Egresos de la Federación y observar las numerosas dependencias a quienes se le encarga la realización de los fines públicos, entre las cuales se encuentran las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, Oficialías Mayores, Procuradurías y las Direcciones Generales.

La Administración Pública Federal cumple sus funciones por medio de un conjunto de órganos por un lado, los órganos centralizados y por el otro, los paraestatales. Entre los centralizados se encuentran las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica, artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Los órganos desconcentrados se sitúan dentro del régimen de la centralización administrativa, donde la ley autoriza a que se creen éstos organismos, los cuales estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas, que les permitirán un mejor desenvolvimiento en las materias cuyas tareas estén enmarcadas en la ley y dentro del ámbito territorial que se determine. Por el otro lado, los órganos paraestatales, mantienen un régimen jurídico especial que les permite actuar con determinada autonomía orgánica y técnica, puesto que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio y lo conforman los Organismos Descentralizados, las Empresas de Participación Estatal y los Fideicomisos Públicos que celebre la Administración Pública.

Una vez que hemos apuntado lo que la administración pública significa, abordaremos lo que es el derecho administrativo y la razón de su existencia.

## **A) Administración Pública y Derecho Administrativo.**

De todo lo dicho anteriormente se puede señalar que la administración pública trasciende del organigrama oficial por el que está compuesto el Estado, pues comprende los contactos cotidianos que cada ciudadano puede tener en su vida, con los diversos órganos públicos, y los servicios públicos que le proporcionan las instituciones públicas, en las modalidades de concesionario o permisionario, como lo autoriza la ley a través de la Constitución o de las leyes que de ella emanan y que reglamentan a cada servicio público en particular. Mientras que el derecho administrativo comprende las numerosas leyes que asignan funciones específicas a los órganos administrativos.

Nos encontramos con numerosos autores que tratan de dar una definición de lo que es el derecho administrativo, unos dicen que es regulador de la organización y acción de las autoridades administrativas, o bien como el conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los particulares, o que regulan las diversas personas de la administración y sus poderes o derechos por los cuales tienen la facultad de prestar un servicio público. El problema de acotar una definición a la relación que tiene el Estado con los particulares, es que hay diversas ramas del derecho que también lo pueden hacer, como el derecho constitucional y el derecho procesal, que abarcan esas relaciones de los particulares con el Estado, bien sea a través del ejercicio de una función jurisdiccional o cuando el Estado actúa como garante de los derechos fundamentales de los individuos; por lo que las relaciones que surgen del seno mismo de la organización administrativa se quedan fuera del concepto enunciado.

Es por ello que concuerdo con Gabino Fraga, en que para poder hacer un juicio del derecho administrativo, no se puede tomar en cuenta un solo factor por el que se ve involucrado el derecho, sino que para llegar a definirlo se tiene que analizar todas las variantes que éste regulará, puesto que es un universo de

posibilidades en el que estará inmerso el derecho dentro de la Administración, y las cuales son:

- a) La estructura y organización del Poder Ejecutivo, encargado de realizar las funciones administrativas.
- b) Los medios patrimoniales y financieros que la Administración necesita para realizar su ejercicio.
- c) El ejercicio de las facultades que el Poder Público debe realizar bajo la forma de la función administrativa, ya que solamente se encargará de normar las atribuciones del Estado cuando tenga revestida el carácter público.
- d) La situación que tenga con los particulares, en tanto que son beneficiarios de los servicios públicos que el Estado presta.

De lo anterior podemos desprender que el Derecho Administrativo es un Derecho Público, que no es un derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco de una función, sino de un derecho de naturaleza estatutaria, como lo menciona Eduardo García de Enterría, lo que significa que se dirige a la regulación de las singulares del derecho común. Por lo que tiende a atender básicamente las exigencias que éstos presentan para su desenvolvimiento jurídico, y cubrir todas las posibles zonas en que se mueve la Administración Pública. Así, como hay un Derecho Procesal Civil, Penal, hay también un Derecho Procesal Administrativo, o un derecho sancionatorio administrativo. De esta manera los conceptos jurídicos de las penas o las sanciones, los contratos, la propiedad, la responsabilidad, la delegación, etc., y las instituciones del derecho común, sufren una modificación o modulación para adaptarse a las especiales características que pertenecen a estos sujetos del ámbito administrativo, dando lugar a las modalidades de contratos administrativos o responsabilidad administrativa o bien la delegación administrativa, dejándonos ver que son exclusivos de un derecho y que el Derecho Administrativo se centra en regular el derecho común de las administraciones.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Ibidem, p. 43

Para comprender mejor lo que es un derecho estatutario me permito señalar lo que para su efecto García Enterría define “como aquél que sólo regula las relaciones de cierta clase de sujetos o cualidades jurídicas que posean o puedan poseer, en cuanto a sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos del derecho común.”<sup>34</sup> Por tanto, el carácter estatutario del Derecho Administrativo que menciona García de Enterría se basa principalmente en la idea, de que para que exista una relación jurídico administrativa es preciso, que al menos, una de las partes en dicha relación forma parte de la Administración Pública.

Como podemos notar las normas administrativas van dirigidas o tienen como destinatario a la Administración Pública, de forma tal que no entienden sin esa presencia. Ahora bien, la forma en que una norma administrativa tiene como sujeto destinatario a la Administración Pública, admite diversas variedades:

Primero, el único destinatario es la Administración Pública y estas normas están para regular la organización administrativa.

Segundo, las normas están destinadas a ser cumplidas por la Administración, para lo cual necesitan de la presencia de los administrados o ciudadanos, ya que son las que regulan los contratos administrativos, los impuestos o los servicios públicos. Este tipo de normas presupone un órgano de la administración y un contratante, contribuyente o usuario.

Y tercero, tenemos a las normas cuyos destinatarios son los particulares o administrados, pero con la presencia vigilante de la Administración, para lo cual se le atribuye una potestad sancionadora o arbitral con el fin de que haga cumplir a los particulares la efectividad de la norma. Estas normas referidas son las de regulación de precios o las normas ambientales.

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 41

Por lo que, el ámbito de las normas administrativas, tiene como objetivo principal regular las actividades de la Administración, que pueden ir encaminadas tanto a normar su estructura u organización y funcionamiento, o bien para regular la intervención de los gobernados, ya sea en calidad de prestadores o como destinatarios de un servicio público.

Ahora bien, el siguiente apartado tiene como finalidad entender cómo es que el Estado, a través de la actividad administrativa, realiza una de sus principales responsabilidades que es satisfacer las necesidades colectivas de los ciudadanos, mediante los servicios públicos.

### **3.2. El Servicio Público**

Uno de los conceptos o instituciones más discutidos y menos preciso en sus perfiles y en su determinación material y objetiva es el de servicio público; nace y se desenvuelve en el ambiente jurídico doctrinal francés dentro del cual llena una orientación y una necesidad muy peculiar de la organización del Estado francés, la escisión clara entre la competencia del tribunal administrativo y el tribunal jurisdiccional. Su evolución es, en la doctrina, muy característica, lo que originalmente se consideró servicio público, posteriormente dejó de serlo y nuevos contenidos fueron ocupando el vaso de cristal de los vocablos "servicio público", sin que los autores se hayan puesto de acuerdo en aquello que con esas palabras quieren significar e inclusive, a pesar de la poca edad y poderoso desarrollo del concepto, encontramos ya muy serios estudios acerca de la crisis de la noción de servicio público en Francia, país de su origen.

El servicio público es una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los

principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión).<sup>35</sup>

El criterio personal que diferentes tratadistas han expuesto sobre el servicio público obedece a la realidad social y jurídica de una determinada época y lugar, lo que ha traído como consecuencia concepciones deferentes. Boquera Oliver<sup>36</sup> dice al respecto que "...desde comienzos del siglo hasta fecha reciente, el concepto de servicio público, pese a su imprecisión, ha constituido en algunos países el eje del Derecho Administrativo. La imprecisión del contenido de servicio público tiene su origen en la variedad de significados que han recibido los dos términos de la expresión. Para unos, "servicio" era una organización de medios; para otros una actividad o función. El término "público", según las diversas tendencias doctrinales, correspondía a la condición del sujeto titular del servicio (persona pública), a la naturaleza de las facultades jurídicas empleadas para su funcionamiento (poder público), al fin al que se dirigía el servicio público (fin público) o a una especie de fin público, al régimen jurídico a que estaba sometido (régimen jurídico-público), e incluso a los destinatarios del mismo (el público).

En España, Ramón Martín Mateo se pronuncia en contra de esta figura, sobre todo si con ella se pretende identificar el contenido del Derecho Administrativo, como lo hizo la Escuela Francesa, pues los enfoques que se utilizaron para detectar la presencia de un servicio público no han satisfecho a nadie, ya que ni el criterio de los sujetos, ni el del objeto, ni el del régimen en que se desarrollan han sido satisfactorios. "De aquí que se abandonase como criterio definidor de todo el Derecho Administrativo y de la acción de la administración la idea del servicio público y que incluso se estimase que el propio concepto había sido equivocadamente manejado para perfilar una subordinación del obrar administrativo". Por lo anterior Martín Mateo propone un enfoque más realista de las distintas modalidades de acción administrativa, en donde se ubica

---

<sup>35</sup> ACOSTA ROMERO, op. cit. p. 730

<sup>36</sup> DELGADILLO, Luis Humberto. ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO CURSO. Editorial LIMUSA, México, D.F. 2001, p. 206.

a la actividad administrativa que tiene por finalidad entregar a sus destinatarios bienes o facilitarles servicios, a la que denomina “Acción Administrativa de Prestación”.<sup>37</sup>

En nuestro país Gabino Fraga se manifestó en contra de la utilización del concepto, al concluir que si “...la misma noción de atribución está más conforme con el análisis del concepto de actividad del Estado, es necesario destacar el citado concepto de servicio público en el sentido que lo adopta la doctrina que combatimos, y aceptar el de atribuciones como más propio y científico.”<sup>38</sup>

De acuerdo con las concepciones de los diferentes tratadistas, es posible dar un concepto de servicio público que identifique sus elementos esenciales. Así tenemos que el servicio público es una actividad general, uniforme, regular y continua, realizada por el Estado o por los particulares conforme a las disposiciones legales que la regulan, para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general.

A partir de este concepto es posible derivar los elementos esenciales del servicio público.

1. *Es una actividad.* Con esto queremos dejar establecido que no se trata de un órgano ni de un sistema normativo, sino de la acción que realizan los sujetos.

2. *General, uniforme, regular y continua.* El servicio debe prestarse a todas las personas que lo soliciten, sin alteraciones de contenido, en las condiciones preestablecidas y sin interrupciones.

---

<sup>37</sup> DELGADILLO, Luis Humberto, op. cit. p. 207.

<sup>38</sup> Idem p. 207

3. *Realizada por el Estado o por los particulares.* Independientemente del interés que el Estado pueda tener en que esta actividad sea llevada a cabo, puede encargar su realización a los particulares o efectuarla directamente a través de sus órganos.

4. *Conforme a las disposiciones legales que la regulan.* Para que la actividad constituya un servicio público, debe haber sido considerada como tal por un ordenamiento legal, en el que se establezcan sus características básicas y los procedimientos de control respecto de su funcionamiento en razón del interés que existe para su realización.

5. *Para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general.* El servicio público se establece para satisfacer las necesidades de la población, su atención sea considerada de interés para el Estado.

La institución del servicio público no ha tenido una gran significación doctrinal ni legislativa en nuestro país, posiblemente debido a que las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con los servicios públicos se han perdido, en el ejercicio de la función administrativa que realiza el poder ejecutivo. Los tribunales administrativos: el Fiscal de la Federación y el Contencioso Administrativo del Distrito Federal, no han tenido que precisar su competencia respecto de los servicios públicos, ya que los ordenamientos legales que los rigen la han delimitado en forma precisa.

A nivel constitucional, el texto original de 1917 sólo hizo referencia a los servicios públicos de educación, de las armas, de jurados, y de las huelgas en los servicios públicos, en sus artículos 3º, 5º y 123, apartado "A", fracción XVIII, respectivamente, así como a los bienes raíces e inmuebles dedicados a los servicios públicos de la Federación, en el artículo 27, fracciones II y VI, pero sin aclarar el concepto, ni señalar las características particulares para su establecimiento y desarrollo.

De las reformas que se han hecho al texto original de la constitución, destacan las correspondientes a los artículos 28 y 115, toda vez que en ellos se utiliza el término servicio público con precisión respecto a su contenido y características.

Del artículo 28 destacan el párrafo quinto, que establece el servicio público de Banca y Crédito; el párrafo noveno, en el cual se dan las bases para el otorgamiento de las concesiones de servicio público; y en particular el párrafo décimo en virtud de que, por primera vez, establece la existencia especial de un régimen de servicio público y la obligatoriedad de que se regule en la ley a efecto de ser considerado como tal. Por lo tanto, sólo podrán ser considerados como servicios públicos aquellos que la constitución o las leyes establezcan.

Finalmente, la fracción III del artículo 115 señala los servicios públicos municipales:

- a) Agua potable y alcantarillado,
- b) Alumbrado público,
- c) Limpia,
- d) Mercados y centrales de abasto,
- e) Panteones,
- f) Rastro,
- g) Calles, parques y jardines,
- h) Seguridad pública y tránsito,
- i) Lo demás que las legislaturas locales determinen.

En la Fracción IV, inciso c), quedan incluidos como parte de los ingresos municipales, los que obtengan por la prestación de servicios públicos; y en la fracción X, la posibilidad de que la federación transfiera a los estados y estos a los municipios la facultad para manejar servicios públicos de la federación.

También se utiliza el término servicio público en el sentido del desempeño de la función pública como se hace en el artículo 13 constitucional que se refiere a la compensación de servicios públicos. En este mismo sentido se utiliza el término en la fracción XI del artículo 215 del Código Penal que tipifica el delito de abuso de autoridad.<sup>39</sup>

La teoría del servicio público contemporáneo tiene un enfoque característico, la dualidad que puede existir entre la iniciativa privada y pública con vista a la satisfacción de una necesidad colectiva. Por otra parte, contempla que la ley es el mecanismo por el cual se crea y se asigna el funcionamiento, organización y personas rectoras que en esencia se encargarán de distribuir un servicio público se verifica por ley, coloca una legitimación exclusiva y excluye a favor de la Administración Pública, para que se ella misma quien asuma la potestad necesaria del servicio y queden cubiertas las exigencias del interés general, pero que a su vez acepta la intervención de los particulares en la prestación de los servicios públicos.

La concepción clásica del servicio público se sustenta en que una empresa administrativa es quien detenta la facultad de prestar los servicios del Estado (en condición de monopolio), con base a un interés general y sometido a un régimen jurídico meramente administrativo.<sup>40</sup> Pero hay diversas cuestiones que con el tiempo pesan sobre ésta concepción, de entre las que se encuentran la amplia gama de servicios que se van creando a través de la facultad legislativa, debido a las necesidades públicas que evolucionan constantemente y que muchas de las veces, se van gestionando con arreglo al derecho privado; de ahí que la gestión del servicio no tiene por que estar encomendada, únicamente a un establecimiento público.

---

<sup>39</sup> DELGADILLO, Luis Humberto. op. cit. pp. 208-211

<sup>40</sup> Morell Ocaña, Luis. Curso de Derecho Administrativo, tomo II, Aranzadi. Ediciones, Pamplona, España, 1998, p. 119

Lo único que conlleva esta teoría es a caer en una titularidad monopolista a favor de la Administración para con un determinado ordenamiento sectorial, lo que podría resultar un retroceso en sectores que necesitan mucho más de la inversión privada y de la titularidad de la prestación por agentes privados para que estos puedan dar con mejor calidad los servicios públicos, tal es el caso de las telecomunicaciones y vías generales de comunicación, la distribución de agua potable, electricidad.

Ahora bien, nos damos cuenta que la actividad del Estado se extiende con una gran complejidad y que por ello es conveniente, que la Administración, de acuerdo con la ley, pueda reservarse para sí en gestión directa, la prestación de un servicio, pero que también permita la participación a los particulares configurando a su favor la correspondiente titularidad derivada de un acto o contrato administrativo, mediante la gestión indirecta. La clave del éxito para prestar un servicio, reside en que la Administración retiene los poderes de dirección y control, mientras que los particulares asumen el manejo en calidad de gestores, con la plena responsabilidad que tiene en sus manos de proveer un buen servicio y recibir como retribución altas ganancias por el beneficio particular que reciben los usuarios.

En la definición de servicio público, tenemos que tener clara la idea de que su finalidad versa en satisfacer una necesidad colectiva. Tenemos a la escuela francesa, dentro de la cual se encuentra Duguit, que define al servicio público como:

“toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado y controlado por gobernantes, porque el cumplimiento de tal actividad resulta indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social y

que es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino que por la intervención de la potestad gobernante.”<sup>41</sup>

Así Duguit tiene la plena idea que para que sea un servicio público tiene que ser una actividad que realicen los órganos o los entes que integran la Administración.

Esta concepción es criticada por Enrique Silva Cimma, ya que menciona que no siempre los órganos que sean creados por el Estado, están gestionando un servicio público, depende de la actividad a la que se dedique el órgano y si tiene como finalidad la satisfacción de un interés que importe a la colectividad. En oposición a la doctrina francesa, Waline nos dice, “que no se puede instituir al derecho administrativo.”<sup>42</sup> De igual manera, crítica esta concepción orgánica, en el sentido de que vuelve restringida la definición; puesto que la idea fundamental de la escuela francesa, radica en que para que exista un servicio público debe ser prestado por una organización pública, y por tanto, deja fuera a todos los servicios que son prestados por una sociedad privada, mediante la concesión del servicio.

Habrá servicio público, siempre que la actividad se cumpla por la Administración mediante unos de sus órganos, o que simplemente la autoridad tome la iniciativa en realizar tal actividad, aun cuando sea cumplida por un particular, pero reservándose siempre un control superior sobre el ejercicio de ésta.

Entonces, dentro de la concepción contemporánea del Derecho Administrativo, el criterio que se utiliza para definir al servicio público, es la actividad que el órgano realiza y no la calidad de éste, por lo tanto, servicio público es toda actividad que persiga un fin de interés general, bien sea realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, en calidad de concesionarias

---

<sup>41</sup> Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y comparado. el servicio público, Edit. Jurídica de Chile, Chile, 1995. p. 27

<sup>42</sup> Ibem.

o permisionarias, siempre y cuando cumplan con dos elementos primordiales, (i) la inmetiatividad que se traduce en la circunstancia de que el Estado concorra a satisfacer las necesidades de la población de manera inmediata y (ii) la practicidad que se refiere más aun elemento utilitario.<sup>43</sup>

Por tanto, habrá servicio público siempre que exista un usuario y en caso de que los usuarios tuvieren fallas en la prestación del servicio podría haber la posibilidad de que exista una controversia que pueda ser resuelta por arbitraje, en la medida en que los mecanismos de solución de controversias constituyen un mecanismo idóneo para la satisfacción del interés público y no se atentaría ni la continuidad, ni la regularidad, ni la uniformidad de la prestación del servicio público. Por ello finalizo esta concepción del servicio público, con la que Gabino Fraga opina, que “el servicio público no puede considerarse como una de las bases de sustentación del Derecho Administrativo, pero sí como una de sus instituciones más importantes.”<sup>44</sup>

He presentado diversas posturas de autores europeos y latinoamericanos, que van desde lo clásico hasta lo contemporáneo, para poder demostrar que el concepto del servicio público tiene una evolución natural dependiendo de la época y de las necesidades que el legislador pretenda cubrir. Y pues bien, el legislador tiene capacidad y la facultad de prever dentro de diversos ordenamientos, de carácter administrativo, la posibilidad fáctica de remitir las controversias que surjan en el ámbito del Derecho Público a un arbitraje, tal y como lo mencionan ciertos ordenamientos legales que en su momento comentaré pero que sólo en esta ocasión enuncio como la Ley Adquisiciones y de Obra Pública, el propio Tratado de Libre Comercio (TLCAN).

Con la transformación que se opera en el Estado y en la sociedad actual, se están afectando muchas de las nociones del Derecho Administrativo y en

---

<sup>43</sup> Silva Cimma, Enrique, op. Cit. P. 27

<sup>44</sup> Fraga, Gabino. op. cit. P. 155

particular, la del servicio público, para lo cual hay que reconocer que los elementos esenciales deben ser respetados, aun ante la posibilidad de que el arbitraje funja como un medio idóneo para la resolución de ciertas controversias sujetas al régimen de servicio público.

### **Elementos del Servicio Público.**

Los principales elementos tienden a cumplir la finalidad de satisfacer una necesidad colectiva y estos son:<sup>45</sup>

**Generalidad:** Se refiere a que todos los habitantes tienen derecho a usar los servicios públicos de acuerdo con las normas que los rigen.

**Uniformidad:** Consiste en que siendo establecido en beneficio o interés de toda la colectividad, las prestaciones del servicio público deben ser iguales para todos aquellos habitantes que se encuentran en condiciones de solicitar sus beneficios.

**Continuidad:** Esta corresponde un elemento esencial del servicio, y quiere decir que la actividad del mismo no puede interrumpirse o paralizarse, porque su función es pública y ha sido establecida en beneficio de toda la colectividad.

**Regularidad:** El servicio público se realiza de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley que lo ha creado y estructurado.

**Obligatoriedad:** Es obligatorio en el sentido de que la prestación debe necesariamente cumplirse, sin que pueda la autoridad beneficiar con ella a alguno y negarla para otros.

---

<sup>45</sup> Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Edit. Porrúa, México, 1999, p. 113

**Persistencia:** Se refiere a que debe comprender nuevas necesidades colectivas y como dice Enrique Cimma, "el servicio público debe existir en la medida en que subsistan las necesidades públicas para lo cual fue creado."<sup>46</sup>

**Gratuidad del servicio:** El servicio público debe ofrecerse al público sin la idea de lucro.

Con estos criterios expuestos se puede expresar que el ámbito de los servicios públicos se encuentra dentro de las actividades estatales como la defensa nacional, ferrocarriles, petróleos mexicanos, seguridad social, agua, drenaje, electricidad, gas, saneamiento, hospitales, alumbrado, transportes, telecomunicaciones, entre otros más.

### **Diversos modos de prestar el servicio.**

Ahora bien, podemos encontrar que son diversos los modos en que se puede prestar un servicio y de entre ellos tenemos los siguientes:<sup>47</sup>

1. La administración directa, aquí la administración proporciona el servicio de agua potable y saneamiento, dentro del régimen legal de la administración, utilizando su propia organización y recursos.

2. El arrendamiento y la administración o gestión interesada, la administración cede a empresas privadas el ejercicio del servicio de carácter económico, con las condiciones que ésta le fije como puede ser la participación en los ingresos de la empresa, como ejemplo tenemos la administración de puentes internacionales.

---

<sup>46</sup> Silva Cimma, Enrique. op. cit. p. 60

<sup>47</sup> Serra Rojas, Andrés. op. cit. p. 127

3. La concesión de servicios públicos, la administración concede o establece un derecho a favor de un particular concesionario para que maneje un servicio a su cargo, por un plazo determinado y bajo condiciones precisas de naturaleza contractual y reglamentaria, para las cuales la empresa obtendrá ventajas económicas que le permitan obtener una remuneración de su inversión, aquí tenemos las concesiones de radio, televisión, teléfonos, en general son todos los servicios de telecomunicaciones, de transportes, así como, actualmente se encuentra la distribución de gas.

4. En la descentralización por servicio, el Estado crea un régimen jurídico apropiado para el servicio público, le asigna una personalidad, un patrimonio propio y un régimen financiero. El servicio se maneja en forma autónoma y el Estado sólo se reserva determinadas facultades, de entre ellas la facultad de fiscalización. Aquí encontramos los servicios que presta Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad.

5. Las empresas de economía mixta, se encuentran constituidas por una persona jurídica pública y privada, los particulares manejan el servicio bajo normas de derecho privado, con la intervención del poder público, para lo cual el Estado se reserva la dirección de las empresas como accionista mayoritario. Dentro de estas empresas tenemos a la Luz y Fuerza del Centro, y a Altos Hornos de México, S.A.

Así, se analizó una de las tantas actividades que puede ejercer la Administración y en la cual el usuario juega un gran papel dentro del servicio público, pues es quien en algún momento determinado podría sufrir afectaciones en sus intereses al momento de prestarse el servicio, ya sea por faltas técnicas de los órganos encargados de prestarlo, incompetencias, negligencias, incumplimientos o fallas en la calidad del servicio y otras cosas más que obligaría que el particular tuviese que enfrentarse a la Administración ante la justicia federal

y eso pueda generarle un costo muy alto y demasiado largo en el proceso jurisdiccional.

Es por ello que pretendo analizar lo que encierra el procedimiento administrativo y el sistema de recursos contra los actos y disposiciones de la Administración que la misma legislación administrativa permite, con la finalidad de hacer una comparación de los efectos que traería implementar la figura del arbitraje en un capítulo propio que estableciera sus reglas, procedimiento y la manera de desarrollarse, ya que, en casos específicos varias legislaciones ya lo permite como una manera alternativa de resolver controversias.

### **3.3. Procedimiento Administrativo**

El ejercicio de las funciones del Estado sólo puede ser realizado por medio de actos en los que se externa su voluntad a través de diferentes órganos. La función legislativa se exterioriza con actos que se concretan en una ley; la función judicial con la actuación de los órganos de este poder, que producen, finalmente, la sentencia; y la función administrativa que se manifiesta con los actos administrativos. La forma de realización de estos actos integra lo que se conoce como procedimiento, pudiendo citar entre éstos a los procedimientos legislativos, judiciales y administrativos.

En este sentido, José Roberto Dormí dice que “El procedimiento es en rigor respecto de la voluntad administrativa, lo que el acueducto al agua, el conducto por el que se transita –en nuestro caso- en términos de Derecho, la actuación administrativa. En el mismo sentido se manifiesta Gabino Fraga cuando dice: “Ese conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo es lo que constituye el procedimiento administrativo.”<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Idem. p. 159

El ejercicio de la función administrativa plantea la exigencia de un equilibrio entre autoridad y libertad, que se traduce en la necesidad de que la actuación de la se apegue a los causes que le fueron determinados en la ley, con los cuales se asegura la libertad.

“...La tutela sustantiva de los derechos subjetivos públicos del Estado (prerrogativas) y de los administrados (garantías), se arbitra formalmente a través de técnicas procesales administrativas y judiciales. En nuestro caso, el procedimiento administrativo, como instrumento jurídico regulador de la relación jurídico-administrativa, en el ámbito procesal o formal, articula la relación “poder-derecho”, “prerrogativas-garantías” haciendo viable su ejercicio y recíproco respeto, para que los derechos se ejerzan y los deberes se cumplan.”<sup>49</sup>

Frecuentemente los conceptos proceso y procedimiento se confunden y se utilizan como sinónimos. Para aclarar su significado y su diferenciación, se debe separar su uso común y su uso jurídico, puesto que en términos generales, el concepto proceso es aplicable a todas las ramas de la actividad, ya que significa “avanzar hacia un fin determinado a través de sucesivos momentos”, por lo que cualquier actividad compuesta de diferentes actos, con unidad en sus propósitos, será un proceso, entre los que se encuentran: los procesos químicos, biológicos, jurídicos, etc. En cambio, cuando nos referimos a la forma de realizar esos actos, estaremos hablando de procedimientos.

En el campo de las funciones del Estado se utilizan diferentes procesos con sus respectivos procedimientos. Cuando un órgano realiza una serie de actos con el fin de producir una ley, se estará frente a un proceso legislativo, dentro del cual existen diferentes fases, como las relativas a las discusiones y votaciones, es decir, procedimiento que integra el proceso legislativo. En materia judicial, el conjunto de actos concatenados para dirimir una controversia, que concluye con la sentencia, es un proceso judicial, que está integrado por diferentes

---

<sup>49</sup> DELGADILLO, Luis Humberto, op. cit. p. 159.

procedimientos: probatorios alegatos, incidentales, etc. Finalmente, en materia administrativa se realizan diferentes actos que consisten en prever, planear, dirigir y controlar, que forman en su conjunto el proceso administrativo, y sus fases de preparación, decisión, etc., integran los procedimientos administrativos.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la confusión ha llevado a identificar el proceso como una connotación eminentemente judicial, al considerarlo como el conjunto de actuaciones que se realizan en sede judicial y que concluyen con una sentencia, a diferencia del procedimiento, que se aplica a todas las materias, como la forma en que las actuaciones se realizan. Por ello se habla de procedimientos judiciales dentro del proceso, y de procedimientos administrativos, en el ejercicio de la función administrativa.

El acto administrativo, en algunos casos, debe sujetarse a un procedimiento determinado. Los problemas del proceso y del procedimiento han preocupado a los teóricos tanto del derecho procesal como del derecho administrativo.

En realidad, proceso y procedimiento vinieron siendo palabras sinónimas en la terminología del derecho. Tiempos recientes señalan la existencia de proceso y procedimiento, como conceptos diferentes desde un punto de vista técnico.

Proceso en general significa un conjunto de actos, acontecimientos, realizaciones del ser, que se suceden a través del tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones que les dan unidad. Podemos hablar en este aspecto de proceso químico, proceso industrial, proceso biológico, etc. Sin embargo aplicado al acto administrativo, debemos pensar si efectivamente el acto administrativo debe realizarse conforme a un proceso o a un procedimiento.

Para nosotros, proceso es el conjunto de actos realizados conforme a determinadas normas, que tienen unidad entre sí y buscan una finalidad, que es la resolución de un conflicto, la restauración de un derecho o resolver una controversia preestablecida mediante una sentencia.

Por procedimiento entendemos un conjunto de actos realizados conforme a ciertas normas para producir un acto. Vemos que la diferencia consiste en que en uno hay unidades se busca como finalidad la solución de un conflicto, y el otro es un conjunto de actos también con cierta unidad y finalidad, pero en realidad no buscan la solución de un conflicto, sino la realización de un determinado acto.<sup>50</sup>

### **3.4. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa**

El aspecto de este contencioso-administrativo está regulado por el Código Fiscal de la Federación y tiene el carácter de ser de plena jurisdicción, esto quiere decir, que es un procedimiento que está estructurado con los principios de un verdadero juicio procesal, y que pretende conseguir el reconocimiento o la reparación de un interés jurídico lesionado por la actuación administrativa; por otro lado, tiene la característica de ser en algunos casos un simple tribunal de anulación, donde sólo se constriñe a declarar la validez o nulidad de la pretensión, en este caso la intervención de la administración se reduce a rendir un informe que le requiere el tribunal.<sup>51</sup>

El Tribunal Fiscal de la Federación, se trata de un tribunal administrativo, ubicado dentro de la esfera del Poder Ejecutivo sin sujeción a las autoridades que integran ese poder, ni de ninguna autoridad administrativa, se creó mediante una ley federal, la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, con la denominación y reconocimiento de un tribunal administrativo dotado de plena

---

<sup>50</sup> Ibidem

<sup>51</sup> Ibidem.

autonomía para emitir fallos y que actúa por delegación de facultades que la ley le otorga.

Este tribunal, en sus inicios tuvo una competencia exclusivamente fiscal o tributaria, en la actualidad, también conoce de multas administrativas por violación de leyes federales, pensiones civiles o militares, sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por la Administración Pública centralizada, sobre responsabilidades resarcitorias provenientes de daños y perjuicios causados a la Hacienda Pública o al patrimonio de las entidades paraestatales. Hay además otras leyes que le otorgan facultades para conocer acerca de diversos actos, como: en materia de responsabilidades administrativas, dentro de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; en materia de fianzas, respecto de las resoluciones definitivas que se dicten en el recurso de revocación que se haga valer en contra de las multas impuestas a quienes infrinjan el régimen de control de cambios, dentro de la Ley Orgánica del Banco de México.

El procedimiento para la tramitación de los juicios ante el Tribunal Fiscal está de acuerdo con los principios de un verdadero juicio, ya que se inicia con la presentación de la demanda de nulidad dentro de los quince días siguientes a aquél en que hay surtido los efectos de la resolución impugnada o en el plazo de cinco años cuando la autoridad fiscal pida la nulidad de una resolución favorable.

De esta manera, la contestación de la demanda deberá producirse dentro del término de quince días y así, la audiencia del juicio se fijará dentro de un plazo no mayor de cuarenta y cinco días, para que las partes expongan los que a su derecho convenga. El Tribunal no tendrá otra función que la de reconocer la legalidad o la de declarar la nulidad de actos o procedimientos, por lo que, fuera de esa órbita la Administración Pública conserva sus facultades propias y los Tribunales Federales, y en concreto la Suprema Corte de Justicia, conserva su competencia para intervenir en todos los juicios en que la Federación sea parte.

Nada más falta añadir que el Tribunal Fiscal de la Federación abrió el camino para el establecimiento de otros tribunales administrativos como el Tribunal Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, el cual está dotado de igual manera, de plena autonomía para dictar sus fallos, es independiente de cualquier autoridad administrativa y tienen a su cargo, dirimir las controversias que se susciten entre el Departamento del Distrito Federal como autoridad local y los particulares.

Lo que es interesante señalar, es que la ley que regula el procedimiento de dicho tribunal, previene que cuando las leyes o reglamentos establezcan algún recurso o medio de defensa, será optativo para el particular agotarlo o desistir del que haya intentado, y así poder acudir al Tribunal, excepto en materia fiscal en la que sí deberá agotarse los recursos antes de iniciar un juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación. Recordemos que en la parte en la que expuse el tema de los recursos administrativos, mencioné que un tercer elemento que caracteriza al recurso administrativo, es que la ley debe prever la existencia de esta vía como control para la solución de controversias entre los particulares y la administración, y para lo cual la existencia y tramitación de cualquier medio de defensa, está sujeta a que la norma legal de la materia autorice su uso.

Es por eso, que al continuar con nuestro estudio del arbitraje en el derecho administrativo, es indispensable que se tome en cuenta, que en la justicia administrativa, se debe seguir el principio de lo que la ley en la materia prevea para la defensa del particular, y por tanto, si la norma legal, regula en su contenido la utilización del arbitraje como medio de solución de controversias, será permitida su aplicación, aun cuando muchos doctrinarios establezcan su rotunda oposición. Para ello tenemos un claro ejemplo en la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Públicos, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, la propia Ley Federal de Protección al Consumidor, por citar sólo algunas.

El actual sentir de los legisladores de varios países principalmente latinoamericanos es admitir el arbitraje en los conflictos con la Administración, aunque todavía hay una tradición normativa local arraigada contraria al arbitraje en cuestiones administrativas. La utilización de otros medios alternativos de solución, además de los recursos que contempla la justicia administrativa puede asegurar la efectiva, rápida y la más conveniente respuesta a los conflictos que se susciten, y de esta manera sea un camino que contribuya a la inversión en muchos sectores de la Administración que tanta falta le hace para el buen funcionamiento y prestación del servicio público, además de que mejoraría la relación entre el administrativo y la Administración. En este sentido frente a la lentitud de un procedimiento contencioso-administrativo, es que adquieren especial trascendencia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca, el arbitraje de Derecho Administrativo.

### **3.5. Arbitraje como Medio Alternativo de Solución de Controversias en algunas Actividades de la Administración Pública.**

El arbitraje en sus orígenes era una institución reservada para la solución de conflictos entre particulares, pero día con día se ha visto la necesidad de que esta institución sirva también para la solución de conflictos entre particulares y el Estado, o bien, entre Instituciones Estatales entre sí. La tendencia de diversos países desarrollados industrialmente, buscan que se reconozca a las personas morales de derecho público la posibilidad de estipular cláusulas compromisorias para arreglar toda diferencia que pudiera nacer de una relación jurídica determinada y sobre la cual se pueda transigir. De hecho históricamente el arbitraje en el sector público ha sido tomado con recelo, lo que hace difícil que se hable de una regulación establecida, aun cuando si se ha planteado diversos proyectos de reforma con la finalidad de que se tenga regulado el procedimiento arbitral sobre todo para las cuestiones de contratos administrativos.

Tomando en consideración la regulación del derecho español, precisamente la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece claramente la posibilidad de recurrir a otros procedimientos entre ellos al arbitraje, con la finalidad de canalizar por esa nueva vía ciertos tipos de conflictos que incumben a la Administración Pública. Por eso, el autor español Juan Manuel Trayter define al arbitraje de Derecho Administrativo, como “aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo una de las partes es una Administración Pública, y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que pueden surgir en materia de su libre disposición a varios árbitros.”<sup>52</sup>

Por otro lado, tenemos a un autor venezolano, Fraga Pittaluga, que se ha interesado por el estudio en la materia, que nos define al arbitraje administrativo como:

“... aquel mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas en la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes.”<sup>53</sup>

### **Ámbito de aplicación o arbitrabilidad de la materia administrativa.**

Resulta difícil establecer un criterio doctrinal uniforme en torno a lo que debe o no ser considerado materia arbitrable en las actividades del Estado y demás entes públicos, ya que la Administración es titular de competencias públicas irrenunciables, imprescriptibles e indelegables, de origen y contenido

---

<sup>52</sup> Trayter, Juan Manuel. “El arbitraje de derecho Administrativo”, Revista de Administración Pública, Centro de Estudio Constitucional, Madrid, núm. 143, mayo-agosto de 1997. p. 78

<sup>53</sup> Fraga Pittaluga, Luis. El Arbitraje en el Derecho Administrativo, Edit. Torino, Caracas, 2000, p. 89

fijado por ley o por reglamento, es así que la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus funciones públicas en virtud de un pacto que lo obligue a abandonar el criterio sobre legalidad y la titularidad sobre determinadas potestades conferidas exclusivamente para el ejercicio de la función administrativa, encaminadas al desarrollo del interés público.

Ahora bien, no hacemos la siguiente pregunta sobre ¿qué materias, cuestiones o controversias puede versar el arbitraje en derecho administrativo? El legislador español no es muy claro al respecto, sólo menciona que debe tratarse en los supuestos o ámbitos determinados y cuando la especificidad de la materia lo justifique.

Al no ser muy específico en su propósito, deja un término tan ambiguo que cada legislación podría considerar como materia arbitrable algo que en realidad traería serias consecuencias, y que las partes podrían invocar la nulidad de laudo arbitral, o el Tribunal Arbitral bien podría no llegar a la solución del laudo, por considerarlo materia inarbitrable, por tal motivo considero que es un tema muy discutible y muy importante de definir.

Es así, que se ha visto en forma rigurosa que algunas leyes nacionales especiales en materia administrativa, como expropiaciones, contratos administrativos y protección al consumidor, admiten expresamente la facultad de que en materia de su contenido pueda decirse alguna cuestión de por medio de arbitraje, pero todavía dentro de ese rango de materias no está muy claro cuál es el límite; algunos autores aceptan que puede ser objeto de arbitraje en el sector público sólo aquello simultáneamente que es de índole patrimonial y objeto de regulación por el derecho civil, mercantil o laboral, y sobre todo no podrán ser objeto de compromiso arbitral, asuntos privados de la Administración de tipo patrimonial y mucho menos cuando conciernen al ejercicio de una competencia de ésta. De esta manera, se establece doctrinalmente que algunas potestades concretas de la Administración como la sancionadora, de anulación de actos o de

organización, de forma aislada no pueden ser objeto de arbitraje, pero cuestiones derivadas de aquellas competencias, como el derecho de indemnización de una expropiación, del incumplimiento de un contrato, de los daños y perjuicios derivados de un acto que haya causado consecuencias al administrado, si podrán ser objeto de arbitraje, siempre y cuando las partes estén de acuerdo y que no interfiera con las potestades de imperio.

En síntesis lo único que ha quedado excluido de la posibilidad de un arbitraje en el sector público son las relaciones extracontractuales o de la actividad administrativa que se funda en el ejercicio de la autoridad e imperio del Estado, incluidas el ejercicio de las facultades discrecionales y las funciones policiales. De ello resaltamos, que ni es susceptible de someterse a arbitraje la potestad constitucional y legal conferida al Estado y sus instituciones de realizar expropiaciones por causa de utilidad, ya que es una potestad de imperio, es parte de la soberanía delegada al Estado; pero si será susceptible la determinación o cuantificación patrimonial de la indemnización una vez acordada la expropiación. Igualmente se considerará arbitrable, el reclamo de daños y perjuicios de cuestiones patrimoniales derivadas de una actuación indebida o una omisión e incluso por los servicios públicos prestados por la Administración; aquí la sumisión arbitral se debería limitar a la determinación de la extensión del daño. En materia de impuestos, sabemos que es inarbitrable, pero porque no pensar que la determinación de un tributo, el monto de su reclamo o la inexistencia de la causa que lo genera, pudiese ser susceptible de arbitraje.

Doctrinarios venezolanos como Giannini o Clavero Arévalo, consideran que el interés público es otro límite para la aplicación de medios alternativos, bajo el supuesto de que la Administración es sujeto idóneo para garantizar con su actuación que se satisfagan las necesidades colectivas.

A pesar de que puede haber muchos obstáculos para la procedencia de los medios alternativos de resolución de controversia, el autor venezolano, Fraga

Pittaluga, uno de los pocos autores que defienden la procedencia de dichos medios, considera que en la actualidad, ante la crisis del sistema judicial que sin duda lesiona el interés público, los medios alternativos como el arbitraje, se erigen como medios dirigidos a la satisfacción de este interés, aunado a que el sentir de los miembros de la sociedad es que se cuente con procesos de resolución de conflictos que agilicen la justicia y ésta sea efectiva. De esta manera, si determinadas leyes especiales en el ámbito del actuar administrativo consideran que pueden ser resueltos por medios alternativos, que sustituyan la voluntad unilateral de la Administración, no puede invocarse la existencia del interés público para negar tal posibilidad de respuesta a los conflictos, debido a que estos medios alternos, contrariamente de lo que se piensa, serán el instrumento idóneo para la satisfacción del interés público.

Así, el uso del arbitraje, será posible en todo aquellos casos en que la aplicación de acuerdos concertados de solución de conflictos entre la administración y los particulares no supongan una lesión o afectación del interés público.

A continuación enunciaré algunas materias que Juan Manuel Trayter, incluye dentro de materias arbitrales en el derecho administrativo.<sup>54</sup>

- a) Contratos administrativos típicos: obra públicas y servicios y suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, y los celebrados con personas físicas para la realización de trabajos no habituales.
- b) Contratos administrativos atípicos: aquellos de objeto distinto al anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro de la Administración contratante, pro satisfacer una finalidad pública.
- c) Contratos privados de la Administración: son lo que lleva a cabo la Administración, en este sentido son todos los contratos de compraventa

---

<sup>54</sup> Trayter, Juan Manuel, op. cit. p. 96-97

de bienes inmuebles y muebles, arrendamiento, permuta, donación,. Dichos contratos, en cuanto a su preparación y adjudicación, se registrarán por las normas de Derecho Administrativo y respecto a los efectos y extinción, se someterán al derecho civil.

- d) Convenios entre Administraciones Públicas: estos convenios versan sobre diversos temas como deporte, vivienda, medio ambiente y consumo y son los celebrados entre la Administración Local y el Estado, como convenios de colaboración.

De esta manera, concluimos que en todos aquellos ámbitos que la ley no prohíba expresamente, la Administración podrá poner fin a sus controversias con los particulares, mediante el uso de mecanismos de solución de controversias, como el arbitraje.

Lo que se necesitaría es que se desarrollen reforma a leyes administrativas que establezcan las materias arbitrables o parámetros de lo que puede ser arbitrable, así como el procedimiento arbitral a seguir; ya que como mencionamos anteriormente, puede ser utilizable como materia arbitrable y por ello en la práctica dificulta su aplicación. La efectiva puesta en marcha, lograría en muy buena parte la solución de los agobios que padece la justicia.

### **3.6. Características del Arbitraje Administrativo.**

Después de exponer las definiciones, se puede desprender que este arbitraje tiene ciertas características que lo distinguen del concepto comercial y las cuales se pueden resumir en las siguientes:

- a) En el arbitraje administrativo una de las partes es una persona jurídica pública que tiene como fin la satisfacción de las necesidades del interés colectivo, para lo cual Fraga Pittaluga, menciona que la ley que regule

estos casos de arbitraje, deberá señalar ciertos privilegios a favor del ente público, los cuales no podrán suponer una carga para la parte privada, sino sólo los estrictamente indispensables para que en ningún caso se lesione el interés general.

- b) La disponibilidad sobre el objeto litigioso, es decir, se refiere a las materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho. Sabemos con respecto a este punto, que la mayoría de las materias involucradas en la actividad administrativa son indispensables, y no ha habido hasta la fecha legislación que adopte una posición suficientemente clara, para saber que si y que no es materia arbitraje, sólo comentamos que, de existir una ley que regule el arbitraje administrativo deberá determinar la extensión y alcance del poder de disposición del ente administrativo en cada caso.
- c) La naturaleza jurídico-pública de la Administración Pública que intervenga en el arbitraje, aunada al principio de legalidad que informa a la actividad administrativa, exige que el arbitraje que vaya a ser aplicado sea institucional o de estricto derecho y no de equidad, ya que la administración no puede ser juzgada sino conforme a la ley. De manera tal que el arbitraje institucional sería el más apropiado para asumir su tramitación del arbitraje administrativo, debido al prestigio de las instituciones arbitrales y la posibilidad de escoger a los árbitros.

Antes de pasar el tema siguiente me gustaría comentar que resultan diversos los supuestos en lo que puede caer el arbitraje administrativo y sólo por mencionar algunos tenemos: 1) que el arbitraje bien puede ser utilizado entre los particulares, entendiéndose éstos como usuarios, proveedores de bienes y servicios con los cuales se realizan contratos, dentro del cual no habría ningún problema en que se llevara a cabo, partiendo de que en el arbitraje opera el principio de la autonomía de la voluntad y muchos de los servicios en conflicto podrían caer en el supuesto de ser de tipo comercial o mercantil más que administrativo, como sería el caso de las empresas de telecomunicaciones con los

usuarios del servicio; 2) los arbitraje dispuestos por el Estado reservándose el rol de árbitro, el cual caería en muchas cuestiones de controversia y de rechazo, principalmente porque rompería con el principio básico de la imparcialidad y por tanto se estaría violentado la regla de no poder ser juez y parte al mismo tiempo, dicho supuesto es el menos aceptado pro los doctrinarios; 3) cuestiones de arbitraje internacional, debido a que se trata de un inversionista extranjero y los tratado tienden a dar protección a las inversiones extranjeras mediante los principios de trato justo y equitativo, no discriminatorio, ni arbitrario y con entera protección y seguridad. Debido a ello prevén el establecimiento de un Tribunal Arbitral ante quien se someterá el conflicto a su decisión; supuesto que en la actualidad se da mucho, por los efectos que produce el arbitraje de poner fin a la controversia surgida ente el Estado y el inversionista extranjero sustrayendo a los órganos del poder judicial de su conocimiento y decisión, otorgándose una justicia rápida y efectiva.

Ante la diversidad de supuestos por los cuales se puede recurrir al arbitraje cabe mencionar que no es una tarea fácil delimitar la aplicación de los modos alternativos de solución de controversias, por lo que expondré algunos criterios que he tomado de diversos autores en su conjunto españoles y latinoamericanos, que se han interesado en el estudio de este tema, en el cual todavía encontramos mucha incredulidad y renuencia a su aplicación en la actividad administrativa.

## **CAPÍTULO IV**

### **REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN DIFERENTES ÁMBITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El capítulo anterior fue dedicado al estudio de la Administración Pública para conocer acerca de la actividad que realiza ésta, encaminada a atender la colectividad en general, y así lograr entender el ámbito en el que se desenvuelve. También, se desarrolló los distintos tipos de mecanismos que la legislación administrativa le proporciona al administrado para la defensa de sus intereses. Del mismo modo, se expuso la opinión de ciertos autores, en su mayoría latinoamericanos, acerca de la posibilidad de que se utilice el arbitraje en el ámbito administrativo como un mecanismo que ayude a desahogar los problemas de una justicia administrativa lenta y saturada, entendiéndose que a través de este mecanismo se administraría una justicia más especializada, cosa que en la vía judicial es difícil que ocurra con más frecuencia por el alto índice de asuntos que se llevan a tribunales.

Es por eso que en el siguiente capítulo expondré la regulación que se ha tenido acerca del arbitraje en el derecho administrativo, considerando que ha sido una institución que poco ha sido regulada y comentada por la renuencia que se tiene de introducir esta figura del arbitraje a ciertas áreas estrictamente reguladas en un ámbito jurídico rígido conocido por los doctrinarios juristas y litigantes del ámbito administrativo.

#### **4.1. Regulación en otros Países**

En Panamá, el Código Judicial establecía en el artículo 1413, "que las instituciones autónomas del Estado podrán someter sus diferencias con los particulares siempre que la controversia surja con motivo de un acto jurídico en que la institución del Estado actúe como persona de derecho privado", norma que ha sido reproducida y ampliada en la nueva Ley de Arbitraje de 1999.

En Argentina al igual que otros países latinoamericanos, las jurisdicciones locales se han pronunciado en el pasado con desagrado frente a los pronunciamientos arbitrales, ya que ven a éstos como un gran desafío a la propia jurisdicción, además de que atentan con los requisitos formales de lo que a su juicio constituyen un pronunciamiento jurisdiccional válido y hasta consideran que los laudos arbitrales son irracionales. No obstante, ante esta situación de rehúso al arbitraje por parte de los tribunales federales, se acepta el procedimiento en las cuestiones en que la administración es parte, pero con ciertas limitaciones; sólo se permite en cuestiones que no implican el ejercicio de una facultad de imperio. De hecho, admiten el arbitraje en los contratos de concesión tal y como lo señala el autor argentino Rafael Bielsa: "resulta válida la cláusula compromisoria del contrato de concesión siempre y cuando no implique una renuncia anticipada del Estado a sus facultades como poder público, y a sus actos de policía, facultades impositivas o de contralador."<sup>55</sup>

El panorama se orienta a apoyar la función de un tribunal arbitral permitiendo al Estado y sus instituciones acudir con mayor frecuencia al procedimiento arbitral aunque limitado al ámbito extranjero, aceptando incluso el reconocimiento de laudos extranjeros en contra del Estado, bajo el argumento de que no existe prohibición alguna cuando se trate de un arbitraje internacional siempre que el Estado actúe bajo la gestión privada. En la práctica todavía no se daba con mucha frecuencia, ya que no es fácil pasar de un sistema jurisdiccional garante de la seguridad jurídica mediante tribunales judiciales, a nuevas formas de solucionar conflictos entre las partes y más si estamos frente a la Administración Pública. En este contexto, el Estado argentino ha intensificado el arbitraje internacional que está plasmado en los tratados internacionales y que prevén que éste sea una protección para los inversionistas extranjeros, con el Estado, pero todavía hay mucho camino por recorrer y por regular.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Bielsa, Rafael. Principios de derecho administrativo, 3ª

A nivel internacional existe el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington, que admite la jurisdicción arbitral internacional pero deja a los Estados partes la posibilidad de exigir el previo agotamiento de los procedimientos administrativos o judiciales del derecho interno. El CIADI, creado en 1965 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, empezó a cobrar importancia en la última década por el número de tratados bilaterales que someten a él la resolución de conflictos en materia de inversión. Este convenio fue establecido por iniciativa del Banco Mundial como una forma de fomentar las inversiones de países industrializados en los países en desarrollo. Argentina es el país más demandado en estos tribunales.

En Colombia, por Decreto de Estatuto de Contratación Administrativa, en su artículo 76, se autorizó a la Nación y a las entidades descentralizadas para incluir cláusulas arbitrales en los contratos que celebren, a fin de someter la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten; de igual manera, en el Código Contencioso Administrativo, permitió la terminación de un proceso contencioso mediante transacción o arbitraje.

En Costa Rica, la Corte Suprema, con base a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ha considerado y admitido que el Estado, sus instituciones públicas o empresas privadas cuyo capital pertenezca al Estado, pueden someter a un procedimiento arbitral aun en el extranjero.

Es así, como en diversos países latinoamericanos, han aceptado recurrir al arbitraje en donde el Estado resuelva sus conflictos con los particulares. Hay una mejor aceptación en el ámbito internacional dentro de los arbitrajes que se lleguen a suscitar con el Estado y los nacionales de otros Estado, debido a la dinámica que se mueve en el mundo con la ratificación de los tratados que en la mayoría,

---

<sup>56</sup> Argentina, "el arbitraje administrativo nacional" <http://www.gordillo.com>.

otorgan al inversionista esta protección de acudir al tribunal arbitral para la defensa de sus intereses en contra del Estado donde está invirtiendo gran parte de su capital; pero no olvidemos que todavía hay una gran tradición local muy arraigada contraria al arbitraje, de hecho tenemos el caso de Honduras, donde en disposiciones generales del presupuesto, contienen la prohibición en el sentido de que el Estado hondureño no debe resolver sus conflictos mediante arbitraje.

#### **4.1.1. España**

Es un ejemplo manifiesto y el parteaguas de la necesidad de permitir a la Administración el celebrar con los particulares acuerdos que sustituyan sus decisiones unilaterales con el fin de culminar determinados conflictos, y por ello los legisladores crearon la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC), que en sus artículos 88 y 107.2 consagra la posibilidad de que las Administraciones celebren acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas de derecho público o privado con el objeto de poner fin a un procedimiento administrativo. Estos acuerdos o convenios serán válidos en la medida que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, que no versen sobre materias no susceptibles de transacción y que tengan por objeto satisfacer el interés público. De manera tal, que el legislador ha estimado que los medios alternos de solución de controversias constituyen un instrumento idóneo para la satisfacción del interés público. Por otro lado, dicha norma advierte que en ningún momento los acuerdos que se suscriban entre las partes no comportan una alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan las autoridades relativas al funcionamiento de los servicios públicos, de ahí que se tenga mucho cuidado sobre que materias versará el arbitraje.

Es así, que el artículo 88 permite la terminación convencional por medio de un mecanismo alternativo al procedimiento administrativo y establece lo siguiente:

"... las administraciones públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto derecho público como privado, y en la fase final del procedimiento mediante la sustitución del recurso ordinario por otros procedimientos como la conciliación y el arbitraje..."

Por su parte, el artículo 107.2 regula la posibilidad de recurrir a los procedimientos alternativos, en los supuestos en los que ya existe un acto administrativo, así prevé que:

"... las leyes podrán sustituir el recurso ordinario en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.<sup>57</sup>

De esta forma, la legislación española, admite en forma definitiva la instauración de procedimientos alternativos como una forma de canalizar y dirimir los litigios entre la Administración y los administrados que ofrecen la ventaja de la celeridad y eficacia en la decisión y que aliviarían a los Tribunales contencioso-administrativos de la carga de tener que resolver el cúmulo de acciones que ordinariamente se interponen ante ellos.

De igual manera, la resolución que pueda dictarse en estos procedimientos alternativos, tendrá en todo caso idéntico valor y efectos que la de los recursos

---

<sup>57</sup> España, Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, No. BO 012/1999, de 26 de noviembre de 1999.

ordinarios a los que sustituyen y, pongan fin a la vía administrativa dejando las reglas aplicables de toda ejecución de sentencia.<sup>58</sup>

Una de las cosas que destaca el artículo 107.2 de la LRJPAC, es la particularidad de requerir una norma secundaria que regule el desarrollo de estos medios alternativos, y de esta manera se pueda sustituir sectorialmente, es decir por materia, el recurso ordinario por el sistema de arbitraje. Juan Manuel Trayter, piensa que de este artículo se desprende la posibilidad de habilitar al legislador para que cree una ley en sentido formal que tutela el desarrollo del arbitraje administrativo, y que por tanto regule el procedimiento arbitral, para que así en materias sectoriales se someten ciertas cuestiones al arbitraje.<sup>59</sup> Así, abre la puerta para que los legisladores se pongan a trabajar en la creación de una ley de arbitraje administrativo y el Estado ponga en práctica dicha alternativa para los usuarios o consumidores de los servicios públicos, y a su vez convenzan a las jurisdicciones locales de ejecución o revisión de que la función de un tribunal arbitral es no sólo llegar a laudos de forma rápida y específica, imparcial e independiente, sino que también sean resoluciones realmente sólidas.

Para seguir con nuestro estudio de la regulación del arbitraje administrativo que se ha venido dando en diversos países principalmente latinoamericanos en los últimos años, expondré un breve vistazo del estado de la situación del arbitraje en el ámbito administrativo del derecho latinoamericano, el cual nos presenta una posibilidad de que el Estado y sus instituciones puedan someterse más comúnmente a procedimientos arbitrales.

---

<sup>58</sup> Cfr. García de Enterría y tomas Ramón Fernández. Curso de Derecho administrativo II, 8ª ed.. Civitas Ediciones, Madrid, 2002. pp. 546-547.

<sup>59</sup> Trayter, Juan Manuel. "El Arbitraje de derecho administrativo". Revista de Administración Pública. Centro de Estudio Constitucional, Madrid, núm 143, mayo-agosto de 1997, pp. 90-93

#### **4.1.2 Estados Unidos**

Ahora bien, en Estado Unidos por su parte se aprobó la *Administrative Dispute Resolution Act, 101-552st* del 15 de noviembre de 1990, que autoriza a las agencias federales a usar la mediación, la conciliación, y arbitraje y otras técnicas para la rápida resolución de conflictos. La cláusula arbitral debe estar acordada por las partes; se permite en diversas materias, salvo las que se refieren a competencias federales exclusivas de los Estados. Se hace una lista de materias arbitrales en las que incluyen la concesión y revocación de licencias y contratos administrativos, conflicto sobre recursos naturales, ambientales o de contaminación. La normativa establece la exigencia de árbitros neutrales y especializados, la condición de que sea funcionario público no excluye la posibilidad de que sea árbitro, pero en principio se prefiere una lista oficial contenida en una agencia administrativa. Esto no excluye a los centros privados para la elección de los árbitros.

#### **4.2. Los Contratos Administrativos**

La función administrativa es una manifestación del Poder del Estado que se realiza a través del Ejecutivo, por lo que su autoridad tendiente a la satisfacción del interés público, se impone al interés particular, en los términos y con las limitaciones que el Legislativo establece en las leyes.

Pero la consecución de los fines del Estado no realizarse exclusivamente a través de la actuación de la administración pública como autoridad, ejecutando actos administrativos, por su naturaleza unilaterales y ejecutivos, sobre todo si no se limita, como en el Estado Gendarme, a la realización de actividades de control, ya que al ampliar su campo de acción incursiona en diversas actividades que lo llevan a solicitar la participación (voluntaria) de los particulares.

Así es como llegamos al momento en que el Estado, a través de la Administración Pública, realiza convenios con los particulares, para que a través de la manifestación de la voluntad de ambos, se generen derechos y obligaciones. En estas circunstancias tienen su origen los contratos de la administración.

Esta modificación en la actuación de la autoridad administrativa, de unilateral a bilateral, ha dado lugar a una gran variedad de opiniones doctrinales, desde aquellas que niegan su existencia porque en el contrato debe prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad, y si una parte es autoridad e impone las condiciones para la contratación, se desvirtúa la naturaleza del contrato, hasta otras que aceptan plenamente la existencia de los contratos administrativos.

La realidad es que el Estado necesita bienes y servicios, los cuales no sería posible producir por sí mismo, ni allegarse por vía autoritaria al obligar a los particulares a que le aporten todos los bienes y servicios que necesite, desvirtuando así el Estado Social de Derecho en que vivimos, es por ello que tiene que celebrar contratos para su obtención.

El problema se presenta cuando se pretende aplicar el Derecho privado a este tipo de contratos toda vez que los principios fundamentales de esta rama del Derecho, autonomía de la voluntad e igualdad de intereses, se desvirtúan porque una de las partes, como autoridad, no puede quedar sometida plenamente a la legislación común, además de que su voluntad queda vinculada al mandato legal y los intereses que representa cada una de las partes es diferente, uno público y otro privado.<sup>60</sup>

La necesidad de contratación, por parte del Estado, ha originado una serie de adaptaciones a la legislación común, y ha creado una regulación especial en la cual ha introducido cláusulas exorbitantes al Derecho Privado en favor de la

administración, dotando de facultades especiales a los tribunales administrativos para que puedan resolver las controversias que al respecto se generen.

Sin embargo es conveniente señalar que la actividad contractual de la administración se realiza de diversas formas, por el tipo de contratos y el tipo de sujetos con quienes los realiza.

Los contratos pueden realizarse entre dependencias y entidades de la propia administración, en cuyo caso los sujetos se encuentran colocados en el mismo nivel y representan intereses públicos, y entre un órgano de la administración y un particular, cuyas características son diferentes.

Cuando el contrato se celebra entre órganos de la propia administración, ambos sujetos se encuentran en igualdad de condiciones y ligados a las disposiciones de Derecho Público que regulan su actuación, por lo que su existencia no presenta problema.

La formación de los contratos administrativos por medio de una combinación de voluntades (la del particular y la de la administración pública), para crear o transferir derechos y obligaciones, puede realizarse de dos formas:

1) Una, de la misma manera en que lo hacen los particulares, en la que ambas partes se colocan en igualdad jurídica y bajo un régimen de derecho privado;

2) La otra, cuando la administración pública no se coloca en igualdad jurídica con su contratante, sino en un plano de exceso ordenación y sujeta a un régimen de derecho público.

---

<sup>60</sup> DELGADILLO, Luis Humberto. ELEMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Segundo Curso.

De esta última forma se determinan para la administración pública una serie de poderes, relacionados con el acto contractual respectivo,<sup>61</sup> para:

a) Adaptarlo a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del cocontratante (modificación unilateral y mutabilidad del contrato);

b) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución y sustitución del cocontratante); y

c) Dejarlo sin efectos unilateralmente en caso de incumplimiento cuando las necesidades lo exijan (rescisión contractual).

Estas facultades otorgadas a la administración pública se le conocen como cláusulas exorbitantes del derecho común.

El contrato administrativo se caracteriza por contener cláusulas exorbitantes en virtud de las cuales, la igualdad de las partes queda desvirtuada, ya que por ley se establece la preponderancia de la administración, en particular respecto de la interpretación, modificación y rescisión de los contratos, además de que en muchos casos el particular no está en condiciones de discutir el contenido de la mayoría de las cláusulas que por ley deben contener los contratos.<sup>62</sup>

A la primera forma contractual se le denomina “contratos de la administración pública” y los segundos “contratos administrativos”.

---

Editorial Limusa, México, D. F., 2001, p. 193.

<sup>61</sup> DROMI, José Roberto. LAS INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 2ª Reimpresión. Buenos Aires. Argentina, Editorial Astrea del Alfredo y Ricardo Desalma, 1990 p. 381.

<sup>62</sup> DELGADILLO, Luis Humberto. Op. Cit. p. 199.

Los contratos administrativos son aquellos que celebra la administración pública de acuerdo a las normas de Derecho Público que establecen las bases y efectos de su realización, con formas predeterminadas y con características particulares en cuanto a su celebración, interpretación, ejecución y extinción.

Por último, un órgano estatal adquiere el carácter de autoridad cuando desempeña relaciones de una sobre-subordinación en ejercicio de sus funciones de *imperum*, realizando actos de autoridad decisorios o ejecutivos que reúnen tres aspectos esenciales:

1. La unilateralidad, es decir, la voluntad gubernativa va sin el concurso de la voluntad del particular frente a quien se ejercita, para la existencia y eficacia jurídica del acto;

2. La imperatividad, por medio de la cual, la voluntad del particular se encuentra supeditada a la del soberano, externada por medio del acto, teniendo el gobernado que acatarla;

3. La coercitividad, característica que consiste en que el acto de la autoridad se hace respetar y ejecutar de manera coactiva, incluso en contra de la voluntad del gobernado, por distintos medios.

Las relaciones surgidas de los contratos administrativos son de coordinación, no de una sobre-subordinación sin ser en consecuencia actos de autoridad.

Gabino Fraga, Rafael Bilesa, Waline, doctrinarios del derecho administrativo, consideran que los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la Administración Pública, por lo general con un particular, con un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública, sometidos al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado. Respecto a esta definición, el

contrato administrativo no sólo se celebra entre la Administración Pública y los particulares, sino también puede ser entre dos órganos de la Administración, en ejercicio de sus funciones administrativas para satisfacer finalidades públicas, en tal caso se llamarían contratados interadministrativos.<sup>63</sup>

A diferencia del contrato de derecho privado cuyas controversias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo, es decir al Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa quien conoce de los juicios que se promuevan sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública.<sup>64</sup> Para efecto de nuestro tema, sería oportuno recalcar que la LAASSP y la LOPSRM, señalan la posibilidad de incluir una cláusula arbitral para que se dirimen las controversias por medio de arbitraje como mencioné en el apartado anterior.

El contrato administrativo debido a sus características que guarda en relación a los demás contratos del derecho privado, debe sujetarse a un régimen jurídico determinado con precisión, como lo establece la LAASSP y la LOPSRM, relativas a la adquisición y arrendamiento de bienes muebles, obra pública y presentación de servicios de diversa naturaleza que celebren las diversas entidades y dependencias de la Administración Pública. La ejecución de los contratos no debe interrumpirse a efecto de que puedan alcanzar oportunamente su finalidad, por lo que necesita contar con el derecho de exigir en todo momento la continuidad de su ejecución, y que el interés público impone que el cocontrante particular esté obligado a esa continuada presentación, se deben prever los posibles perjuicios y mecanismos correctivos de una modificación de las

---

<sup>63</sup> Enciclopedia Jurídica Mexicana, tomo III, Porrúa, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 78

<sup>64</sup> Ibidem, p. 783

condiciones del contrato y mantener el equilibrio financiero a efecto de que las partes no resulten perjudicadas.<sup>65</sup>

Una de las cláusulas que puede pactarse en dichos contratos es en referencia al riesgo imprevisible, particularmente en los contratos de obras públicas y de suministro, con la finalidad de que si sobreviniesen hechos extraordinarios que alteren las circunstancias de la relación obligacional por causas imprevisibles, el contratante en cumplimiento de la obligación contraída, tendría el derecho a exigir que la administración le cubriera total o parcialmente los aumentos producidos, conforme a los principios de equidad, punto que bien podría ser arbitrable en caso de que la administración se negare a cumplir el pago.<sup>66</sup>

En resumen, sólo haré nota de los elementos esenciales del contrato administrativo, los cuales consisten en que: (1) siempre tiene como una de las partes a la Administración Pública en cumplimiento de una función administrativa, (2) se requiere de la voluntad de las partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y el contrato mismo, (3) el objeto es el interés general que puede estar representado por la prestación de un servicio público, (4) la causa y la finalidad son implícitos del objeto, y por último, aun cuando no es considerado como elemento esencial, lo mencionaré como un requisito procedimental de origen exigible en muchos contratos, (5) el procedimiento que siga la autoridad administrativa para concretar con los particulares un contrato administrativo, estoy hablando de la licitación.

#### **A) Contrato de obra pública.**

Es un contrato administrativo que celebra la Administración Pública para la realización de una obra pública, Manuel María Díez define al contrato como "aquel mediante el cual, una empresa, se encarga, en relación con el Estado, de construir demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueran establecidas

---

<sup>65</sup> Ibidem, pp. 785,786

mediante el pago de un precio".<sup>67</sup> Para los efectos de la LOPSRM, el artículo 3° señala que es el contrato administrativo que tiene por objeto una obra pública y que consiste en la construcción, remodelación, ampliación, adecuación, restauración, conservación, mantenimiento, modificación, demolición de un inmueble o bien, los servicios relacionados.

Cabe señalar que el contrato deriva de su naturaleza administrativa por determinación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública se adjudicará a través de licitaciones públicas, a fin de que el Estado asegure las mejores condiciones disponibles en precio, cantidad, financiamiento, oportunidad para llevar a cabo la obra o el servicio.

Dentro de la clasificación contractual, es administrativo, bilateral, a título oneroso, formal, conmutativo, principal, de ejecución continua, nominado, de adhesión, intuitu personae.

Los elementos del contrato consisten en: la Administración y un particular o dos órganos públicos, el acuerdo de voluntades para la realización de una obra material sobre bienes inmuebles, el objeto que es el interés colectivo, y la causa y la finalidad son implícitos del objeto.

Otro elemento del contrato es el precio que recibe al realizador de la obra material de la Administración, la ley establece que puede ser a precio unitario, determina el precio del contrato de acuerdo a precios por unidad de medida asignados en los diferentes conceptos de trabajos de la obra; otro puede ser a precio alzado, el cual representa el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista por la obra totalmente terminada y ejecutada en el

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 790

<sup>67</sup> Nava Negrete, Alfonso. "Contrato de obra pública", Diccionario Jurídico Mexicano. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo III. UNAM, México. 1983, p. 302

plazo convenido; o bien mixto, cuando contenga una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios o a precio alzado.

Recordemos que estos contratos están sujetos a condiciones o requisitos previos que fija la ley administrativa para su posible celebración, su contenido y su ejecución.

## **B) Contrato de adquisición de bienes muebles.**

Es un contrato administrativo, donde una de las partes es la Administración Pública o alguna de sus personas de derecho público, actuando en ejercicio de una función administrativa con una finalidad de interés público. Es aquel, en cuya virtud un proveedor se obliga a transferir la propiedad de uno o varios bienes muebles a la Administración, para el logro de sus fines, quien a su vez se obliga a pagar una remuneración de dinero.<sup>68</sup>

La clasificación contractual consiste en ser un contrato administrativo, bilateral, oneroso, formal, principal e *intuitu personae*.

El contrato de adquisición de bienes muebles celebrado por la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa, puede prever entregas fraccionadas y por tanto no estar determinada con precisión la cantidad exacta de bienes por adquirir sino sólo se establece una cantidad mínima y otra máxima. También se puede señalar un presupuesto mínimo y otro máximo para ejercer la adquisición, asemejándose a un contrato de suministro en el cual se prevé el pago de las entregas parciales, bien sea por cada una de ellas o por la realización en un período determinado.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo de los Contratos, Edit. Porrúa, México, 2000, p. 303

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 308-310

En este tipo de contratos el proveedor será el encargado de entregar el servicio, quien deberá garantizar el total de cada anticipo que en su caso, reciba, así como el cumplimiento del contrato.

Del mismo modo que en el contrato de obras públicas, sólo se podrá licitar, adjudicar o contratar cuando se cuente con la autorización global o específica, del presupuesto de inversión y de gasto.

Esto fue un resumen de manera rápida de dos de los contratos administrativos, instrumentos en los cuales puede establecerse una cláusula arbitral, estableciéndose que de acuerdo con la voluntad de las partes, deciden someter sus controversias futuras al arbitraje.

### **4.3. Regulación del Arbitraje en la Contratación Pública**

#### **A) Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público.**

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada el 4 de enero de 2000 en el Diario Oficial de la Federación, tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza que realice la Administración Pública.

En relación con el arbitraje, esta ley contiene un artículo que señala lo siguiente:

Artículo 15.- ... Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, (ahora

Secretaría de Economía) ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o convenio independiente. (...)."

De esta manera incorpora la figura del arbitraje como medio para dirimir controversias entre las dependencias y entidades con sus proveedores o contratistas. El problema que vemos es que la Secretaría de la Función Pública, es la encargada de emitir los lineamientos para la elaboración de la normatividad en la materia de arbitraje y hasta la fecha no ha realizado nada al respecto poniendo como excusas que no ha tenido que enfrentar un arbitraje nacional, pues los conflictos que han surgido se han resuelto por la vía judicial ante tribunales federales. Lo criticable de este punto es que con esta actitud de poco interés por la creación de dichos lineamientos tampoco están invitando a que las dependencias de la Administración Pública lleven a cabo arbitrajes y se vuelva una práctica común, los factores pueden ser muy diversos, pero se me ocurre pensar que quizás sea porque no se conoce mucho de este mecanismo y no se confía mucho en su resolución; de hecho se piensa que acudir al arbitraje implica una gran inversión de recursos para las partes, sin que al final se consiga algo. El punto central es que nuestro sistema administrativo se rehúsa a modernizarse y a ofrecerle a los administrados otra opción para la solución a los conflictos que usualmente, conforme a términos judiciales, suelen prolongarse en pérdidas de tiempo.

Ahora bien, el Ejecutivo el 26 de noviembre del 2002, en ejercicio de sus facultades, envió a la Cámara de Diputados la iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LAASSP y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPSRM), donde uno de sus propósitos era establecer un capítulo completo dentro del Título Séptimo de la LAASSP y en el Título Octavo de la LOPSRM, de la regulación del procedimiento arbitral.

Dentro de este capítulo se establecía que las controversias que surgieran con motivo del incumplimiento de los términos pactados del contrato podrían resolverse mediante arbitraje y con los árbitros que a su elección determinasen de la lista de árbitros que estableciera la Contraloría, a través de la Comisión Federal de Contrataciones Gubernamentales. El procedimiento arbitral podría pactarse ya sea en una cláusula compromisoria en el propio contrato o por convenio expreso posterior. Para la instrucción del procedimiento, señalaba que iba a ser conforme las reglas que determinasen las partes contratantes; se llevaría a cabo en el lugar donde se hubiese formalizado el contrato; preveía un plazo de 15 días naturales para el cumplimiento del laudo arbitral, siguientes a su notificación.

En relación a quienes iban a fungir como árbitros dentro del procedimiento, la Contraloría por conducto de la Comisión Federal de Contrataciones Gubernamentales, solicitaría a las cámaras industriales, colegios y demás asociaciones de profesionales, la designación de personas que pudiesen fungir como árbitros especializados en las materias que regula la ley, y así la Comisión llevaría un registro de las personas que podrían fungir como árbitros y evitaría la corrupción o mal manejo en la designación de los árbitros.

Todo esta intención se encaminaba a que el contratista tuviera la opción de agotar, por acuerdo de las partes, el procedimiento arbitral para la solución de las controversias que se pudieren suscitar, y de esta manera promocionar la inversión extranjera y nacional a los sectores de la administración que más lo necesiten. La Comisión de Gobernación y de Estudios Legislativos del Senado de la República rechazó esta propuesta, por considerar que no es conveniente dejar a un particular la defensa de los intereses públicos. Actualmente dicha iniciativa sigue en estudio en la Comisión de Gobernación de la Cámara de Diputados en espera de ser dictaminada y aprobada por el Pleno de la Cámara.

De acuerdo con esta incitativa de reforma de reforma presentada por el Ejecutivo, se planteaba la regulación del procedimiento arbitral detallada con las

características necesarias a las que se tendría que ajustar un arbitraje administrativo, sobre todo en el plano de la designación de los árbitros, sobretodo para tener la certeza de las personas que llevarían acabo el arbitraje, son personas preparadas y especializadas en el ramo o materia a transigir. El punto es que el rechazo de los legisladores a esta propuesta, propicia que el arbitraje se tarde más en establecerse a nivel nacional. Lo que es una realidad es que a nivel internacional México ha sido sometido a arbitrajes con naciones de otros Estados y se ha tenido que enfrentar a pagar millones de pesos, por lo que nos deja ver la efectividad que tiene el arbitraje aun en pleitos donde el Estado ha estado involucrado.

## **B) Regulación en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.**

Fue publicada el 4 de enero de 2000 en el Diario Oficial de la Federación y su objeto principal es regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen las entidades o dependencias de la Administración Pública.

En relación al arbitraje, tema de nuestra investigación, podemos decir que también se señala la misma redacción del artículo 15 de la LAASSP. Así que en aras de la brevedad, los comentarios que hice en relación al proyecto de reforma de la LAASSP que presentó el Ejecutivo, son los mismos que aplican la LOPSRM, sólo que ese nuevo capítulo que se pretendía incluir dedicado al arbitraje se incluiría en el Título Octavo.

La aplicación que puede darle al arbitraje a la resolución de los conflictos que se lleguen a suscitar en los contratos de este tipo podría ser muy útil, no quiere decir que sea la única y la mejor que pueda existir, sólo que imaginemos que un empresario, por medio de un contrato de construcción, se compromete a realizar la obra, adquiriendo los materiales y poniendo la mano de obra para ello,

con el posterior reintegro de tales gastos por parte de la Administración Pública con quien contrató, reembolsos que podrían ser parciales, a medida que se va desarrollando la obra. Supongamos que el empresario pretende recibir la remuneración acordada por el trabajo realizado, y resulta que no le paga la dependencia con quien contrato. Una manera que la ley establece para exigir el pago es mediante los tribunales administrativos, pero qué sucede si el contratista en aras de evitarse tanto papeleo y trámite engorroso decide acordar un arbitraje en el supuesto de que si surgía un incumplimiento recurrirían al arbitraje, pensando en que de esta manera podría obtener mejores resultados y en menor tiempo al que se tiene acostumbrado en tribunales administrativos. El tener un ordenamiento que regule de manera extensiva el procedimiento arbitral, quizás haga conciencia en las partes para que su aplicación se haga cada vez más constante, ya que sería una manera de satisfacer un interés público, como es en este caso, la terminación de una obra.

#### **4.4. Regulación del Arbitraje en PEMEX**

En relación con la materia objeto de nuestro estudio, tenemos que la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (LOPMOS), abre la posibilidad de resolver las controversias mediante el arbitraje, así lo señala el artículo 14 de dicho ordenamiento:

"los actos jurídicos que celebran Petróleos Mexicanos o cualquiera de sus Organismos Subsidiarios se regirán por la Leyes Federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, y serán competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral."

Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos, podrá 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.

Lo que no está del todo claro es que por una parte abre la puerta para que las controversias se dirimen por medio del arbitraje, pero no establece cómo llevarlo a cabo ni desarrolla más procedimiento, como sucede en la mayoría de las leyes administrativas que prevén la resolución de controversias mediante el arbitraje, de hecho faltaría alguna disposición que amplíe o completamente lo dispuesto en el artículo 14, porque es una realidad que PEMEX se ha enfrentado a diversos arbitrajes de carácter internacional, en tribunales extranjeros, con idioma extranjero, teniendo que pagar sumas millonarias a inversionistas extranjeros, lo que nos parece una desigualdad completa para los nacionales al no poder recurrir al arbitraje para dirimir cuestiones nacionales. En general, no se cuenta con la regulación necesaria que amplíe la actuación de cualquier ente de la Administración Pública que quiera hacer uso de este recurso, además de que no propicia su uso ni su aplicación, quizás sea por la falta de confianza que se tienen a los laudos en cuanto a su ejecución, falta de conocimiento respecto al procedimiento, o quizás sea la costumbre de que todo sea resuelto por la vía judicial, o se piense que de todos modos se terminará resolviendo en tribunales judiciales, sin ver ninguna ventaja al procedimiento arbitral.

Si examinamos, PEMEX continuamente se ve involucrado en un sin fin de relaciones jurídicas, mismas que son formalizadas en la celebración de contratos, medio a través del cual se pactan cláusulas arbitrales con la finalidad de proteger los intereses de PEMEX y lograr una adecuada resolución de las controversias que se susciten, pero falta que se desarrolle más el tema dentro de la normatividad interna de dicho organismo, más si se considera que podría llegar a ser un factor determinante para poder atraer grandes capitales que impulsen proyectos de infraestructura de largo plazo en el sector energético, terreno que ha permanecido cerrado a la inversión privada, o bien en la industria del gas natural.

Además es oportuno mencionar las ideas que el respecto, Nicolás Borda<sup>70</sup> argumenta para que las entidades y los particulares busquen pactar un acuerdo arbitral para la solución de sus controversias; entre ellas se destacan que se evitarían favoritismo o decisiones mal orientadas debido a la naturaleza pública de las entidades del sector y que en cierto modo podrían estar mal encaminadas a ciertos intereses, se tendría una interpretación de expertos en la materia que considerarían la naturaleza del contrato y entenderían los aspectos técnicos y económicos de la industria, se evitaría el desgaste en las relaciones entre el inversionista y la entidad convocante, de manera que mejoraría las relaciones de los administrados con los entes de la Administración, pero lo más importante que podría funcionar para ciertos sectores, sería el que permitiría crear un medio de certidumbre y protección a la inversión para alcanzar el desarrollo de buenos proyectos a largo plazo.

No podemos olvidar que PEMEX ha sido sometido a arbitrajes internacionales por los diversos tratados que prevén el uso del arbitraje y sobre todo en materia de inversión, refiriéndose al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Por tal razón, se hicieron dichas modificaciones a diversas leyes administrativas de prever el arbitraje, para estar adecuadas al TLCAN, pero se dejó a fuera la cuestión nacional, debido a ello no podemos quedarnos atrás y no contemplar la posibilidad de recurrir a arbitrajes a nivel nacional, de hecho coadyuvaría a la viabilidad de proyectos importantes, y permitiría ofrecer igualdad en los nacionales que quisiesen resolver sus conflictos con las entidades administrativas, mediante el pacto de una cláusula arbitral.

---

<sup>70</sup> Borda, Nicolás. El Arbitraje en Contratos con Entidades de la Administración Pública Federal del Sector Energético: análisis de tres casos representativo, Biblioteca del Centro de Arbitraje de México, (CAM), México, 2003, p. 5

#### **4.5. Regulación del Arbitraje Inversionista-Estado Capítulo XI del TLCAN**

El 1 de enero de 1994 entró en vigor este instrumento de integración zonal conformando el mercado regional más significativo de este fin de siglo.

Este tratado, más que un tratado de libre comercio, es un tratado de inversión que abarca mercaderías (bienes) y servicios; sus veintidós capítulos describen dos grandes sectores: a) comercio de bienes y b) comercio de servicios.

Ambos sectores convergen en escenarios de resolución de controversias que buscan, en general, sustraer la aplicación de las legislaciones nacionales, garantizando rapidez, objetividad y neutralidad a los operadores económicos zonales.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es un acuerdo mercantil internacional que regula el comercio y las inversiones entre Estados Unidos, México y Canadá. Fue firmado en 1992 y entró en vigor en 1994. Actualmente se está negociando una ampliación del TLCAN en las Américas y el Caribe, llamada Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el cual ha estado en negociaciones desde 1994, cuya firma y entrada en vigor está prevista para el 2005.

En el capítulo del TLCAN sobre inversiones, el Capítulo XI, contiene un mecanismo innovador y complejo para la solución de controversias en materia de inversión, es así que concede garantías y protecciones jurídicas especiales y nuevos derechos a las empresas de un país miembro del TLCAN que quiera invertir en otro país miembro del tratado. Además, prevé la aplicación de nuevos derechos a los inversionistas a través de tribunales arbitrales, remotos y ajenos a los sistemas judiciales locales de los países del TLCAN. La participación de este tratado en los países miembros no sólo le brinda a las empresas extranjeras protección y garantías para comprar empresas, tiernas y recursos en otros países

signatarios del tratado, sino que también faculta para denunciar determinadas políticas básicas de los gobiernos como violatorios de los derechos y privilegios que les otorga dicho tratado a los inversionistas.

De manera que, cuando una empresa considera violados sus derechos como inversionista bajo el Capítulo XI, dicha empresa puede impugnar las leyes o políticas del gobierno que hospeda sus inversiones, basta que utilice para tal efecto el sistema de solución de controversias inversionista.

Dicho sistema del TLCAN, no establece como requisito para iniciar el arbitraje la celebración de un acuerdo por escrito entre el inversionista y el estado receptor de la inversión, simplemente las partes contratantes del TLCAN pueden ejercerlo al momento de que se vea afectado algunos de sus derechos.

La mayor parte de los casos inversionista-Estado entablados hasta la fecha, impugnan normas ambientales, reglamentaciones o procedimientos y decisiones gubernamentales del ámbito nacional (Federal) o municipal.

Como fue el caso de la empresa Metalclad, son sede en California, quien demandó exitosamente a una municipalidad mexicana de San Luis Potosí, que le negó el permiso de construcción para una usiana de residuos tóxicos, México fue conminado a pagarle a esa empresa U\$ 15.6 millones.

Las demandas que se litigan, se realizan mediante organismos especiales de arbitraje mercantil internacional, cerrados a la prensa y cualquier tipo de participación pública, las decisiones tomadas en esos organismos son vinculantes, es decir, de acatamiento obligatorio e inapelables. Los dos organismos de arbitraje que figuran en el Capítulo XI del TLCAN como sede para la ejecución privada de las reglas del TLCAN son: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI O ICSID), este último funge

el papel de administrado del arbitraje. Dichos tribunales están facultados para dictaminar que un país miembro del TLCAN tenga que pagar una suma ilimitada de dinero de sus contribuyentes, como indemnización a una empresa cuyos derechos bajo el TLCAN fueron dañados, según el criterio y las conclusiones de tres árbitros elegidos por las partes.

Ni México ni Canadá son signatarios del Convenio CIADI, por lo que cualquier caso del TLCAN en el que una de las partes sea Estados Unidos, tiene que ser visto por el CIADI bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario, mientras que si surge alguna diferencia que involucre a Canadá y México tendrá que ser juzgado bajo las reglas de la CNUDMI.

Según Francisco González de Cossio, lo que ha propiciado que México no forme parte de dicha institución internacional, es que los laudos arbitrales no han sido del todo positivos, lo que trae como consecuencia un cierto temor a volver a utilizar dicho método. La otra cuestión es que México, por un lado, acepta el arbitraje para inversionistas extranjeros, pero, por otro, es un arbitraje cuyo potencial ha sido mermado mediante el uso parcial de un instrumento que presenta los beneficios del CIADI.

El sistema inversionista-Estado contemplado en el Capítulo XI del TLCAN, es un parteaguas para que México vaya confiando en la institución arbitral, ya que aún en el peor de los casos donde México no ha sido bien parado, podría verse como un país que honra sus compromisos al cumplir con los laudos dictados en su contra y podría generar mayor dinamismo entre nuestras autoridades, y se cuidaría que se actuará arbitrariamente. Sólo falta que en el ámbito nacional, dentro de la legislación administrativa, se vaya otorgando mayores elementos que a su vez permita el desarrollo de más casos resueltos a través del procedimiento arbitral.

En virtud de lo anteriormente expuesto durante este último capítulo, es que se debe considerar que el derecho debe evolucionar y con ello considerar que la figura del arbitraje bien podría ser implementado en el ámbito administrativo para el desahogo de tantos asuntos que en la actualidad, los jueces administrativos todavía no ponen fin a dichas controversias por la carga de trabajo con la que cuentan y reiteramos es un mecanismo más que se le ofrecería al administrado para la defensa de sus intereses.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Lo primero que cuestionaría es el poco avance que se tiene en la aceptación de los mecanismos de solución de controversias para la resolución de cuestiones administrativas, debido a una tradición normativa local muy arraigada a los recursos administrativos y a los tribunales administrativos. En nuestro sistema judicial algunos jueces se han pronunciado con obvio desagrado frente a los laudos arbitrales, porque los consideran como arbitrarias e irrazonables. Esta visión poco a poco ha ido cambiando y se ha visto una mayor práctica del arbitraje comercial, pero todavía no tenemos la fortuna de ver realizado un procedimiento arbitral en el ámbito administrativo por la falta de regulación en los ordenamientos administrativos, acerca de la manera en cómo se llevaría a cabo los arbitrajes administrativos, bajo que reglas, quien los administrarían, cómo se reglamentaría el pago de honorarios, los gastos, etc.

**SEGUNDA.-** Podemos observar también, que no sólo es una cuestión de nuestro sistema judicial que pueda llegar a oponerse al arbitraje administrativo, sino también actualmente los legisladores de nuestra Cámara de Senadores consideraron que no era oportuno dejar a los particulares la defensa de los intereses públicos, mientras tanto, en otros países consideran que los mecanismos alternativos, como el arbitraje, constituye un instrumento idóneo para la satisfacción del interés público. Es así que, bajo el criterio de nuestros legisladores se opusieron rotundamente a una reforma que desarrollaría un capítulo dedicado al procedimiento arbitral y con lo cual retrasa aun más la posibilidad de ver en la práctica se lleve a cabo un arbitraje administrativo.

**TERCERA.-** Ante este acontecer sigue sin cubrirse la laguna que regularía el desarrollo de este tipo de arbitraje que se ven contemplados como una opción alternativa a la justicia administrativa en los ordenamientos jurídicos de la LAASSP, la LOPSRM y en la misma LOPMOS, en donde en éste último, tal

pareciera que PEMEX se le autoriza a participar en arbitrajes internacionales, dejando un vacío legal para la cuestión de los arbitrajes nacionales, ya que no se contempla nada acerca del procedimiento arbitral.

**CUARTA.-** Lo conveniente sería que se insistiera en la creación de una ley que reglamente el procedimiento arbitral administrativo, tal y como lo tenemos para el arbitraje comercial, dentro del Código de Comercio, o bien podría desarrollarse el procedimiento arbitral dentro de una ley general que regule todo el procedimiento administrativo, dentro de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y podría pensarse que en lo que no estuviere regulado dicho procedimiento tendría como elementos supletorios el Código de Comercio en su Título IV y los convenios internacionales en materia de arbitraje internacionales.

**QUINTA.-** Ahora bien, ante esta falta de regulación y de disposición que se observó en el Congreso ante dos leyes administrativas que contemplan en su reforma una propuesta de un capítulo completo de arbitraje, no queda decir que quizás México todavía no esté preparado para llevar a cabo arbitrajes de naturaleza administrativa, ya que no se cuenta con todas las armas para el desarrollo de un arbitraje exitoso, y ni siquiera la Secretaría de la Función Pública tiene las intenciones de emitir los lineamientos para la elaboración de normatividad en la materia de arbitraje en obra pública, tal y como lo establece el artículo 15 de la LAASSP y de la LOPSRM.

**SEXTA.-** Las experiencias que México ha tenido en el pasado en cuestiones de arbitraje internacional no han sido del todo exitosas, pero eso no es justificación para que regule el arbitraje a medias, de hecho si se va a contemplar el arbitraje administrativo sea con todo su potencial, sino mejor que no se contemple.

**SÉPTIMA.-** Quizás el arbitraje no sea la única ni la mejor opción de todas, pero si considero que ante la crisis del sistema judicial que sin duda también

lesiona en buena medida el interés público, los mecanismos de solución de controversias, como el arbitraje, podrían ayudar a que la justicia sea rápida, efectiva y con mejor calidad en sus resoluciones, por la especialidad con la que se emitirían los laudos.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Compendio de Derecho Administrativo. Parte General**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1998.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría General de Derecho Administrativo. Primer Curso**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
3. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Manual de Derecho Administrativo**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
4. BRICEÑO SIERRA, Humberto. **Estudios Sobre Arbitraje**, Edit. Cardenas, México, 1998.
5. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
6. CASTREJON GARCIA, Gabino Eduardo. **Derecho Administrativo I y II**, Edit. Cárdenas. México, 2002.
7. CASTREJON GARCIA, Gabino Eduardo. **Derecho Procesal Administrativo**, Edit. Cárdenas, México, 2001.
8. CASTREJON GARCIA, Gabino Eduardo. **Derecho Financiero**, Edit. Cárdenas, México, 2002.
9. CORTIÑAS PELAEZ, León. **Introducción al Derecho Administrativo I**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1994.
10. CREMADES, Bernardo. **Ventajas del Arbitraje**, Selección de Lecturas, Edit. UNAM, México, 1988.
11. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOSA, Manuel. **Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso**, Edit. Porrúa, S.A., 2000.
12. FAYA VIESCA, Jacinto. **Administración Pública**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1998.
13. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Derecho Administrativo**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1995.
14. FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.

15. GALINDO CAMACHO, Miguel. **Derecho Administrativo, 2 Tomos**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
16. GALINDO CAMACHO, Miguel. **Teoría de la Administración Pública**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
17. GORJÓN GÓMEZ, Francisco. **Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos**, Edit. McGrawHill, México, 2001.
18. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo mexicano**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
19. MARGAIN MANAUTOU, Emilio. **Introducción al Estudio del Derecho Administrativo Mexicano**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
20. OLVERA TORO, Jorge. **Manual de Derecho Administrativo**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1997.
21. PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario para Juristas, 2 Tomos**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
22. QUIROZ ACOSTA, Enrique. **Lecciones de Derecho Constitucional I**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1999.
23. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. **Derecho Constitucional**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
24. SALGADO y SALGADO, José Eusebio. El Arbitraje Marítimo y las organizaciones Internacionales, Conferencia sustentada en Mayo 1989, en el ciclo de conferencia Organizado por Petróleos Mexicanos.
25. SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. **Curso de Derecho Administrativo, 2 Tomos**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
26. SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho Administrativo. Primer Curso**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
27. SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho Administrativo. Segundo Curso**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.
28. SERRANO MIGALLÓN, Fernando. **El particular frente a la administración**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
29. TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.

30. ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro. *Arbitraje Comercial Internacional*, Edit. Humanitas, México, 1998.

## LEGISLACION CONSULTADA

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2004.

**Código Civil Federal**, Edit. Porrúa, S.A. México, 2004.

**Ley Federal de Procedimientos Administrativos**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2004.

**Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2003.

**Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.

**Ley Federal de Procedimiento Administrativo**. Edit. Porrúa, S.A., México, 2000.

## **DICCIONARIOS CONSULADOS**

**DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCEANO**, Editorial, Océano, S.A., Bogotá de Santa Fe, Colombia, 1993.

**ESCRICHE, Joaquín**, **DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA**, México, 1991.

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS**, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Tomo I, Edit. Porrúa, S. A., México, 1998.

**PALLARES, Eduardo**. **DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL**, Edit. Porrúa, S.A., México, 1998.