



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

---

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE EL  
COMERCIO EXTERIOR

“EL ARBITRAJE MEXICANO EN MATERIA  
DE OBRAS PUBLICAS Y SERVICIOS”

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO  
DE LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA

FERNANDO RIVERA SILVA



ASESOR:  
MTRO. REYNALDO URTIAGA ESCOBAR

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, D.F., 2011



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.



**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE  
EL COMERCIO EXTERIOR**

**OFICIO APROBATORIO No. L .04/2011.**

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA UNAM  
PRESENTE**

Distinguido señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de licenciatura, elaborada por el pasante en Derecho **RIVERA SILVA FERNANDO**, con el número de cuenta **302073045** en este Seminario, bajo la dirección del **LIC. REYNALDO URTIAGA ESCOBAR**, denominada "**EL ARBITRAJE MEXICANO EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS**" satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

**ATENTAMENTE**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
Ciudad Universitaria, D.F., a 4 de abril de 2011.

**DR. JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ**  
Director del Seminario



**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE  
ESTUDIOS SOBRE EL  
COMERCIO EXTERIOR**

**Con todo mi cariño, respeto y admiración dedico el presente trabajo;**

**A DIOS;**

Por ponerme las pruebas necesarias para comprender que con él todo, sin él nada.

**EN SU CENTENARIO, A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO;**

Mi *alma mater* quien me ha cobijado e inculcado el amor a la ciencia, al arte y al pensamiento libre.

**A LA FACULTAD DE DERECHO;**

Por ser mí casa e instruirme en la profesión más hermosa, la abogacía.

**A MIS PADRES, DON RUTI Y DOÑA TULITAS;**

Por ser mis padres y enseñarme que las únicas virtudes que engrandecen a un hombre son el amor, el trabajo, el coraje y la fortaleza para continuar día a día.

**A MIS HERMANITAS, SONI Y EVA;**

**...Y A MI AMOR CHIQUITO, JULIETTA;**

Por ser mis ejemplos de valor, bondad y enseñarme que la inocencia aún existe en el mundo.

**A CHAWOAH Y JOEL;**

Por ser más que mis amigos, mis hermanos.

**A LOS LICs. JOSE LUIS GARCÍA SERVIN, DAMIAN LEÓN MARTÍNEZ Y**

**VICTOR ZAVALA HERNANDEZ;**

Por ser mis primeros maestros dentro de esta honorable profesión.

**AL MAESTRO REYNALDO URTIAGA;**

Por su invaluable apoyo y tiempo invertido al presente proyecto.

A todos, GRACIAS.

*“No hay empresa más digna de atención y de respeto que la de asumir ante la justicia la defensa de otros hombres, pues no hay ninguna en la que el carácter, la conciencia, el corazón del que habla funcionen más, en que el abogado surja y se entregue por más lados a la vez; no es una libertad vulnerada, un derecho desconocido, una conciencia herida, los que se apoyan en el derecho de la defensa: no hay justicia sin él”.*

*J. Moliérac*

1947

<b>ÍNDICE</b>	<b>PÁG</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	I
<b>ABREVIACIONES</b>	V
<b>CAPÍTULO PRIMERO.- PRINCIPIOS RECTORES DEL ARBITRAJE COMERCIAL</b>	1
1.1.- MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	1
A) Mediación	2
B) Conciliación	2
C) Los Paneles Técnicos (Dispute Boards)	2
i) Dispute Review Board ("DRB")	3
ii) Dispute Adjudication Board ("DAB")	3
iii) Combined Dispute Board ("CDB")	3
iv) Diferencia entre Decisión y Recomendación	3
1.2.- EL ARBITRAJE COMERCIAL	4
1.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE	6
1.3.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL	7
1.3.1. VENTAJAS	7
A) Flexibilidad	7
B) Celeridad	8
C) Confidencialidad	8
D) Neutralidad	9
E) Especialidad	9
1.3.2. DESVENTAJAS	9
A) Costos	9
B) Límites a las Facultades de los Árbitros	9
C) Procedimientos Paralelos	10
1.4.- EL ACUERDO DE ARBITRAJE	10
1.4.1. EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	10
A) Acuerdo por Escrito y Firmado por las Partes	11
B) Cláusula Arbitral Incorporada por Referencia	12
C) Alcance de la Cláusula Arbitral	12
D) Sede del Arbitraje y Lex Arbitri	13
E) Ley Aplicable al Fondo de la Controversia	14
F) Arbitraje Institucional o Ad Hoc	15
i) Arbitraje Ad Hoc	15
ii) Arbitraje Institucional	15
G) Idioma del Arbitraje	16
1.4.2. AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL	16
1.5.- TRIBUNAL ARBITRAL	17
1.5.1. ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS	18
A) Número de Árbitros	18
B) Designación de Árbitros	18
1.5.2. DEBERES DE LOS ÁRBITROS	19
A) Independencia	19
B) Imparcialidad	19
C) Neutralidad	19
D) Deber de Revelación	20
1.5.3. OBLIGACIONES DE LOS ÁRBITROS	20
1.5.4. FACULTAD PARA DECIDIR SOBRE SU PROPIA	

COMPETENCIA (KOMPETENZ – KOMPETENZ)	21
1.5.5. RECUSACIÓN DE ÁRBITROS	23
1.5.6. OBJECIONES A SU COMPETENCIA	24
1.6.- EL PROCESO ARBITRAL	24
1.6.1. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO	24
1.6.2. LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS	25
1.6.3. DICTAR MEDIDAS PRECAUTORIAS, DEFINITIVAS O PROVISIONALES	26
1.6.4. EL AUXILIO DE LOS JUECES NACIONALES	27
1.7.- EL LAUDO ARBITRAL	28
1.7.1. TIPOS DE LAUDO	28
A) De Previo y Especial Pronunciamiento	29
B) De Trámite	29
C) Laudos Adicionales	29
D) Laudos Parciales	29
E) Laudos Convenidos	30
1.7.2. LAUDO FINAL	30
1.7.3. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	31
1.7.4. NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL	33
1.7.4.1. A PETICIÓN DE PARTE	34
A) Invalidez del Acuerdo de Arbitraje	34
B) Violación al Debido Proceso	34
C) Laudos <i>Ultra Petita</i>	35
D) Indebido Proceso Arbitral	35
E) Laudo No Obligatorio o Nulo	35
1.7.4.2. DE OFICIO	36
A) Arbitrabilidad	36
B) Orden Público	36
<b>CAPÍTULO SEGUNDO.- LA ARBITRABILIDAD</b>	38
2.1.- EL CONCEPTO DE ARBITRABILIDAD	38
2.1.1. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA	39
2.1.2. ARBITRABILIDAD OBJETIVA	39
2.2.- ELEMENTOS QUE DETERMINAN QUE UNA CONTROVERSIA SEA ARBITRABLE	40
2.3.- ARBITRABILIDAD Y VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL	40
A) Artículo II de la Convención de Nueva York de 1958	41
B) Artículo 1424 del Código de Comercio	41
2.3.1. EL ACTO JURÍDICO	42
A) Elementos de Existencia	43
i) Consentimiento y Manifestación de la Voluntad	43
ii) Objeto, Directo e Indirecto	44
iii) Solemnidad	45
B) Elementos de Validez	45
i) Licitud del Acto Jurídico	45
ii) Capacidad de Goce y Ejercicio	46
iii) Ausencia de Vicios de la Voluntad	46
iv) La Forma	47
2.3.2. NULIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL POR OBJETO DIRECTO JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE	48
2.4.- LEY APLICABLE A CUESTIONES DE ARBITRABILIDAD	49

2.4.1. LA LEY QUE RIGE EL ACUERDO DE ARBITRAJE	49
2.4.2. LA LEY QUE RIGE EN EL LUGAR DE LA SEDE DEL ARBITRAJE	50
2.4.3. LA LEY QUE RIGE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA	51
2.4.4. LEY QUE RIGE EN EL LUGAR DE EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	51
2.5.- MATERIAS ARBITRABLES EN MÉXICO	52
2.5.1. LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	52
2.5.2. LEYES FINANCIERAS Y BANCARIAS	53
2.5.3. PROPIEDAD INTELECTUAL	53
A) Ley de la Propiedad Industrial	53
B) Ley Federal del Derecho de Autor	53
2.5.4. RECURSOS NATURALES, SERVICIOS Y OBRA PÚBLICA	54
2.5.5. ARRENDAMIENTO	56
2.6.- MATERIAS NO ARBITRABLES EN MÉXICO	56
2.6.1. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES	56
2.6.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL	57
2.6.3. CONVENIO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL REINO DE ESPAÑA SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL	57
2.6.4. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA	58
2.7.- ORDEN PÚBLICO	58
2.7.1. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO	58
A) Orden Público Internacional	59
B) Orden Público Mexicano	61
2.7.2. NORMAS DE ORDEN PÚBLICO	61
2.7.2.1. CONNOTACIÓN DE INTERES SOCIAL DE LA LEY	62
2.7.2.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO	63
A) Imperatividad	63
B) Irrenunciabilidad	63
2.7.2.3. ARBITRABILIDAD DE MATERIAS DE ORDEN PÚBLICO	64
2.7.2.4. COMPETENCIA DE LOS ARBITROS PARA INTERPRETAR Y APLICAR NORMAS DE ORDEN PÚBLICO	65
2.7.3. LA ARBITRALIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE NULIDAD Y DENEGACIÓN DE EJECUCIÓN DEL LAUDO FINAL	66
A) Artículo V (2) (a) y (b) de la Convención de Nueva York de 1958	66
B) Artículos 1557 (II) y 1462 (II) del Código de Comercio en México	68
<b>CAPÍTULO TERCERO.- EL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS</b>	70
3.1.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	70
3.1.1. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO Y CONVENIO	70
3.1.2. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	71

A) Como Acto Administrativo	71
B) Como Contrato de Derecho Privado, Civil o Mercantil	72
3.2.- DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	73
3.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	73
A) El Interés Social y el Servicio Público	73
B) Desigualdad de las Partes	74
C) Elemento Subjetivo	74
D) Cláusulas Exorbitantes	74
E) Criterio Jurisdiccional	75
3.2.3. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	75
A) Principio de Legalidad	75
B) Principio de Continuidad	75
C) Principio de Mutabilidad	76
D) Principio de Equilibrio Financiero	76
i) Derecho del Príncipe	76
ii) Teoría de la Imprevisión	77
3.3.- ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	77
A) Sujetos	77
B) Competencia y Capacidad	77
C) Consentimiento	78
D) Objeto	78
E) Forma	78
F) Causa	79
3.4.- PLANEACIÓN, PROGRAMACIÓN Y PRESUPUESTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	79
3.5.- ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	80
3.5.1. LA LICITACIÓN PÚBLICA	80
3.5.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	80
3.5.1.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	81
3.5.1.3. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN PÚBLICA	82
3.5.1.4. LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL	83
3.5.1.5. ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	84
A) Elaboración y Publicidad de las Bases de Licitación	84
B) Elaboración y Presentación de las Ofertas	85
i) Requisitos Subjetivos	85
ii) Requisitos Objetivos	85
iii) Requisitos Formales	85
C) Estudio de las Propuestas, Fallo y Adjudicación del Contrato	86
3.5.1.6. LA LICITACIÓN PÚBLICA, ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	87
3.5.2. EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN PÚBLICA	87
3.5.2.1. LICITACIÓN RESTRINGIDA	87
3.5.2.2. ADJUDICACIÓN DIRECTA	88
3.6.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS	88
3.6.1. CONCEPTO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS	88
3.6.1.1. OBRA PÚBLICA DE INFRAESTRUCTURA	89
3.6.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS	90
A) Definición Doctrinal	90

B) Definición Legal	90
3.6.3. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS	90
A) Los Sujetos del Contrato	91
B) Competencia y Capacidad	91
C) Consentimiento	91
D) Objeto	92
E) Forma	92
F) Causa	92
3.6.4. MODALIDADES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA	92
A) A Precio Alzado	92
B) A Precios Unitarios	93
C) Amortización Programada	93
D) Mixto	93
3.6.5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS	94
3.6.5.1. OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	94
A) Formalización del Contrato	94
B) Obligaciones de Suministro	94
C) Entrega de los Bienes Inmuebles	94
D) Supervisión y Vigilancia	95
E) Pago de Estimaciones y Liquidación	95
F) Recepción de Obras y Otorgamiento de Finiquito	95
G) Obligación de Informar a las Dependencias Respectivas	96
H) Mantenimiento de las Obras	96
3.6.5.2. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA	96
A) Otorgamiento de Garantías	96
B) Ejecución de la Obra	96
C) Obligación de No Cesión y No Subcontratación	97
D) Suministro de Materiales	98
E) Obligaciones Laborales	98
F) Entrega de las Obras	98
G) Responsabilidad por Daños y Perjuicios	98
3.6.6. REGIMEN EXORBITANTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS	99
3.6.6.1. MUTABILIDAD DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS	99
3.6.6.2. FACULTAD DE SUSPENSIÓN, TERMINACIÓN ANTICIPADA Y RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO	100
A) Suspensión de la Obra	100
B) Terminación Anticipada	101
C) Rescisión Unilateral	101
3.6.7. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS	103
3.7.- LAS ASOCIACIONES PUBLICO - PRIVADAS	103
3.7.1. MODELOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICA - PRIVADA	105
A) Modelo <i>Build, Operate, Transfer</i>	105
B) Modelo <i>Design, Build, Finance, Operate</i>	105
3.8.- RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS AL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS	106

<b>CAPÍTULO CUARTO.- EL ARBITRAJE EN LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS</b>	<b>107</b>
4.1.- LA POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE CIERTAS DISPUTAS RELATIVAS A CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA	107
4.1.1. CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL OBJETO DEL CONTRATO	108
A) Deficiente Definición de los “Alcances De Obra”	108
B) Diferencias entre Trabajos Adicionales y Trabajos Extraordinarios	108
C) Variación de los Costos Originalmente Contemplados por Causas Extraordinarias	109
4.1.2. CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS CONTRACTUALES	109
A) Retrasos Ocasionados por Alguna de las Partes	110
B) Retrasos de la Obra por Caso Fortuito o Fuerza Mayor	110
4.1.3. CONTROVERSIAS SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS	110
4.2.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LOPSRM	111
4.2.1. LOPSRM, INICIATIVA DE LEY (D.O.F, 04 DE ENERO DE 2000)	111
4.2.2. LOPSRM REFORMAS (D.O.F, 07 DE JUNIO DE 2005)	112
4.2.3. LOPSRM VIGENTE (D.O.F., 04 DE MAYO DE 2009)	113
A) El Enfoque Económico de las Reformas de Mayo de 2009	113
B) El Criterio de Agilidad en la Resolución de las Controversias, Determinante para la Inclusión del Arbitraje	113
4.2.4. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 98 AL 104 DE LA LOPSRM	114
4.3.- DEFECTOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE DENTRO DE LA LOPSRM	117
4.3.1. ARBITRAJE COMERCIAL Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	117
4.3.2. CONTROVERSIAS RESERVADAS A LOS TRIBUNALES ESTATALES	118
4.3.3. EL ARBITRAJE FRENTE AL CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE LA LOPSRM	120
4.3.3.1. PONDERACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO	120
4.3.3.2. LA POSIBILIDAD DE INVALIDAR LA CLÁUSULA ARBITRAL	121
A) El Contencioso Administrativo	122
B) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa Federal	123
4.3.3.3. LA POSIBILIDAD DE QUE SE NIEGUE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	125
4.3.4. LA MULTIPLICIDAD DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS	127
A) El Recurso Administrativo de Inconformidad conforme a la LOPSRM	128
B) El Juicio de Nulidad ante el TFJFA	129
4.3.5. LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA SUJETA A LA DETERMINACIÓN DE LA SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	130
4.3.6. LA FALTA DE ADECUACIÓN RESPECTO DEL ARBITRAJE EN EL RLOPSRM	131
4.4.- PROPUESTA DE REFORMA A LA LOPSRM	132
4.4.1. RECONOCIMIENTO DE LA POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE CUALQUIER CONTROVERSIA SOBRE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS	133
4.4.2. CLÁUSULA ARBITRAL COMO UNA DE LAS CONDICIONES DE CONTRATACIÓN DENTRO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS	134
4.4.3. LIMITACIÓN DE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DEL LAUDO	

ARBITRAL POR PARTE DE LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	135
4.4.4. LA ADOPCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LOS PANELES TÉCNICOS COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS	136
A) Ventajas de los Dispute Boards o Paneles Técnicos	137
B) Desventajas de los Dispute Boards o Paneles Técnicos	138
<b>CONCLUSIONES</b>	140
<b>FUENTES</b>	VI

## INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de arbitraje comercial, nos referimos a uno de los métodos alternativos de solución de controversias que ha acompañado al comercio mismo desde su concepción, adoptado al igual por comerciantes, que por los gobiernos de los Estados directamente o a través de sus empresas paraestatales, mediante el cual resuelve las controversias surgidas con motivo de la celebración de contratos prácticamente de cualquier materia.

En México a partir de 1993, fecha en la cual se incluyó el procedimiento de arbitraje adicionando el Título Cuarto, al Libro Quinto del Código de Comercio, el arbitraje comercial poco a poco se ha ido posicionando como uno de los métodos alternativos de solución de controversias idóneos para el comercio, no solo por los beneficios que representan la celeridad, confidencialidad y costos, sino además por que permite que las relaciones comerciales se mantengan a fin de evitar una pérdida mayor para las partes en conflicto e incluso, al final del proceso, permite conservar las relaciones comerciales ya establecidas.

Por otra parte, se reconoce que uno de los ejes en los que se ha fundado históricamente el desarrollo económico de los países ha sido la ejecución y la inversión en el ramo de la infraestructura pública, ya que cuando en un país se decide construir obras como autopistas, hospitales, presas, puertos marítimos, aeropuertos, etcétera, se hace con el fin de proveer bienes que satisfagan necesidades colectivas, pero además se hace con la expectativa de generar beneficios y recursos a mediano y largo plazo para continuar cumpliendo con el resto de sus obligaciones.

De esta forma y dado el riesgo que implica la inversión de recursos en la ejecución de las obras públicas, es obligación para los gobiernos asegurar las mejores condiciones de contratación que les permitan mantener en todo momento el control estricto sobre dichos recursos, de tal forma que las empresas que desean ser contratadas, además de acreditar contar con la capacidad y experiencia en el ramo de la construcción, deben ser aptas para responder ante el Estado por cualquier eventualidad que se presente antes, durante o posterior a la ejecución de la obra, siendo en ocasiones condiciones desventajosas para los particulares que desean contratar con el Estado.

En este mismo tenor, se vuelve vital que la administración pública brinde y que los particulares contratistas cuenten con los mecanismos jurídicos que aseguren para ambos la continuidad en la ejecución de los proyectos, los cuales deben incluir la solución de controversias que con motivo de la ejecución de los trabajos puedan suscitarse, es decir, que tal controversia pueda dirimirse con la mayor celeridad posible, a efecto de evitar retrasos y suspensiones que irían en perjuicio no solo de las partes, sino de la colectividad interesada en la conclusión de los trabajos.

Contrario a lo anterior, en México los contratos de obra pública por lo general otorgaban pocos medios de defensa, la mayoría de ellos tortuosos recursos administrativos que en la mayoría de las ocasiones derivaban en largos litigios donde la administración pública hacía las veces de juez y parte, dejando al particular contratista en estado de indefensión, junto a la consecuente paralización de la ejecución de las obras y la lapidación de recursos, generando desconfianza entre inversores en materia de infraestructura.

El legislador consciente de esta situación, a partir de la publicación en el D.O.F de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en Enero de 2000, se abrió la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que se susciten entre la administración y los contratistas, sin embargo, no es sino hasta Mayo de 2009, mediante reformas a dicha norma, que se reconocen las ventajas de agilidad en la resolución y economía que el arbitraje representa en comparación con la jurisdicción judicial estatal.

Desafortunadamente el legislador mexicano no realizó una reforma integral, es decir, si bien incorpora el procedimiento de arbitraje reconocido en el Código de Comercio, sujetándolo a diversos requisitos que no corresponden al procedimiento y principalmente, el legislador no contempla que arbitrar una materia que constitucional y jurisprudencialmente es considerada como de orden público, lo que genera gran incertidumbre tanto para los árbitros, así como para las partes en conflicto, haciendo impráctico e inviable que las partes pacten un arbitraje en esta materia.

Es por ello que la presente investigación y tesis tiene como objetivos los siguientes:

- I. Exponer las ventajas del proceso de arbitraje comercial, mediante una explicación del proceso a través de sus etapas, el papel del tribunal arbitral y las principales figuras que lo componen, esto dentro del Capítulo Primero.
- II. Profundizar acerca de dos figuras trascendentales para la ejecución del arbitraje, por un lado la arbitrabilidad, entendida como la posibilidad jurídica de determinada materia pueda ser o no sometida a arbitraje, y por el otro, el

orden público, conceptos que formarán parte de nuestro estudio dentro del Capítulo Segundo.

- III. Señalar las bases y los supuestos mediante los cuales la administración pública en México lleva a cabo su actividad contractual con los particulares, específicamente el contrato de obra pública, distinguiendo su naturaleza administrativa, exponiendo sus características y elementos esenciales, dentro del Capítulo Tercero.
  
- IV. Exponer las deficiencias que a nuestro juicio adolece la reforma a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, junto a los posibles inseguridades que representa la ejecución de un arbitraje en la manera apuntada en la ley, para realizar nuestra propuesta de contrarreforma a fin de hacer verdaderamente viable la posibilidad de arbitrar en materia de Obra Pública, dentro del Capítulo Cuarto.

Con los puntos anteriores, pretendemos demostrar que la inclusión del procedimiento arbitral en materia de obra pública es benéfica, que no viola de forma alguna el orden público al cual está destinada la norma, pero que sin duda debe adecuarse para lograr y promover un clima de mayor confianza y seguridad entre los involucrados en el desarrollo e impulso al ámbito de la infraestructura en el país.

## ABREVIACIONES

<b>art.</b>	Artículo
<b>arts.</b>	Artículos
<b>C. Civil</b>	Código Civil Federal
<b>C.Com.</b>	Código de Comercio
<b>Convención de Nueva York de 1958</b>	Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras
<b>CPEUM</b>	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
<b>D.O.F.</b>	Diario Oficial de la Federación
<b>LOPSRM</b>	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas
<b>LOTFJyA</b>	Ley Organica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
<b>RLOPSRM</b>	Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas
<b>TFJyA</b>	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

## **CAPITULO PRIMERO.- PRINCIPIOS RECTORES DEL ARBITRAJE COMERCIAL**

Dadas las características actuales de los negocios nacionales e internacionales, los contratantes han optado por recurrir el arbitraje comercial como una alternativa que permite resolver sus controversias, ponderando el valor económico de sus relaciones contractuales comerciales.

Dentro de este primer capítulo se abordarán las principales figuras que conforman el procedimiento arbitral comercial como la cláusula arbitral, el tribunal arbitral, el procedimiento en sí mismo, el cual concluye con el laudo final y su ejecución.

### **1.1.- MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Por medio alternativo de solución de controversias se entiende, “la gama de procedimientos que sirven como alternativas a litigio en tribunales para la solución de controversias, involucrando generalmente la asistencia e intervención de un tercero neutral e imparcial. En algunas definiciones, se excluye no solamente al litigio sino a todas las formas de solución obligatoria”.<sup>1</sup>

En México se habla de “los mecanismos de solución de conflictos autocompositivos (transacción, negociación, mediación, conciliación) y heterocompositivos (arbitraje) distintos al Sistema Judicial Nacional”.<sup>2</sup>

Mencionamos los métodos alternativos de solución de controversias más utilizados:

---

<sup>1</sup> BROW, Henry J., *ADR Principles and Practices*. Ed. Sweet & Maxwell, 2da. ed., Inglaterra, 1999, p. 376.

<sup>2</sup> AZA MANZUR, Silvia, “Memoria del Foro Regional: Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”. Tendencias Contemporáneas en Sede Judicial, México, 2006, p. 177.

## **A) Mediación**

Consiste en “un proceso por el cual las partes que se encuentran en conflicto designan a un tercero neutral para que las ayude a llegar a un arreglo o a una transacción satisfactoria, para ellas. El objetivo de la mediación es lograr una transacción voluntariamente negociada por las partes”.<sup>3</sup>

## **B) Conciliación**

Se entiende como “el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma emite una opinión carente de fuerza vinculatoria acerca de la solución más justa/adecuada de la misma”.<sup>4</sup>

## **C) Los Paneles Técnicos (Dispute Boards)**

Estos se constituyen en virtud de un acuerdo formal escrito, suscrito por las partes de un contrato principal, con el objeto de enfrentar y resolver disputas que se produzcan desde el inicio y durante el período de ejecución del contrato. Resultan útiles en contratos de construcción a mediano o largo plazo, ya que permiten resolver los conflictos durante el desarrollo de las obras, sin necesidad de paralizarlas<sup>5</sup>

Son órganos permanentes durante toda la ejecución de la obra, lo que permite a los miembros del *Dispute Boards* conocer a fondo el contrato, sus bases,

---

<sup>3</sup> MEDINA MORA, Raúl, “Mediación y Conciliación de Controversias Mercantiles”. *Pauta*, México, año 99, número 28, p. 50.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2008, p. 30.

<sup>5</sup> CHAPARRO NAVARRETE, Patricio, *Acerca de los “Dispute Boards” de la Cámara de Comercio Internacional*, Gaceta Jurídica N° 317, Chile, Noviembre de 2006, p.47.

especificaciones técnicas, su implementación y a las partes mismas”.<sup>6</sup> El sistema de *Dispute Boards* ha sido desarrollado por la Cámara de Comercio Internacional, la cual ha dictado un Reglamento para su funcionamiento, compuesto de 34 artículos, el cual contempla tres tipos de *Dispute Boards*:

**i) Dispute Review Board ("DRB"):** Constituye un método consensual de resolver desavenencias a través de “Recomendaciones”.<sup>7</sup>

**ii) Dispute Adjudication Board ("DAB"):** Emite "Decisiones" la cual deberá ser cumplida desde el momento de su recepción, quedando las partes contractualmente obligadas a cumplir la Decisión.<sup>8</sup>

**iii) Combined Dispute Board ("CDB"):** Emite Recomendaciones, sin embargo, puede emitir una Decisión cuando una parte lo solicita y ninguna otra parte se opone. En caso de oposición, el CDB decidirá en función de los criterios enunciados en el Reglamento.

**iv) Diferencia entre Decisión y Recomendación:** La principal diferencia consiste en que las partes deben acatar la Decisión sin demora a partir de su recepción, mientras que una Recomendación debe ser acatada

---

<sup>6</sup> FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (No hay fecha). *El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los "Dispute Boards o Paneles Técnico o de Expertos"* [En línea]. Disponible: [http://www.camsantiago.com/articulos\\_online\\_3.htm](http://www.camsantiago.com/articulos_online_3.htm) [2010, Noviembre 10].

<sup>7</sup> CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, “Reglamento Relativo a las Dispute Boards”, vigente a partir del 1º de septiembre de 2004, en 2006, Francia, en [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/db\\_rules\\_spanish.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/db_rules_spanish.pdf).

<sup>8</sup> *Idem*.

únicamente si ninguna de las partes expresa su desacuerdo dentro del plazo establecido.<sup>9</sup>

De esta manera el arbitraje se distingue de los mecanismos alternativos de solución de controversias por dos motivos principales:

- Los mecanismos alternativos son una etapa previa al litigio;
- El carácter vinculante de las resoluciones.

## **1.2.- EL ARBITRAJE COMERCIAL**

El vocablo arbitraje proviene del latín *adbiter*, formado por la preposición *ad*, y *arbiter* que significa “tercero que dirige a dos litigantes a resolver su controversia”.<sup>10</sup>

Se puede definir como “un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas – por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica – a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria – el laudo arbitral – que ponga fin a la diferencia entre ellas”.<sup>11</sup>

En México, la definición legal de arbitraje la encontramos en el art. 1416, (II), del C. Com., el cual señala que se entenderá por “arbitraje, cualquier procedimiento arbitral

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje. Su concepto genérico y finalidad.”, tesis aislada, amparo civil en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad Cinco Votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, pág. 432 .

<sup>11</sup> CALVO CARABACA, Alfonso, *El Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. Tecnos, S.A., 1ª ed., Madrid, 1989, p. 19.

de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”.<sup>12</sup>

Al respecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera como arbitraje: “al proceso de solución de conflictos -distinto a la jurisdicción estatal- mediante el cual se dirimen controversias entre intereses particulares y surge de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona de su confianza (física o colectiva) a la que regularmente se le llama "árbitro", "avenidor" o "arbitrador", en cuyas manos las partes eligen colocar voluntariamente la respuesta al problema que las enfrenta”.<sup>13</sup>

Por otro lado, el adjetivo comercial se relaciona con lo perteneciente o relativo al mercader, a la mercancía o a lo mercantil. El art. 1049 del C. Com. señala que: “Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4o., 75 y 76 se deriven de los actos comerciales”.<sup>14</sup> Si bien, tal ordenamiento se refiere a los litigios que se ventilan ante jueces nacionales, para efectos podemos aducir que el arbitraje será mercantil cuando su objeto sea dirimir las controversias surgidas entre comerciantes o en virtud de actos de comercio con el fin de especulación comercial.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Código de Comercio”, art. 1416, D.O.F. 27 de enero de 2011, en Leyes Federales Vigentes, México, 2010, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom.htm>.

<sup>13</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje. Su concepto genérico y finalidad.”, *Op. Cit.*, pág. 432.

<sup>14</sup> Código de Comercio, art. 1049

<sup>15</sup> Cfrs. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, Ed. Themis, 1ª ed., México, 2000, p. 52.

## 1.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

La teoría más aceptada es la teoría contractual, la cual sostiene que “la voluntad de las partes es la fuente de los derechos y obligaciones que se deriven del mismo (arbitraje) y que su ámbito de aplicación, las reglas procedimentales y otros pormenores, dependerán del acuerdo de voluntades”,<sup>16</sup> Así mismo, “el carácter vinculatorio del arbitraje se desprende del principio contractual *pacta sunt servanda*.”<sup>17</sup> La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así lo reconoce al señalar que: “el arbitraje es autocompositivo si se basa únicamente en la voluntad de las partes y en la contractualidad. Por ello, si el arbitraje se presenta por una decisión voluntaria, libre y concertada (como ocurre en los arbitrajes privados civiles o comerciales puros) sus fundamentos tendrán naturaleza meramente contractual”.<sup>18</sup>

Otras teorías como la jurisdiccional conciben “al arbitraje como una institución análoga a la administración de justicia, utilizando como último eslabón argumentativo que la efectividad del arbitraje depende, en última instancia del poder estatal”.<sup>19</sup>

Por su parte, la teoría mixta señala que “el arbitraje es una institución *sui generis*, de naturaleza mixta, en la que conviven, como un todo indisoluble, el origen contractual

---

<sup>16</sup> CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias*. Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2004, p. 31.

<sup>17</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. Cit.* p. 60.

<sup>18</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje, sus modalidades genéricas.”, tesis aislada, amparo civil en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad Cinco Votos, Novena Época, Primera Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX*, Septiembre de 2009, pág. 434

<sup>19</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Op. Cit.* p.14.

del mismo y la teleología jurisdiccional que, en última instancia explica su aparición”.<sup>20</sup>

Finalmente, la teoría autónoma explica al arbitraje a través de su función al sostener que “los que utilizan el arbitraje buscan un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo diseñado a satisfacer ciertas características del caso en particular, esperaban que los árbitros fueran imparciales y justos, que el laudo que eventualmente se emitiera fuera final y vinculatorio, y de fácil ejecución”.<sup>21</sup>

Coincidimos que sin duda el origen de todo proceso arbitral es un acuerdo de voluntades, no obstante compartimos lo apuntado por la teoría autónoma en cuanto a que el desarrollo del arbitraje debe alejarse de formalismos procesales.

### **1.3.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL**

Son varias las razones por las cuales los comerciantes recurren al arbitraje, sin embargo, no debemos perder de vista que también existen desventajas en el mismo.

#### **1.3.1. VENTAJAS**

##### **A) Flexibilidad**

En el procedimiento arbitral no existe un manual estándar que contenga normas procesales detalladas que deban seguirse para realizarlo. “Los árbitros y las partes tienen libertad para determinar por sí mismos los procedimientos que mejor se

---

<sup>20</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso, *Op. Cit.* p. 22.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Op. Cit.* p.14.

adopten a las circunstancias particulares de la controversia específica en la que participan”,<sup>22</sup> basta con respetar la igualdad de derechos y defensa de ambas partes.

## **B) Celeridad**

Las partes tienen la libertad de fijar plazos y etapas procedimentales, haciendo de este un procedimiento rápido sin tantos obstáculos innecesarios como los propios del procedimiento judicial.<sup>23</sup>

## **C) Confidencialidad**

Al mantener de forma privada todos los documentos del procedimiento arbitral, se permite a las partes involucradas mantener su reputación y buen nombre dentro del mercado, fundamental en el tráfico comercial cotidiano. Sin embargo, cuando en un arbitraje “una de las partes involucradas es un gobierno o un órgano gubernamental, ni el acuerdo de arbitraje ni las facultades procesales generales se extenderán con un alcance tal que pueda imponerles a la parte oficial un régimen de confidencialidad o secreto que efectivamente destruya o restrinja el deber general del gobierno de perseguir el interés público”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> HUNTER, Martin, et al. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Ed. Thomson, Inglaterra, 2003, p. 86.

<sup>23</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ – VALADEZ, Carlos, *México ante el Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. Porrúa, 1ª ed, México, 1999, p. 60.

<sup>24</sup> HUNTER, Martín et al., *Op. Cit.* p. 94.

## **D) Neutralidad**

En el comercio actual es normal que las partes provengan de jurisdicciones diferentes, por lo que “la remisión a arbitraje significa que la controversia probablemente será resuelta en una jurisdicción neutral”.<sup>25</sup>

## **D) Especialidad**

Las personas que integren al órgano arbitral, pueden ser expertas en determinadas materias, dado que “un tribunal arbitral que cuente con la debida experiencia debería ser capaz de comprender rápidamente los puntos más importantes de que se discuten, sean de hecho o de derecho, y así ahorrar tiempo y dinero a las partes, además de ofrecerles la posibilidad de asegurarse un laudo razonable”.<sup>26</sup>

### **1.3.2. DESVENTAJAS**

#### **A) Costos**

Debe tomarse en cuenta que en el arbitraje comercial, los honorarios y gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos, siempre correrán a cargo de las partes. Por lo tanto, es poco probable que un arbitraje resulte menos costoso que un proceso judicial.

#### **B) Limites a las Facultades de los Árbitros**

Al respecto, “si bien las facultades conferidas a los árbitros suelen resultar adecuadas a los efectos de resolver las cuestiones sometidas al arbitraje, éstas son

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 85

<sup>26</sup> *Idem*.

los por lo general, más restringidas que las que posee un Tribunal Judicial”<sup>27</sup>. Por lo tanto, en cuestiones como la adopción de medidas precautorias, el tribunal arbitral deberá solicitar el apoyo de un juez para su ejecución.

### **C) Procedimientos Paralelos**

Los litigantes suelen promover un procedimiento judicial paralelo a la par del arbitraje, para buscar ventajas u hostigar a la contraparte. Esta medida puede acarrear diversos problemas en el arbitraje, entre ellos que las decisiones a que se lleguen puedan ser contradictorias entre los jueces y los árbitros.

#### **1.4.- EL ACUERDO DE ARBITRAJE**

Para que el arbitraje comercial exista, es requisito que las partes lo hayan pactado a través de la inserción de una cláusula arbitral en el contrato o a través de un compromiso arbitral, los cuales tienen un contenido específico.

La definición legal la encontramos en el art. 1416, (I), del C. Com. que establece :

“I. Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente [...]”<sup>28</sup>

##### **1.4.1. CONTENIDO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE**

La cláusula arbitral o el compromiso arbitral contienen elementos particulares:

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Código de Comercio, art. 1416.

## A) Acuerdo por Escrito y Firmado por las Partes

La forma escrita se prevé en el art. 1423 del C.Com.,<sup>29</sup> así como en el art. II (1) y (2), de la Convención de Nueva York de 1958,<sup>30</sup> aplicable a la ejecución de laudos extranjeros, de cuya interpretación se infiere que la finalidad de la forma escrita del acuerdo de arbitraje es dejar constancia de la manifestación de la voluntad y el consentimiento de las partes para someter la resolución de sus disputas a arbitraje, toda vez que “la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, sin embargo, ello debe constar de manera expresa e indubitable, es decir, revelando la voluntad de las partes”.<sup>31</sup>

Así mismo, “la consignación puede también hacerse por intercambio de cartas, télex, telegrama, facsímil u otros medios de telecomunicaciones”.<sup>32</sup> De esta forma a la luz del art. 93 del C.Com.,<sup>33</sup> un correo electrónico puede ser un “escrito” en el sentido de la ley, quedando así el requisito quirografario de la firma dispensado, ya que lo importante es la prueba de que la parte requerida al arbitraje emitió su consentimiento en la participación del procedimiento. Aunque no dudamos que el requisito de la firma del acuerdo arbitral pueda ser relevado en la actividad comercial

---

<sup>29</sup> *Ibidem.* art. 1423.

<sup>30</sup> “Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras”, Nueva York, 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971 en PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Ed. Limusa, México, 2009.

<sup>31</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Arbitraje. Debe constar de manera expresa e indubitable la voluntad de las partes de celebrarlo.”, tesis aislada, amparo civil en revisión 442/2004, Concopra, S.A. de C.V. y otra, 14 de diciembre de 2004, Mayoría de votos, Novena Época, T.C.C., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI*, Abril de 2005, pág. 1344.

<sup>32</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Ed. Limusa, México, 2009.

<sup>33</sup> Código de Comercio, art. 93.

actual, consideramos que este seguirá siendo un requisito formal para exteriorizar el consentimiento en arbitrar una disputa.

## **B) Cláusula Arbitral Incorporada por Referencia**

La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje.<sup>34</sup> Esto “significa que debe ser el deseo de las partes que la misma forme parte del conjunto de derechos y obligaciones que rigen la relación jurídica. Al respecto lo único que requiere la ley de arbitraje es que la referencia abarque el acuerdo arbitral”.<sup>35</sup>

## **C) Alcance de la Cláusula Arbitral**

Este término denota el conjunto de controversias que se ventilan bajo la vigencia de la misma. “Cuando las partes convienen el arbitraje, su intención es resolver por este medio todas las diferencias que surjan entre ellas, a menos que se establezca una excepción específica. En consecuencia, conviene redactar el acuerdo arbitral en términos amplios e inclusivos”,<sup>36</sup> mediante expresiones tales como *“todas las desavenencias que se deriven de este contrato”* o *“todas las desavenencias que se deriven de este contrato o que guarden relación con este contrato”*,<sup>37</sup> las cuales denotan de forma amplia las controversias que serán sometidas a arbitraje.

---

<sup>34</sup> Código de Comercio, art. 1423.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.* p. 67

<sup>36</sup> HUNTER, Martin et al, *Op. Cit.* p. 246.

<sup>37</sup> Cfrs. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, et al., *Manual de Arbitraje Comercial*, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2004, p.68.

## D) Sede del Arbitraje y *Lex Arbitri*

La determinación de la sede del arbitraje reviste una suma importancia, ya que la sede determina la ley que rige los procedimientos arbitrales denominada *lex arbitri*.

Las partes que celebren un acuerdo arbitral pueden libremente pactar la sede del arbitraje, o en caso de omisión, lo hará el tribunal arbitral considerando las particularidades del caso. La sede del arbitraje, no necesariamente será el mismo lugar donde se realicen audiencias o diligencias, sin embargo será la *lex arbitri* la ley que las rija.<sup>38</sup>

Para la determinación de la sede del arbitraje es importante considerar dos factores:

- 1) La idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral;
- 2) La existencia de un tratado multilateral o bilateral en vigor entre el Estado en que se tenga el arbitraje y el Estado o los Estados donde presumiblemente se vaya a ejecutar el laudo.<sup>39</sup>

La *lex arbitri*, se define como “un conjunto de normas que definen, para la realización del arbitraje, un estándar ajeno al acuerdo arbitral y a los deseos de las partes”,<sup>40</sup> de esta manera, la *lex arbitri* es un vínculo jurídico que liga al arbitraje con la sede del mismo.

---

<sup>38</sup> Código de Comercio art. 1436.

<sup>39</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, p. 177.

<sup>40</sup> HUNTER, Martín et al., Op. Cit. p.155.

La *lex arbitri* podrá abarcar la definición y forma del acuerdo arbitral; la determinación de si las controversias pueden o no someterse a arbitraje; la constitución del Tribunal arbitral y sus causales de recusación; el trato equitativo de las partes; la libertad de establecer normas procesales detalladas; las medidas cautelares; los escritos de demanda y contestación; las audiencias; los procesos en rebeldía; la asistencia judicial; las facultades de los árbitros; la forma y validez del laudo arbitral y el carácter definitivo del laudo, incluido el derecho a impugnarlo ante los tribunales de justicia del lugar del arbitraje.

Lo que es importante entender es “el tipo de materias que son gobernados por la *lex arbitri*, y como esta ley interactúa con las reglas elegidas por las partes, y con la ley sustantiva que gobierna el resto del contrato”.<sup>41</sup> Es importante aclarar que el procedimiento arbitral será regido por la *lex arbitri*, en ausencia de reglas pactadas por las partes o las del reglamento de la institución que hayan elegido.

### **E) Ley Aplicable al Fondo de la Controversia**

Las partes de un contrato pueden válidamente elegir el derecho que se aplicará a la interpretación y validez del mismo en caso de controversia. En caso de omisión corresponderá a los árbitros designarla.<sup>42</sup> De esta manera las partes pueden incluso someter el fondo de la controversia a las normas o principios que deseen, inclusive a Normas Oficiales Mexicanas, INCOTERMS o cualesquiera otras normas que así se requiera.

---

<sup>41</sup> MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Ed. Cambridge University Press, 1ª ed., Estados Unidos de América, 2008, p. 65.

<sup>42</sup> Código de Comercio, art. 1445.

## F) Arbitraje Institucional o Ad Hoc

Las partes pueden optar por llevar a cabo el arbitraje *ad hoc* o ante una institución profesional en administración de arbitrajes, dependiendo de las características de la controversia, debiéndose señalar expresamente en la cláusula o convenio arbitral.<sup>43</sup>

**(i) Arbitraje Ad Hoc:** “es aquel realizado de conformidad con las normas acordadas por las propias partes o establecidas por el tribunal arbitral. Las partes tienen la libertad para negociar y establecer las normas procesales que resultarán aplicables, siempre que con arreglo a éstas las partes reciban un trato equitativo y se le brinde a cada una la oportunidad razonable de exponer su postura”.<sup>44</sup>

La mayor ventaja del arbitraje *Ad hoc* consiste en la posibilidad de estructurarlo de modo tal que se adecue a los deseos de las partes y los hechos de determinada controversia. La principal desventaja consiste en que las partes suelen incurrir en errores, al elaborar las reglas por las que se regirá el procedimiento arbitral. Su eficacia dependerá de la cooperación de las partes y sus abogados, además del respaldo de la *lex arbitri*.

**(ii) Arbitraje Institucional:** “hace referencia, por una parte a que precisamente es una institución la que administra el arbitraje, pero la expresión también alude a las reglas de procedimiento de la institución conforme a las cuales se conduce”.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, art. 1417, fracción (I).

<sup>44</sup> HUNTER, Martín, *Op. Cit.*, p. 115.

<sup>45</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. Cit.*, p. 40.

Dentro de las ventajas se mencionan la incorporación automática a un reglamento y el apoyo en cuanto a la logística para la realización del arbitraje. La principal desventaja es el costo los cuales por lo general son *ad valorem* dependiendo de las cuantías involucradas en los arbitrajes.

### **G) Idioma del Arbitraje**

Las partes podrán seleccionar el idioma del arbitraje que será aplicable a todos los escritos, las audiencias, las comunicaciones y al laudo que emita el tribunal arbitral, o en ausencia de acuerdo, al tribunal arbitral.<sup>46</sup>

Para la elección del idioma, se debe considerar tanto la familiaridad de las partes con el mismo; el idioma de la mayoría de los documentos en que se sustentan las pretensiones de las partes; y el idioma que implicará menos costos en cuantos a necesidades de traducción.

### **1.4.2. AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL**

Es uno de los cimientos del procedimiento arbitral, el cual se encuentra reconocido en el primer párrafo del art. 1432 del C. Com. el cual indica que:

“[...] A ese efecto la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria [...]”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Código de Comercio, art. 1438.

<sup>47</sup> Código de Comercio, art. 1432.

En México este principio se ha reconocido considerándose que la cláusula compromisoria “es un contrato autónomo con vida jurídica propia, porque la cláusula compromisoria es independiente de las demás estipulaciones del contrato”.<sup>48</sup>

Por lo tanto a través de esta ficción jurídica, la cláusula arbitral virtualmente se separa del resto de las estipulaciones contractuales, por lo que en caso de nulidad del contrato principal, la cláusula arbitral continuaría en vigencia y surtiendo sus efectos para las partes, rompiendo así el principio general de derecho que indica que “la suerte de lo accesorio, sigue la suerte de lo principal”.

Los efectos de esta ficción jurídica, consisten “proteger la integridad del acuerdo de arbitraje y asegurar que la intención de las partes de someterse a arbitraje no será fácilmente reputada. De esta forma también protege la jurisdicción del tribunal arbitral, asegurando que pueda decidir sobre el fondo de la controversia”.<sup>49</sup>

### **1.5.- TRIBUNAL ARBITRAL**

En el arbitraje comercial, las partes pueden designar a las personas que por sus conocimientos o habilidades consideren aptos para resolver la controversia.

El tribunal arbitral se integra para cada caso en específico y su existencia depende directamente del procedimiento arbitral para el cual se constituyo.

---

<sup>48</sup> DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Arbitraje. Cuando alguna de las partes que interviene en ese acuerdo ejerce la acción prevista en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio, corresponde resolverla al juez de primera instancia y no al árbitro”, tesis aislada, amparo civil en revisión 31/2005, Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V., 1 de marzo de 2005, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005, pág. 1416.

<sup>49</sup> KRÖLL, Stefan, et al., *Comparative International Arbitration*, Ed. Kluwer International Law, Países Bajos, 2003. §6-10.

### **1.5.1. ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS**

El procedimiento de selección, así como el número de árbitros, es recomendable que se acuerde en la cláusula arbitral, sin embargo la imprevisibilidad de las disputas, permite a las partes determinarlos hasta el momento en que surja la controversia.

#### **A) Número de Árbitros**

Las partes de un arbitraje se encuentran en absoluta libertad de designar el número de árbitros que consideren pertinentes, solo a falta de tal acuerdo, será designado un solo árbitro.<sup>50</sup>

No obstante, en la práctica se considera que “si la futura controversia va a ser cuantiosa y su materia compleja lo correcto es optar por un tribunal arbitral colegiado; por el contrario si el monto en litigio no es muy cuantioso es un asunto para ser resuelto por un árbitro único”.<sup>51</sup>

#### **B) Designación de Árbitros**

Las partes serán libres para determinar el método de designación de los árbitros.<sup>52</sup> Así mismo se contempla la posibilidad de que en ausencia de acuerdo, y a petición de parte, se podrá recurrir ante el juez para que realice la designación, en este caso y ante el riesgo de que la designación hecha por el juez recaiga en una persona

---

<sup>50</sup> Código de Comercio, art. 1426.

<sup>51</sup> GÓMEZ RUANO, Sofía et al., *Manual de Arbitraje Comercial*, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2004, p. 74.

<sup>52</sup> Código de Comercio, art. 1427.

inadecuada, el mismo ordenamiento dispone los criterios a los que deberá ceñirse el juez para la designación, así como la forma en que las partes deberán solicitarlo.<sup>53</sup>

## **1.5.2. DEBERES DE LOS ÁRBITROS**

En el arbitraje comercial existe la presunción de que “aún en el caso de que lo haya designado una de las partes, el árbitro será independiente e imparcial”.<sup>54</sup>

### **A) Independencia**

Se trata de un elemento objetivo, consistente en que el árbitro designado no guarde algún tipo de relación ya sea financiera o de negocios con la parte que lo designa.

### **B) Imparcialidad**

Es un criterio subjetivo, consistente en la ausencia de preferencia o riesgo de preferencia, que deben guardar los árbitros de una de las partes en el arbitraje o una postura en el asunto, en particular por aquella que lo designa.

### **C) Neutralidad**

El árbitro debe ser capaz de aplicar de forma imparcial y objetiva en la valoración de pruebas y alegatos presentados por ambas partes, a pesar de tener predisposición hacia alguna de las partes particularmente por aquella que lo nombro.

---

<sup>53</sup> Código de Comercio, art. 1466 y 1467.

<sup>54</sup> HUNTER, Martín et al., *Op. Cit.* p. 303.

## **D) Deber de Revelación**

El posible árbitro deberá revelar cualquier circunstancia relevante que pueda poner en duda su independencia e imparcialidad y considerarse como causal de recusación.<sup>55</sup> Relevante es aquella información que ponga en duda la independencia o la imparcialidad de los árbitros. Por lo tanto, "lo importante no es tanto la inexistencia de los vínculos sino la falta de conocimiento de los mismos".<sup>56</sup>

### **1.5.3. OBLIGACIONES DE LOS ÁRBITROS**

Los árbitros están sujetos tanto a las obligaciones impuestas por las partes, así como por las impuestas por la ley, siendo la más importante, la conducción del procedimiento arbitral hasta su conclusión con un laudo obligatorio. Las partes tendrán la libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, y solo en ausencia de convenio el tribunal arbitral podrá dirigirlo del modo que considere apropiado".<sup>57</sup>

Esto es así, dada la relación contractual que los árbitros guardan con las partes, que "obliga al árbitro a prestar el servicio profesional de resolución de controversias mediante el arbitraje y a las partes a pagar por sus servicios".<sup>58</sup> En el desempeño de su encargo los árbitros deben actuar con debida diligencia, entendida como, "el deber que tienen todos los hombres de evitar el daño usando todos los medios

---

<sup>55</sup> Código de Comercio, art. 1428.

<sup>56</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *El Arbitro*, Ed. Porrúa, 1ª ed. México, 2008, p.43.

<sup>57</sup> Código de Comercio, art. 1435.

<sup>58</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel et al., *Op. Cit.* p. 160

posibles”,<sup>59</sup> en derecho arbitral se traduce como la obligación de tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas la oportunidad de hacer valer sus derechos.<sup>60</sup>

El incumplimiento a tal obligación puede dar pie a la responsabilidad por parte de los árbitros. Por ello, los árbitros deberán gozar de protección frente a las acciones legales que alguna de las partes, generalmente la vencida, podría intentar para vulnerar la efectividad del arbitraje. Esto puede lograrse a través de la renuncia a reclamar responsabilidad por culpa conforme los artículos 2106 y 2110 del Código Civil Federal.<sup>61</sup> De esta forma los únicos casos en que el árbitro podrá incurrir en responsabilidad, serían debidos a una “notoria inobservancia de la ley; o cuando exista un incumplimiento de cargas procesales estrictas”,<sup>62</sup> en contra de alguna de las partes.

#### **1.5.4. FACULTAD PARA DECIDIR SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA (KOMPETENZ – KOMPETENZ)**

Interrelacionado con la teoría de la autonomía de la cláusula arbitral, el principio del *kompetenz – kompetenz*, supone que los árbitros “son competentes para determinar su propia competencia, es decir, que tienen la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción para escuchar y resolver la disputa planteada ante ellos”,<sup>63</sup> tal como se

---

<sup>59</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, voz “Diligencia”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 1993.

<sup>60</sup> Código de Comercio, art. 1434.

<sup>61</sup> Código Civil Federal, art. 2606, D.O.F. 10 de enero de 2010, Agenda Civil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010, art. 2106.

<sup>62</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>63</sup> MOSES, Margareth L. *Op. Cit.* p. 88.

reconoce en el art. 1436 del C. Com., conforme al cual la decisión sobre la competencia, así como la validez de la cláusula arbitral corresponde originariamente al tribunal arbitral. Sin embargo, ésta es solo una regla de prioridad temporal, ya que las partes siempre podrán recurrir a los tribunales estatales a quienes corresponderá, en segunda y definitiva instancia, determinar si el tribunal arbitral es competente para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral, lo que indiscutiblemente entraña la decisión sobre la competencia de los árbitros para conocer sobre la disputa.<sup>64</sup>

En México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fundamento en el primer párrafo del artículo 1424 del C. Com. sostuvo que corresponde en primer lugar a los jueces la determinación sobre la validez de la cláusula arbitral y por consiguiente de la competencia de los árbitros, rompiendo así la regla de prioridad sobre la jurisdicción, desconociendo así mismo el deber de remisión a cargo de los jueces.<sup>65</sup>

Pese a ello, mediante las recientes reformas al C.Com, se ha reconocido el “efecto negativo” del principio de Kompetenz – Kompetenz, al establecerse la remisión inmediata al arbitraje, previa vista de todas las partes,<sup>66</sup> salvo que se demuestre mediante sentencia o laudo arbitral firmes que el acuerdo arbitral es nulo, o bien, en términos del 1424 de C. Com., se compruebe que la nulidad, la ineficacia o la

---

<sup>64</sup> Código de Comercio, art. 1432.

<sup>65</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje Comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 142 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al tribunal arbitral”, tesis de jurisprudencia 1a./J.25/2005 por contradicción de tesis 51/2005PS, 11 de enero de 2006, Mayoría de tres votos, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Septiembre de 2006, pág. 5.

<sup>66</sup> Código de Comercio, art. 1464.

imposible ejecución son notorias desde el desahogo de la vista a las partes.<sup>67</sup> En otras palabras, la aceptación del deber de los jueces de remitir a las partes al arbitraje significa simplemente que los tribunales, al momento de una determinación *prima facie* sobre la existencia de un acuerdo de arbitraje válido, dejará a los arbitros que se pronuncien sobre la cuestión y recuperará su control completo al final del proceso arbitral, después del laudo dictado por el tribunal arbitral.<sup>68</sup>

### 1.5.5. RECUSACIÓN DE ÁRBITROS

En cuanto a la recusación de árbitros, se deberá a dos causales: (i) la existencia de circunstancias que pongan en duda la imparcialidad e independencia de los árbitros; y (ii) solo en caso en que los árbitros no cumplan con las cualidades impuestas por las partes.<sup>69</sup>

El procedimiento de recusación, deberá entablarse ante el mismo tribunal arbitral.<sup>70</sup> Si la recusación no prosperase, la parte recusante puede entablarla ante el juez, mediante el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, siendo esta última decisión inapelable.<sup>71</sup> Mientras esté pendiente la resolución del juez, el tribunal, incluyendo el árbitro recusado podrán a su discreción continuar con el procedimiento, considerando la viabilidad de la recusación. En cuanto al

---

<sup>67</sup> Código de Comercio, art. 1465.

<sup>68</sup> *Cfrs.* GAILLARD Emmanuel et al, *Enforcement of Arbitration And International Arbitral Awards. The New York Convention In Practice*, Ed. Cameron May Ltd, Inglaterra, 2008, p. 257.

<sup>69</sup> Código de Comercio, art. 1428.

<sup>70</sup> *Ibidem.* art. 1429

<sup>71</sup> *Ibidem.* arts. 1470 a 1476.

procedimiento para cubrir las vacantes por lo general será el mismo por el que se opto para la designación original.<sup>72</sup>

### **1.5.6. OBJECIONES A SU COMPETENCIA**

Ésta deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación a la demanda arbitral.<sup>73</sup> La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato.<sup>74</sup> Cualquier objeción, debe ser revisada y resuelta en primera instancia por los árbitros, pudiendo recurrirse mediante el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje ante el juez nacional.<sup>75</sup>

## **1.6.- EL PROCESO ARBITRAL**

Dentro del presente punto realizaremos una descripción de los principales momentos procesales de los que consta el arbitraje comercial.

### **1.6.1. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO**

Bastará con una notificación del inicio del procedimiento,<sup>76</sup> consistente en “una breve referencia a las pretensiones así como las alternativas propuestas para su solución, siendo suficiente informar a la otra parte el inicio de los procedimiento arbitrales y la

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, art. 1431.

<sup>73</sup> *Ibidem*, art. 1432.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Código de Comercio, arts. 1470 a 1476.

<sup>76</sup> *Ibidem*, art. 1437.

naturaleza de la disputa. Una demanda que incluya la totalidad de las pretensiones además de los documentos base y pruebas deberán ser presentados en una etapa posterior, una vez que el tribunal arbitral se encuentre constituido”.<sup>77</sup> Es importante que las partes precisen con exactitud el momento en que se debe tener por iniciado el procedimiento arbitral, para efectos de la interrupción de la prescripción.

En la demanda, el actor deberá expresar los hechos en que se funda, los puntos controvertidos, así como las prestaciones que reclama; y el demandado deberá referirse a todo lo planteado en la demanda. Cuando haya reconvención, ésta se hará valer en la contestación de demanda y deberá cumplir los requisitos de la demanda arbitral.<sup>78</sup>

### **1.6.2. LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS**

Las partes deberán aportar medios de convicción que permitan a los árbitros, arribar a la determinación de los puntos controvertidos, a efecto de resolver la controversia.<sup>79</sup>

Consideramos que los principios consistentes en que: “a) la parte actora debe probar los fundamentos de hecho de su pretensión y la parte demandada los de su excepción o defensa, y b) sólo el que afirma tiene la carga de la prueba de sus

---

<sup>77</sup> KROLL, Stefan, *Op. Cit.* §20-36

<sup>78</sup> Código de Comercio, art. 1439.

<sup>79</sup> *Ibid.*

afirmaciones de hecho; el que niega, sólo debe probar en los casos excepcionales previstos por la ley”,<sup>80</sup> son válidamente aplicables al arbitraje.

El tribunal arbitral deberá tomar en cuenta para la admisión y valoración de las pruebas: la complejidad del litigio; el grado de verosimilitud de los hechos que se pretenden probar; la conducta procesal de las partes, evitando el abuso del procedimiento; la oportunidad del anuncio de la prueba; y la contundencia, en su caso, de otras pruebas ya ofrecidas por la oferente.<sup>81</sup>

### **1.6.3. DICTAR MEDIDAS PRECAUTORIAS, DEFINITIVAS O PROVISIONALES**

Las medidas provisionales están “destinadas a mantener la situación de hecho o de derecho con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al tribunal arbitral que ventila el asunto del fondo”.<sup>82</sup> El tribunal arbitral podrá, a petición de una de alguna de las partes, ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto del litigio, pudiendo solicitar garantía suficiente en relación con esas medidas.<sup>83</sup>

Por lo tanto, el tribunal arbitral al emitir medidas precautorias, deberá hacerlo siempre que dichas medidas se justifiquen, que no afecten a terceros y que versen sobre el objeto de la controversia, ponderando:

---

<sup>80</sup> OVALLE FABELA, José, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford, 6ª ed., México, 2009, p. 322.

<sup>81</sup> Cfrs. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. Cit.* p.188.

<sup>82</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje*, p. 324.

<sup>83</sup> Código de Comercio, art. 1433.

- La existencia de urgencia de un posible daño irreparable o que no sea corregible mediante una indemnización monetaria;
- Los daños o perjuicios que se le podrían ocasionar a la parte obligada a cumplir la medida cautelar;
- La compatibilidad de la medida que se concedería, con la ley del lugar donde se aplicaría la misma;
- Que el cumplimiento de la medida pueda realizarse por las partes, pues si el cumplimiento corresponde a un tercero, la medida debe ser dictada por el juez nacional;

El tribunal arbitral deberá tomar “en cuenta el incumplimiento de una de las partes a la medida cautelar, al resolver sobre el final del laudo, y particularmente en cuanto a la apreciación de daños”.<sup>84</sup>

#### **1.6.4. EL AUXILIO DE LOS JUECES NACIONALES**

Dentro del procedimiento arbitral, lo ideal es evitar la intervención de un juez estatal.<sup>85</sup> Sin embargo, el tribunal arbitral al carecer del poder de *imperium*, requiere de los tribunales nacionales para lograr coercitivamente que alguien realice u omita una acción, ya sea alguna de las partes o los terceros ajenos a la controversia arbitral.

---

<sup>84</sup> HOLTZMANN, Howard M. et al, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Comentario*, Ed. Kluwer Law and Taxation Publishers, Países Bajos, 1989, citado por GRAHAM TAPIA, Enrique L. *Op. Cit.* p. 267.

<sup>85</sup> Código de Comercio, art. 1421.

Así, el juez mexicano puede válidamente intervenir en soporte al arbitraje tratándose de la “solicitud de medidas cautelares, nombramiento, recusación o remoción de árbitro, cuando opuesta la excepción de incompetencia el tribunal arbitral la desestime, desahogo de pruebas, observaciones respecto de los honorarios de los integrantes del tribunal, anulación de laudos definitivos y reconocimiento y ejecución de laudos”,<sup>86</sup> las cuales se ventilarán ya sea mediante jurisdicción voluntaria<sup>87</sup> o a través del juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje.<sup>88</sup>

Por otra parte, el rol de los jueces también consiste en asegurar que el arbitraje, tenga cierto grado de imparcialidad, que no sea un sistema fraudulento, corrupto, o carente de los elementos esenciales del debido proceso.<sup>89</sup>

## **1.7.- EL LAUDO ARBITRAL**

Cabe dejar apuntado que “la diferencia entre un laudo final y los demás laudos, es que el laudo final resuelve todos los puntos sometidos a arbitraje, es esencialmente el último laudo que da por concluida la labor del tribunal arbitral”.<sup>90</sup>

### **1.7.1. TIPOS DE LAUDO**

Dentro del procedimiento arbitral, los árbitros podrán emitir diversos laudos:

---

<sup>86</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Nulidad de actos dentro del procedimiento arbitral mercantil. No corresponde su conocimiento a un tribunal judicial”, tesis aislada, amparo directo 350/2006, Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V., 8 de septiembre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Marzo de 2007, pág. 1730.

<sup>87</sup> Código de Comercio, art. 1466.

<sup>88</sup> Ibidem. arts. 1470 a 1476.

<sup>89</sup> MOSES, Margaret L., *Op. Cit.* p. 84.

<sup>90</sup> HUNTER, Martin et al., *Op. Cit.* p. 496.

### **A) De Previo y Especial Pronunciamiento**

Se dictan cuando existan cuestiones que deban determinarse previo el inicio del arbitraje, como el laudo mediante el cual el tribunal arbitral admite o rechaza su competencia, en este caso, dado que de dicha cuestión depende la continuación del arbitraje, se admite que el árbitro decida por laudo separado.

### **B) De Trámite**

También conocidos como “órdenes procesales” tienen que versar únicamente sobre asuntos de procedimiento. Las órdenes no son definitivas, no tienen fuerza de cosa juzgada, no vinculan a los árbitros y pueden ser modificadas por los mismos, obligan solo a las partes, no existe requisito o formalidad alguno que observar y no son susceptibles de recurso alguno.

### **C) Laudos Adicionales**

Los árbitros podrán emitir, a petición de parte, un laudo adicional que resuelva una pretensión que les haya sido sometida y que hayan omitido resolver. La posibilidad de emitir un laudo adicional está contemplada en el art. 1451 del C. Com.<sup>91</sup>

### **D) Laudos Parciales**

Es aquel que decide cuestiones que tendrían que decidirse en el laudo final, sin embargo su resolución se genera en el transcurso de las actuaciones. Para la emisión de este tipo de laudo, el tribunal arbitral debe estar plenamente facultado para ello,

---

<sup>91</sup> Código de Comercio, art. 1451.

ya sea mediante la cláusula arbitral, por la *lex arbitri* o las reglas del procedimiento a que se encuentre sometido.

### **E) Laudos Convenidos**

En caso que las partes durante el desarrollo del procedimiento arbitral lleguen a un acuerdo o transacción, el tribunal arbitral tiene la obligación, a petición de ambas partes, de elevarlo a laudo definitivo de conformidad con el art. 1447 del C.Com.<sup>92</sup>

#### **1.7.2. LAUDO FINAL**

De conformidad con el art. 1448 del C. Com.,<sup>93</sup> dentro del laudo final el tribunal arbitral deberá pronunciarse sobre su jurisdicción para resolver la controversia y deberá resolver en definitiva cada uno de los puntos controvertidos, cuidando que el laudo no resuelva de menos o de forma tal que exceda su mandato, cumpliendo las normas del procedimiento arbitral en cuanto a la emisión del laudo. Así mismo, deberá fundar y motivar su resolución, referirse al pago de costas y cumplir con los requisitos especiales que le imponga la institución arbitral si fuere el caso. El laudo deberá constar por escrito, deberá ser firmado por el tribunal arbitral, haciéndose constar el lugar y fecha donde es pronunciado y notificado a las partes.

En el laudo final se impondrán las penas correspondientes a la parte vencida consistentes en:

---

<sup>92</sup> Código de Comercio, art. 1447.

<sup>93</sup> Código de Comercio, art. 1448.

- **Compensación económica:** La mayoría de los laudos resuelven sobre el pago de una suma de dinero que deberá efectuar una de las partes a la otra, en virtud de un contrato o por indemnización por daños y perjuicios.
- **Cumplimiento forzoso:** Si el tribunal arbitral se encuentra facultado para ello, podrá condenar a una de las partes al cumplimiento forzoso de un contrato.
- **Intereses y costas del arbitraje:** El laudo por el que se establece la obligación de pago de una suma de dinero incluye generalmente intereses, pudiendo ir acompañado de costas en el arbitraje.

El principal efecto del laudo final es su fuerza de cosa juzgada, esto significa “que las mismas cuestiones no pueden ser arbitradas o litigadas de nuevo entre las mismas partes”<sup>94</sup>. Además solo el laudo final puede ser reconocido y ejecutado bajo las convenciones internacionales.

### **1.7.3. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL**

Al final del arbitraje se espera que la parte que resultó vencida cumpla de forma voluntaria con lo impuesto en el laudo arbitral. Si esto no ocurre así, la parte que lo requiera debe solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo ante la jurisdicción que crea más conveniente.

---

<sup>94</sup> MOSES, Margaret L., *Op. Cit.* p. 188.

El reconocimiento del laudo se define como “el acto formal de declarar que un laudo es final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes, aunque ello no implique su ejecución”.<sup>95</sup>

Por otro lado, la ejecución “constituye el mecanismo por virtud del cual, mediante la intervención judicial y con el posible uso de la fuerza pública, se cumplen coactivamente los resolutivos del laudo arbitral”.<sup>96</sup> “Cuando un tribunal nacional ordena la ejecución de la sentencia lo hace porque reconoce la validez del laudo y su carácter vinculante para las partes, y por lo tanto su aptitud para ser ejecutada”.<sup>97</sup>

En cuanto a los requisitos para su ejecución, de acuerdo con los artículos IV de la Convención de Nueva York de 1958<sup>98</sup> y 1461 del C.Com.,<sup>99</sup> basta con presentar el original del laudo arbitral con las firmas autógrafas en el mismo, y de ser necesario acompañarlo con su traducción por perito autorizado al idioma del lugar donde se pretenda su ejecución.

Respecto al procedimiento de ejecución en México, se tramitará conforme al juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje.<sup>100</sup> En la ejecución, deberá aplicarse el principio de trato no discriminatorio, en virtud del cual el juez no deberá exigir mayores requisitos para ejecutar un laudo extranjero que para ejecutar un laudo nacional.

---

<sup>95</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, *Op. Cit.* p. 399.

<sup>96</sup> *Idem.*

<sup>97</sup> HUNTER, Martin et al., *Op. Cit.* p. 597.

<sup>98</sup> Convención de Nueva York de 1958, art. IV.

<sup>99</sup> Código de Comercio, art. 1461.

<sup>100</sup> *Ibidem*, arts. 1471.

Toda vez que los artículos relevantes para la nulidad y denegación de ejecución atienden a palabras como “solo” y “podrá”, el juez ante el que se solicite el reconocimiento o ejecución tiene la más amplia discreción para decidir entre ejecutar o no el laudo.

#### **1.7.4. NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL**

Por efecto de la nulidad “el laudo quedará sin efectos a partir de la fecha que así lo declare el juez competente, sujeto a los términos de la declaración judicial”,<sup>101</sup> por lo tanto no será ejecutable por los tribunales del lugar del arbitraje, ni por los tribunales nacionales de cualquier otro país. Cabe apuntar que debe ser solicitada ante el juez de la sede del arbitraje, por ser el juez que tiene jurisdicción sobre el procedimiento de arbitraje.<sup>102</sup>

Por su parte, “el juez tiene competencia únicamente para determinar si existe una de las causales de nulidad o no ejecución. No puede analizar ni revelar el fondo del laudo, por lo tanto la revisión solo debe versar sobre la causal de nulidad invocada, salvo en los casos de arbitrabilidad u orden público notorios.”<sup>103</sup>

Un laudo puede anularse, no reconocerse o dejarse de ejecutar, de acuerdo con las causales siguientes, las cuales operan a petición de parte o de oficio.

---

<sup>101</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Op. Cit.* p. 399.

<sup>102</sup> MOSES, Margaret L., *Op. Cit.* p. 193.

<sup>103</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Op. Cit.* p. 406

### 1.7.4.1. A PETICIÓN DE PARTE

Las causales de nulidad y de denegación de ejecución que la parte contra la que se intenta la ejecución puede invocar, consisten en la invalidez del acuerdo de arbitraje; violación al debido proceso; laudos *ultra petita*; indebido proceso arbitral; y laudo no obligatorio o nulo.

#### **A) Invalidez del Acuerdo de Arbitraje**

La parte que invoque esta causal de nulidad, debe probar que el acuerdo de arbitraje es inválido. Un acuerdo arbitral puede ser invalidado en caso de que las partes que lo celebraron carezcan de las facultades necesarias para ello, o no reúna los requisitos de validez, es decir, que no conste por escrito y firmado por las partes.<sup>104</sup>

#### **B) Violación al Debido Proceso**

El objetivo principal de esta norma, es garantizar que se observen los requisitos del debido proceso y que se respete el derecho de defensa de las partes.<sup>105</sup> La principal violación se presenta cuando a alguna de las partes no se le notificó del proceso y que, por consiguiente, no tuvo oportunidad de hacer valer sus derechos. En este caso el juez ante el que se le plantee esta causal de nulidad solo debe decidir si las partes tuvieron oportunidad de plantear su defensa ante el tribunal arbitral.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Código de Comercio arts. 1457 (I) (a) y 1462 (I)(a) y Convención de Nueva York art. V(I)(a).

<sup>105</sup> HUNTER, Martin et al., *Op. Cit.* p. 613.

<sup>106</sup> Código de Comercio arts 1457, (II) y 1462, (II), y Convención de Nueva York art. V (I)(b).

### **C) Laudos *Ultra Petita***

Se refiere a los casos en los que el tribunal arbitral excedió los límites de su mandato, es decir, actuó *ultra petita*, y resolvió una controversia que no había sido sometida a su arbitrio.<sup>107</sup> La consecuencia jurídica, consiste en que la parte de laudo que exceda debe ser anulada o no ejecutada, en la medida en que pueda distinguirse de aquella parte del laudo que sea válida.<sup>108</sup>

### **D) Indebido Proceso Arbitral**

Será causal de nulidad y de no ejecución, el hecho de que la composición del tribunal o la forma de tramitación del procedimiento sean contrarias a la voluntad de las partes. Así mismo, el tribunal arbitral no puede obviar las normas imperativas relativas al procedimiento y a la constitución del tribunal según lo disponga la *lex arbitri*.<sup>109</sup>

### **E) Laudo No Obligatorio o Nulo**

El juez ante el que se solicite la ejecución de un laudo que haya sido anulado por el juez de la sede del arbitraje, deberá rehusarla dado que no existen más los efectos del laudo arbitral.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> HUNTER, Martin et al., p. 615.

<sup>108</sup> Código de Comercio arts. 1457 (I) (c) y 1462 (I)(c), y Convención de Nueva York art. V (I) (c).

<sup>109</sup> Código de Comercio arts. 1457 (I) (d) y 1462 (I) (d), y Convención de Nueva York art. V (I) (d).

<sup>110</sup> Código de Comercio, art. 1462 (e), y Convención de Nueva York, art. V(I)(e)

### **1.7.4.2. DE OFICIO**

La arbitrabilidad y el orden público, constituyen dos causales, que el juez podrá de oficio invocar para denegar la ejecución de un laudo. De ambas se ahondará en el capítulo segundo del presente trabajo, cabe apuntar lo siguiente:

#### **A) Arbitrabilidad**

La validez de un laudo puede ser cuestionada cuando resuelva controversias sobre materias, que de acuerdo a la ley del lugar donde se solicite su ejecución, no puedan ser sometidas a arbitraje.<sup>111</sup>

#### **B) Orden Público**

La ejecución de un laudo puede ser negada en caso de que el mismo sea contrario al orden público del lugar de su ejecución.<sup>112</sup>

A manera de colofón, citaremos íntegramente la siguiente tesis aislada, la cual resume de manera concreta todo lo abordado en el presente capítulo:

“ARBITRAJE VOLUNTARIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA.

El arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad con que se fija al árbitro o árbitros, a las reglas procesales para la solución del conflicto y en ocasiones el derecho sustantivo aplicable al caso; a diferencia del forzoso, donde el árbitro, el proceso y el derecho sustantivo son regulados de antemano por las normas estatales. Ahora bien, el arbitraje voluntario tiene origen en el compromiso arbitral o "cláusula compromisoria" que se instala en el momento de la concertación, la cual implica renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial, a grado tal que si una de las partes citase a la otra ante el juez, la demandada podría solicitar que éste se abstenga del estudio de fondo en virtud de la "excepción de compromiso en árbitros", que no es de incompetencia o litispendencia, sino materialmente de renuncia pactada al procedimiento judicial, de manera que las partes prácticamente sustituyen al proceso y optan por arreglarse conforme a la decisión de un árbitro,

---

<sup>111</sup> Código de Comercio arts. 1457 (II) y 1467 (II), y Convención de Nueva York art. V (2) (a) y (b).

<sup>112</sup> Ibid.

quien no será funcionario del Estado ni tendrá jurisdicción propia o delegada, sino que sus facultades derivarán de la voluntad de las partes expresadas "de conformidad" con la ley; su decisión será irrevocable por voluntad, pero no ejecutiva por no ser públicamente exigible hasta en tanto no sea homologada por la autoridad judicial. Así, la exclusión del juez en la arbitración puramente voluntaria representa una consecuencia importante porque la resolución que dirime el conflicto no será una sentencia sino un acto privado denominado laudo, el cual intrínsecamente no compromete al derecho subjetivo o las acciones judiciales, pues aun con el laudo dictado, las partes podrían convenir el sometimiento con reservas e insistir en la promoción del problema ante la justicia estatal, siendo ésta una peculiaridad que evita caer en el equívoco de que el arbitraje permite integrar la voluntad privada en los aspectos que no fueron tenidos en cuenta al convenir, ni tampoco implica que la voluntad de un tercero concurra para determinar la voluntad privada, ya que la única relevante en una decisión arbitral será la proveniente de las partes, quienes se arreglarán mediante resolución adoptada por ellas mismas a través de su propio representante, es decir, el árbitro o tribunal arbitral. Resulta importante señalar también que los árbitros deben resolver imparcialmente las cuestiones sometidas a su potestad y no deben derivar u orientar sus funciones ni sus decisiones por el común consentimiento de las partes (salvo que se exprese como transacción para finiquitar el proceso arbitral), porque dicho consentimiento sólo opera en el momento inicial del arbitraje - que es el compromiso- pero después será irrelevante; tan es así que incluso el procedimiento puede ser revisado posteriormente por la autoridad jurisdiccional a fin de corroborar la imparcialidad del árbitro, de ahí que sea válido afirmar que los árbitros poseen "autoridad" pero les falta "potestad", la cual es atributo exclusivo del Estado y por ello podrán realizar todos aquellos actos para los que baste la simple autoridad, y deberán solicitar la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad, como ocurre por ejemplo en materia de medidas o providencias cautelares y de ejecución en donde se requiere del auxilio de la jurisdicción estatal para lograr dichas medidas mediante procedimientos que (por la forma como se debatirán los intereses) serán contenciosos. Los árbitros voluntarios no integran organización estatal alguna pues no son auxiliares de la justicia ni servidores públicos, ya que la posibilidad del arbitraje se materializa por el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía para resolver sus diferencias y conflictos. Asimismo, cabe agregar que el arbitraje voluntario puede dar origen al denominado arbitraje ad hoc o casuístico, en donde las partes someten la decisión a una tercera persona con base en un procedimiento elaborado por ellas mismas para el caso concreto. El arbitraje privado en ocasiones puede ser institucional, el cual es una submodalidad del arbitraje voluntario en donde las partes someten la controversia mediante libre compromiso ante una institución especializada -nacional o internacional, pública o privada- que organiza y asiste en la conducción del procedimiento arbitral, el cual puede realizarse según sus propias reglas".<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Arbitraje voluntario. Su concepción jurídica.", tesis aislada, amparo civil en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad Cinco Votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, pág. 435.

## **CAPITULO SEGUNDO.- LA ARBITRABILIDAD**

Como apuntamos en el primer capítulo del presente trabajo, el arbitraje comercial encuentra su fundamento en la voluntad de las partes. Sin embargo, tal voluntad se encuentra acotada a que las partes cuenten con las facultades suficientes para obligarse a pactar y llevar a cabo el arbitraje y a que la materia objeto de la controversia pueda ser resuelta mediante arbitraje.

Por ello nos referiremos al concepto de arbitrabilidad, señalaremos cuales son las leyes que influyen en su determinación junto con el estudio del concepto de orden público como uno de los conceptos más ambiguos e íntimamente ligados al concepto de arbitrabilidad.

### **2.1.- CONCEPTO DE ARBITRABILIDAD**

Se le considera como “una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referentes a la naturaleza del litigio”,<sup>114</sup> mediante dos supuestos: que la materia sobre la que versa la controversia sea arbitrable (arbitrabilidad objetiva); o que las partes que hayan celebrado el acuerdo arbitral estén autorizados para someter sus controversias a arbitraje (arbitrabilidad subjetiva).

---

<sup>114</sup> VASQUEZ PALMA, Ma. Fernanda, “La Arbitrabilidad Objetiva: Aspectos Históricos, Modernas Tendencias en Derecho Comparado y Ubicación en el Escenario Legislativo Chileno”. *Ius et Praxis*, Chile, 2006, p. 183.

### **2.1.1. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA**

“La arbitrabilidad *ratione personae* alude a la posibilidad de que ciertas personas se comprometan a ventilar sus controversias mediante arbitrajes”.<sup>115</sup> Lo anterior es relevante para el contrato de obra pública ya que “la arbitrabilidad subjetiva del litigio que involucra las entidades públicas dependerá tanto de la autorización de estas últimas, como de la competencia del funcionario encargado de realizar el contrato de arbitraje, toda vez que estos deben ser competentes para tomar, según el procedimiento contractual definido por la ley, la decisión que representan al arbitraje”.<sup>116</sup>

### **2.1.2. ARBITRABILIDAD OBJETIVA**

Todas las leyes nacionales determinan qué tipo de controversias son de exclusivo dominio de sus jueces nacionales, siendo un reflejo de sus políticas, sociales y económicas, así como la actitud hacia el arbitraje de cada Estado. Esto implica, realizar una ponderación entre la importancia de reservar determinadas materias a decisión exclusiva de los jueces nacionales y el interés público de promover el comercio a través de una medio eficaz de controversias.<sup>117</sup> Es decir, “si bajo la ley aplicable, el objeto materia de la disputa es susceptible de ser resuelto mediante

---

<sup>115</sup> GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.* p. 112.

<sup>116</sup> SALCEDO CASTRO, Miriam, “La Arbitrabilidad Subjetiva: La Capacidad de las Entidades Públicas para Concluir Contratos de Arbitraje”, en SILVA ROMERO, Eduardo, et al, *El Contrato de Arbitraje*, 1ra. ed. Legis, Colombia, 2005, p. 117.

<sup>117</sup> *Cfrs.* KRÖLL, Stefan, *Op. Cit.* §9-35.

arbitraje, conforme a las consideraciones de orden público, nos referiremos a la arbitrabilidad objetiva”.<sup>118</sup>

## **2.2.- ELEMENTOS QUE DETERMINAN QUE UNA CONTROVERSIA SEA ARBITRABLE**

Una controversia será arbitrable cuando:

- Verse sobre un derecho de libre disposición. “Un derecho es disponible cuando sobre él ejerce un total dominio su titular. La disponibilidad de un derecho, es la cualidad que lo hace susceptible de transacción y de renuncia. De lo cual se deriva que los derechos que pueden someterse a juicio de los árbitros son aquellos disponibles”.<sup>119</sup>
- Otra tendencia afirma que un litigio es arbitrable “cuando el procedimiento arbitral es susceptible de proporcionar a las partes una tutela de los derechos en que se basan sus pretensiones equivalentes al que pueda proporcionar el procedimiento judicial declarativo ordinario”.<sup>120</sup>

## **2.3.- ARBITRABILIDAD Y VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL**

“Para que un acuerdo de arbitraje sea ejecutado, el objeto materia de la controversia debe ser arbitrable, es decir, tiene que ser considerado por el Estado

---

<sup>118</sup> FORTIER, Yves L., “Arbitrability of Disputes”, *Global Reflections on International Law, Commerce and Disputes Resolution*, Francia, 2005, p. 270.

<sup>119</sup> SUESCÚN MELO, Jorge, “De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público”, en SILVA ROMERO, Eduardo, et al, *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>120</sup> VASQUEZ PALMA, Ma. Fernanda, *Op. Cit.*, p. 188.

como apropiado para ser arbitrado”.<sup>121</sup> Al respecto, cabe hacer mención de las siguientes normas:

### **A) Artículo II de la Convención de Nueva York de 1958**

De acuerdo con el artículo II (1) de la Convención, una Corte debe reconocer el acuerdo arbitral y remitir a arbitraje a las partes cuando la diferencia se refiera a un asunto que pueda ser resuelto mediante arbitraje, ello implica que “una controversia podrá caer dentro del alcance del acuerdo de arbitraje y sin embargo, no ser susceptible de resolverse mediante arbitraje porque bajo la ley aplicable no puede ser decidida por los árbitros, solo por el tribunal estatal”.<sup>122</sup> El artículo II (2) establece los requisitos de forma de la cláusula arbitral. El artículo II (3) entra en juego, cuando se solicita a una corte que remita obligatoriamente a arbitraje.

Conforme a lo anterior, “nada de lo dispuesto en el artículo II de la Convención define a la arbitrabilidad en sí misma, quedando sujeta únicamente a la ley del foro”.<sup>123</sup>

### **B) Artículo 1424 del Código de Comercio**

Si bien el artículo 1424 del C Com. no es expreso en cuanto a la arbitrabilidad, se puede inferir a través de las causales de invalidez del acuerdo arbitral: la ineficacia, la ejecución imposible y, con énfasis, la nulidad.

---

<sup>121</sup> MOSES, Margaret L., *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>122</sup> BERG, Albert Jan van der. “The New York Convention of 1958: An Overview”, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, Países Bajos, 2003, p.11.

<sup>123</sup> ARFAZADEH, Homayoon. “Arbitrability Under The New York Convention: The Lex Fori Revisited”, *Journal of the London Court of International Arbitration*, Inglaterra, 2001, § III (a).

Un acuerdo de arbitraje es “ineficaz”, cuando “hay algún motivo por el cual no puede producir efectos, por lo que son causas de ineficacia del acuerdo arbitral aquellas que impiden que se produzcan sus efectos, positivos o negativos”.<sup>124</sup> Un acuerdo arbitral será de “ejecución imposible”, cuando existan situaciones donde el acuerdo arbitral no puede ejecutarse, tal sería el caso donde la cláusula es ambigua, o exista una contradicción como una doble jurisdicción.<sup>125</sup>

En cuanto al termino “Nulo”, tratándose de la ley mexicana, el art. 1795 del Código Civil Federal establece que un contrato puede ser invalidado por incapacidad legal (arbitrabilidad subjetiva); por ilicitud en el objeto (arbitrabilidad objetiva); por vicios del consentimiento; y por violación del orden público nacional,<sup>126</sup> por lo tanto la teoría de las nulidades es aplicable a la cláusula arbitral, siendo necesario para comprender este punto referirnos al acto jurídico.

### **2.3.1. EL ACTO JURÍDICO**

No debe soslayarse que el arbitraje es un acto jurídico de naturaleza procesal que tiene su origen en un acuerdo de voluntades. “Se da el nombre de actos jurídicos a los actos realizados únicamente con objeto de producir uno o varios efectos de derecho”.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Arbitraje mercantil. criterios para determinar la ineficacia del acuerdo de arbitraje”, tesis aislada, amparo directo 465/2005, Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V., 2 de septiembre de 2005, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Diciembre de 2005.

<sup>125</sup> Cfrs. BERG, Albert Jan van der. *Op. Cit.* p.10

<sup>126</sup> Código Civil Federal, art. 1795.

<sup>127</sup> PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil, t. I*, Ed. Cajica, trad. esp., México, 1946, citado por VILLEGAS ROJINA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo I, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 2007, p. 325.

De igual forma, “es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o de varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”.<sup>128</sup>

El acto jurídico contiene elementos: (A) De existencia, necesarios para que el acto exista y en caso de que falten no habrá acto; (B) De validez, necesarios para que el acto jurídico pueda producir la plenitud de sus efectos.

### **A) Elementos de Existencia**

El artículo 1794 del Código Civil, enlista como elementos de existencia:

#### **i) Consentimiento y Manifestación de la Voluntad**

El consentimiento se define como “el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones”.<sup>129</sup>

La manifestación de la voluntad es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje: oral, escrito o mímico. Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito del autor del acto

---

<sup>128</sup> BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil, t. I*, Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, trad. esp., México, 1985, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, p.503.

<sup>129</sup> MARTINEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005, p. 25.

jurídico.<sup>130</sup> En el caso del arbitraje, la manifestación de la voluntad debe ser expresa, toda vez que debe haber constancia de ello.

## ii) Objeto, Directo e Indirecto

El objeto del acto jurídico se divide en objeto directo y objeto indirecto:

- **Objeto directo del contrato**, que consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Debe ser jurídicamente posible, es decir, “que dentro del orden jurídico no haya ninguna disposición que impida el nacimiento de la creación, transmisión o modificación de derechos y obligaciones”.<sup>131</sup>
- **Objeto indirecto del contrato**; consistente en la creación de las obligaciones, de dar, hacer o no hacer”.<sup>132</sup>

La obligación de dar consiste invariablemente en una cosa, la cual conforme al art. 1825 del Código Civil Federal, debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio. Mientras que, cuando la prestación es de hacer o no hacer, el art. 1827 del Código Civil Federal, establece que debe ser: (i) posible, es decir la conducta del obligado o la abstención en su caso, deben ser físicamente posibles; y (ii) debe ser lícito, es decir “que la conducta que impliquen sea compatible con las

---

<sup>130</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.* p. 331

<sup>131</sup> DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Op. Cit.* p. 537.

<sup>132</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.* p. 331

disposiciones legales; así, éstas no constituyan un obstáculo insuperable para su realización”.<sup>133</sup>

### **iii) Solemnidad**

“Implica una serie de formalidades; deben otorgarse por escrito y normalmente requieren de un otorgamiento ante el funcionario público señalado por la ley en cada caso”<sup>134</sup>. La cláusula arbitral, no requiere ningún tipo de solemnidad, ni ser ratificada ante funcionario estatal alguno.

## **B) Elementos de Validez**

La validez del acto jurídico, “la definimos como la existencia perfecta del acto por reunir éste sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo”<sup>135</sup>.

Son elementos de validez de los actos jurídicos: (i) el fin, motivo, objeto o condición lícitos; (ii) que la voluntad se otorgue por persona capaz; (iii) que la voluntad se exprese sin vicio alguno (error, dolo, violencia o lesión); y (iv) Que la voluntad se exteriorice de acuerdo con la forma legal.

### **i) Licitud en el Acto Jurídico**

“Por licitud debe entenderse legalidad, es decir, apego a lo establecido por la ley. Los alcances de la licitud que debe acompañar al objeto indirecto, como elemento de validez, no es precisamente en los términos señalados genéricamente para la licitud

---

<sup>133</sup> DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Op. Cit.* p. 549.

<sup>134</sup> *Ibidem.* p. 534.

<sup>135</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.*, p. 354.

en general, sino sólo a propósito de las leyes de orden público y de las buenas costumbres”.<sup>136</sup>

## **ii) Capacidad de Goce y Ejercicio**

“La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones en casos concretos. La capacidad de ejercicio consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos o para cumplir sus obligaciones”<sup>137</sup>.

Por su parte, la capacidad de ejercicio supone “la posibilidad en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos y negocios jurídicos, de contraer y cumplir obligaciones y de llevar a cabo las instancias conducentes ante tribunales, pero siempre y en todo caso mediante una comparecencia e intervención personal”.<sup>138</sup>

En el caso de la cláusula arbitral, debemos señalar que debe ser firmada por la persona capaz de obligarse en los términos de tal acuerdo arbitral.

## **iii) Ausencia de Vicios de la Voluntad**

Toda voluntad que interviene en un acto jurídico requiere ser declarada con libertad. Las circunstancias que empañan la libertad de la voluntad, son vicios de la voluntad.

- Error.- “Es una creencia contraria a la realidad, es decir, un estado subjetivo que ésta en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el

---

<sup>136</sup> DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Op. Cit.* p.568.

<sup>137</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.*, p. 364.

<sup>138</sup> DOMINGUEZ MARTINEZ, *Op. Cit.* p. 576.

conocimiento científico. Vicia a la voluntad vicia o al consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa”.<sup>139</sup>

- Dolo y mala fe.- Conforme al art. 1815 del Código Civil Federal<sup>140</sup>, el dolo consiste en una serie de sugerencias o artificios cuya finalidad es hacer caer en error al concurrente en la celebración de un negocio jurídico; y la mala fe, consiste en la disimulación respecto del error ya conocido.
- Violencia.- El art. 1819 del Código Civil Federal<sup>141</sup> ofrece el concepto legal de ambas, al señalar que por medio de la violencia física o moral, se coaccione la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico.
- Lesión: “Para que haya lesión se requiere que el contrato sea real y objetivamente lesivo para alguna de las partes, por una desproporción exagerada en sus respectivas prestaciones”.<sup>142</sup>

#### **iv) La Forma**

“El negocio jurídico formal es el que requiere que la manifestación de la voluntad o el consentimiento en su caso, sean expresamente declarados por escrito, de tal manera que la forma oral no es admisible para su validez, y con ello se descarta la posibilidad de una manifestación tácita de la voluntad”.<sup>143</sup> Como hemos señalado, la

---

<sup>139</sup> ROJINA VILLEGAS, *Op. Cit.* p. 371.

<sup>140</sup> Código Civil Federal, art. 1815.

<sup>141</sup> *Ibidem*, art. 1819.

<sup>142</sup> DOMINGUEZ MARTINEZ, *Op. Cit.* p. 583.

<sup>143</sup> *Ibid.* p. 619.

cláusula arbitral debe constar por escrito, siendo requisito indispensable para su ejecución.

### **2.3.2. NULIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL POR OBJETO DIRECTO JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE**

Como señalamos, a la cláusula arbitral podríamos aplicarle válidamente la teoría de las nulidades, ahora razonaremos el por qué de nuestra aseveración. Es de explorado derecho que los actos inexistentes son aquellos que carecen de consentimiento u objeto; y que los actos jurídicos que adolecen de nulidad absoluta son aquellos que contrarían el interés general o de orden público, por lo tanto es indudable que el acto jurídico que adolezca de objeto o de consentimiento, o haya ilicitud en el objeto, se reputa invalido. En tal virtud, tales actos no pueden engendrar alguna consecuencia jurídica, pues al declararse judicialmente la nulidad absoluta o la inexistencia, se destruye el acto de que se trate”.<sup>144</sup>

Conforme al art. 2224 del Código Civil Federal es causal de inexistencia, o nulidad absoluta conforme la tesis aislada anterior, de todo acto jurídico aquellos casos donde una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para alcanzar el objeto directo del acto jurídico por ser jurídicamente imposible.<sup>145</sup>

Por lo tanto y dado que “en materia arbitral, la expresión objeto licito se traduce en la noción de arbitrabilidad objetiva”,<sup>146</sup> si el objeto directo de la cláusula arbitral consiste

---

<sup>144</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Nulidad absoluta e inexistencia. sus diferencias son conceptuales y simplemente teóricas, y sus sanciones son semejantes”, tesis aislada, amparo directo 4060/85, Félix Humberto Esparza Valdez, 13 de Octubre de 1986, Unanimidad de votos, Séptima Época, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación 205-216, Cuarta Parte.

<sup>145</sup> Cfrs. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit. p. 345.

<sup>146</sup> SILVA ROMERO, Eduardo, “El Objeto del Contrato de Arbitraje. La Arbitrabilidad Objetiva”, en SILVA ROMERO, Eduardo, et al, *Op. Cit.*, p. 309.

en crear la obligación de resolver mediante el mismo la controversia que surja entre las partes de una determinada relación jurídica, será requisito necesario que dicha materia sea arbitrable, de lo contrario, de encontrarse reservada dicha materia a los jueces nacionales por tener un contenido de orden público, dicha cláusula arbitral será inexistente o nula al ser de objeto jurídicamente imposible.

## **2.4.- LEY APLICABLE A CUESTIONES DE ARBITRABILIDAD**

Determinar la ley que aplica a cuestiones de arbitrabilidad es muy importante, dado “algunas materias que no son arbitrables en algún país podrían ser arbitrables en otro donde los interés involucrados sean considerados menos importantes”.<sup>147</sup>

De esta manera la ley que gobierna la arbitrabilidad de la controversia dependerá del momento y de la etapa de los procedimientos donde surja dicha cuestión. Toda vez que los criterios aplicados por el tribunal arbitral pueden diferir a lo sostenido por un juez nacional, y de igual manera un juez nacional podrá tener criterios distintos dependiendo de si la cuestión de arbitrabilidad se ventila previa o posterior a que se haya dictado el laudo final.<sup>148</sup>

### **2.4.1. LA LEY QUE RIGE EL ACUERDO DE ARBITRAJE**

La arbitrabilidad de la materia podría determinarse de acuerdo con la ley que aplique a la validez de la cláusula arbitral y su objeto. Por lo tanto, será la ley a la que las partes sometieron dicha cláusula la que determine la arbitrabilidad de la controversia. Un árbitro o una corte nacional que sea confrontada con este supuesto deberá

---

<sup>147</sup> Cfrs. KRÖLL Stefan et al. *Op. Cit* §9-5

<sup>148</sup> Cfrs. *Ibidem.* §9-6

inicialmente determinar cuál es la ley aplicable al acuerdo arbitral para determinar posteriormente, conforme a esta ley, si la disputa en específico puede resolverse mediante arbitraje.<sup>149</sup>

#### **2.4.2. LEY QUE RIGE EN EL LUGAR DE LA SEDE DEL ARBITRAJE**

De acuerdo con la Convención de Nueva York de 1958, “la arbitrabilidad de las disputas bajo la ley del foro deber ser tomada en consideración solo en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo y no en la determinación de la validez del acuerdo arbitral”.<sup>150</sup>

Sin embargo, de una interpretación análoga de los artículos II (1) y V(2) de la Convención de Nueva York de 1958, dado que este último hace referencia a la ley del foro en cuanto a arbitrabilidad se refiere, se puede válidamente concluir que dicha ley debe ser también la ley que determine la arbitrabilidad de la materia en la etapa de ejecución del acuerdo arbitral, bajo el artículo II (3) de la Convención de Nueva York.<sup>151</sup>

Por lo tanto, “la ley aplicable a la cuestión de arbitrabilidad en los procedimientos ante una corte nacional deben regirse exclusivamente por las disposiciones de la ley de la corte nacional que determina el caso. Esta es la forma en que el artículo V(2)(a)

---

<sup>149</sup> Cfrs. *Ibidem*. §9-11

<sup>150</sup> *Idem*.

<sup>151</sup> Cfrs. BERG, Albert Jan van der. *Op. Cit*, p.12

de la Convención de Nueva York, debe ser interpretado cuando se solicite la ejecución del acuerdo arbitral”.<sup>152</sup>

### **2.4.3. LA LEY QUE RIGE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA**

Dado que la arbitrabilidad se encuentra íntimamente ligada al fondo del asunto, es la ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en que circunstancias.

Esto es así dado que en países de tradición jurídica romano-germánica, como lo es México, “el legislador determina las categorías de litigio que escapan al arbitraje, recurriendo a ciertas formulas que declaran no arbitrables los litigios relativos a materias que interesan al orden público, que no pueden ser objeto de transacción o en el que las partes no pueden disponer libremente de sus derechos”.<sup>153</sup> Tomando en consideración este criterio “el prerrequisito necesario para determinar la no arbitrabilidad de la materia es que exista una norma que establezca expresamente la jurisdicción de una corte nacional excluyendo al arbitraje”.<sup>154</sup>

### **2.4.4. LEY QUE RIGE EN EL LUGAR DE EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL**

Como lo señalamos anteriormente, el artículo V(2)(a) permite que un juez nacional rechace la ejecución de una laudo final si la materia de la diferencia no es susceptible de ser resuelta mediante arbitraje, conforme a la ley del Estado en donde

---

<sup>152</sup> Cfrs. KRÖLL Stefan, *Op. Cit.* § 9-17

<sup>153</sup> VASQUEZ PALMA, Ma. Fernanda, *Op. Cit.* p. 186.

<sup>154</sup> ARFAZADEH, Homayoon. *Op. Cit.*, § III(b)

se solicite su ejecución. Por lo tanto esta ley solo será relevante en la etapa de ejecución del laudo.

## **2.5.- MATERIAS ARBITRABLES EN MÉXICO**

En el sistema jurídico mexicano, existen diversas disposiciones que en mayor o menor medida poseen el carácter mercantil, las cuales contemplan al arbitraje como medio de solución de controversias, aunque algunas lo hacen de manera difusa.

### **2.5.1 LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

Se establece en los artículos 117 a 122 de dicha Ley,<sup>155</sup> que la Procuraduría Federal del Consumidor podrá actuar como árbitro en amigable composición o en estricto derecho, entre consumidores y proveedores, cuando los interesados así lo designen observándose los principios de legalidad, equidad e igualdad entre las partes. Es necesario advertir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que los laudos que emite la Procuraduría constituyen actos de autoridad para efectos de amparo,<sup>156</sup> lo que nos sirve para ilustrar lo que la misma autoridad entiende como arbitraje forzoso o necesario según lo sustentado mediante tesis aislada.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> "Ley Federal de Protección al Consumidor", arts. 117 a 122 D.O.F 19 de Julio de 2010, Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

<sup>156</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Procuraduría Federal del Consumidor. Sus laudos arbitrales son actos de autoridad para efectos del juicio de amparo", tesis de jurisprudencia 2a./J.49/2001 por contradicción de tesis 76/99-SS, 28 de septiembre de 2001, Unanimidad, Segunda Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Octubre de 2005, pág. 426.

<sup>157</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Arbitraje forzoso. Su concepción jurídica", tesis aislada, amparo en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad de votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009.

## 2.5.2 LEYES FINANCIERAS Y BANCARIAS

La Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros,<sup>158</sup> establece que la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros podrá actuar como “árbitro en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho, en los conflictos originados por operaciones o servicios que hayan contratado los usuarios con las instituciones financieras, salvo las reclamaciones por variaciones de las tasas de interés pactadas entre el usuario y la institución financiera, cuando tales variaciones sean consecuencia directa de condiciones generales, observadas en los mercados.”<sup>159</sup>

## 2.5.3 PROPIEDAD INTELECTUAL

**A) Ley de la Propiedad Industrial:** En su art. 227,<sup>160</sup> contempla la posibilidad de que las controversias sobre la existencia, alcance, significado y aplicación de los derechos de propiedad intelectual así como los derechos que de ello emanen pueden ser ventilados mediante arbitraje cuando afecten solo intereses particulares, no así las controversias entre particulares y la autoridad competente toda vez que el otorgamiento de una marca o patente es un acto de prerrogativa estatal.

**B) Ley Federal del Derecho de Autor:** Los conflictos sobre derechos de autor que se susciten entre particulares, podrán ventilarse mediante el procedimiento arbitral

---

<sup>158</sup> “Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros” D.O.F 15 de Julio de 2007, Agenda Financiera, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

<sup>159</sup> DE LA FUENTE RODRIGUEZ, José de Jesús, *TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL*, t. I, Ed. Porrúa, México 2007, p. 285.

<sup>160</sup> “Ley de la Propiedad Industrial” arts. 227 D.O.F 25 de Enero de 2006, Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

previsto en el título XI, Capítulo III denominado “Del Arbitraje”,<sup>161</sup> al que supletoriamente se aplicara el Título Cuarto, Capítulo Quinto del Código de Comercio. Sin embargo las controversias en dicha materia entre particulares y las autoridades de derecho de autor no son arbitrables.

#### **2.5.4. RECURSOS NATURALES, SERVICIOS Y OBRA PÚBLICA**

Con el fin de garantizar mejores condiciones en las negociaciones celebradas por la paraestatal mexicana Petróleos Mexicanos, a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1993 del artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios,<sup>162</sup> se estableció la posibilidad de que se incluyan acuerdos arbitrales en los contratos celebrados por PEMEX.

Por su parte, el art. 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica,<sup>163</sup> en correlación con los art. 42 y el art. 138 (VII) ambos del Reglamento de la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica,<sup>164</sup> los cuales remiten al arbitraje ante la Procuraduría Federal del Consumidor por quejas de los usuarios del servicio eléctrico y el arbitraje en los convenios que firme la Comisión Federal de Electricidad y los titulares de permisos de generación respectivamente, establecen la posibilidad de

---

<sup>161</sup> Ley de Federal del Derecho de Autor” arts. 219 a 228, D.O.F 23 de julio de 2003, Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

<sup>162</sup> PETROLEOS MEXICANOS, “Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios”, en Marco Normativo aplicable al Corporativo de Petróleos Mexicanos, Leyes, México 2010, [http://www.pemex.com/files/dca/LEYES/LEY\\_ORGANICA\\_PEMEX\\_Y\\_OS.pdf](http://www.pemex.com/files/dca/LEYES/LEY_ORGANICA_PEMEX_Y_OS.pdf)

<sup>163</sup> SECRETARIA DE ENERGÍA, “Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica”, art. 45, D.O.F. 22 de diciembre de 1993, en Marco Legal y Regulatorio del Sector Energético, Leyes, México, 2010, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/99.pdf>

<sup>164</sup> SECRETARIA DE ENERGÍA, “Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica”, art. 42 y 138, D.O.F. 24 de mayo de 2001, en Marco Legal y Regulatorio del Sector Energético, Reglamentos, México, 2010, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LSPEE.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LSPEE.pdf)

que se incluyan acuerdos arbitrales en los contratos de la Comisión Federal de Electricidad.

En el ramo de las Telecomunicaciones, el artículo 6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones<sup>165</sup> establece que las partes puedan someterse al procedimiento arbitral en los términos de las disposiciones aplicables. De esta forma las controversias entre usuarios y concesionarios, así como las que se susciten entre concesionarios, serán plenamente arbitrables. Sin embargo, en las controversias que se susciten entre particulares y el Estado, se deberá distinguir entre las disputas que involucren los intereses únicamente de particular y el Estado, y aquellas que involucren derechos de terceros, siendo estas últimas inarbitrables.

En cuanto a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas,<sup>166</sup> dentro del Capítulo Tercero del Título Séptimo, denominado “Del Arbitraje, Otros Mecanismos de Solución de Controversias y Competencia Judicial”, se estipula la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan de los contratos celebrados en base a la misma. Más adelante dentro del presente trabajo se harán los comentarios pertinentes a dicha Ley.

Por último la actual Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público,<sup>167</sup> en el Capítulo Tercero del Título Séptimo establece la posibilidad de someter a arbitraje las disputas que surjan con motivo de la celebración de los

---

<sup>165</sup> “Ley Federal de Telecomunicaciones”, art. 6, D.O.F. 09 de Febrero de 2009, Agenda de la Comunicación, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010

<sup>166</sup> “Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”, arts. 98 a 104 D.O.F. 28 de Mayo de 2009, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

<sup>167</sup> “Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público”, arts. 80 a 86 D.O.F. 28 de Mayo de 2009, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

contratos de prestación de servicios de largo plazo o por cuestiones derivadas de su ejecución.

### **2.5.5. ARRENDAMIENTO**

Mediante jurisprudencia sentada por la entonces Tercera Sala de nuestro Máximo Tribunal se estableció que no existía “prohibición expresa para que este tipo de contiendas puedan dirimirse ante árbitro como puede corroborarse con la lectura del artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Por consiguiente las partes contratantes tienen el derecho de comprometer ante árbitro esta clase de conflictos, el cual deberá respetar los derechos del arrendatario”.<sup>168</sup>

## **2.6.- MATERIAS NO ARBITRABLES EN MÉXICO**

Tratándose de materias no arbitrables en México, citaremos aquellos ordenamientos que hablan señalan algunas materias exclusivas de los Tribunales Judiciales Nacionales.

### **2.6.1. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES**

En su artículo 568, se enlistan como materias de competencia exclusiva de los tribunales nacionales los asuntos relacionados con las tierras y aguas localizadas en territorio nacional, los recursos de la zona económica exclusiva marítima, los actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y las dependencias de la

---

<sup>168</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arrendamiento de fincas destinadas a habitación en el Distrito Federal. Las controversias que se susciten con ese motivo, pueden ventilarse ante arbitro”, tesis de jurisprudencia, 3a.39 por contradicción de tesis 2/89, 6 de noviembre de 1989, Unanimidad, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación IV, Primera Parte, Julio a Diciembre de 1989, pág. 281.

Federación y los Estados, el régimen interno de las embajadas o consulados de México en el extranjero.

### **2.6.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL**

El artículo 615 de dicho Código hace inarbitrables las siguientes materias: el derecho de recibir alimentos, los divorcios (exceptuando la separación de bienes y las diferencias meramente pecuniarias), las acciones de nulidad de matrimonio, los concernientes al estado civil de las personas. Cabe apuntar que dicho Código establece un procedimiento arbitral para cuestiones meramente civiles, contemplado en su Título Octavo.

### **2.6.3. CONVENIO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL REINO DE ESPAÑA SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL**

El Convenio celebrado entre México y España,<sup>169</sup> en su artículo 3º excluye litigios fiscales, aduaneros, administrativos, el estado civil y capacidad de las personas físicas, divorcio, nulidad en el matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, pensiones alimenticias, sucesiones, quiebras, concursos, liquidación de sociedades, cuestiones laborales, seguridad social, daños de origen nuclear, daños y perjuicios de origen extracontractual y las cuestiones marítimas y aéreas.

---

<sup>169</sup> “Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil”, D.O.F. 03 de Mayo de 1992 en PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al. *Op. Cit.*, p. 67.

## **2.6.4 LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA**

En su artículo 14 de dicha Ley<sup>170</sup> otorga competencia exclusiva al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para conocer de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos dictados autoridades fiscales federales y organismos federales autónomos, en los que se determine la existencia de obligaciones fiscales en general. Cabe apuntar que la fracción VII señala que serán competencia del Tribunal las determinaciones que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas. Basta con que dejemos apuntada esta norma, ya que más adelante en el presente trabajo haremos los comentarios pertinentes a la misma.

### **2.7.- ORDEN PÚBLICO**

Una de las cuestiones más difíciles, no solo en la materia arbitral, es la conceptualización del orden público. Más aún, el verdadero inconveniente es determinar en qué momento un acto entre particulares, como lo es arbitraje, es violatorio del orden público de determinado país, o si pese a ello puede válidamente llevarse a cabo y culminar con un laudo ejecutable.

#### **2.7.1. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO**

Han sido varios los autores que han ahondado en el concepto de orden público, sin embargo no existe una definición definitiva.

---

<sup>170</sup> “Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, art. 14 D.O.F. 12 de Junio de 2009, Fisco Agenda, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

Se puede definir al orden público como “la expresión del interés social y aunque desde este punto de vista, existen normas que no pertenecen al Derecho Público sino que forman parte del Derecho privado, pero que tienden a garantizar los principios que se consideran básicos, esenciales para la convivencia del grupo social”.<sup>171</sup> Por otro lado se considera que “una ley es de orden público cuando ella está inspirada por una consideración de interés general que se encontraría comprometida si los particulares fueran libres de impedir su aplicación”.<sup>172</sup>

Por lo tanto, el orden público como institución, es “un medio o técnica del que se vale el ordenamiento jurídico para garantizar limitando la autonomía de la voluntad, la vigencia irrestricta de aquellos principios o intereses por encima de todo interés particular. Por otro lado, al referirnos al orden público como objeto, entenderemos al bien jurídico (principios fundamentales o intereses generales) que la institución orden público tiene como objeto de protección”.<sup>173</sup>

### **A) Orden Público Internacional**

En materia arbitral se ha planteado la posibilidad de construir un concepto internacional de orden público, “que trascienda las nociones particulares de cada país para centrarse en aquellos valores y estándares que sean compartidos por la comunidad internacional y que ello sea además acotado”.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 7ª ed., Ed. Porrúa, México 1985 citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Op. Cit.* p. 86.

<sup>172</sup> DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden Público*. Ed. Astrea, Argentina, 2003, p14.

<sup>173</sup> Cfrs. DE LA FUENTE, Horacio H., *Op. Cit.* p. 15 y siguientes.

<sup>174</sup> VAZQUEZ PALMA, María Fernanda, *Op. Cit.* p. 190.

En 2002 la International Law Association determinó que el orden público internacional de cualquier Estado incluye “(i) principios fundamentales, atinentes a la justicia y la moral, que el Estado desea proteger aún cuando no esté directamente involucrado; (ii) reglas orientadas a sostener los intereses esenciales del Estado en materia de política, social o económica conocidos como *lois de pólíce* o reglas de orden público; y (iii) el deber del Estado para respetar las obligaciones contraídas frente a otros Estados u organizaciones internacionales”.<sup>175</sup>

No obstante que gran parte de la doctrina arbitral sostiene que los jueces ante quienes se solicite la ejecución de un laudo extranjero deberían aplicar este orden público internacional más restringido, compartimos la opinión del profesor Michael Reisman, quien realizó cinco objeciones a tal concepto: “(i) el orden público internacional es pasajero, (ii) podría tender a ser de carácter inspirativo o exhortativo más que ejecutable; (iii) el derecho internacional ha sido extraordinariamente cauteloso en crear normas perentorias o *jus cogens*; (iv) el orden público en una ley nacional es un concepto con una historia judicial verificable, mientras que un árbitro comercial que pretende dar efecto a lo que percibe como una política internacional de orden público aparentemente no tiene trabas debido a la disciplina del análisis del derecho internacional consuetudinario que exige pruebas de la recepción de pronunciamientos de orden público como si fueran normativamente obligatorios; y (v) es dudoso que exista la necesidad de un concepto tan escurridizo y maleable”.<sup>176</sup> De

---

<sup>175</sup> SIQUEIROS, Jose Luis, “El Orden Público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales”, *JURÍDICA. ANUARIO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA*, México, 2002, p. 48.

<sup>176</sup> REISMAN, Michael, “Law, International Public Policy (So- Called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration”, en *INTERNATIONAL ARBITRATION 2006. BACK TO BASICS?* ICCA, 2007, p. 849, citado por PAULSSON, Jan, “El Orden

esta forma el artículo V 2(b) de la Convención de Nueva York, “es explícito en el sentido de que el orden público en cuestión es de carácter nacional”.<sup>177</sup>

## **B) Orden Público Mexicano**

La conceptualización del orden público en México ha sido desarrollada en materia del juicio de amparo, que para efectos de la suspensión del acto reclamado generó el siguiente concepto: “se producen esas situaciones cuando con la suspensión se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra manera no resentiría”,<sup>178</sup> es decir, en México se entiende que el fin del orden público es evitar un perjuicio o promover el beneficio colectivo.<sup>179</sup>

### **2.7.2. NORMAS DE ORDEN PÚBLICO**

Cuando a través de la expedición de una norma jurídica los órganos autorizados (legisladores y jueces) reconocen como causa de la misma una necesidad de la población, una situación perjudicial en que aquella se encuentre o un problema que lo afecte o pueda afectarla, y si dicha expedición tiende a colmar tal necesidad, a remediar o prevenir la situación o problema, procurando el beneficio de la colectividad, se estará en presencia de una norma de orden público. Por lo tanto, no basta que una norma se auto-titule de orden público para que adquiera esa cualidad,

---

Publico como criterio para negar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”, en ZULUETA, Eduardo et. al, *EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*. Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 2008, p. 612.

<sup>177</sup> PAULSSON, Jan, *Op. Cit.* p. 612.

<sup>178</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Suspensión del acto reclamado, concepto de orden público para los efectos de la.” tesis de jurisprudencia 522 por contradicción de tesis, Varios 473/71, Unanimidad, Segunda Sala, en Apéndice de 1995, Tomo IV, Parte SCJN, pág. 343.

<sup>179</sup> Cfrs. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *EL JUICIO DE AMPARO*, 40ª ed. Ed. Porrúa, México, 2004, p. 733.

serán los fines por ella perseguidos las que le consignent tal carácter.<sup>180</sup>

### **2.7.2.1. CONNOTACIÓN DE INTERES SOCIAL DE LA LEY**

Por interés social debe entenderse “cualquier hecho, acto o situación de los cuales la sociedad pueda obtener un provecho o una ventaja o evitarse un trastorno previniendo un mal público o bien satisfaciendo una necesidad colectiva o lográndose un bienestar común”,<sup>181</sup> es decir, y conforme se ha venido desarrollando, constituye la finalidad de las normas de orden público.

Ahora bien, en México, de acuerdo a la jurisprudencia, el orden público y el interés social, “se perfilan como conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darles significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad”.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Cfrs. BURGOA ORIGUELA, Ignacio, *Op. Cit.* p. 735.

<sup>181</sup> *Ibidem.* p. 739

<sup>182</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Suspensión, nociones de orden público y de interés social para los efectos de la.” Tesis de jurisprudencia, amparo en revisión 553/1996, Berel, S.A., 1 de marzo de 1996, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V, Enero de 1997.

### **2.7.2.2. CARACTERISTICAS DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO**

Las leyes de orden público constituyen el instrumento a través del cual se asegura la vigencia irrestricta de los intereses generales de la sociedad, de modo que prevalezcan sobre los intereses particulares, a través de la imperatividad de las normas y la imposibilidad de renunciar a ciertos derechos otorgados.

#### **A) Imperatividad**

Son aquellas normas que obligan en todo caso a la voluntad de los particulares, independientemente de su voluntad, en el sentido que no pueden sustituirlas ni alterarlas. Los actos violatorios de las normas imperativas no producen efecto jurídico alguno, ello conforme al art. 8 del Código Civil Federal,<sup>183</sup> el cual señala que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

#### **B) Irrenunciabilidad**

En nuestro régimen jurídico los derechos serán irrenunciables cuando se encuentre comprometido el interés público, o se perjudiquen derechos de terceros,<sup>184</sup> de esta forma y en virtud de que “la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos, permite arribar a la convicción de que es posible renunciar válidamente a los derechos sustantivos, con la condición de que esa dimisión no afecte el interés público ni perjudique derechos de terceros”.<sup>185</sup> El efecto de que una norma sea irrenunciable, no es hacer indisponibles los derechos que atribuyen, sino impedir su

---

<sup>183</sup> Código Civil Federal, art. 8

<sup>184</sup> Código Civil Federal, art. 6.

<sup>185</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Normas sustantivas civiles. Pueden ser objeto de renuncia si no se afecta el interés público ni derechos de terceros.” Tesis aislada, amparo en revisión 1543/2003, 20 de marzo de 2003, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Junio de 2003.

derogación anticipada mediante acuerdo de los contratantes, en la inteligencia de que la observancia de dichas normas se entiende necesaria para proteger los intereses colectivos.

### **2.7.2.3. ARBITRABILIDAD DE MATERIAS DE ORDEN PÚBLICO**

En razón de la ambigüedad del concepto de orden público, “no basta con señalar que una norma es de orden público para que las cuestiones que a ella se refieren queden automáticamente fuera del ámbito del arbitraje. Será necesario examinar el efecto que cada una de las mencionadas acepciones produce sobre una ley, teniendo en cuenta que lo verdaderamente relevante para determinar la arbitrabilidad o no de una materia es la disponibilidad de los derechos en disputa”,<sup>186</sup> es decir, en tanto sean disponibles o renunciables, serán arbitrables.

“Así las cosas, si se admite la renuncia de derechos (acto de disposición) cuando hayan sido establecidos en el interés individual o particular, y se prohíbe solo en casos en que ellos hubieran sido establecidos en mira del interés público, es posible concluir que las cuestiones no arbitrables son aquéllas que involucran derechos de los cuales los particulares no pueden disponer en razón de haber sido establecidos en el interés general”.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> SUESCÚN MELO, Jorge *Op. Cit.* p.269.

<sup>187</sup> *Ibid.*

#### **2.7.2.4. COMPETENCIA DE LOS ARBITROS PARA INTERPRETAR Y APLICAR NORMAS DE ORDEN PÚBLICO**

A fin de asegurar que los intereses de la sociedad sean protegidos, dentro del arbitraje comercial “se ha optado por permitir a los árbitros escuchar y dirimir las disputas donde se involucre el orden público, es decir, si el contrato principal que contiene el acuerdo arbitral, contraviene el orden público. En esta caso, la corte nacional será capaz de revisar la cuestión de orden público, si ante ella se solicita la ejecución o se interpone la acción de nulidad o se opone a la ejecución del laudo”.<sup>188</sup>

De esta manera, “el árbitro no pierde competencia por estar envueltas en el debate normas de orden público, pues en esta hipótesis surge para él la obligación de observarlas. Un laudo que no aplique, o que aplique indebidamente disposiciones de orden público, vulnera la organización social que tales normas protegen. Esto sucede, por ejemplo, con un laudo que se niegue a anular un contrato celebrado en violación de una ley de orden público, o que se limite a ordenar su cumplimiento. En observancia de ese deber, el árbitro puede declarar de oficio la violación del orden público”.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> Cfrs. FOUCHARD, Phillipe et al. *International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, Países Bajos, 1999, §563.

<sup>189</sup> SUESCÚN MELO, Jorge, *Op. Cit.*, p. 276.

### 2.7.3 LA ARBITRALIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE NULIDAD Y DENEGACIÓN DE EJECUCIÓN DEL LAUDO FINAL

Si conforme a la ley del lugar donde se solicite el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral resulta que el objeto de la controversia no es arbitrable o el laudo resulta contrario al orden público, oficiosamente la corte nacional podrá denegar el reconocimiento y ejecución de dicho laudo.

#### **A) Artículo V (2) (a) y (b) de la Convención de Nueva York de 1958**

A la letra dicho ordenamiento dispone lo siguiente:

“... 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país donde se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sería contrarios al orden público de ese país.”

Nos referiremos a cada una de las fracciones:

**Art. V (2)(a):** En la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo la cuestión de arbitrabilidad es determinada por la corte nacional considerando su propia ley para determinar si una disputa es arbitrable. Si bien, las partes pueden elegir la ley para determinar la cuestión de arbitrabilidad dentro del proceso arbitral, esta elección será irrelevante ante la corte en que se solicita la ejecución en el caso que esta última será llamada a considerar la cuestión de arbitrabilidad. No obstante, la corte de ejecución no será llamada a la revisión de la decisión del tribunal arbitral, solo deberá determinar si conforme a su ley, la materia es o no arbitrable aplicando su propia ley.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> Cfrs. TWEEDDALE Andrew, et al. *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Ed. Oxford University Press, Inglaterra, 2007, p. 424.

**Art. V (2)(b):** Tratándose del orden público, la tarea del juez consiste en decidir si la ejecución de un laudo deberá ser denegada debido a una norma de orden público, reconocida en su jurisdicción. En esta etapa el concepto de orden público puede tener dos tipos de aplicación: “(i) que la parte que lo invoca, o el juez ex officio, pueden utilizar dicha noción con el objetivo de hacer prevalecer aquellas normas del foro (lex fori) que son imperativas y que no fueron consideradas prevalentes por los árbitros que decidieron la controversia; y (ii) que la parte que la invoca o el juez, también ex officio, utiliza el concepto como defensa o excepción con el fin de rehusar la aplicación del derecho extranjero, para privar de validez un laudo dictado conforme a la “lex arbitri”.<sup>191</sup>

Al respecto, “la recomendación 3(a) del Informe Final 2002 del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la International Law Association, establece que: La violación por un laudo de una mera “norma imperativa” (una norma que es imperativa, pero que no forma parte del orden público internacional de un Estado, en la medida que no sea obligatoria su aplicación al caso concreto), no deberá constituir un obstáculo para el reconocimiento y ejecución del laudo, aún cuando tal norma sea parte integrante de: la ley del foro, del derecho que rige el contrato, del derecho vigente en el sitio de cumplimiento del contrato o del derecho que rijan en la sede del arbitraje”.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> SIQUEIROS, José Luis, *Op. Cit.*, p.53.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 50

Como conclusión a este punto, basta señalar que “para que tenga éxito un argumento basado en el orden público tiene que demostrarse que existe algún elemento de ilegalidad o que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían claramente nocivos para el bien público, o, también posiblemente, que el reconocimiento o la ejecución serían completamente ofensivos para aquel miembro del público que es corrientemente razonable y está completamente informado y en cuyo nombre se ejercen los poderes del Estado”.<sup>193</sup>

### **B) Artículos 1557 (II) y 1462 (II) del Código de Comercio**

Tratándose de la anulación y denegación de ejecución de laudos arbitrales dichos artículos ordenan lo siguiente:

“...Artículo 1457. Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando: ... II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público...

... Artículo 1462. Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:  
...II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.”<sup>194</sup>

Con la intención de no repetir lo señalado en el inciso anterior, nos limitaremos a señalar que la tribunales judiciales en México han identificado las violaciones al orden público con el indebido proceso legal, al sostener que “el Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un

---

<sup>193</sup> PAULSSON Jan, *Op. Cit.* p. 616.

<sup>194</sup> Código de Comercio, arts. 1457 y 1462

procedimiento en el que se hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y que no sea contrario a una materia de orden público”.<sup>195</sup>

Por nuestra parte, partiendo del siguiente criterio jurisprudencial proveniente de la materia de amparo el cual indica que “para aplicar el criterio de orden público e interés social debe sopesarse el perjuicio que podrían sufrir las metas de interés colectivo perseguidas con los actos concretos de aplicación, con el perjuicio que podría afectar a la parte quejosa con la ejecución del acto reclamado y el monto de la afectación de sus derechos en disputa”,<sup>196</sup> aplicándolo analógicamente a la materia arbitral podríamos concluir que el juez al considerar al orden público como causal de nulidad o de denegación de ejecución del laudo final, debe sopesar el perjuicio que sufriría el interés social junto con el perjuicio que sufrirían las partes al no ejecutarse el mencionado laudo.

---

<sup>195</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Árbitro. Sus resoluciones son actos de autoridad, y su ejecución le corresponde al juez designado por las partes.”, tesis aislada, amparo directo 1301/2001, Constructora Aboumradi Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Julio de 2001, p. 1107.

<sup>196</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Suspensión en el juicio de amparo. Para determinar si se afectan el orden público e interés social, debe sopesarse el perjuicio real y efectivo que podría sufrir la colectividad, con el que podría afectar a la parte quejosa con la ejecución del acto reclamado y el monto de la afectación de sus derechos en disputa”, tesis de jurisprudencia, incidente de suspensión (revisión) 84/2007, Director de Responsabilidades y Sanciones de la Dirección General de Legalidad y Responsabilidades de la Contraloría General del Distrito Federal. 11 de abril de 2007, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Junio de 2007, p. 986.

## **CAPITULO TERCERO.- EL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS**

Una de las manifestaciones más visibles del orden público<sup>197</sup> es la ejecución de obras encaminadas al bienestar de la colectividad. Sin embargo, dada la magnitud de la ejecución de tales obras, el Estado, por medio de sus órganos, ha optado por encargar a particulares su ejecución a través del contrato de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, mismo que analizaremos en este capítulo.

### **3.1.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Tanto el gobernar como el administrar servicios públicos están orientados a la realización del interés público,<sup>198</sup> por ello, la administración pública tiene necesidad de “entablar relaciones con los particulares ya que necesita de estos en virtud de que el Estado no tiene a su alcance todos los bienes o servicios que requiere”.<sup>199</sup>

#### **3.1.1. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO Y CONVENIO**

El Código Civil Federal distingue al “convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” y a los “contratos como los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos”.<sup>200</sup> De esta forma, “contrato” es una “noción unívoca que se encuentra regulada en nuestro país por el derecho común, no existiendo, dentro de la legislación administrativa,

---

<sup>197</sup> *Supra*. Capítulo Segundo, 2.7. Orden Público.

<sup>198</sup> . Cfrs. CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *El Contrato de Obra Pública dentro de la Teoría de los Contratos Administrativos*. Ed. Trillas, México, 1991, p. 23.

<sup>199</sup> MARTINEZ MORALES, Rafael Isidoro, *Derecho Administrativo 3º y 4º Cursos*. Ed. Oxford University Press, México, 2005, p. 98.

<sup>200</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 24ª ed. Ed. Porrúa, México, 2010, p. 4.

algún ordenamiento que defina a los contratos administrativos o que señale principios generales”.<sup>201</sup>

### 3.1.2. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Se ha discutido ampliamente la naturaleza jurídica del contrato administrativo *stricto sensu*, distinguiéndolo del acto administrativo, así como de los contratos de derecho privado.

#### A) Como Acto Administrativo

Acto administrativo es “una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de la administración pública, en el ejercicio de una potestad administrativa que crea, reconoce, modifica y extingue una situación jurídica subjetiva, y su finalidad es la satisfacción del interés general,”<sup>202</sup> mismo que debe ser fundado y motivado de acuerdo al art. 14 de la CPEUM y contener los elementos y requisitos del art. 3 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.<sup>203</sup>

Bajo esta concepción se ha sostenido que se trata de un “contrato por adhesión” mediante el cual el contratista<sup>204</sup> de la Administración Pública “se someterá a lo ya establecido en el contrato, sin posibilidad de negociación de sus términos, reduciéndose a la aceptación total a las condiciones propuestas unilateralmente por

---

<sup>201</sup> CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op. Cit.* p. 94.

<sup>202</sup> SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, t. I, 24ª ed. Ed. Porrúa, México, 2006, p. 222.

<sup>203</sup> “Ley Federal del Procedimiento Administrativo”, art.3, D.O.F. 30 de mayo de 2000, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

<sup>204</sup> Para evitar confusiones, en lo sucesivo denominaremos así al cocontratante de la administración pública en atención a que así lo refiere la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su art. 3 (VI).

la Administración Pública”.<sup>205</sup> Sin embargo, al contratar “la administración considera al particular como persona sustantiva que aporta su voluntad al contrato, y no como miembro subordinado del Estado; de lo contrario, si la administración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda”.<sup>206</sup>

### **B) Como Contrato de Derecho Privado, Civil o Mercantil**

Se equipara a los contratos administrativos con los celebrados entre particulares, en virtud de que ambos poseen “el mismo carácter de obligatoriedad en derecho público que en derecho privado, y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular”.<sup>207</sup>

Por otra parte, en las contrataciones administrativas, mientras que “la administración pública siempre debe ver por el bien de la colectividad, el particular contratista busca lucro o interés personal”.<sup>208</sup> Por ello nosotros consideramos, con fundamento en los arts. 4, 75, 76 y 1050 del C. Com., que para el particular contratista será de carácter mercantil, ya que “mientras la administración vela por la necesidades colectivas, la otra parte busca su propio beneficio económico”.<sup>209</sup> No obstante, “cuando el objeto o finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades

---

<sup>205</sup> Cfrs. SANCHEZ MEDAL, Ramón, *Op. Cit.* p. 5.

<sup>206</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos.* 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 2009, p. 60.

<sup>207</sup> CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op.Cit.* p. 42.

<sup>208</sup> Cfrs. MARTINEZ MORALES, Rafael Isidoro, *Op.Cit.* p. 99.

<sup>209</sup> CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op.Cit.* p. 52.

colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo”.<sup>210</sup>

### **3.2.- DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO**

El contrato administrativo “es el contrato que celebra la Administración Pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público”.<sup>211</sup>

Las características del contrato administrativo son: “1) El interés social y el servicio público; 2) La desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado; 3) La existencia de cláusulas exorbitantes; y, 4) La jurisdicción especial”.<sup>212</sup>

#### **3.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Consideramos que las características distintivas de los contratos administrativos deben articularse en su conjunto a fin de otorgarles dicho carácter.

##### **A) El Interés Social y el Servicio Público**

El objeto del contrato administrativo deberá ser de interés social, es decir, que satisfaga y sea conveniente para atender una necesidad colectiva, así mismo, que surjan con la finalidad de atender o desarrollar el servicio público entendido este

---

<sup>210</sup> SERRA ROJAS, Andrés, *Op. Cit.*, p. 400.

<sup>211</sup> NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, p. 334.

<sup>212</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO, “Contrato administrativo y contrato civil o mercantil. Diferencias.”, tesis aislada, amparo en revisión 196/2001, Vía Construcciones, S.A. de C.V., 9 de agosto de 2001, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Octubre de 200, p. 1103.

último como la “actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas, mediante prestaciones individualizadas”.<sup>213</sup>

### **B) Desigualdad de las Partes**

En virtud de la desigualdad de los propósitos perseguidos en los contratos administrativos, “la relación jurídica establecida se estructura reconociendo que una de las partes, la administración pública, tiene una posición predominante, mientras que el particular contratista se halla subordinado a esa parte principal”.<sup>214</sup>

### **C) Elemento Subjetivo**

De acuerdo con este criterio, “un contrato es administrativo por el hecho de ser celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose, por este conducto, con los particulares”,<sup>215</sup> sin embargo debe articularse en conjunto con otros criterios especialmente como el del fin público para determinarse como tal.

### **D) Cláusulas exorbitantes**

Estas cláusulas ventajosas para la administración pública tienen como fin “salvaguardar el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas”.<sup>216</sup> Estas pueden ser explícitas, si

---

<sup>213</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Administrativo Especial, Vol. I*, Ed. Porrúa, México, 2001, p.470.

<sup>214</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op.Cit.*, p. 80.

<sup>215</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op.Cit.*, p. 71.

<sup>216</sup> FRAGA, Gabino, *Op. Cit.*, p.403.

figuran en el clausulado del contrato; o implícitas, si se encuentran en el ordenamiento jurídico.

### **E) Criterio Jurisdiccional**

Indica que los contratos serán administrativos “cuando la competencia para conocer de las controversias que se susciten por su interpretación, su cumplimiento o su rescisión, sea a través de la jurisdicción contencioso – administrativa”.<sup>217</sup> En México, solo el contrato de obra pública, es competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.<sup>218</sup>

## **3.2.2. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

En su formación y ejecución debe observar principios particulares:

### **A) Principio de Legalidad**

Previo a la celebración del contrato administrativo, la administración pública deberá someterse al marco normativo de la actuación del gobierno en sus diversos niveles, dado que, los órganos o autoridades del Estado, sólo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite, en la forma y en términos de la misma.

### **B) Principio de Continuidad**

Hace referencia “al derecho de la administración pública a exigir al contratista la continuidad en la ejecución del negocio contractual. Por tanto, la ejecución de los

---

<sup>217</sup> CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op. Cit.* p. 45.

<sup>218</sup> *Supra.* Capítulo II, 2.6.4. Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia Fiscal y Administrativa.

contratos administrativos, no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que se pueda alcanzar su finalidad inspirada en el interés público”.<sup>219</sup>

### **C) Principio de Mutabilidad**

Cuando para lograr el eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado se haga indispensable la modificación de las prestaciones convenidas, aumentándolas, disminuyéndolas o poniéndoles fin, la administración pública podrá hacerlo como consecuencia de la primacía en el fin del contrato administrativo.<sup>220</sup>

### **D) Principio de Equilibrio Financiero**

En la ejecución del contrato administrativo, cuando sobrevengan situaciones por las cuales el contrato se vuelva de tal manera oneroso para el contratista que pueda imposibilitarlo en su ejecución, la administración pública “debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes no resulten perjudicadas o que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión”,<sup>221</sup> ya sea por causas imputables o no a la administración pública:

**i) Derecho del Príncipe:** “Se refiere a la alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisibles y en perjuicio del gobernado contratista, derivada de decisiones adoptadas por la autoridad contratante, en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública”.<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op.Cit.*, p. 88.

<sup>220</sup> Cfrs. FRAGA, Gabino, *Op. Cit.*, p. 405.

<sup>221</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op.Cit.*, p. 88.

<sup>222</sup> *Ibid.*

Sin embargo, conforme al art. 1 del Código Fiscal de la Federación, toda contribución que se intente imponer al contratista debe establecerse mediante una ley y destinarse al gasto público específico, restando así la discrecionalidad a la administración pública.

**ii) Teoría de la Imprevisión:** Ocurre cuando sobrevienen hechos extraordinarios que alteran las circunstancias de la relación obligacional, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles, que perturben la economía del contrato.<sup>223</sup>

En ambos supuestos, si el contratista no deja de cumplir con la obligación contraída, tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente los aumentos producidos.

### **3.3.- ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Los elementos de los contratos administrativos son:

#### **A) Sujetos**

Por lógica son, el particular, persona física o moral; y el ente de la administración pública que pretende celebrar el contrato.

#### **B) Competencia y Capacidad**

La aptitud legal para obligarse tratándose de organismos administrativos se llama competencia, la cual se encuentra prevista en sus reglamentos interiores y disposiciones legales correlativas, donde se prevé al servidor público facultado para

---

<sup>223</sup> *Ibid.*

suscribir convenios y contratos.<sup>224</sup> En tanto que para el contratista se aplicarán las reglas genéricas a la capacidad de goce y ejercicio.

### **C) Consentimiento**

El consentimiento de la administración pública va precedido de la autorización de la partida presupuestal correspondiente y, en su caso, la licitación pública, en tanto que la voluntad del contratista se manifiesta al presentar su oferta en los mecanismos de adjudicación a que se convoque.

### **D) Objeto**

Debe ser un objeto determinado, lícito y posible, sin embargo, en el contrato administrativo, “la cosa objeto del contrato puede no estar en el comercio, como ocurre en el contrato de obra pública relativo a la conservación o mantenimiento de algunos de los bienes propiedad de la nación y de uso común enlistados en los art. 6 y 7 de la Ley General de Bienes Nacionales”.<sup>225</sup>

### **E) Forma**

La forma el contrato administrativo, será determinada por la norma jurídica aplicable, siendo “un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto del consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad como implementación del contrato”,<sup>226</sup> por ello no cabe la posibilidad para que se admita la manifestación tácita de la voluntad.

---

<sup>224</sup> MARTINEZ MORALES, Rafael Isidoro, *Op. Cit.* p. 107.

<sup>225</sup> Cfrs. FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op.Cit.*, p. 97.

<sup>226</sup> *Ibid.*

## **F) Causa**

Por un lado el particular busca obtener un lucro económico, en tanto que la administración pública tendrá como causa fundamental satisfacer el interés público.

### **3.4.- PLANEACIÓN, PROGRAMACIÓN Y PRESUPUESTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

En México, la etapa preliminar a la contratación administrativa se orienta de acuerdo a los fines, objetivos y metas predeterminados por la administración pública en el Plan Nacional de Desarrollo y en el Presupuesto Anual de Egresos de la Federación.

Por lo tanto, previo al procedimiento licitatorio destinado a la contratación administrativa es necesario que exista: (i) Un proyecto básico, es decir, el conjunto de elementos que definen el objeto, suficientes para la estimativa de su costo final y plazo de ejecución; (ii) Un presupuesto que detalle la composición de los costos unitarios; y (iii) Recursos presupuestarios previstos, que aseguren el pago de las obligaciones que se deban saldar en el ejercicio, ya sea directamente a cargo de la administración pública o con la financiación de la iniciativa privada a través de alguna modalidad de asociación público privada.

La LOPSRM establece la obligación para las dependencias y entidades de publicar, a más tardar el 31 de enero de cada año, su programa anual de obras públicas y servicios relacionados para cada ejercicio fiscal, sin la obligación de ejecutarlas, pudiendo modificarse o cancelarse por la administración pública.<sup>227</sup>

---

<sup>227</sup> A partir de este momento a fin de evitar confusiones, nos referiremos únicamente al contrato de obra pública y servicios relacionados con las mismas y la Ley que lo regula.

### **3.5.- ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Existen dos formas de adjudicar un contrato administrativo: (i) mediante la licitación pública, o restringida en su caso, consistente en un régimen de competencia en condiciones de igualdad en que deben contender diversos aspirantes que responden a una convocatoria hecha por la administración pública; y (ii) la adjudicación directa, en la que se designa directamente al contratista.

#### **3.5.1. LA LICITACIÓN PÚBLICA**

Por regla general el contrato administrativo se adjudicará mediante licitaciones, a través de convocatoria pública, con el fin de asegurar al Estado las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás condiciones pertinentes.

##### **3.5.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA**

Se trata de “un mecanismo legal y técnico por medio del cual la administración pública trata de obtener las mejores condiciones de idoneidad, conveniencia y capacidad en la prestación de servicios, en la realización de las adquisiciones y en la ejecución de las obras públicas. Permite una competencia libre e igual. La licitación recae en el licitador más idóneo y que ofrezca la mayor ventaja. Se compone de una serie de actos sucesivos, todos interligados y tendentes al mismo fin: la realización del contrato administrativo”.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> LÓPEZ ELÍAS, José Pedro, *Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México*, tesis doctoral, México, UNAM, 1997, p. 88 citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.* p. 172.

En cuanto a su naturaleza jurídica, será “la de un procedimiento administrativo integrado por una diversidad de actos administrativos y simples actos de la administración, como formas jurídicas preparatorias de su actividad contractual”.<sup>229</sup>

### **3.5.1.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA**

El art. 134 Constitucional sustenta los principios básicos que deben cumplir tanto las contrataciones administrativas, siendo relevantes los párrafos primero al cuarto del artículo mencionado, que a la letra disponen:

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

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

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

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado...”<sup>230</sup>

Del citado precepto constitucional se advierten que el correcto ejercicio del gasto público se salvaguarda por los siguientes principios: 1. Legalidad, en tanto que debe

---

<sup>229</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Licitación pública. Su naturaleza jurídica.”, tesis aislada, amparo en revisión 290/2006, Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V., 25 de octubre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, 2653.

<sup>230</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 134., D.O.F. 29 de Julio de 2010, Agenda de Amparo, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

estar prescrito en el Presupuesto de Egresos. 2. Honradez, pues implica que no debe llevarse a cabo de manera abusiva, ni para un destino diverso al programado. 3. Eficiencia, en el entendido de que el ejercicio del gasto público logre el fin para el cual se programó y destinó. 4. Eficacia, ya que es indispensable contar con la capacidad suficiente para lograr las metas estimadas. 5. Economía, en el sentido de que los servidores públicos siempre deben buscar las mejores condiciones de contratación para el Estado; y, 6. Transparencia, para permitir hacer del conocimiento público el ejercicio del gasto estatal.<sup>231</sup>

Bajo este esquema, el art. 134 Constitucional constituye la base y fundamento de las contrataciones del Estado Mexicano y, específicamente, del procedimiento administrativo que debe seguirse en dichas contrataciones, de acuerdo a la ley reglamentaria correspondiente, considerando como procedimiento idóneo a la licitación pública.<sup>232</sup>

### **3.5.1.3. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN PÚBLICA**

La licitación pública se rige por los principios esenciales de: 1) Concurrencia, que asegura a la administración pública la participación de un mayor número de ofertas, lo cual permite tener posibilidades más amplias de selección y obtención de mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, entre otras; 2) Igualdad, que es la posición que guardan los oferentes frente a la administración, así

---

<sup>231</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Gasto público. El artículo 134 de la constitución política de los estados unidos mexicanos eleva a rango constitucional los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez en esta materia.", tesis aislada, Controversia Constitucional 55/2008, Municipio de Ocotlán, Estado de México, 3 de diciembre de 2008, Mayoría de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 2712.

<sup>232</sup> GONZALEZ SANDOVAL, Rodrigo, *La Licitación Pública y el Contrato Administrativo. Aplicación y Medios de Defensa*. Ed. Porrúa, México, 2008, p. 23.

como la posición de cada uno de ellos frente a los demás; 3) Publicidad, que implica la posibilidad de que los interesados conozcan todo lo relativo a la licitación correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas; y, 4) Oposición o contradicción, que deriva del principio de debido proceso que implica la intervención de los interesados en las discusiones de controversia de intereses de dos o más particulares, facultándolos para impugnar las propuestas de los demás y, a su vez, para defender la propia.<sup>233</sup>

#### **3.5.1.4. LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL**

El art. 30 de la LOPSRM establece que las licitaciones públicas, en atención a la nacionalidad de los participantes, pueden ser: (i) nacionales, en las cuales solo pueden contender personas físicas que acrediten con su acta de nacimiento su nacionalidad y personas morales constituidas y domiciliadas en territorio nacional; (ii) internacionales bajo la cobertura de tratados, en las cuales pueden participar tanto nacionales, así como extranjeros de países con los que México tenga celebrado un tratado de libre comercio con capítulo de compras gubernamentales; y (iii) internacional abierta, con la participación de nacionales y extranjeros con los que México no tenga celebrado tratado. En todo caso deberán respetarse los principios de reciprocidad, trato nacional y no discriminación en el trato para los licitadores extranjeros.

---

<sup>233</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, "Licitación pública. Principios esenciales que rigen el procedimiento administrativo respectivo.", tesis aislada, amparo en revisión 290/2006, Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V., 25 de octubre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, p. 2652.

### 3.5.1.5. ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

En la licitación pública, se distinguen las siguientes etapas: “I. El pliego de condiciones conforme al cual se hace el llamado a los interesados; II. La presentación de ofertas; y, III. El estudio de éstas por la administración, que culmina con la aceptación de la más conveniente a través de un fallo y su notificación al interesado”,<sup>234</sup> a las cuales se refiere el capítulo segundo, del Título Segundo de la LOPSRM<sup>235</sup> y la sección primera, capítulo primero, Título Segundo del RLOPSRM.<sup>236</sup>

#### **A) Elaboración y Publicidad de las Bases de Licitación**

Se designa como bases de licitación al “acto a través del cual la administración hace público su propósito de licitar un objeto determinado, establece los requisitos exigidos a las propuestas de los licitadores, regula los términos según los cuales se evaluará y fija las cláusulas del eventual contrato a ser celebrado”.<sup>237</sup>

Deben contener los requisitos de los arts. 31 a 33 de la LOPSRM y de los arts. 31 a 35 del RLOPSRM, debiendo publicarse a los interesados a través del sistema CompraNet y un extracto de la misma en el D.O.F. La información contenida en las

---

<sup>234</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Licitación pública. Etapas del procedimiento administrativo respectivo en su desarrollo cronológico.”, tesis aislada, amparo en revisión 290/2006, Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V., 25 de octubre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, p. 2651.

<sup>235</sup> LOPSRM, art. 30 a 40.

<sup>236</sup> “Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”, arts. 31 a 72 D.O.F. 28 de Julio de 2010, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

<sup>237</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Derecho Administrativo* 1ª ed. en español, t. Valeria Estefanía Labraña, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 512.

bases de licitación, se complementa con juntas de aclaraciones y visitas al sitio de realización de los trabajos.<sup>238</sup>

## **B) Elaboración y Presentación de las Ofertas**

Todo licitador deberá presentar sus ofertas en la fecha y hora que se haya fijado en la convocatoria, cumpliendo los requisitos de la LOPSRM y las bases de licitación.

**i) Requisitos Subjetivos:** Además de plena capacidad jurídica de goce y ejercicio, así como la ausencia de prohibición de contratar, se exige justificar la solvencia económica - financiera y técnica - profesional de los licitadores,<sup>239</sup> dada la “necesidad de evitar adjudicaciones sin porvenir en contratos de extraordinaria complejidad y cuantía cuya crisis o fracaso pueden originar graves daños al interés público”.<sup>240</sup>

**ii) Requisitos Objetivos:** Las proposiciones deberán reunir las condiciones objetivas que les permita mantenerse y cumplirse, debiendo ser económicamente viables, así como ajustarse a las condiciones establecidas por el órgano que convoca, de conformidad con las bases de licitación y demás normas aplicables.<sup>241</sup>

**iii) Requisito Formales:** La exhibición de las propuestas tanto técnica y económica deberá realizarse mediante *sobre cerrado*, de esta forma los licitadores conservarán la debida extensión de sus propuestas de las de sus opositores, ofrecerán cuanto

---

<sup>238</sup> LOPSRM arts. 34 y 35 y RLOPSRM arts. 38 a 40.

<sup>239</sup> LOPSRM art. 31 (XVI) y RLOPSRM art. 34.

<sup>240</sup> PARADA, Ramón, Op. Cit. p. 264.

<sup>241</sup> Cfrs. GONZALEZ SANDOVAL, Rodrigo, Op. Cit. p. 25.

puedan sin el temor de que otros hagan lo mismo, asegurando para la administración la celebración de sus contratos dentro de los límites que su presupuesto establece.<sup>242</sup>

### **C) Estudio de las Propuestas, Fallo y Adjudicación del Contrato**

La administración verificará si los licitadores cumplen con las capacidades jurídicas, técnicas y económico-financieras, así mismo verificará si cumplen o no las exigencias de las bases de licitación.<sup>243</sup> Finalmente serán “juzgadas comparativamente con relación a su calidad y ordenas en atención a las ventajas que ofrecen”.<sup>244</sup>

Evaluadas las propuestas se elabora el fallo de licitación, en el que se hace constar el análisis realizado y se expresan las razones para la admisión o rechazo de las propuestas. El sentido de dicho fallo puede consistir en: (i) adjudicar el contrato al licitador que haya presentado la oferta más solvente de acuerdo a los requisitos de las bases de licitación; o, (ii) declarar desierta la licitación, cuando no haya licitantes, o habiéndolos, las ofertas recibidas no cumplan con los requisitos técnicos o económicos señalados en las bases de licitación, pudiéndose publicar una nueva convocatoria.<sup>245</sup> En cualquiera de los dos supuestos, los licitadores inconformes podrán recurrir el fallo, interponiendo el recurso administrativo de inconformidad, según los arts. 83 a 94 de la LOPSRM y los arts. 274 a 283 del RLOPSRM.

---

<sup>242</sup> Cfrs. PARADA, Ramón, *Op. Cit.* p. 272.

<sup>243</sup> LOPSRM arts. 36 a 39BIS y RLOPSRM arts. 63 a 72.

<sup>244</sup> Cfrs. BANDERA DE MELLO, Celso Antonio, *Op. Cit.* p. 507.

<sup>245</sup> Cfrs. GONZALEZ SANDOVAL, Rodrigo, *Op. Cit.* p. 83 y siguientes.

### **3.5.1.6. LA LICITACIÓN PÚBLICA, ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Debemos tener presente que los contratos sujetos a licitación pública previa, éstos derivarán de ella; “de manera que su omisión invalida los contratos produciendo su nulidad absoluta o de pleno derecho”.<sup>246</sup> De esta forma, las bases de licitación son de “naturaleza jurídica de carácter mixto: contractual, por lo que se refiere a las estipulaciones que contengan los derechos y obligaciones, para el órgano licitante y el contratista; y reglamentario, por cuanto se refiere a las condiciones que regulan al procedimiento”,<sup>247</sup> convirtiéndose en un instrumento vinculante para las partes.<sup>248</sup>

### **3.5.2. EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN PÚBLICA**

Si la licitación pública no asegura las mejores condiciones a la administración pública por cuanto hace a precio, calidad u otras circunstancias relacionadas con la contratación, es posible contratar ya sea mediante licitación restringida a través de invitación a cuando menos tres personas, ó bien, en vía de adjudicación directa.<sup>249</sup>

#### **3.5.2.1. LICITACIÓN RESTRINGIDA**

Es restringido el procedimiento cuando “sólo pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la administración pública, quienes después de recibir una invitación del órgano de contratación presentan una

---

<sup>246</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Licitación pública. Su naturaleza jurídica.”, *Op. Cit.* p. 2653.

<sup>247</sup> GONZALEZ SANDOVAL, Rodrigo, *Op. Cit.* p. 76.

<sup>248</sup> LOPSRM art. 46.

<sup>249</sup> LOPSRM arts. 41 a 44 y RLOPSRM arts. 73 a 78.

oferta”.<sup>250</sup> La invitación deberá hacerse a por lo menos tres interesados de conformidad con el procedimiento licitatorio hasta la adjudicación del contrato.<sup>251</sup>

### **3.5.2.2. ADJUDICACIÓN DIRECTA**

Se entiende por adjudicación directa, a la designación del contratista por parte de la administración pública sin mediar una licitación pública de la que se deduzca de manera directa el contratista específico. Se justifica en situaciones de que se trate de un proveedor único, por tratarse de servicios imprecisos, o por tratarse de contratistas especiales.<sup>252</sup> La principal crítica es la discrecionalidad en que puede incurrir la administración pública en la adjudicación de contratos en vía directa.

## **3.6.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS**

La ejecución de obras públicas mediante el esquema contractual implica la celebración del contrato de obra pública, y si fuere necesaria la preparación del proyecto ejecutivo previo será necesaria la celebración del contrato de servicios relacionados.

### **3.6.1. CONCEPTO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS**

La obra pública es “una cosa hecha o producida por el estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general”.<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> PARADA, Ramón, *Op. Cit.* p. 272.

<sup>251</sup> LOPSRM arts. 41 y 44 y RLOPSRM art. 73.

<sup>252</sup> LOPSRM art. 42 y RLOPSRM art. 76.

<sup>253</sup> SERRA ROJAS, Andres, *Op. Cit.* p. 662.

En cuanto al concepto legal, el art. 3 de la LOPSRM<sup>254</sup> “es excesivo, toda vez que considera obra pública a los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles en general, sin importar si los trabajos son realizados por el Estado, o en su nombre, con un propósito de interés público”.<sup>255</sup>

En cuanto a los servicios relacionados con las obras públicas, serán todos aquellos trabajos que se ejecuten con relación al proyecto de obra pública como lo son su diseño y cálculo, así como las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías, de igual forma, la dirección o supervisión de la ejecución de las obras.<sup>256</sup>

### **3.6.1.1. OBRA PÚBLICA DE INFRAESTRUCTURA**

Cuando el objeto del contrato sea la construcción, ampliación o modificación de bienes inmuebles directamente destinados a la prestación de servicios de comunicaciones, transportes, hidráulico, medio ambiente, turístico, educación, salud y energético, estaremos en presencia del contrato de obra pública de infraestructura,<sup>257</sup> mismo que se distingue dado que su ejecución implica una inversión a largo plazo, bajo un nuevo esquema de financiamiento y en el cual los contratistas también se obligaran al mantenimiento y operación de la obra de infraestructura.<sup>258</sup>

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, art. 3

<sup>255</sup> Cfrs. FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.* p. 219.

<sup>256</sup> LOPSRM, art. 4.

<sup>257</sup> LOPSRM arts. 2 y 3.

<sup>258</sup> NUÑEZ RODRIGUEZ, Eduardo “Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación. Obras Públicas Asociadas a Proyectos de Infraestructura”, *Abogado Corporativo. La Revista de Análisis Jurídico*, México, 2009, p. 55.

### **3.6.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS**

El contrato de obra pública destaca por ser regulado mediante su propia ley.

#### **A) Definición Doctrinal**

Es “el negocio jurídico bilateral, sujeto a un régimen jurídico especial, celebrado voluntariamente por la administración pública con un contratista a efecto de que éste, mediante el pago de un precio, realice ciertos trabajos de utilidad pública encaminados a modificar o afectar el estado, la forma o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar dicho negocio contractual”.<sup>259</sup>

#### **B) Definición Legal**

La LOPSRM es omisa en definir el contrato de obra pública y servicios relacionados, sin embargo, podemos señalar que es el contrato administrativo que tiene por objeto la realización de alguna de las modalidades de la obra pública y de servicios relacionados con la misma señalados en los arts. 3 y 4 de la LOPSRM.

### **3.6.3. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS**

El contrato de obra pública y servicios relacionados, aunque comparte los mismos elementos del contrato administrativo, posee particularidades distintivas.

---

<sup>259</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.* p. 238.

## **A) Los Sujetos del Contrato**

Puede suceder que intervengan uno o más organismos administrativos constituyendo una de las partes contratantes; ya sea autorizando o aprobando su celebración. Así mismo, es posible que dos contratistas se asocien en consorcio, “sin formar una persona jurídica distinta, mediante el cual conjuguen recursos, humanos, técnicos y materiales para la ejecución del objeto contratado”.<sup>260</sup>

## **B) Competencia y Capacidad**

La competencia de la administración pública estará dada por la aprobación de los programas de obra anuales, tanto por la dependencia coordinadora del sector, como por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En cuanto al contratista, tratándose de consorcios, “quedarán obligados solidariamente ante la administración debiendo nombrar a un representante común con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones del contrato hasta la extinción del mismo”.<sup>261</sup>

## **C) Consentimiento**

En los contratos de obra pública, la oferta se comprende en la convocatoria a la licitación o a los procedimientos de excepción. Por su parte, la aceptación del contratista consiste en la presentación de propuestas contestando a la convocatoria de licitación. El consentimiento, como acuerdo de voluntades, se forma en el momento del fallo y adjudicación del contrato al contratista elegido.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Op. Cit.* p. 521.

<sup>261</sup> PARADA, Ramón, *Op. Cit.* p.262.

<sup>262</sup> Cfrs. CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op. Cit.* p. 123

#### **D) Objeto**

Será la construcción de bienes inmuebles asociadas a proyectos de infraestructura, así como la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, y la reparación, conservación o demolición de los objetos anteriores.

#### **E) Forma**

Deberá hacerse constar por escrito, en documento privado, el cual adquiere rasgos de solemnidad, toda vez que una vez adjudicado el contrato ambas partes adquieren la obligación de formalizarlo y firmarlo dentro de los 15 días siguientes a su adjudicación.<sup>263</sup>

#### **F) Causa**

Común a los contratos administrativos, que el bien inmueble objeto del contrato tienda a satisfacer una necesidad colectiva de interés general y de utilidad pública.

### **3.6.4. MODALIDADES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**

La LOPSRM admite tres formas básicas y una híbrida.<sup>264</sup>

#### **A) A Precio Alzado**

Consiste en determinar el importe de la remuneración o pago total fijo, único e inmóvil, por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido. Sin embargo, “puede ajustarse al aumento de precios por causas inflacionarias, siendo aplicable la teoría de la imprevisión; también puede variar por modificación en

---

<sup>263</sup> LOPSRM art.47.

<sup>264</sup> *Ibidem.* art. 45.

los cálculos y montos de la obra y por los trabajos extraordinarios requeridos por la administración pública”.<sup>265</sup>

### **B) A Precios Unitarios**

También conocido como “a destajo”, en el cual el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará “de acuerdo con precios por unidad de medida asignados a los diferentes concepto de obra, por ello a mayor volumen de obra, mayor utilidad del contratista, siendo necesario que el contrato especifique con precisión los volúmenes de obra a ejecutar”.<sup>266</sup>

### **C) Amortización Programada**

En este caso el pago total acordado en el contrato de obra pública relacionada con proyectos de infraestructura, se efectuará en función del presupuesto aprobado para cada proyecto destinado específicamente para la construcción de dicha obra.<sup>267</sup>

### **D) Mixto**

Cuando contengan una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios y otra a precio alzado, la parte a “precios unitarios pueden utilizarse, tanto para sacar el precio alzado, como en el presupuesto”.<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>266</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.* p.246.

<sup>267</sup> NUÑEZ RODRIGUEZ, Eduardo *Op Cit.* p. 56

<sup>268</sup> CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op.Cit.* p.98.

### **3.6.5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS**

El contrato de obra pública y servicios relacionados, al ser bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, *intuito personae*, principal y típico, tanto la administración pública y el contratista tendrán obligaciones particulares a su cargo.<sup>269</sup>

#### **3.6.5.1. OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

##### **A) Formalización del Contrato**

Aunque la obligación es común a ambas partes, en caso de que la administración pública no firmare, el contrato no será vinculante para el contratista.<sup>270</sup>

##### **B) Obligaciones de Suministro**

Consistente en proporcionar al contratista todos los planos, especificaciones y órdenes de trabajo, y en general todo tipo de instrucciones a que se haya obligado.

##### **C) Entrega de los Bienes Inmuebles**

La administración proporcionará al contratista el o los inmuebles materia del contrato, para que pueda comenzar la obra en la fecha convenida.<sup>271</sup>

---

<sup>269</sup> Datos tomados del contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado relativo a la ejecución del tramo III de la Carretera Durango – Mazatlán, del año 2008, al cual tuvimos acceso. Por razones de confidencialidad se reservan los datos de los contratantes.

<sup>270</sup> LOPSRM art. 47 y RLOPSRM art. 81.

<sup>271</sup> LOPSRM art. 52.

## **D) Supervisión y Vigilancia**

Las dependencias o entidades deberán controlar todas las fases de la obra pública a su cargo, estableciendo los medios y procedimientos necesarios, además deberán establecer la residencia de supervisión, vigilancia, control y revisión de los trabajos.<sup>272</sup>

## **E) Pago de Estimaciones y Liquidación**

Conforme al art. 2(XIV) del RLOPSRM, por estimación se entiende la valuación de los trabajos ejecutados en un periodo determinado presentada para autorización de pago. Al respecto el art. 54 de la LOPSRM establece el procedimiento para su formulación y el pago de las mismas. En la liquidación final se pagarán el total de las estimaciones pendientes, conformando el precio definitivo de los trabajos, considerando las modificaciones y ajustes que hayan existido.

## **F) Recepción de Obras y Otorgamiento de Finiquito**

Las dependencias o entidades recibirán los trabajos hasta que sean terminados en su totalidad o podrá efectuar recepciones parciales cuando existan trabajos terminados en partes identificables y en los casos de suspensión definitiva o rescisión del contrato. El finiquito comprenderá la liberación de cualquier tipo de responsabilidad para el contratista.<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> LOPSRM art. 2

<sup>273</sup> RLOPSRM art. 168.

### **G) Obligación de Informar a las Dependencias Respectivas**

Conforme al Título Quinto de la LOPSRM, las dependencias y entidades contratantes deberán informar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de la Función Pública y a la Secretaría de Economía, el seguimiento y los cambios de la obra contratada y otorgar todas las facilidades necesarias a fin de que puedan realizar la continuidad y el control de las obras públicas.

### **H) Mantenimiento de las Obras**

Terminada y recibida la obra, la administración pública quedará obligada a mantenerla en niveles apropiados de funcionamiento y vigilar que su uso, operación, mantenimiento y conservación se realicen conforme a los programas respectivos.<sup>274</sup>

## **3.6.5.2. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA**

### **A) Otorgamiento de Garantías**

En la contratación de obra pública, existen tres tipos de garantías a cargo del contratista:<sup>275</sup> (i) La garantía sobre el anticipo que en su caso se otorgue al contratista, por la totalidad del monto concedido, a presentarse previo a su otorgamiento; (ii) la garantía de cumplimiento de contrato, a presentarse en la fecha establecida en las bases de licitación o 15 días naturales siguientes a la notificación del fallo; y (iii) la garantía de vicios ocultos de la obra, por un periodo de 12 meses posteriores a la recepción por parte de la administración pública. El porcentaje de las dos primeras garantías será determinado por los titulares de las dependencias o los

---

<sup>274</sup> LOPSRM art. 69.

<sup>275</sup> LOPSRM arts. 48 y 66 y RLOPSRM arts. 89 a 98.

órganos de gobierno de las entidades; en cuanto a la tercera, el monto debe ser por el diez por ciento del monto ejercido de los trabajos. En cuanto a la forma, la más aceptada es la póliza de fianza, otorgada por institución afianzadora autorizada.

### **B) Ejecución de la Obra**

El contratista se obliga a ejecutar la obra pública o realizar los servicios relacionados, de conformidad con las especificaciones establecidas por la dependencia o entidad conforme al proyecto, los planos, las ordenes de trabajo, las instrucciones y demás documentos que constituyan el contrato. Así mismo, observará las disposiciones federales, locales o municipales que rijan en materia de construcciones, seguridad, uso de vía pública, protección ecológica y de medio ambiente.<sup>276</sup> Los trabajos deberán comenzarse y terminarse en las fechas convenidas, cumpliéndose con el calendario, el programa y sus avances. Así mismo el contratista deberá mantener un representante en el lugar de las obras, por todo el tiempo que duren estas.<sup>277</sup>

### **C) Obligación de No Cesión y No Subcontratación**

El contratista se obliga a no ceder sus derechos y obligaciones, ni subcontratar la totalidad o partes de las obras, salvo autorización previa de la administración pública, sin embargo podrá ceder los derechos de cobro sobre los trabajos ejecutados. En cualquiera de estos supuestos el contratista será el responsable directo de la ejecución de los trabajos.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> LOPSRM art. 67.

<sup>277</sup> LOPSRM art. 52 y RLOPSRM art. 110.

<sup>278</sup> LOPSRM art. 47 y RLOPSRM arts. 83 a 85.

#### **D) Suministro de Materiales**

El contratista se obliga a que los materiales y equipo que se utilicen en los trabajos objeto del contrato, cumplan con las normas de calidad establecidas en las bases de licitación, siendo responsable del cuidado de los mismos en el sitio de la obra.

#### **E) Obligaciones Laborales**

El contratista como patrón del personal que contrate con motivo de la ejecución de los trabajos será el único responsable de las obligaciones laborales y de seguridad social, respondiendo de todas las reclamaciones que sus trabajadores presenten en su contra o en contra de la dependencia o entidad.

#### **F) Entrega de las Obras**

Las obras concluirán en la fecha fijada, debiendo el contratista comunicarlo a la dependencia o entidad, para su verificación. Se deberán retirar todos los equipos, herramientas, escombros y materiales sobrantes, entregando las obras en condiciones de limpieza.<sup>279</sup>

#### **G) Responsabilidad por Daños y Perjuicios**

El contratista será responsable por los daños y perjuicios que le cause a la dependencia o entidad, o a terceras personas, con motivo de la ejecución de los trabajos, por no ajustarse a lo estipulado en el contrato, por inobservancia de las instrucciones o por violación a las leyes o reglamentos. Así mismo, responderá por su cuenta y riesgo de los vicios ocultos y por los defectos de construcción. Los

---

<sup>279</sup> LOPRM, art. 64 y RLOPSRM art. 164.

riesgos, la conservación y la limpieza de los trabajos, hasta el momento de su recepción por parte de la administración pública, estarán a cargo del contratista.<sup>280</sup>

### **3.6.6. REGIMEN EXORBITANTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS**

La desigualdad de intereses perseguidos en la contratación de obra pública concede a la administración pública facultades para “adaptar el contrato a las necesidades colectivas, pudiendo variar dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratista; e inclusive dejarlo sin efecto unilateralmente cuando así lo exijan las necesidades públicas colectivas o en caso de incumplimiento del contratista”.<sup>281</sup>

#### **3.6.6.1. MUTABILIDAD DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS**

Las modificaciones que realice la administración pública al contrato no podrán afectar el objeto, la naturaleza y las características esenciales de la obra contratada y tampoco pueden privar al contratista de su utilidad económica. “Si bien el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato, aún contra sucesos desfavorables, se hace indispensable una compensación económica a cargo de la administración pública”.<sup>282</sup>

Los contratos de obra precios unitarios, de obra mixtos en la parte correspondiente, así como los de obra por amortización programada, podrán modificarse siempre que

---

<sup>280</sup> LOPSRM art. 67 y LOPSRM art. 165.

<sup>281</sup> CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op. Cit.* p. 172.

<sup>282</sup> *Ibidem* p. 192.

no rebasen el veinticinco por ciento del monto o del plazo contratado, debiendo celebrarse los convenios modificatorios correspondientes. Cuando se exceda de dicho porcentaje, el convenio deberá ser autorizado por la Secretaría de la Función Pública.<sup>283</sup>

En cuanto a los contratos de obra a precio alzado y los mixtos en su parte correspondiente, se establece la prohibición para su modificación. Sin embargo, de presentarse circunstancias económicas de carácter general ajenas a la responsabilidad de las partes que provoquen un aumento o reducción en los costos de los trabajos no ejecutados, las dependencias reconocerán los incrementos, debiendo en su caso autorizar y celebrar los convenios respectivos.<sup>284</sup>

### **3.6.6.2. FACULTAD DE SUSPENSIÓN, TERMINACIÓN ANTICIPADA Y RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO**

#### **A) Suspensión de la Obra**

Conforme al art. 60 de la LOPSRM las dependencias o entidades podrán suspender temporalmente, en todo o en parte, los trabajos por cualquier causa justificada, “pues el interés de la sociedad tiene mayor jerarquía y debe prevalecer ante el interés particular o de un grupo minoritario”.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> LOPSRM art. 59 y RLOPSRM arts. 99 a 103.

<sup>284</sup> LOPSRM art. 59 y RLOPSRM art. 104.

<sup>285</sup> PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO, “Suspensión de obra pública. Es improcedente por contravenir el interés social consagrado en el artículo 124, fracción ii, de la ley de amparo”, tesis aislada, incidente de suspensión (revisión) 99/2002, Director General de Inconformidades de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 12 de junio de 2002, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Septiembre de 2002, p. 1455.

## **B) Terminación Anticipada**

Ésta operará cuando concurren razones de interés general, “en la medida en que se encuentra en alto riesgo el que el destino de los recursos económicos federales no sea administrado con eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez”,<sup>286</sup> o se determine la nulidad de actos que dieron origen al contrato, ya que la celebración del mismo “se sujeta a un procedimiento de derecho público cuya inobservancia conlleva vicios para su válida existencia, y dan lugar a su nulidad”.<sup>287</sup>

Con ambas facultades se dota a la administración pública de la facultad de actuar oportuna y eficientemente, a fin de salvaguardar el interés público o evitar su detrimento.<sup>288</sup> No obstante, pese a contar con dicha competencia discrecional, la administración pública no debe obviar los requisitos de motivación y fundamentación, dejando en forma clara y precisa la legitimidad de la decisión administrativa.

## **C) Rescisión Unilateral**

Entendida como “el derecho del acreedor perjudicado por el incumplimiento de su deudor consistente en extinguir la obligación que le incumplieron, así como la que es a su cargo, para desligarse de su deudor”,<sup>289</sup> el art. 61 de la LOPSRM otorga la facultad rescisoria a la administración pública, por causas imputables al contratista, procedimiento “de naturaleza administrativa, el cual se verifica de pleno derecho y sin

---

<sup>286</sup> *Idem.*

<sup>287</sup> FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.* p. 300.

<sup>288</sup> *Ibidem.* p.198.

<sup>289</sup> MARTINEZ ALFARO, José Joaquín, *Op. Cit.* p. 259.

la intervención de la autoridad judicial”,<sup>290</sup> debiendo motivarse en “una omisión o acto grave que ponga en peligro la satisfacción del fines del contrato”.<sup>291</sup>

No obstante, la rescisión administrativa deberá ser el último de los recursos, toda vez que las dependencias o entidades podrán aplicar retenciones y hacer efectivas las penas convenidas en su caso, en atención a la continuidad en los fines del contrato de obra.<sup>292</sup>

Sin embargo, de optarse por la rescisión, el procedimiento resolutorio deberá sujetarse a lo estipulado en los arts. 61 a 63 de la LOPSRM y los arts. 157 a 159 del RLOPSRM, respetando así “la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, en virtud de que dichos numerales expresamente permite al contratista ser escuchado en su defensa así como contestar y controvertir los hechos atribuidos como causa de rescisión, pues para ello se le concede un plazo para ofrecer pruebas, todo lo cual se traduce en el respeto a la referida garantía.”<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO, “Contrato de obra pública. La autoridad administrativa contratante al tener a su alcance el procedimiento administrativo para decretar su rescisión por causas imputables al contratista, no puede deducir jurisdiccionalmente tal pretensión, aun en vía reconvenional, pues su ejercicio está reservado al particular.”, tesis aislada, amparo directo 28/2006, Constructora Napy, S.A. de C.V., 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Julio de 2006, p 1174.

<sup>291</sup> CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *Op. Cit.* p. 199.

<sup>292</sup> RLOPSRM arts. 154 y 155.

<sup>293</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Obras públicas y servicios relacionados con las mismas. Los artículos 61 y 62 de la ley relativa y el numeral 127, fracciones ii, iii, iv y xi, de su reglamento, no violan la garantía de audiencia”, tesis aislada, Amparo en revisión 1865/2009, Meidat Sistemas Constructivos, S.A. de C.V., 2 de septiembre de 2009, Unanimidad de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Octubre de 2009, p.59.

### **3.6.7. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS**

De no presentarse ninguna de las circunstancias anteriormente analizadas y no existiendo obligaciones insolutas a cargo de las partes contratantes y el objeto del contrato de obra pública y servicios relacionados se ha cumplido, el contrato se tiene por terminado. Sin embargo, el contratista continuará siendo responsable por un plazo de los doce meses a partir de la recepción de la obra, durante el cual está obligado a responder de los vicios ocultos de la misma.

### **3.7.- LAS ASOCIACIONES PUBLICO-PRIVADAS**

Debido a la carencia de fondos públicos, los gobiernos identificaron un nuevo sistema de gestión y financiación con la participación del sector privado para viabilizar los proyectos de infraestructuras. En este tenor, la asociación público-privada (APP) o *public private partnership* “es un acuerdo entre el gobierno y una entidad del sector privado con el propósito de proveer infraestructura y servicios públicos. Estas asociaciones se caracterizan por la distribución de la inversión, riesgo, responsabilidad y recompensa entre los socios. Las razones para formar estas asociaciones varían pero generalmente involucran el financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructura pública y servicios”,<sup>294</sup>

Los proyectos de APP “son proyectos de largo plazo para la provisión de servicios públicos o de infraestructura pública con alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera, cuyo equilibrio financiero supone un co-financiamiento del Estado, mismo

---

<sup>294</sup> BRITISH COLUMBIA, Ministry of Municipal Affairs. “Public Private Partnership. A Guide for the Local Government”. Canadian Cataloguing Publication Data, Canada, 1999, p. 5.

que se agrega de existir está, a la tarifa o peaje pagada por el usuario directo del servicio”.<sup>295</sup> “El gobierno decide hacer un contrato de APP cuando está seguro de que el servicio prestado por el sector privado presentará mejor calidad con la misma cantidad de dinero que el sector público gastaría para llevar a cabo un proyecto similar.”<sup>296</sup>

Una APP “se distingue de la obra pública en que esta última constituye un bien que hace posible que el sector público asegure directamente, incluyendo su financiamiento, la prestación de un servicio o el uso de una determinada infraestructura”,<sup>297</sup> mientras que las APP consisten en una “diversidad de esquemas de inversión donde participan los sectores público y privado, mediante el cual se aumenta la eficiencia y el gobierno es capaz de proveer dicho servicio con costes más bajos que en el modelo tradicional”.<sup>298</sup>

No obstante, “la participación del sector privado en la financiación de infraestructura no exime al sector público de sus responsabilidades frente a la sociedad, es decir seguirá siendo responsable por la prestación de un servicio público, de esta manera se protege y promueve el interés público.”<sup>299</sup>

El instrumento APP empezó en Reino Unido y ha sido donde se ha utilizado con mayor intensidad. Además otros países han desarrollado programas de APP’s como

---

<sup>295</sup> PROINVERSIÓN. Agencia de Promoción de la Inversión Privada. “Las Asociaciones Público Privadas en Perú.” Documento de Trabajo No. 4, Proinversión, Perú, 2005, p 1.

<sup>296</sup> GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel et al “Innovación en Asociaciones Publica Privadas (PPPs): Una Aplicación al Caso Español”, *Nuevas Tendencias en Dirección de Empresas*, Universidad de Salamanca, España, 2007, p. 5.

<sup>297</sup> PROINVERSIÓN, *Op. Cit.* p.3.

<sup>298</sup> GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel, *Op. Cit.* p. 8

<sup>299</sup> Cfrs. BRITISH COLUMBIA, Ministry of Municipal Affairs, *Op. Cit.* p.5.

España, Bélgica, Portugal, Alemania, Italia, Finlandia, Suecia, Holanda, Irlanda, Canada, Japón, Hong Kong e India. En América Latina el tema se ha empezado a estudiar debido al atractivo para mejorar la infraestructura e impulsa su crecimiento económico. Chile, México y Perú fueron los pioneros en desarrollar las APP`s.

### **3.7.1. MODELOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA**

No obstante la diversidad de esquemas de inversión, la LOPSRM solo reconoce a los siguientes:<sup>300</sup>

#### **A) Modelo *Build, Operate, Transfer***

Bajo un contrato de prestación de servicios a largo plazo mediante el cual el sector privado se compromete a construir un proyecto diseñado por la administración pública, a través de su financiación y a explotarlo durante un periodo de tiempo durante el cual el inversionista privado tiene la oportunidad de recuperar su inversión y obtener una ganancia razonable. Transcurrido dicho plazo, el derecho de explotar el proyecto revierte de nuevo a la administración, explotándolo por si misma o transferirlo al sector privado.<sup>301</sup>

#### **B) Modelo *Design, Build, Finance, Operate***

En este caso el sector privado debe asumir también el diseño del proyecto. La propiedad de los activos permanece en todo momento en manos de la administración pública, remunerando ésta al consorcio privado encargado de explotar el proyecto a

---

<sup>300</sup> LOPSRM arts. 2 y 3.

<sup>301</sup> Cfrs. BRITISH COLUMBIA, Ministry of Municipal Affairs, *Op. Cit.* p.8.

través de la modalidad de peaje sombra, es decir, es Estado responde pagando un alquiler por el uso.<sup>302</sup>

Al ser los contratos de APP de largo plazo, el sector privado tiene que proporcionar el servicio y mantener el activo al mismo estándar en todo el tiempo del contrato, debido a la conveniencia en que se la organización que lo maneja sea también responsable de diseñarlo de modo más eficiente.<sup>303</sup>

### **3.8.- RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS AL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS**

El art. 15 de la LOPSRM establece que la solución de controversias se sujetará a lo previsto por el Título Séptimo de la LOPSRM, debiéndose estipular en el contrato. En este sentido tanto la LOPSRM, así como el RLOPSRM establecen un procedimiento de inconformidad así como un procedimiento conciliatorio<sup>304</sup>. Sin embargo, para efecto del presente trabajo, a partir del art. 96 de la LOPSRM se establece la posibilidad de pactar arbitraje de conformidad con el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, excluyendo expresamente a las cuestiones relativas a la terminación anticipada, así como la rescisión administrativa del contrato de obra pública. Bastará con dejar apuntado esto, ya que del arbitraje en materia de obra pública se ocupará el siguiente capítulo.

---

<sup>302</sup> Cfrs. GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel, *Op. Cit.* p. 10

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> LOPSRM, arts. 83 a 97 y RLOPSRM arts. 274 a 294.

## **CAPITULO CUARTO.- EL ARBITRAJE EN LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS**

Dentro del presente capítulo analizaremos la inserción del arbitraje dentro de la LOPSRM, además de señalar lo que a nuestro parecer son los principales defectos en la implementación de dicho proceso, las vicisitudes que posiblemente enfrentaría en su ejecución, su relación con el concepto de orden público, para concluir con una propuesta de reforma a dicha norma jurídica con el fin de establecer un mecanismo de solución de controversias eficiente que pueda responder a los requerimientos especiales que exige la construcción de obra pública.

### **4.1.- LA POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE CIERTAS DISPUTAS RELATIVAS A CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA**

El proceso arbitral en materia de obra pública, en su estructura general, es igual a los demás procesos arbitrales. Inicia con la notificación del inicio del arbitraje realizado por una parte a la otra, ya sea institucional o ad-hoc, junto con el nombramiento de los árbitros. Continúa con la presentación o formalización de la demanda, la contestación y en su caso la reconvencción, la determinación del acta de misión del Tribunal Arbitral, etapa de pruebas, alegatos, y finalmente el dictamen del laudo arbitral.<sup>305</sup>

No obstante lo anterior, existen ciertas particularidades en cuanto al tipo de controversias que pueden resultar debido al objeto contractual de construcción, conforme a la LOPSRM, que resulta interesante destacar.

---

<sup>305</sup> *Supra*. Capítulo Primero, 1.6. El Proceso Arbitral.

#### 4.1.1. CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL OBJETO DEL CONTRATO

De entre las que podemos destacar:

##### **A) Deficiente Definición de los “Alcances De Obra”**

Es imprescindible que al momento de elaborarse el contrato, se determine de manera clara cuál es el alcance de obra, es decir, las obligaciones a cargo de la administración pública y del contratista, ya que de otra forma, no incluir algún rubro y dejarlo a la interpretación de las partes, definitivamente generará una controversia, principalmente por lo que se refiere al precio de la obra y en la calidad de la misma.<sup>306</sup>

##### **B) Diferencias entre Trabajos Adicionales y Trabajos Extraordinarios**

Como estudiamos, debido a la facultad que posee la administración pública de modificar el contrato en cuanto al proyecto constructivo se refiere, siempre que no afecte el objeto del mismo,<sup>307</sup> es importante determinar si se trata de trabajos adicionales, extraordinarios o complementarios, ya que guarda relación respecto de sobre quien recae la obligación de cubrir el costo de dichos trabajos y el impacto que tiene el tiempo requerido para la ejecución de estos trabajos en el plazo total de entrega de la obra.<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> BRITTON, Eric (No hay fecha). *El Arbitraje en Materia de Construcción* [En línea]. Disponible:<http://www.inperib.com/archivos/es/EI%20arbitraje%20en%20materia%20de%20construccion.pdf> [2010, Noviembre 10]

<sup>307</sup> *Supra*. Capítulo Tercero, 3.6.6.1. Mutabilidad del Contrato de Obra Pública y Servicios Relacionados.

<sup>308</sup> Cfrs. VENEGAS, Marco Tulio “Disputas Sobre Ajustes de Costos en Contratos de Obra Pública”, *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Intenacional de Comercio A.C.*, México, 2010, p. 82

## **C) Variación de los Costos Originalmente Contemplados por Causas Extraordinarias**

En cuanto a las variaciones en el monto de los contratos de obra pública, como vimos, la LOPSRM y su Reglamento contemplan procedimientos de ajustes de costos, cuando concurren situaciones extraordinarias.<sup>309</sup> No obstante, podrían haber situaciones en las cuales el alza en los precios de los insumos llega circunstancialmente y de manera imprevisible a niveles superiores a los contemplados en ambas normas, abriendo la posibilidad a la discusión sobre la responsabilidad en el pago de dicha variación.

### **4.1.2. CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS CONTRACTUALES**

Los conflictos motivados por incumplimiento en los plazos tienden a buscar el reconocimiento de que la entrega tardía del trabajo no ocurrió por motivo de demoras atribuibles al contratista, así mismo, buscan la no aplicación de multas por entrega tardía, que de acuerdo al art. 77 y 78 de la LOPSRM así como el art. 273 del RLOPSRM, podrían ser tanto económicas, así como una probable inhabilitación de hasta por dos años al contratista que incumpla sus obligaciones contractuales.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> *Idem.*

<sup>310</sup> *Cfrs.* HECHENBERGER, Ernst "Solución de Controversias en Proyectos de Infraestructuras y Obras en México: Retos y Perspectivas". *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.* México, 2010, p. 53.

### **A) Retrasos Ocasionados por Alguna de las Partes**

Usualmente los retrasos recaen sobre una de las partes de manera directa. No obstante, también puede recaer sobre un tercero. En este caso para efectos de responsabilidad, generalmente una de las partes es responsable por el atraso provocado por un tercero. Así el contratista será responsable por los atrasos de un subcontratista, o la administración pública será responsable por errores en los diseños de los planos o cambios tardíos al proyecto ejecutivo de construcción. Lo relevante es en todo momento poder determinar a cuál de las partes se atribuye el retraso.

### **B) Retrasos de la Obra por Caso Fortuito o Fuerza Mayor**

Puede ocurrir igualmente que un retraso se deba a causas externas que impida al contratista realizar su trabajo. Cuando los retrasos se deban a un caso fortuito o una fuerza mayor, el art. 82 de la LOPSRM señala que en ambas situaciones no abra sanciones. En tales casos la determinación de la responsabilidad por este tipo de retrasos, a falta de una precisa descripción en el contrato, dependería del grado de imprevisibilidad es el problema del cual deriva el atraso.

#### **4.1.3. CONTROVERSIA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS**

En términos de los art. 2108, 2109 y 2110 del C. Civil, mismos que definen a los daños como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación, y al perjuicio como la privación de cualquier ganancia lícita, que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, respectivamente, debiendo ambos ser consecuencia inmediata y directa de la falta

de cumplimiento de la obligación, podemos concluir que si dentro del contrato de obra pública, alguna de las partes causare un daño a la otra parte, indiscutiblemente la parte afectada podrá solicitar el resarcimiento de dichos daños y perjuicios.

En el caso de la administración pública, la determinación de los daños y perjuicios son considerados a efectos de determinar las multas aplicables al contratista por incumplimiento en las obligaciones a su cargo, según lo señalan los art. 79 (I) de la LOPSRM. En el caso del contratista afectado por un incumplimiento de la administración pública, éste podrá exigir el pago más los intereses por mora como exigencia de cumplimiento de la obligación, más los daños y perjuicios que hubiese podido sufrir por motivo de costos financieros o pérdida de una oportunidad.

#### **4.2.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LOPSRM**

La regulación del arbitraje comercial dentro de la LOPSRM, desde su promulgación en el D.O.F. el 4 de enero de 2000, ha sido diverso dependiendo, como toda ley, del momento social en que se encuentra el país, siendo necesario conocer los motivos que impulsaron al legislador en la inclusión del arbitraje.

##### **4.2.1. LOPSRM, INICIATIVA DE LEY (D.O.F., 04 DE ENERO DE 2000)**

La exposición de motivos de la iniciativa de Ley,<sup>311</sup> deja en claro que el objeto de la contratación de obra pública exige un entorno de estabilidad económica y financiera, así como reglas claras para la administración y contratistas, a través de la simplificación de procedimientos que redujeran costos e incrementarán la

---

<sup>311</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "Ley de Obra Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas", en Recursos Jurídicos, Leyes Federales y del Distrito Federal, Ver texto original y su cronología, México, 2010, <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm>

oportunidad y transparencia de las operaciones de contratación de obra pública. Sin embargo en lo que nos atañe, ésta exposición de motivos no se hace ningún comentario acerca de inclusión del arbitraje en esta materia, quedando regulado dentro del art. 15 de la LOPSRM vigente entonces, de la forma siguiente:

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

Así mismo, el art. 46, en su fracción XIII, abrió la posibilidad a otros procedimientos de resolución de controversias de carácter técnico y administrativo, por medio de la figura del “experto independiente”.

#### **4.2.2. LOPSRM REFORMAS (D.O.F., 07 DE JUNIO DE 2005)**

Estas reformas a la LOPSRM tuvieron como fin combatir la discrecionalidad de la administración en el proceso de contratación de obra pública, proponiendo la eliminación de desventajas que impedían a empresas mexicanas competir en igualdad de condiciones con empresa extranjeras. No obstante que el art. 15 de la LOPSRM no sufrió mayor cambio en su redacción, dicha reforma le otorga mayor relevancia al arbitraje con la intención de hacer mas expeditas las resoluciones de controversias suscitadas entre los órganos y dependencias de la Administración Pública y los contratistas.<sup>312</sup>

---

<sup>312</sup> *Idem.*

#### **4.2.3. LOPSRM VIGENTE (D.O.F., 04 DE MAYO DE 2009)**

En parte inspiradas en el estudio publicado en 2007 por el Banco Mundial titulado “El Sistema Federal de Contratación Pública: Retos y Oportunidades”,<sup>313</sup> el cual, concluye que el sistema de contrataciones gubernamentales requiere modernización, simplificación y flexibilidad para responder a los cambios del mercado, destacando la recomendación de incluir en los contratos mecanismos alternos para la resolución de conflictos y estipular que las partes pueden incluir la conciliación, la intermediación y arbitraje.

##### **A) El Enfoque Económico de las Reformas de Mayo de 2009**

Estas últimas reformas se dan en un contexto de crisis económica, considerándose necesarias para el crecimiento económico, así como para hacer frente a los efectos de la crisis, por lo que el objeto de la reforma es orientar el sistema de contratación pública a la obtención de resultados a través de las mejores condiciones de contratación posibles a favor del Estado.

##### **B) El Criterio de Agilidad en la Resolución de las Controversias, Determinante para la Inclusión del Arbitraje**

De acuerdo a la exposición de motivos de las reformas a la LOPSRM, una gran cantidad de litigios entorpecen la eficiencia de las obras. Así mismo, el gran número de normas administrativas crea un entorno de inseguridad jurídica que impide la operación eficiente de los mecanismos de resolución de controversias en la materia.

---

<sup>313</sup> GRUPO DEL BANCO MUNDIAL, “The Federal Procurement System: Challenges and Opportunities”, en Publicaciones, Documentos e Informes, Detalles de Informe, 2007, <http://go.worldbank.org/R25ANPNJ80>

Por ello, como una medida para agilizar la resolución de controversias y reducir costos para las dependencias y entidades por incumplimientos, se incorpora la regulación general del arbitraje y la posibilidad de que las partes en los contratos convengan otros medios alternos de solución de controversias atendiendo a la experiencia que éstos han tenido en otros países.

#### **4.2.4. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 98 AL 104 DE LA LOPSRM**

El Título Séptimo, denominado “De la Solución de Controversias”, en su capítulo primero, contiene la regulación del procedimiento de inconformidad respecto del procedimiento de adjudicación de contratos; en su capítulo segundo, regula al procedimiento de conciliación a ventilarse ante la Secretaría de la Función Pública.

El capítulo relevante para nosotros es el tercero titulado “Del Arbitraje, Otros Mecanismos de Solución de Controversias y Competencia Judicial”, que va de los arts. 98 a 104 de la LOPSRM, cuyo contenido analizaremos.

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

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

El primer párrafo de este artículo abre la posibilidad de someter a arbitraje comercial, bajo el Título Cuarto del Libro Quinto del C. Com., las controversias que surjan de la interpretación del contrato de obra pública, así como de su ejecución de la misma.

El segundo párrafo, por su parte, declara como inarbitrables las controversias relativas a la rescisión administrativa y la terminación anticipada. Cabe apuntar que el RLOPSRM en vigor, no señala alguna otra materia inarbitrable.

[...] **Artículo 99.** El arbitraje podrá preverse en cláusula expresa en el contrato o por convenio escrito posterior a su celebración. En las políticas, bases y lineamientos deberá establecerse el área o servidor público responsable para determinar la conveniencia de incluir dicha cláusula o firmar el convenio correspondiente [...]

En correlación con la fracción el art. 31 (XXV) y el art. 46 (XIV), ambos de la LOPSRM, así como con el art. 1423 del C.Com., llegamos a la conclusión obvia que la cláusula o convenio arbitral deben constar por escrito,<sup>314</sup> debiéndose hacer constar en el modelo de contrato que se presente en las bases de licitación, siendo un requisito indispensable como parte del clausulado de dicho contrato.

En cuanto a la arbitrabilidad subjetiva, consideramos que las políticas, bases (de licitación) y lineamientos, no deben contravenir lo que señalen las leyes orgánicas internas de cada organismo o dependencia.<sup>315</sup>

[...] **Artículo 100.** El pago de los servicios a la persona que funja como árbitro no será materia de la presente Ley

Los costos y honorarios del arbitraje correrán por cuenta de las partes contratantes, salvo determinación en contrario en el laudo arbitral [...]

Este artículo, debe estudiarse junto al art. 1455 del C.Com., el cual señala que las costas, así como los costos de representación y asistencia legal, correrán por cuenta de la parte vencida, pudiendo prorratearlo si el tribunal arbitral determina su procedencia, debiendo estipular en el laudo final.

---

<sup>314</sup> *Supra.* Capítulo Primero, 1.4.1. Contenido de la Cláusula Arbitral.

<sup>315</sup> Hasta la fecha se han publicado: (i) el Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, D.O.F. de 9 de Agosto de 2010; y (ii) el Acuerdo por el que se emitan diversos lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios y obras públicas y servicios relacionados con las mismas, D.O.F. de 9 de Agosto de 2010, sin embargo ninguno de estos documentos hacen referencia al arbitraje.

[...] **Artículo 101.** El procedimiento arbitral culminará con el laudo arbitral, y podrá considerarse para efectos de solventar observaciones formuladas por quienes tengan facultades para efectuarlas, sobre las materias objeto de dicho laudo [...]

A nuestro parecer este artículo al contener los términos “podrá considerarse”, parecen restarle el carácter de cosa juzgada y el efecto vinculatorio del laudo final,<sup>316</sup> pareciendo dejar a la discrecionalidad de las partes el cumplir y ejecutar el laudo final.

[...] **Artículo 102.** Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos siempre que su procedimiento esté reconocido en las disposiciones generales que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública [...]

Permite a las partes pactar diversos mecanismos de solución de controversias como lo pueden ser los paneles de expertos, la conciliación y la mediación, ante organismos nacionales e internacionales, siempre que se encuentren reconocidos por la Secretaría de la Función Pública.

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

Conforme a este precepto, los tribunales federales mexicanos serán los competentes para conocer de las controversias que se susciten respecto de los contratos de obra pública, salvo aquellos casos en que se haya pactado el arbitraje u otro medio alternativo, de lo cual se desprende la jurisdicción plena del tribunal arbitral, para conocer de estas mismas disputas.

[...] **Artículo 104.** Lo dispuesto por este Capítulo se aplicará a las entidades sólo cuando sus leyes no regulen de manera expresa la forma en que podrán resolver sus controversias [...]

---

<sup>316</sup> *Supra.* Capítulo Primero, 1.7.2. Laudo Final.

Bajo el principio jurídico consistente en que “la ley especial deroga a la ley general”, este artículo subordina la aplicación de este capítulo de la LOPSRM a lo establecido expresamente en las leyes orgánicas o los reglamentos internos de los organismos descentralizados, así como de las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o una entidad paraestatal.<sup>317</sup>

#### **4.3.- DEFECTOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE DENTRO DE LA LOPSRM**

Después de realizar un análisis *a prima facie* del procedimiento arbitral contenido en la LOPSRM, procederemos a particularizar las problemáticas que a nuestro parecer enfrentaría la ejecución de un procedimiento arbitral en materia de obra pública de llevarse a cabo en términos de la LOPSRM.

##### **4.3.1. ARBITRAJE COMERCIAL Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Hemos apuntado que una controversia donde se involucre una empresa de construcción y trabajos públicos y privados en su carácter de comerciante, podrá válidamente ventilarse mediante arbitraje comercial,<sup>318</sup> situación reconocida en el primer párrafo del art. 98 de la LOPSRM, convirtiéndose así el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, en la *lex arbitri* cuando la sede del arbitraje sea México.

---

<sup>317</sup> LOPSRM, art. 1, (IV) y (V).

<sup>318</sup> Art. 75 (VI) C.Com.

No obstante ello, dada la diferencia en los fines perseguidos por las partes firmantes de un contrato de obra pública y servicios, en el cual el lucro del contratista se encuentra supeditado al beneficio que se persigue con la construcción de la obra pública, es decir, el interés público involucrado en la ejecución del bien inmueble,<sup>319</sup> a nuestro parecer se le resta ese grado de mercantilidad al contrato.

Por lo tanto, al considerarse como de derecho público los contratos celebrados en términos de la LOPSRM, por ser ésta de orden público, “deberá tenerse presente si la controversias versa solo sobre intereses particulares afectados, ya que si se afectan intereses públicos”,<sup>320</sup> como un arbitraje donde se ventile alguna suspensión temporal de los trabajos, la controversia difícilmente será arbitrable en la forma en cómo se encuentra establecido en la LOPSRM.

#### **4.3.2. CONTROVERSIAS RESERVADAS A LOS TRIBUNALES ESTATALES**

Uno de los mayores desaciertos de la LOPSRMS, a nuestra consideración, es la inarbitrabilidad tanto de la rescisión administrativa, así como la terminación anticipada del contrato de obra pública.<sup>321</sup>

Sabemos que cuando las partes convienen en someterse a arbitraje, deben considerar si los derechos inmersos en la disputa son disponibles,<sup>322</sup> y no afectan el

---

<sup>319</sup> *Supra*. Capítulo Tercero, 3.2.1. Características de los Contratos Administrativos.

<sup>320</sup> Cfrs. PARADA, Ramón, *Op. Cit.* p. 476.

<sup>321</sup> Cfrs. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco “De leyes y embutidos: El Arbitraje en Materia de Obra Pública, Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público” *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Intenacional de Comercio A.C*, México, 2010, p. 167.

<sup>322</sup> *Supra*. Capítulo Segundo, 2.2. Elementos que Determinan que una Materia sea Arbitrable.

orden público.<sup>323</sup> Sabemos también que la terminación anticipada y la rescisión administrativa son el eje del llamado régimen exorbitante del contrato de obra pública,<sup>324</sup> lo que los convierte en derechos no disponibles para la administración pública. Por lo que podemos razonablemente comprender que ambas se hayan reservado a los tribunales federales.

Pese a ello, ante la terminación y rescisión del contrato de obra pública bajo el art. 1432 del C.Com., el cual contempla el principio de la autonomía de la cláusula arbitral, tal cláusula permanecería en vigencia,<sup>325</sup> dejando abierta la posibilidad de plantear frente al tribunal arbitral la reclamación por parte del contratista de los daños y perjuicios causados por alguno de ambos actos.

Desafortunadamente, para que dicha reclamación se plantee ante el tribunal arbitral, el contratista bajo el principio jurídico de definitividad deberá agotar todas las instancias posibles a fin de combatir el acto administrativo que determine la terminación anticipada o la rescisión, para que una vez teniendo una sentencia firme proceda al reclamo de daños y perjuicios ante el tribunal arbitral, convirtiendo en totalmente inviable al proceso arbitral.

Más aún, “la división de jurisdicciones obligaría al tribunal arbitral a suspender el arbitraje y esperar por la determinación final de los tribunales federales con la intención de darle certeza al arbitraje cuando se involucre la validez de la terminación

---

<sup>323</sup> *Supra.* Capítulo Segundo, 2.7.2.3 Arbitrabilidad de Materias de Orden Público.

<sup>324</sup> *Supra.* Capítulo Tercero, 3.6.6. Régimen exorbitante del contrato de obras públicas y servicios.

<sup>325</sup> *Supra.* Capítulo Primero, 1.4.2. Autonomía de la Cláusula Arbitral.

anticipada o la rescisión del contrato de obra pública, lo que se traduce en un obstáculo y retraso en el arbitraje”.<sup>326</sup>

### **4.3.3. EL ARBITRAJE FRENTE AL CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE LA LOPSRM**

Reconocida la arbitrabilidad de la interpretación, así como las cuestiones derivadas de la ejecución del contrato de obra pública y servicios relacionados, debemos analizar el rol que puede jugar el carácter de orden público de la LOPSRM en la ejecución del procedimiento arbitral mismo.

#### **4.3.3.1. PONDERACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO**

Sabemos que una ley será de orden público cuando con su publicación se procura el beneficio de la colectividad.<sup>327</sup> En tal sentido, mediante la LOPSRM, reglamentaria del art.134 de la CPEUM,<sup>328</sup> se obliga a la administración pública a que mediante la contratación pública se asegure al Estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás condiciones. Por lo tanto, podemos concluir que la LOPSRM es sin duda una norma de orden público, debido a los fines que persigue.

De esta forma, al ser los intereses en la ejecución de la obra pública trascendentales para la colectividad, dado la gran cantidad de recursos económicos implicados junto al beneficio que resentiría la colectividad con su ejecución, no dudamos que bajo

---

<sup>326</sup> WÖSS, Herfried “Arbitraje, Solución Alternativa de Controversias y Reformas a las Leyes de Adquisiciones y Obras Públicas 2009”, *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.*, México, 2010, p. 93.

<sup>327</sup> *Supra*. Capítulo Segundo, 2.7.2., Leyes de Orden Público.

<sup>328</sup> LOPSRM, Art. 1.

dichas premisas el arbitraje mercantil en la materia encuentre una fuerte oposición en su ejecución, reflejada al ejecutar la cláusula arbitral o el laudo final, más aún si consideramos que en México las nociones de orden público e interés social se definen “en base a los elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad”.<sup>329</sup>

Pese a nuestra visión fatalista, la materia de obra pública y servicios relacionados, debe arbitrarse, tal cual hemos sostenido, correspondiendo a los árbitros el deber de observar dichas normas, y dejar en última instancia a los jueces federales la determinación definitiva.

#### **4.3.3.2. LA POSIBILIDAD DE INVALIDAR LA CLÁUSULA ARBITRAL**

Conforme al art. 15 de la LOPSRM, los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades celebren en contravención a lo dispuesto por la ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente. En correlación con el mismo, el art. 103 de la LOPSRM establece que corresponde a los tribunales federales resolver disputas sobre la interpretación o ejecución del contrato, salvo que exista cláusula arbitral o esta no resulte aplicable, ambos ordenamientos bajo el art. 1432 del C.Com. que establece el principio del Kompetenz – Kompetenz, arribamos a la conclusión de que el competente para resolver en primera instancia sobre la validez del contrato y por consiguiente de la cláusula arbitral, será el tribunal arbitral, sin perder de vista que dicha regla es solo de prioridad temporal, ya que las partes

---

<sup>329</sup> TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. “Suspensión. Nociones de orden público y de interés social para efecto de la”, *Op. Cit.* p. 383.

siempre podrán recurrir a los jueces federales quienes decidirán en definitiva ambas situaciones.<sup>330</sup>

Pese a ello, la LOPSRM no precisa qué juez o tribunal federal es competente para determinar en definitiva la validez de la cláusula arbitral, por lo que la parte que recurra la decisión de los árbitros podrá optar entre el procedimiento contencioso administrativo; o en someterse a la jurisdicción administrativa ante el juez de distrito competente.<sup>331</sup>

### **A) El Contencioso Administrativo**

Conforme al art. 14 (VII) de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, las Salas Regionales de dicho tribunal son competentes para conocer del procedimiento contencioso administrativo que se siga en contra de las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

En consecuencia, “el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, sólo resulta procedente contra resoluciones definitivas, y no contra cualquier pretensión de la parte actora”.<sup>332</sup> En el caso del contrato de obra pública y servicios relacionados, las determinaciones finales

---

<sup>330</sup> *Supra*. Capítulo Primero, 1.5.4. Facultad para Decidir sobre su Propia Competencia (Kompetenz – Kompetenz).

<sup>331</sup> Cfrs. GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, “De leyes y embudidos: El Arbitraje en Materia de Obra Pública, Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público” *Op. Cit.* p. 169.

<sup>332</sup> OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Juicio de nulidad. Es improcedente cuando se impugna el incumplimiento de diversas prestaciones derivadas de un contrato administrativo celebrado con un organismo público descentralizado.”, tesis aislada, amparo directo 399/2004, Tormag, S.A. de C.V., 17 de mayo de 2005, Unanimidad de votos, Novena época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Agosto de 2005, pág. 1936.

provenirán de la Secretaría de la Función Pública según lo dispone el art 60, párrafo segundo, de la LOPSRM,<sup>333</sup> a la conclusión del recurso de inconformidad por virtud de la nulidad del procedimiento de adjudicación del contrato.

## **B) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa Federal**

Retomando el art.103 de la LOPSRM, es posible afirmar que los tribunales federales a que se refiere dicho precepto son los juzgados de distrito en materia administrativa. El problema no está en interpretar a qué tipo de tribunales se refiere este artículo, ya que éste y el art. 14 (VII) de la LOTFJFyA en nada se oponen, sin embargo, como vimos, regulan situaciones jurídicas diferentes.

En efecto, el art. 103 de la LOPSRM se refiere a las controversias que se susciten por actos de las dependencias y entidades en la interpretación o aplicación de dicha ley, no a las resoluciones definitivas que haya dictado la Secretaría de la Función Pública. “Se trata de un control jurisdiccional, por medio de órgano judicial, el cual mediante la tutela de los derechos humanos obliga a la administración pública para que obre de conformidad con la ley”,<sup>334</sup> en particular sobre el contrato de obra pública, cuando el contratista “resulte afectado por actos o resoluciones de las dependencias o entidades que vulneren sus derechos subjetivos públicos”.<sup>335</sup>

No obstante, los Tribunales Colegiados Administrativos Mexicanos por medio de tesis aislada, fundado en el art. 52 (I) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la

---

<sup>333</sup> LOPSRM, art. 60.

<sup>334</sup> MARTINEZ MORALES, José Isidoro, *Op. Cit.* p. 420.

<sup>335</sup> RAMOS TORRES, Daniel, *El Contrato de Obra Pública y el Contrato de Servicios Relacionados con la Obra Pública*, Ed. Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, S.A. de C.V., México, 2003, p. 608.

Federación,<sup>336</sup> el cual, además de la competencia de dichos Jueces, establece la procedencia del juicio ordinario administrativo tratándose de la rescisión del contrato de obra pública “en virtud de que se suscita una controversia con motivo de la aplicación de una ley federal en la que debe decidirse sobre la legalidad o subsistencia de la rescisión, que es un acto de autoridad en la medida en que constituye una declaración unilateral de voluntad de la administración, imperativa y coercitiva que, además, tiene carácter administrativo por la naturaleza de quien la emite y por sus características intrínsecas. Así las cosas, la procedencia de ese medio de impugnación contra la mencionada rescisión, excluye la del juicio de amparo indirecto”.<sup>337</sup>

Por lo tanto, dependerá del acto origen de la controversia el que la parte que recurra la nulidad o validez de la cláusula arbitral, en términos de los arts. 1424 y 1432 del C.Com. y, por consiguiente, la competencia del tribunal, ya sea ante el TFJFyA, mediante el juicio contencioso administrativo, o ante los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa, mediante el procedimiento ordinario administrativo, debiendo en ambos casos remitir a las partes al arbitraje.

---

<sup>336</sup> “Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”, art. 52, D.O.F 15 de enero de 2009, Agenda de Amparo, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

<sup>337</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO “Contrato de obra pública. Contra su rescisión por parte de la autoridad, con base en la ley federal respectiva, procede el juicio ordinario administrativo federal y no el amparo indirecto”, tesis aislada, amparo en revisión (improcedencia) 326/2005. Grupo Constructor Cinco, S.A. de C.V. 17 de agosto de 2005. Unanimidad de votos, Novena época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Octubre de 2005, pág. 2317.

#### 4.3.3.3. LA POSIBILIDAD DE QUE SE NIEGUE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Cuando dos partes acuerdan someterse a arbitraje lo hacen a sabiendas que “ello implica una renuncia al derecho de buscar justicia en los tribunales nacionales”.<sup>338</sup>

“Cuando un acuerdo arbitral es acordado por un Estado y un particular, el acuerdo de someterse a arbitraje no tiene mucho valor si el Estado puede, a su entera discreción, decidir entre ejecutar o no un laudo que ha sido rendido en su contra”.<sup>339</sup>

El punto al que nos referimos, es si efectivamente y en virtud de celebrar un convenio arbitral en términos de la LOPSRM y el Libro Quinto, Título Cuarto del C.Com., la administración pública, a través de sus entidades y dependencias, renuncia a su inmunidad soberana para oponerse a la ejecución del laudo que pueda ser rendido en su contra, teniendo en cuenta que el art. 101 de la LOPSRM parece restarle efectividad al laudo final mediante la frase “podrá considerarse”.

Tratándose de arbitraje que involucre entidades estatales “el acuerdo de arbitraje se considera generalmente una renuncia implícita a la inmunidad soberana del Estado en relación con el tribunal arbitral. Si el Estado se compromete a arbitraje no puede en una etapa posterior invocar su inmunidad soberana para oponerse a la competencia del tribunal y de ese modo anular el acuerdo que suscribió”.<sup>340</sup>

Sin embargo, “el principio de la inmunidad de la ejecución del Estado no es una norma obligatoria. El Estado es libre de renunciarla. Por lo tanto, serán los tribunales

---

<sup>338</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, “Arbitraje”, Op. Cit. p. 82.

<sup>339</sup> Cfrs. GAILLARD Emmanuel, “Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities, Three Incompatible Principles”, en GAILLARD Emmanuel et al, *State Entities in International Arbitration IAI Series in International Arbitration*, No. 4, Ed. Juris Publishing, 2008, p. 181.

<sup>340</sup> Cfrs. KRÖLL, Sthefan, *Op. Cit.*, § 27-40.

judiciales quienes tendrán la facultad de decidir cuando un acuerdo de arbitraje contiene una renuncia implícita a dicha inmunidad”.<sup>341</sup>

Si bien la doctrina arbitral y la jurisprudencia en México han admitido que cuando el Estado realiza actos “como cualquier particular, caso este último en que por regla general, no se concede la referida inmunidad”,<sup>342</sup> de esta forma, retomando el carácter de orden público de la LOPSRM y por consiguiente del contrato de obra pública, podemos afirmar que difícilmente un juez competente en México ejecutaría un laudo en contra del país mismo.

Más aún, el art. 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en materia adjetiva mercantil según lo dispone el art. 1054 del C. Com., ordena expresamente que:

“Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; **pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes** (énfasis agregado).

Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones [...]

Consecuentemente, tratándose de la ejecución de laudos arbitrales en materia de obra pública y servicios relacionados, difícilmente el juez que resulte competente en términos de la LOPSRM y el C.Com., ejecutará un laudo que condene a la administración pública a realizar diversas prestaciones a favor del particular contratista, argumentando razones de orden público las cuales “exigen proteger los

---

<sup>341</sup> Cfrs. GAILLARD, Emmanuel, *Op. Cit.* p. 184.

<sup>342</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN “Inmunidad jurisdiccional internacional. No es prerrogativa ilimitada”. Tesis de jurisprudencia 101/2003, aprobada por la Segunda Sala, en sesión privada del 31 de octubre de 2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Noviembre de 2003, pág. 149.

bienes del Estado y los recursos presupuestales destinados a atender las necesidades generales de la población. Por ende la inmunidad usualmente obliga a los acreedores a esperar para ser pagados de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias del Estado”.<sup>343</sup>

#### **4.3.4. LA MULTIPLICIDAD DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

Otro de los defectos del Título Séptimo, que repercute en la ejecución del procedimiento arbitral, es la multiplicidad de recursos administrativos que deberán agotarse ya sea a la par o previos al conocimiento de la controversia por parte del tribunal arbitral.

Si bien, el recurso administrativo “tiene como finalidad fundamental corregir los actos de la autoridad administrativa que el particular considera contrarios a derecho; consecuentemente, la impugnación se dirige a obtener una ulterior revisión, con el objeto de que el mismo órgano emisor y otro de superior jerarquía los anule o los reforme, si se encuentra comprobada la ilegalidad o inoportunidad de los mismos”.<sup>344</sup>

Coincidimos en la necesidad de instauración del medio de defensa en estudio, “porque garantiza el derecho de audiencia, y al controlar la legalidad de los actos de la administración se convierte en un instrumento de impartición de justicia administrativa”.<sup>345</sup> No obstante, las desventajas que representa el mismo consisten en que “al intentarse el recurso administrativo se sabe, de antemano, que la

---

<sup>343</sup> URRIETA VALENZUELA, Carlos “La Inmunidad de Ejecución del Estado Soberano”. en SILVA ROMERO, Eduardo, et al, *El Contrato de Arbitraje*, 1ra. ed. Legis, Colombia, 2005, p.684.

<sup>344</sup> ARMIENTA HERNANDEZ, Gonzalo *Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 2009, p.59.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 67 y siguientes.

resolución reclamada será confirmada; además de que al percatarse la administración que a ella no le asiste la razón, procurará retardar, lo más posible la solución del caso”.<sup>346</sup>

De esta forma, contrario a la intención del legislador en implementar el arbitraje como un mecanismo de solución de controversias ágil, podría generarse que el trámite del arbitraje sea obstaculizado, dado que bajo lo apuntado será requisito agotar tanto el recurso administrativo de inconformidad, ya que al resolverse el mismo se agotan todas las posibilidades de que en la misma sede se anule o modifique el acto reclamado; en consecuencia, sólo queda al particular el acceso al proceso contencioso administrativo, o en su defecto, al juicio de amparo”.<sup>347</sup>

#### **A) El Recurso Administrativo de Inconformidad conforme a la LOPSRM**

Retomamos el art. 60 de la LOPSRM, que en su parte relevante señala que se podrán dar por terminado los contratos cuando se determine la nulidad de actos que dieron origen al contrato, con motivo de la resolución de una inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública en términos de los arts. 83 a 94 de la LOPSRM y de los arts. 274 al 283 del RLOPSRM. “Cuando los procedimientos administrativos de selección del contratista no se efectúan de acuerdo con los principios y normas que regulan su emisión, dichos procedimientos se encuentran viciados de ilegalidad, lo cual puede provocar la nulidad del contrato que llegue a celebrarse”.<sup>348</sup> Por lo tanto, en cuanto al arbitraje se refiere, habrá que

---

<sup>346</sup> *Idem.*

<sup>347</sup> *Ibidem.* p. 101

<sup>348</sup> RAMOS TORRES, Daniel, *Op. Cit.* p. 486.

delimitar si tales vicios de contratación, incluirían a la cláusula arbitral y si la misma también sería objeto de una revisión por parte del órgano revisor del acto impugnado.

## **B) El Juicio de Nulidad ante el TFJFA**

Con la intención de no repetir innecesariamente lo ya apuntado respecto de la facultades que le otorga la Ley Orgánica de dicho Tribunal respecto del contrato de obra pública, es importante señalar que tratándose de la terminación anticipada o rescisión del contrato, si “esta hipótesis tiene como premisa que las resoluciones sean emitidas en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y si dicha rescisión no fue dictada conforme a su artículo 1o., sino con base en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su reglamento, no tiene aplicación al caso el numeral citado de la ley orgánica de dicho tribunal”.<sup>349</sup> En otras palabras, el TFJFA resultará competente siempre que ambos actos administrativos, terminación o rescisión sean dictados conforme la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, supletoria de la LOPSRM según el art. 13 de ésta última.

Por lo tanto, “es preciso separar de la definición casuística los ámbitos de competencia del Tribunal, ya cada vez con mayor frecuencia, se someten casos a la jurisdicción del TFJFA casos que ya no son tan definidos, casos en que ya no se

---

<sup>349</sup> SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Rescisión de contratos de obra pública. La efectuada por el director general del instituto de seguridad social para las fuerzas armadas mexicanas no es impugnabile en términos del artículo 11, fracción XIII, de la ley orgánica del tribunal federal de justicia fiscal y administrativa, si dicho acto no fue emitido en los términos de la ley federal de procedimiento administrativo”, tesis aislada, amparo directo 259/2006. Constructora Joro, S.A. de C.V. 30 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Novena época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Noviembre de 2006, pág. 1086.

aprecia con nitidez si el Tribunal es o no competente para el conocimiento de una determinada causa”.<sup>350</sup>

#### **4.3.5. LA ARBITRALIDAD SUBJETIVA SUJETA A LA DETERMINACIÓN DE LA SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

El art. 99 de la LOPSRM señala que en las políticas, bases y lineamientos deberá establecerse el área o servidor público responsable para determinar la conveniencia de incluir la cláusula arbitral o firmar el convenio. Por su parte, el art. 102 de la misma norma, establece que podrá acordarse cualquier otro mecanismo de solución de controversias, siempre que su procedimiento sea reconocido en las disposiciones generales que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública.

Por lo tanto de una interpretación sistemática de ambos artículos, junto con el art. 37(II) de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,<sup>351</sup> corresponde a la Secretaría de la Función Pública, expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos de control de la Administración Pública Federal, para lo cual podrá requerir de las dependencias competentes, la expedición de normas complementarias para el ejercicio del control administrativo.

El problema en este sentido es que a la fecha dichas reglas no han sido elaboradas, ni publicadas, a excepción del art. 295 del RLOPSRM el cual dispone que el servidor público facultado para determinar la conveniencia de incluir la cláusula arbitral

---

<sup>350</sup> Cfrs. SILVA MEZA, Héctor, “Reflexión en torno a la Metodología de definición de Competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, en SOLIS DE ALBA, Cristina Angélica *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los LXX de la Ley de Justicia Fiscal*. T. III, México, 2006, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, 2006, p. 73.

<sup>351</sup> “Ley Orgánica de la Administración Pública Federal”, art. 37, D.O.F. 17 de Junio de 2009, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

deberá tener el nivel jerárquico de director general en las dependencias o equivalente en las entidades. Sin embargo, para que las entidades y dependencias de la administración pública federal “puedan someter sus litigios a arbitraje deben poseer competencia para celebrar dichos contratos, el funcionario encargado debe ser también competente para cumplir con esa labor en la entidad, y al ejecutarla debe hacerlo conforme al procedimiento adecuado”.<sup>352</sup> Por lo cual, arribamos a la conclusión que al no existir pronunciamiento al respecto de la Secretaría de la Función Pública, respecto de los lineamientos a seguir por cada una de las dependencias en la implementación del arbitraje se podría caer en el extremo de no poder investir a los árbitros de de jurisdicción para resolver el conflicto y en consecuencia, el pacto arbitral sería inválido.

#### **4.3.6. LA FALTA DE ADECUACIÓN RESPECTO DEL ARBITRAJE EN EL RLOPSRM**

El reglamento administrativo se define como “una norma de carácter general abstracta e impersonal, expedida por el titular del poder ejecutivo, con la finalidad de lograr la aplicación de una ley previa. Su finalidad no es meramente administrativa, pues sus normas son de aplicación general y su observancia corresponde a todo individuo que se coloque en el supuesto previsto por el propio reglamento.”<sup>353</sup>

Siendo el RLOPSRM expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el D.O.F. el 28 de julio de 2010, la oportunidad ideal de darle mayor

---

<sup>352</sup> SALCEDO CASTRO, Miriam, *Op. Cit.* p. 116 y siguientes.

<sup>353</sup> MARTINEZ MORALES, Rafael I. *Derecho Administrativo 1er. y 2o. cursos.* Ed. Oxford University Press, México, 2006, p. 315

peso específico al procedimiento arbitral, con inclusiones como algún modelo de cláusula arbitral a incluirse en los contratos de obra pública y servicios relacionados, así como la obligatoriedad de la conducción del arbitraje de estricto derecho, dicho Reglamento es omiso en apuntalar el proceso arbitral, además de obviar la parte final del segundo párrafo del art. 98 de la LOPSRM en cuanto a la determinación de las materias que no serán arbitrables conforme a dicho reglamento. Lo anterior, con la finalidad de otorgar mayor seguridad jurídica a la administración pública y al contratista que acuerden el arbitraje.

#### **4.4. PROPUESTA DE REFORMA A LA LOPSRM**

Después de analizar las incompatibilidades entre la regulación y los fines perseguidos con la instauración del arbitraje dentro de la LOPSRM, parecería nada alentador el desarrollo de dicho proceso dentro de la realidad jurídica de nuestro país en el contexto de la obra pública y servicios relacionados. Pese a ello, coincidimos con lo asentado dentro del “Segundo Foro Internacional de Obra Pública” organizado por la Secretaría de la Función Pública respecto a que “la propia cooperación y acuerdos que se logren concretar permitirán avanzar hacia un Estado donde los recursos públicos se ejercerán con mayor agilidad y transparencia, con un marco normativo donde se incentive la desregularización administrativa a fin de contratar obra de una manera más sencilla, con reducción de costos y tiempo de construcción”.<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Versión Estenográfica del Panel 3, “Los empresarios como parte de la nueva cultura de la contratación”, en el marco del *Segundo Foro Internacional de Control de Obra Pública*, 6 y 7 de septiembre de 2010, México, en <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/sala-de-prensa/2o-ficop/panel-3-060910-pag-1-de-4.html>

#### **4.4.1. RECONOCIMIENTO DE LA POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE CUALQUIER CONTROVERSIA SOBRE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS RELACIONADOS**

Motivado en la confianza que el Estado Mexicano, a través de las dependencias y entidades de la administración pública, debe generar aquellos que vayan a contratar con ella asegurándoles que de surgir cualquier conflicto, éste se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, debe admitirse que en el caso particular de la obra pública, el arbitraje constituye un mecanismo más confiable que el judicial.

Lo anterior puede llevarse a cabo, permitiendo a los árbitros conocer la totalidad de las disputas que se sometan a su resolución, incluyendo las que se deriven por la terminación anticipada y la rescisión del contrato de obra pública, ya que, siguiendo el criterio establecido en la Exposición de Motivos de las Reformas que dan lugar a la presente LOPSRM, es a través del arbitrajes “como la Administración Pública Federal espera dirimir cualquier controversia que se susciten entre las partes que intervienen en los contratos ahí previstos, sin necesidad de tener que acudir a otras instancias o autoridades o a la aplicación de otras disposiciones jurídicas”,<sup>355</sup> logrando a través de ello una mayor eficacia en la resolución de conflictos que puedan suscitarse.

---

<sup>355</sup> RAMOS TORRES, Daniel, *Op. Cit.* p. 615.

#### 4.4.2. CLÁUSULA ARBITRAL COMO UNA DE LAS CONDICIONES DE CONTRATACIÓN DENTRO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS

El carácter voluntario del arbitraje,<sup>356</sup> parece excluir la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, la LOPSRM o su Reglamento, no podrían establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo a su control judicial, lo que sería contrario a la CPEUM que en su art.17 consagra el derecho de toda persona a la impartición de justicia pronta y expedita parte de los tribunales,<sup>357</sup> sobre todo si consideramos, como lo hemos venido haciendo, que detrás de la solución de conflictos derivados de un contrato de obra pública se encuentra la realización del interés público.

No obstante, si consideramos a la facultad de someter a arbitraje como una exigencia impuesta a la administración pública, sus entidades y dependencias, de incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, ello no implicaría negar su carácter consensual, “lo que ocurriría es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, al incluir un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus contratistas, dicho convenio sería aceptado por éstos al participar en la respectiva licitación pública y expresamente aceptado por el contratista al suscribir el contrato con el Estado”.<sup>358</sup>

En consecuencia, la obligatoriedad estaría referida a la obligación de la Administración Pública de incorporar la cláusula arbitral en los contratos de obra

---

<sup>356</sup> Supra. Capítulo Primero, 1.2.1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

<sup>357</sup> CPEUM, art. 17.

<sup>358</sup> Cfrs. CASTILLO FREYRE, Mario, et al. *El Arbitraje en la Contratación Pública*, 1ª. ed. Ed. Palestra Editores S.A.C., Perú, 2009, p. 35.

pública y servicios, como la forma de resolver sus controversias con sus contratistas, como una condición a la que debe someterse todo particular que desee contratar con la administración pública.

#### **4.4.3. LIMITACIÓN DE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR PARTE DE LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

En relación con el punto anterior, a efecto de que el arbitraje culmine con un laudo final ejecutable por parte de la administración pública, consideramos apropiado se limite la inmunidad contra la ejecución de la que implícitamente goza el Estado a aquellos casos donde se demuestre fehacientemente que con la ejecución, se le causaría un daño mayor a la sociedad que el beneficio que obtendría el contratista.

Sabemos que este es uno de los puntos más sensibles de la contra reforma que aquí planteamos, sin embargo, “el fundamento de este sistema se encuentra en la protección y garantía del patrimonio de los particulares, quienes, sin tener obligación jurídica de soportarlo, han sido víctimas de un daño no buscado, no querido ni merecido, producido como consecuencia de la acción administrativa del Estado”,<sup>359</sup> de esta forma “las inmunidades tendrán solo por objeto permitirle a la respectiva dependencia o entidad de la administración pública, contar con el tiempo suficiente para incorporar a su presupuesto de gastos la atención de la deuda proveniente de

---

<sup>359</sup> CASTRO ESTRADA, Álvaro (No hay fecha). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo* [En línea]. Disponible: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/28.pdf> [2010, Octubre 30]

una condena”,<sup>360</sup> obteniendo así la ejecución del laudo, sin que se tenga el efecto de desordenar la ejecución presupuestal.

#### **4.4.4. LA ADOPCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LOS PANELES TÉCNICOS COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS.**

Siguiendo al criterio de agilidad en la resolución de controversias en materia de obras públicas y servicios relacionados al que hace referencia la exposición de motivos de las últimas reformas a la LOPSRM publicadas en el D.O.F. el 04 de mayo de 2009, con fundamento el art. 102 de dicho ordenamiento, creemos oportuno proponer la adopción como mecanismo ideal para resolver disputas en esta materia a los “*Dispute Boards*” o “Paneles Técnicos o de expertos”.

Mediante los *Dispute Boards* se persigue, “solucionar tempranamente las divergencias que se produzcan durante la ejecución de un contrato, evitando que, se conviertan en complejos y costosos conflictos que pongan en riesgo la terminación de la obra. Igualmente permiten concentrar, a través de un único procedimiento, la multiplicidad de controversias que usualmente se pueden producir entre el dueño de la obra, el contratista principal y los subcontratistas que ejecutan partes específicas de la misma”.<sup>361</sup>

---

<sup>360</sup> Cfrs. URRIETA VALENZUELA, Carlos, *Op. Cit.* p. 685.

<sup>361</sup> FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (No hay fecha). *El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnico o de Expertos”* [En línea]. Disponible: [http://www.camsantiago.com/articulos\\_online\\_3.htm](http://www.camsantiago.com/articulos_online_3.htm) [2010, Noviembre 10]

## A) Ventajas de los Dispute Boards o Paneles Técnicos

Conforme lo apuntado podemos deducir que las ventajas más significativas de este mecanismo son:

- Disponibilidad: Debido a que los *Dispute Boards* se instalan desde el inicio mismo de la vigencia del contrato, permite el conocimiento inmediato y efectivo de las disputas que se presentan, además de los actos o hechos que potencialmente puedan generar una disputa. De esta manera no solo emite recomendaciones o decisiones, sino que también se brinda dirección a las partes durante la ejecución del proyecto.

Así mismo debe utilizarse en todo momento mientras dure el proyecto e inclusive una vez finalizado el mismo ya que las diputas por lo general, tal como apuntamos, se generan con posterioridad a la terminación y entrega de las obras.

- Economía: Visto desde el punto de vista costo – beneficio, el mecanismo otorga una resolución económica y eficiente, evitando incurrir en los altos costos del arbitraje.
- Finalidad: En relación con la disponibilidad, los *Dispute Boards* resuelven todos los conflictos con el objetivo de evitar disputas pendientes, al terminar el proyecto.

- Firmeza: Debido a la independencia de los miembros de los *Dispute Boards*, no cederán ante presiones por la naturaleza del proyecto o por la administración pública o la contratista.

## **B) DESVENTAJAS DE LOS DISPUTE BOARDS Ó PANELES DE EXPERTOS**

- No cosa juzgada: Debemos tener presente que las decisiones de los *Dispute Boards* carecen de ese carácter de cosa juzgada *per se*, pudiendo las partes someter de nuevo la contienda al conocimiento de un tribunal arbitral o de las cortes nacionales.
- Inejecución: Aunque las determinaciones de los *Dispute Boards* pueden convertirse en contractualmente en obligatorios, estos no son por sí mismos ejecutables.
- No autonomía del convenio de *Dispute Boards*: A diferencia de la cláusula o convenio arbitral, la actuación de los *Dispute Boards* está limitada a la duración del contrato de obra pública, por lo que en caso de una terminación anticipada o rescisión, el convenio de *Dispute Boards* no podría continuar en vigencia.
- Etapa Pre-litigiosa: Los *Dispute Boards* constituyen una etapa pre-litigiosa, por lo que un tribunal arbitral, al que en su caso se someta la controversia en su etapa litigiosa, no estará obligado a considerar la recomendación o decisión que haya tomado el *Dispute Board*.

En resumen, los *Dispute Boards* o *Paneles Técnicos* o *de Expertos* podrían constituir un mecanismo muy útil de solución de controversias que podría adaptarse a las necesidades tanto de la administración pública y del contratista en los contratos de obra pública, muy en particular para el caso de la ejecución de proyectos de infraestructura a largo plazo según se definen en la LOPSRM,<sup>362</sup> los cuales por su naturaleza y características requieren de un mecanismo ágil y eficaz de solución de controversias que eviten la lapidación de recursos, así como la paralización de los proyectos.

---

<sup>362</sup> SUPRA. Capítulo Tercero, 3.7. Las Asociaciones Público Privadas.

## CONCLUSIONES

De nuestro estudio concluimos lo siguiente:

**PRIMERA.-** El incluir un compromiso arbitral en un contrato cuyo objeto materia sea arbitrable, firmado entre particulares o entre estos y la administración pública, debe constituir la intención y el compromiso de ambas partes para que llegado el caso, se asegure la renuncia a recurrir al juez nacional, se reconozca desde un inicio la jurisdicción arbitral, se ejecute el arbitraje sin dilaciones y la obligación de acatar el laudo arbitral que se pronuncie sea cual sea el resultado.

**SEGUNDA.-** Es claro que con las recientes reformas al Código de Comercio se denota la intención de México de convertirse en una jurisdicción propicia para el desarrollo de arbitrajes nacionales e internacionales. Sin embargo, para que dicha intención sea integral, deben realizarse las reformas pertinentes a las leyes que siendo de verdadero orden público constituyan materias arbitrables.

**TERCERA.-** Salvo la excepciones apuntadas, en México no existe un criterio general que nos ayude a identificar materias arbitrables, por lo que opinamos que dicha determinación debe ser tomada en base a los criterios de la disponibilidad de los derechos ventilados en la controversia y cuando la renuncia de los mismos no afecte intereses de orden público.

**CUARTA.-** Aunado a lo anterior, en México la mayoría de las leyes se enuncian como de orden público e interés general, sin embargo tanto árbitros como jueces deben considerar que una norma jurídica de estricto orden público será aquella que tenga como fin último proveer a la colectividad de un beneficio o evitarle de un daño.

**QUINTA.-** En este tenor, sustentamos que cuando en una controversia se involucre una materia de orden público, este no es motivo para que los árbitros *ipso jure* pierdan su competencia, por el contrario adquieren la obligación de su observancia estricta debiendo decretar la violación de las mismas dentro del laudo que pronuncien al respecto.

**SEXTA.-** Compartimos el criterio establecido por la jurisprudencia nacional consistente en que los jueces ante quienes se someta la valoración de una violación al orden público, deberán hacerlo bajo criterios objetivos, considerando el perjuicio que resentiría la colectividad de ejecutarse ya sea la cláusula o el laudo contra el perjuicio o beneficio que se causaría al particular que reclama la ejecución.

**SÉPTIMA.-** El éxito de la excepción basada en el orden público dependerá de que se demuestre claramente que el compromiso o el laudo contienen elementos de ilegalidad y su ejecución contraviene los fines perseguidos por una norma de orden público.

**OCTAVA.-** Si bien la concepción de orden público varía dependiendo de las condiciones de tiempo y lugar lo cual impide un concepto uniforme del mismo, cualquier conceptualización que se intente debe incluir los intereses más básicos y fundamentales en los cuales se encuentra fundado todo el ordenamiento jurídico vigente de una sociedad determinada, mismos que no pueden ser renunciados a voluntad de los particulares.

**NOVENA.-** Una de las manifestaciones perceptibles de la ejecución del orden público, es la actividad contractual del Estado al constituir el objeto y fin en sí misma, ya que por un lado la administración pública debe asegurar las mejores condiciones de contratación para sí misma y a la vez la satisfacción de necesidades colectivas.

**DÉCIMA.-** Dentro de la actividad contractual del Estado, el contrato de obra pública ha dejado de ser un mero instrumento cuyo objeto es la ejecución de un bien inmueble destinado a satisfacer una necesidad pública, convirtiéndose en un instrumento vital para el desarrollo económico y social del país, a través de nuevas figuras como los proyectos de asociación público – privada, por lo que se vuelve trascendental otorgarle seguridad jurídica a contratistas e inversores que pongan en riesgo su capital en aras del bienestar e interés social.

**DÉCIMA PRIMERA.-** Así mismo debe limitarse el llamado régimen exorbitante con el que cuenta la administración pública a aquellos casos donde se demuestre fehacientemente que los intereses de la colectividad se encuentran en riesgo de ser vulnerados, respetando los derechos del contratista otorgándole un mínimo de certeza jurídica dado el nivel de riesgo que implica la ejecución de la obra.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** La intención del legislador en la inclusión del arbitraje dentro de los contratos de obra pública es benéfica para la administración pública y el contratista, sin embargo para que el arbitraje consiga los fines de economía y agilidad en la resolución de controversias deberá someterse a una serie de reformas que permitan su efectiva realización e impidan a las partes aprovecharse de las lagunas en el mismo para obstaculizar su desarrollo.

**DÉCIMA TERCERA.-** El carácter de orden público de la LOPSRM, por consiguiente el contrato de obra pública, no se contrapone a la autonomía de la voluntad en la que se basa el arbitraje, ya que pactarlo constituye un signo de confianza para los contratistas de que llegado el caso de una controversia serán tratados con plena igualdad frente a la administración pública.

**DÉCIMA CUARTA.-** Proponemos como necesaria una reforma al art. 98 de la LOPSRM a efecto de permitir que todas las controversias que se susciten relativas o que se deriven con motivo de la ejecución del contrato de obra pública puedan ser resueltas mediante arbitraje, ya que de esta forma cualquier conflicto se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, reconociendo al efecto que el arbitraje en la materia es un mecanismo más confiables y ágil que el judicial.

**DÉCIMA QUINTA.-** Reconociendo que el desarrollo del arbitraje se soporta en gran medida del apoyo que reciba de los tribunales estatales del lugar donde se desarrolle, en México existe incertidumbre jurídica al no existir claramente definida la competencia de los tribunales estatales a los que les corresponde juzgar en materia de obra pública y servicios, debiendo corregirse mediante reformas a las leyes pertinentes, siendo esta una de las tareas que juzgamos como prioritarias dentro de la contratación de obra pública en general.

**DÉCIMA SEXTA.-** Otra de las reformas que consideramos oportunas a la LOPSRM versa sobre el art. 101, consistente en la eliminación de las palabras “ ... *podrá ejecutarse* ...” y en su lugar sentar claramente que la administración pública no podrá sustraerse de la efectividad del laudo, debiendo ejecutarse en sus términos, salvo que se encuentre en alguna de las causas de excepción a que se refieren los arts. 1457 y 1462 del C.Com.

**DÉCIMA SÉPTIMA.-** La Secretaría de la Función Pública, en términos del art. 99 y 102 de la LOPSRM debe expedir todas aquellas normas que sean necesarias a efecto de la correcta determinación y vigencia del arbitraje así como de cualquier otro medio de solución de controversias que puedan cumplir con el objetivo de agilidad e imparcialidad para las partes.

**DÉCIMA OCTAVA.-** Por su parte el RLOPSRM debe ser el medio a través del cual se puntale el procedimiento arbitral, debiendo servir como base para su ejecución a través de mecanismos que aseguren que de pactarse arbitraje, éste se llevara a cabo en las condiciones idóneas desde la redacción de la cláusula arbitral, su ámbito de aplicación, las facultades de los árbitros, su ejecución de estricto derecho, culminando con un laudo ejecutable.

**DÉCIMO NOVENA.-** Es innegable que en los contratos de obra pública asociados a proyectos de infraestructura a largo plazo se consideren las ventajas de los paneles técnicos o *dispute boards* como método alternativo de resolución de controversias no litigioso y permanente, mediante el cual se eviten tortuosos litigios judiciales e incluso arbitrajes, prevaleciendo el interés en la continuación de la ejecución de la obra y evitar la dilapidación de recursos.

**VIGÉSIMA.-** Con las reformas que aquí planteamos, consideramos que el arbitraje en materia de obra pública, articulado con los demás elementos del contrato, debe pasar de un método de solución de controversias a ser un detonante y uno de los principales atractivos para invertir en el sector, además de la obligación para la administración pública de promover su desarrollo e inclusión dentro del contrato administrativo con la intención de sentar los precedentes necesarios y reflejar confianza hacia el exterior en la ejecución de obra pública.

## FUENTES

### BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Administrativo Especial*, Vol. I, Ed. Porrúa, México, 2001.
- ARMIENTA HERNANDEZ, Gonzalo, *Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 2009.
- AZA MANZUR, Cecilia et al., *Manual de Arbitraje Comercial*, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Derecho Administrativo* 1ª ed. en español, t. Valeria Estefanía Labraña, Ed. Porrúa, México, 2006.
- BROW, Henry J., *ADR Principles and Practices* Ed. Sweet & Maxwell, 2ª ed., Inglaterra, 1999.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, 40ª ed. Ed. Porrúa, México, 2004.
- CALVO CARABACA, Alfonso, *El Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. Tecnos, S.A., 1ª ed., Madrid, 1989.
- CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, *El Contrato de Obra Pública dentro de la Teoría de los Contratos Administrativos* Ed. Trillas, México, 1991.
- CASTILLO FREYRE, Mario, et al. *El Arbitraje en la Contratación Pública*, 1ª. ed. Ed. Palestra Editores S.A.C., Perú, 2009.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias*, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2004.
- DE LA FUENTE RODRIGUEZ, José de Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, t. I, Ed. Porrúa, México, 2007.
- DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden Público*, Ed. Astrea, Argentina, 2003.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003.
- FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 2009.
- FOUCHARD, Phillipe et al. *International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, Países Bajos, 1999.
- GAILLARD Emmanuel, et al., *State Entities in International Arbitration IAI Series in International Arbitration*, No. 4, Ed. Juris Publishing, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Enforcement of Arbitration And International Arbitral Awards. The New York Convention In Practice*, Ed. Cameron May Ltd, Inglaterra, 2008.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2008.
- \_\_\_\_\_, *El Arbitro*, Ed. Porrúa, 1ª ed. México, 2008.

- GONZALEZ SANDOVAL, Rodrigo, *La Licitación Pública y el Contrato Administrativo. Aplicación y Medios de Defensa*, Ed. Porrúa, México, 2008.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, Ed. Themis, 1ª ed., México, 2000.
- HUNTER, Martin, et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Ed. Thomson, Inglaterra, 2003.
- KRÖLL, Stefan, et al., *Comparative International Arbitration*, Ed. Kluwer International Law, Países Bajos, 2003.
- MARTINEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005.
- MARTINEZ MORALES, Rafael I. *Derecho Administrativo 1er. y 2º Cursos*, Ed. Oxford University Press, México, 2006.
- \_\_\_\_\_ *Derecho Administrativo 3º y 4º Cursos*, Ed. Oxford University Press, México, 2005.
- MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Ed. Cambridge University Press, 1ª ed., Estados Unidos de América, 2008.
- NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- OVALLE FABELA, José, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford, 6ª ed., México, 2009.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I*, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., España, 2007.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Ed. Limusa, México, 2009.
- RAMOS TORRES, Daniel, *El Contrato de Obra Pública y el Contrato de Servicios Relacionados con la Obra Pública*, Ed. Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, S.A. de C.V., México, 2003.
- RODRIGUEZ GONZALEZ – VALADEZ, Carlos, *México ante el Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. Porrúa, 1ª ed, México, 1999.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 24ª ed. Ed. Porrúa, México, 2010.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo, t. I*, 24ª ed. Ed. Porrúa, México, 2006.
- SILVA ROMERO, Eduardo, et al, *El Contrato de Arbitraje*, 1ra. ed. Legis, Colombia, 2005.
- SOLIS DE ALBA, Cristina Angélica, et al., *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los LXX de la Ley de Justicia Fiscal. T. III*, México, 2006, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, 2006.
- TWEEDDALE Andrew, et al. *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Ed. Oxford University Press, Inglaterra, 2007.
- VILLEGAS ROJINA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, t. I*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 2007.
- ZULUETA, Eduardo et. al, *El Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 2008.

## HEMEROGRAFÍA

- ARFAZADEH, Homayoon. "Arbitrability Under The New York Convention: The Lex Fori Revisited", *Journal of the London Court of International Arbitration*, Inglaterra, 2001.
- BERG, Albert Jan van der. "The New York Convention of 1958: An Overview", *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, Países Bajos, 2003.
- CHAPARRO NAVARRETE, Patricio, Acerca de los "Dispute Boards" de la Cámara de Comercio Internacional, *Gaceta Jurídica* N° 317, Chile, Noviembre de 2006.
- FORTIER, Yves L., "Arbitrability of Disputes", *Global Reflections on International Law, Commerce and Disputes Resolution*, Francia, 2005.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco "De leyes y embutidos: El Arbitraje en Materia de Obra Pública, Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público" *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.*, México, 2010.
- GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel et al "Innovación en Asociaciones Publica Privadas (PPPs): Una Aplicación al Caso Español", *Nuevas Tendencias en Dirección de Empresas*, Universidad de Salamanca, España, 2007, p. 5.
- HECHENBERGER, Ernst "Solución de Controversias en Proyectos de Infraestructuras y Obras en México: Retos y Perspectivas". *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.* México, 2010.
- MEDINA MORA, Raúl, "Mediación y Conciliación de Controversias Mercantiles". *Pauta*, México, 1999.
- NUÑEZ RODRIGUEZ, Eduardo "Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación. Obras Públicas Asociadas a Proyectos de Infraestructura", *Abogado Corporativo. La Revista de Análisis Jurídico*, México, 2009, p. 55.
- SIQUEIROS, Jose Luis, "El Orden Público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2002.
- VASQUEZ PALMA, Ma. Fernanda, "La Arbitrabilidad Objetiva: Aspectos Históricos, Modernas Tendencias en Derecho Comparado y Ubicación en el Escenario Legislativo Chileno". *Ius et Praxis*, Chile, 2006.
- VENEGAS, Marco Tulio "Disputas Sobre Ajustes de Costos en Contratos de Obra Pública", *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.*, México, 2010.
- WÖSS, Herfried "Arbitraje, Solución Alternativa de Controversias y Reformas a las Leyes de Adquisiciones y Obras Públicas 2009", *ICC Pauta. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.*, México, 2010.

## JURISPRUDENCIAS Y TESIS AISLADAS

- CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Suspensión en el juicio de amparo. Para determinar si se afectan el orden público e interés social, debe sopesarse el perjuicio real y efectivo que podría sufrir la colectividad, con el que podría afectar a la parte quejosa con la ejecución del acto reclamado y el monto de la afectación de sus derechos en disputa”, tesis de jurisprudencia, incidente de suspensión (revisión) 84/2007, Director de Responsabilidades y Sanciones de la Dirección General de Legalidad y Responsabilidades de la Contraloría General del Distrito Federal. 11 de abril de 2007, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Junio de 2007, p. 986.
- CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Licitación pública. Su naturaleza jurídica.”, tesis aislada, amparo en revisión 290/2006, Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V., 25 de octubre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, p. 2653.
- CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Licitación pública. Principios esenciales que rigen el procedimiento administrativo respectivo.”, tesis aislada, amparo en revisión 290/2006, Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V., 25 de octubre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, p. 2652.
- CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Licitación pública. Etapas del procedimiento administrativo respectivo en su desarrollo cronológico.”, tesis aislada, amparo en revisión 290/2006, Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V., 25 de octubre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, p. 2651.
- CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO “Contrato de obra pública. Contra su rescisión por parte de la autoridad, con base en la ley federal respectiva, procede el juicio ordinario administrativo federal y no el amparo indirecto”, tesis aislada, amparo en revisión (improcedencia) 326/2005. Grupo Constructor Cinco, S.A. de C.V. 17 de agosto de 2005. Unanimidad de votos, Novena época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Octubre de 2005, pág. 2317.
- DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Arbitraje. Cuando alguna de las partes que interviene en ese acuerdo ejerce la acción prevista en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio, corresponde resolverla al juez de primera instancia y no al árbitro”, tesis aislada, amparo civil en revisión 31/2005, Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V., 1 de marzo de 2005, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005, pág. 1416.
- OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Juicio de nulidad. Es improcedente cuando se impugna el incumplimiento de diversas prestaciones derivadas de un contrato administrativo celebrado con un organismo público descentralizado.”, tesis aislada, amparo directo 399/2004, Tormag, S.A. de C.V., 17 de mayo de 2005, Unanimidad de votos, Novena época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Agosto de 2005, pág. 1936.
- PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO, “Suspensión de obra pública. Es improcedente por contravenir el interés social consagrado en el artículo 124, fracción ii, de la ley de amparo”, tesis aislada, incidente de suspensión (revisión) 99/2002, Director General de Inconformidades de la Secretaría de Contraloría y

Desarrollo Administrativo, 12 de junio de 2002, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Septiembre de 2002, p. 1455.

- SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO, “Contrato de obra pública. La autoridad administrativa contratante al tener a su alcance el procedimiento administrativo para decretar su rescisión por causas imputables al contratista, no puede deducir jurisdiccionalmente tal pretensión, aun en vía reconvenzional, pues su ejercicio está reservado al particular.”, tesis aislada, amparo directo 28/2006, Constructora Napy, S.A. de C.V., 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Julio de 2006, p 1174.
- SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Rescisión de contratos de obra pública. La efectuada por el director general del instituto de seguridad social para las fuerzas armadas mexicanas no es impugnabile en términos del artículo 11, fracción XIII, de la ley orgánica del tribunal federal de justicia fiscal y administrativa, si dicho acto no fue emitido en los términos de la ley federal de procedimiento administrativo”, tesis aislada, amparo directo 259/2006. Constructora Joro, S.A. de C.V. 30 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Novena época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Noviembre de 2006, pág. 1086.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN “Inmunidad jurisdiccional internacional. No es prerrogativa ilimitada”. Tesis de jurisprudencia 101/2003, aprobada por la Segunda Sala, en sesión privada del 31 de octubre de 2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Noviembre de 2003, pág. 149.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje Comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 142 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al tribunal arbitral”, tesis de jurisprudencia 1a./J.25/2005 por contradicción de tesis 51/2005PS, 11 de enero de 2006, Mayoría de tres votos, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Septiembre de 2006, pág. 5.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje forzoso. Su concepción jurídica”, tesis aislada, amparo en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad de votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje voluntario. Su concepción jurídica.”, tesis aislada, amparo civil en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad Cinco Votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, pág. 435.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje, sus modalidades genéricas.”, tesis aislada, amparo civil en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad Cinco Votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, pág. 434.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje. Su concepto genérico y finalidad.”, tesis aislada, amparo civil en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V., 27 de mayo de 2009, Unanimidad Cinco Votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, pág. 432 .
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arrendamiento de fincas destinadas a habitación en el Distrito Federal. Las controversias que se susciten con ese motivo, pueden ventilarse ante arbitro”, tesis de jurisprudencia, 3a.39 por contradicción de tesis 2/89, 6 de

noviembre de 1989, Unanimidad, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación IV, Primera Parte, Julio a Diciembre de 1989, pág. 281.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Gasto público. El artículo 134 de la constitución política de los estados unidos mexicanos eleva a rango constitucional los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez en esta materia.”, tesis aislada, Controversia Constitucional 55/2008, Municipio de Oztolotepec, Estado de México, 3 de diciembre de 2008, Mayoría de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 2712.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Nulidad absoluta e inexistencia. sus diferencias son conceptuales y simplemente teóricas, y sus sanciones son semejantes”, tesis aislada, amparo directo 4060/85, Félix Humberto Esparza Valdez, 13 de Octubre de 1986, Unanimidad de votos, Séptima Época, Tercera Sala, en Semanario Judicial de la Federación 205-216, Cuarta Parte.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Obras públicas y servicios relacionados con las mismas. Los artículos 61 y 62 de la ley relativa y el numeral 127, fracciones ii, iii, iv y xi, de su reglamento, no violan la garantía de audiencia”, tesis aislada, Amparo en revisión 1865/2009, Meidat Sistemas Constructivos, S.A. de C.V., 2 de septiembre de 2009, Unanimidad de cuatro votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Octubre de 2009, p.59.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Procuraduría Federal del Consumidor. Sus laudos arbitrales son actos de autoridad para efectos del juicio de amparo”, tesis de jurisprudencia 2a./J.49/2001 por contradicción de tesis 76/99-SS, 28 de septiembre de 2001, Unanimidad, Segunda Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Octubre de 2005, pág. 426.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Suspensión del acto reclamado, concepto de orden público para los efectos de la.” tesis de jurisprudencia 522 por contradicción de tesis, Varios 473/71, Unanimidad, Segunda Sala, en Apéndice de 1995, Tomo IV, Parte SCJN, pág. 343.
- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, “Suspensión, nociones de orden público y de interés social para los efectos de la.” Tesis de jurisprudencia, amparo en revisión 553/1996, Berel, S.A., 1 de marzo de 1996, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V, Enero de 1997.
- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO, “Contrato administrativo y contrato civil o mercantil. Diferencias.”, tesis aislada, amparo en revisión 196/2001, VíaConstrucciones, S.A. de C.V., 9 de agosto de 2001, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Octubre de 200, p. 1103.
- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Arbitraje. Debe constar de manera expresa e indubitable la voluntad de las partes de celebrarlo.”, tesis aislada, amparo civil en revisión 442/2004, Concopra, S.A. de C.V. y otra, 14 de diciembre de 2004, Mayoría de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Abril de 2005, pág. 1344.
- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Nulidad de actos dentro del procedimiento arbitral mercantil. No corresponde su conocimiento a un tribunal judicial”, tesis aislada, amparo directo 350/2006, Servicios Administrativos de

Emergencia, S.A. de C.V., 8 de septiembre de 2006, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Marzo de 2007, pág. 1730.

- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Arbitraje mercantil. criterios para determinar la ineficacia del acuerdo de arbitraje”, tesis aislada, amparo directo 465/2005, Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V., 2 de septiembre de 2005, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Diciembre de 2005.
- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Normas sustantivas civiles. Pueden ser objeto de renuncia si no se afecta el interés público ni derechos de terceros.” Tesis aislada, amparo en revisión 1543/2003, 20 de marzo de 2003, Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Junio de 2003.
- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, “Árbitro. Sus resoluciones son actos de autoridad, y su ejecución le corresponde al juez designado por las partes.”, tesis aislada, amparo directo 1301/2001, Constructora Aboumrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos, Novena Época, T.C.C., en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Julio de 2001, p. 1107.

## **LEGISLACIÓN**

- Código Civil Federal, Última Reforma Pública en el D.O.F. 10 de enero de 2010, Agenda Civil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010, art. 2106.
- Código Federal de Procedimientos Civiles, art. 360, D.O.F. 30 de Diciembre de 2008, Agenda Civil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última Reforma Pública en el D.O.F. 29 de Julio de 2010, Agenda de Amparo, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 20 de marzo al 10 de junio de 1958, Publicada en el D.O.F. 22 de junio de 1971 en PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al. Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano, Ed. Limusa, México, 2009.
- Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, Publicada en el D.O.F. 03 de Mayo de 1992 en PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al. Op. Cit., p. 67.
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Publico, Última Reforma Pública en el D.O.F. 28 de Mayo de 2009, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley de Federal del Derecho de Autor, Última Reforma Pública en el D.O.F 23 de julio de 2003, Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley de la Propiedad Industrial, Última Reforma Pública en el D.O.F 25 de Enero de 2006, Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

- Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, Última Reforma Pública en el D.O.F. 28 de Mayo de 2009, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, Última Reforma Pública en el D.O.F 15 de Julio de 2007, Agenda Financiera, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley Federal de Protección al Consumidor, Última Reforma Pública en el D.O.F 19 de Julio de 2010, Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley Federal de Telecomunicaciones, Última Reforma Pública en el D.O.F. 09 de Febrero de 2009, Agenda de la Comunicación, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley Federal del Procedimiento Administrativo, Última Reforma Pública en el D.O.F. 30 de mayo de 2000, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Última Reforma Pública en el D.O.F. 17 de Junio de 2009, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Última Reforma Pública en el D.O.F 15 de enero de 2009, Agenda de Amparo, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Última Reforma Pública en el D.O.F. 12 de Junio de 2009, Fisco Agenda, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.
- Reglamento de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas, Última Reforma Pública en el D.O.F. 28 de Julio de 2010, Agenda de la Administración Pública Federal, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2010.

## **LEGISLACIÓN VERSIÓN ELECTRONICA**

- CÁMARA DE DIPUTADOS, H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Código de Comercio”, D.O.F. 27 de enero de 2011, en Leyes Federales Vigentes, México, 2010, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom.htm>.
- SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN “Acuerdo por el que se emiten diversos Lineamientos en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”, D.O.F. de 9 de Agosto de 2010, México, 2010, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5158517&fecha=09/09/2010](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5158517&fecha=09/09/2010)
- PETROLEOS MEXICANOS, “Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios”, en Marco Normativo aplicable al Corporativo de Petróleos Mexicanos, Leyes, México 2010, [http://www.pemex.com/files/dca/LEYES/LEY\\_ORGANICA\\_PEMEX\\_Y\\_OS.pdf](http://www.pemex.com/files/dca/LEYES/LEY_ORGANICA_PEMEX_Y_OS.pdf)
- SECRETARIA DE ENERGÍA, “Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, Última Reforma Pública” en el D.O.F. 22 de diciembre de 1993, en Marco Legal y Regulatorio del Sector Energético, Leyes, México, 2010, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/99.pdf>
- SECRETARIA DE ENERGÍA, “Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica”, Última Reforma Pública en el D.O.F. 24 de mayo de 2001, en Marco Legal y

Regulatorio del Sector Energético, Reglamentos, México, 2010, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LSPEE.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LSPEE.pdf)

- SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN “Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”, D.O.F. de 9 de Agosto de 2010, México, 2010, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5154624&fecha=09/08/2010](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5154624&fecha=09/08/2010)
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”, en Recursos Jurídicos, Leyes Federales y del Distrito Federal, Ver texto original y su cronología, México, 2010, <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.html>

## DOCUMENTOS ELECTRONICOS

- BRITTON, Eric (No hay fecha). El Arbitraje en Materia de Construcción [En línea]. Disponible:<http://www.inperib.com/archivos/es/pdf> [2010, Noviembre 10]
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (2006), Reglamento Relativo a las Dispute Boards, vigente a partir del 1º de septiembre de 2004, en 2006 [En línea], Francia, Disponible:<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/pdf> [2010, Noviembre 10]
- CASTRO ESTRADA, Álvaro (No hay fecha). La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo [En línea]. Disponible: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/28.pdf> [2010, Octubre 30]
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (No hay fecha). El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnico o de Expertos” [En línea]. Disponible: [http://www.camsantiago.com/articulos\\_online\\_3.htm](http://www.camsantiago.com/articulos_online_3.htm) [2010, Noviembre 10].
- GRUPO DEL BANCO MUNDIAL (2007), The Federal Procurement System: Challenges and Opportunities, [En Línea] en Publicaciones, Documentos e Informes, Detalles de Informe, 2007, <http://go.worldbank.org/R25ANPNJ80>. [2010, Octubre 15]
- SECRETARIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (2010) Versión Estenográfica del Panel 3, “Los empresarios como parte de la nueva cultura de la contratación”, en el marco del Segundo Foro Internacional de Control de Obra Pública, 6 y 7 de septiembre de 2010. [En línea] México, en <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/sala-de-prensa/2o-ficop/panel-3-060910-pag-1-de-4.html> [2010, Octubre 15]

## OTROS DOCUMENTOS

- AZAR MANZUR, Cecilia, Memoria del Foro Regional: Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Tendencias Contemporáneas en Sede Judicial, México, 2006.
- BRITISH COLUMBIA, Ministry of Municipal Affairs. Public Private Partnership. A Guide for the Local Government. Canadian Cataloguing Publication Data, Canada, 1999.
- Contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado relativo a la ejecución del tramo III de la Carretera Durango – Mazatlán, del año 2008. Por razones de confidencialidad se reservan los datos de los contratantes.

- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa - UNAM, México, 1993.
- PROINVERSIÓN. Agencia de Promoción de la Inversión Privada. Las Asociaciones Público Privadas en Perú. Documento de Trabajo No. 4, Proinversión, Perú, 2005.