



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“CRÍTICA A LA INARBITRABILIDAD DE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN
EL DERECHO MEXICANO”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

OSCAR JOSAFAT LEYVA FERZULI

ASESOR: DR. REYNALDO URTIAGA ESCOBAR

CIUDAD UNIVERSITARIA, CDMX, 2020



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.

“Si quiere conocer la ley y nada más, deberá mirarla como un hombre malo, que sólo se preocupa por las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como un hombre bueno, que encuentra sus razones de conducta, ya sea dentro o fuera de la ley, en las más vagas sanciones de la conciencia.”¹

- Oliver Wendell Holmes, Jr.

¹*If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *10 Harvard Law Review*, 457, 1897, p 3.

Mi eterna gratitud

*A mi padre:
incorruptible,
agradezco mi carácter
y pensamiento crítico;
mi activo más valioso.*

*A mi madre:
con su energía inagotable,
agradezco su eterno amor
y la fuerza interior que me trasmite.*

*A mi hermano:
mi mejor amigo,
que está siempre a mi lado
en cualquier circunstancia.*

*A los tres:
los admiro y agradezco su apoyo incondicional,
a lo largo de toda mi vida.*

*A Ana:
parte fundamental de
gran parte de mi carrera
y; por supuesto,
de mi vida.*

*Al doctor Reynaldo Urtiaga Escobar:
por guiarme como coach,
enseñarme como maestro
y apoyarme como amigo.*

*A la UNAM:
que me lo ha dado todo,
el estudiante que fui y
el profesionalista que seré;
mi deuda es inextinguible.*

ÍNDICE

Introducción	10
Capítulo I	13
El arbitraje	13
1. Conceptos fundamentales del arbitraje	13
i. Arbitraje.....	13
ii. El acuerdo arbitral.....	15
iii. Árbitro	16
iv. El procedimiento arbitral.....	18
v. Normatividad aplicable en el arbitraje	19
vi. El laudo arbitral	21
vii. Ventajas del arbitraje.....	22
viii. Tipos de arbitraje	24
2. Marco legal mexicano.....	27
i. Constitución Política.....	27
ii. Convenciones Internacionales	28
iii. Leyes Generales	33
3. Arbitrabilidad.....	33
i. Arbitrabilidad subjetiva.....	34
ii. Arbitrabilidad objetiva	34
iii. Materias inarbitrables en México	34
4. El orden público en el arbitraje	37
5. Validez de los laudos arbitrales.....	44
i. Nulidad	45
ii. Reconocimiento	45
iii. Ejecución	46
iv. Causales de nulidad y denegación de reconocimiento o ejecución del laudo	47
Capítulo II.....	53
Los contratos administrativos	53
1. El contrato	53
2. El <i>contrat administratif</i> francés	54
3. Noción de servicio público.....	62
4. Cláusulas exorbitantes.....	71

5. El contrato administrativo en México.....	72
i. Las teorías de la personalidad del Estado.....	79
ii. Acto de autoridad.....	81
6. La contratación con empresas estatales.....	82
i. ¿Qué son las empresas productivas del Estado?.....	84
ii. Cambio de naturaleza jurídica.....	85
7. Vías de impugnación de los contratos celebrados con la administración pública.....	91
i. El arbitraje en los contratos con la administración pública.....	91
ii. El contrato de suministro de energía eléctrica.....	93
iii. Los contratos sobre Hidrocarburos.....	96
8. ¿Es necesario continuar con la teoría francesa del <i>contrat administratif</i> ?.....	99
Capítulo III.....	101
La rescisión administrativa.....	101
1. La rescisión.....	101
2. La rescisión administrativa.....	102
3. La rescisión administrativa en el Derecho Mexicano.....	103
i. Antecedentes.....	104
ii. Adopción en el Derecho Mexicano.....	110
iii. La rescisión en los contratos sobre hidrocarburos.....	120
iv. Naturaleza jurídica.....	124
Capítulo IV.....	125
Crítica a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.....	125
1. El caso COMMISA VS PEP.....	125
i. Antecedentes.....	125
ii. Determinación de la rescisión administrativa como acto de autoridad.....	129
iii. Nulidad del laudo.....	131
2. La justificación de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa es incorrecta.....	136
i. Los contratos en los que se incluye no son administrativos.....	137
ii. El régimen exorbitante es inaplicable.....	140
iii. Los contratos administrativos son impugnables mercantilmente.....	141
iv. ¿Es la rescisión administrativa un acto de autoridad?.....	142
3. Consecuencias de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.....	148
i. Falta de certeza para los particulares.....	148
ii. Inoperancia de la cláusula arbitral.....	149

iii. Conflictos económicos	161
4. La arbitrabilidad con respecto a PEMEX y la CFE tras la Reforma Energética	162
5. El panorama internacional y el conflicto ante la reciente adhesión al CIADI	165
i. ¿Qué es el CIADI?	166
ii. El arbitraje en el CIADI	167
iii. El problema ante la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa	170
6. Ventajas de un criterio distinto	176
i. Ambiente confiable para la inversión	176
ii. Crecimiento económico	180
iii. Corolario	185
Conclusiones	187
Bibliografía	191

Introducción

En los últimos años, el arbitraje se ha convertido en el método de solución de controversias más confiable para resolver conflictos legales entre partes pertenecientes a distintas jurisdicciones -ya sea entre entes privados o entes privados y públicos- y, en específico, para los inversionistas nacionales y extranjeros.

Instituciones arbitrales como la Cámara de Comercio Internacional, la Corte Permanente de Arbitraje y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial, han registrado un aumento en el número de casos que reciben al año, marcando una tendencia creciente al arbitraje.

En el ámbito de la inversión privada -nacional y extranjera-, el arbitraje representa un factor de confianza para los inversionistas que pretenden dirigir sus recursos hacia una jurisdicción determinada. Las características que distinguen al arbitraje del litigio jurisdiccional, ofrecen un ambiente más amigable para las inversiones, lo cual produce consecuencias benéficas para las economías nacionales en general.

Es menester generar condiciones jurídicas que permitan un ambiente favorable al arbitraje, respetando el principio pro arbitraje aceptado internacionalmente, para que, con ello, se fomenten las inversiones privadas en nuestro país, con el crecimiento económico que traen aparejado; eliminando los obstáculos existentes en contra del arbitraje en nuestro orden jurídico.

El presente trabajo esboza una crítica a la prohibición legal para someter a arbitraje la rescisión administrativa, cuya inarbitrabilidad se incluye frecuentemente en contratos celebrados con la administración pública federal, a pesar de que dichos contratos incluyan cláusulas arbitrales.

En concreto, hablaremos acerca de los contratos en materia de hidrocarburos, tomando en cuenta que fue precisamente durante la ejecución de uno de estos, cuando operó el cambio legislativo que estableció la prohibición que nos ocupa, con repercusiones importantes en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, ello no quiere

decir que la crítica que presentaremos en este trabajo no pueda ser extrapolada a otro tipo de contratos celebrados con la administración pública, en donde también se incluya la cláusula en cuestión.

Considerando las consecuencias negativas que la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa acarrea para nuestro país, la intención de esta tesis es, formular una crítica con el sustento suficiente para modificar el criterio que hasta el momento prevalece, que sostiene que, de arbitrase, se violaría el orden público, al consistir supuestamente en un acto de autoridad. Para ello, abordaremos primero lo relativo al arbitraje como institución alternativa al proceso jurisdiccional de solución de controversias; trataremos sus principios, características, las instituciones y figuras jurídicas conexas y aquellas que guardan relación con el mismo y la posición de tal mecanismo en el derecho mexicano e internacional.

Posteriormente, será necesario comprender la raíz de la rescisión administrativa; para ello, habrá que conocer primero la fuente contractual de la que emana: los contratos celebrados con la administración pública.

Al respecto, el criterio mexicano acerca de tales contratos pretende fundamentarse en la teoría francesa del *contrat administratif*, la cual fue adoptada en nuestro país bajo la denominación de contratos administrativos.

Estudiaremos, en consecuencia, los contratos administrativos, la teoría francesa que se utiliza como referencia de los mismos en nuestro país, sus implicaciones, su evolución y la caracterización que esta le otorga a tales contratos; contemplando aquellas figuras jurídicas que los acompañan -desde las cláusulas exorbitantes, hasta el orden público-. Realizaremos, asimismo, una comparación entre la teoría francesa y su aplicación en México, con la intención de conocer si se ha realizado correcta o defectuosamente, lo cual nos dará luz acerca de lo adecuado o no de considerar; primero, si los contratos que involucran la cláusula de la rescisión administrativa deben ser considerados contratos administrativos y; consecuentemente, si tal rescisión consiste en un acto de autoridad.

Hecho lo anterior, llevaremos a cabo un análisis de la rescisión administrativa en particular; figura jurídica que proviene -nuevamente- del derecho francés, en donde se conoce como *résiliation*; no obstante, como podrá advertirse del presente estudio, sus características difieren de su aplicación en el derecho mexicano. Por tanto, del análisis y comparación que efectuaremos de la *résiliation* y la rescisión, el origen y características de estas y su aplicación práctica -legal y contractualmente-, obtendremos los elementos para determinar si la rescisión administrativa realmente consiste en un acto de autoridad.

Por último, tomando en cuenta la investigación y análisis realizado a lo largo de los primeros capítulos, el último de estos condensará los resultados a los que arribaremos, analizando aquellos casos en los que han existido controversias respecto de la arbitrabilidad de la rescisión administrativa. Partiremos del paradigmático caso *COMMISA vs. PEP*, hasta arribar al examen de la situación en la que pudiera encontrarse nuestro país ante la comunidad jurídica internacional, a la luz de su reciente adhesión al Convenio del CIADI y las consecuencias negativas en materia de inversión nacional y extranjera y crecimiento económico, generadas por la falta de certeza jurídica para los inversionistas privados y el ambiente hostil al arbitraje que ocasiona la inarbitrabilidad de una cláusula tan relevante en los contratos públicos; esto, con la intención de conseguir que el orden jurídico nacional avance conforme a la corriente internacional.

Los resultados obtenidos de la presente investigación, análisis y estudio, serán utilizados como fundamento para desvirtuar la justificación de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa; soportando tal crítica en argumentos lógicos, doctrinales, jurídicos y económicos.

Capítulo I

El arbitraje

1. Conceptos fundamentales del arbitraje

Como punto de partida del presente análisis, es importante presentar un panorama amplio y comprensible respecto del arbitraje, mediante el estudio de los componentes, principios, sujetos, legislación, figuras e instituciones jurídicas relacionadas con este, con el objeto de tener una percepción suficiente de tal mecanismo para resolver controversias y; posteriormente, tomar una postura crítica respecto al choque con el derecho administrativo que presentaremos en esta tesis.

i. Arbitraje

Los métodos heterocompositivos de resolución de controversias son dos: el juicio y el arbitraje; a través de estos, se resuelven controversias que son sometidas ante la voluntad de un tercero o terceros ajenos a una relación jurídica. En el primero, la controversia se somete a la jurisdicción del gobierno, comúnmente -aunque erróneamente- identificado como el Estado, el cual deposita la facultad de resolver tal conflicto en uno o más juzgadores -jueces, magistrados, ministros, etc.-. “Es el conjunto de actos desenvueltos por el órgano estatal jurisdiccional, por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados y que convergen en el acto final de aplicación estatal de una ley general al caso concreto controvertido”².

La resolución de controversias por medio de la vía jurisdiccional implica que aquellos que optan por ella se apegan al orden jurídico nacional tanto sustantiva como procesalmente, pues una vez que se acude ante las cortes nacionales, el juzgador deberá tramitar y resolver el conflicto conforme a las pautas que marcan las leyes aplicables, adecuando al caso concreto la hipótesis jurídica contenida en la norma.

² Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, OXFORD University Press, 2013, p. 26.

Por su parte, en el arbitraje las partes en la controversia tienen la facultad de elegir a quien resolverá la misma, así como el procedimiento mediante el cual se sustanciará, lo cual; en principio, lo caracteriza como un mecanismo privado.

Para Gary Born, el arbitraje “es el proceso por medio del cual las partes, de manera consensual, someten una controversia a una instancia decisoria no gubernamental, elegida por ellas o en su nombre, para que resuelva de manera vinculante dicha controversia, de conformidad con procedimientos de adjudicación que permitan a las partes tener la oportunidad de ser escuchadas.”³

En un sentido similar, pero menos doctrinal, se expresa la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, que cuenta con su propio mecanismo arbitral de resolución de controversias en materia de propiedad intelectual, al señalar que el arbitraje “es un procedimiento en el cual una controversia se somete, por acuerdo de las partes, a uno o más árbitros, quienes toman una decisión vinculante sobre la controversia. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de resolución de controversias, en lugar de acudir a una corte.”⁴

El arbitraje, es el primer mecanismo heterocompositivo ideado por el hombre, antecede, incluso, al mecanismo jurisdiccional; si bien considerado por Carnelutti como un *equivalente jurisdiccional*.⁵

El arbitraje cuenta con tres características esenciales, que lo definen como método alternativo de solución de controversias, estas son: el consentimiento a arbitrar - fundamental-, el hecho que las personas que lo deciden no forman parte del gobierno de un país y, una resolución final y vinculante.⁶ Esta última se conoce como *definitividad*, la cual implica que la resolución que se emita por medio de un procedimiento arbitral no será apelable; así lo prevé el artículo 1449, fracción I del Código de Comercio en nuestro país. No obstante lo anterior, existen algunos

³ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2a. ed., E.E.U.U., Wolters Kluwer, 2014, p. 219.

⁴ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, *What is arbitration*, <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/what-is-arb.html> (accesado el 20 de octubre de 2019).

⁵ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso...*, p. 25.

⁶ Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 1a. ed., E.E.U.U., Cambridge University Press, 2008, p. 2.

reglamentos de instituciones administradoras de procedimientos arbitrales que prevén un mecanismo de apelación al laudo como lo son: el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el arbitraje regido bajo el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Reglamento de Arbitraje del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS).⁷ Asimismo, las propias partes pueden establecer la posibilidad de revisión de un laudo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el arbitraje.⁸

ii. El acuerdo arbitral

El acuerdo arbitral es la base fundamental sobre la que se erige el arbitraje. Es el elemento que marca la diferencia más importante frente a la vía jurisdiccional. Solo puede accederse al procedimiento arbitral, si existe un concurso de voluntades de por medio entre las partes. “Es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje”.⁹ Judicialmente por su parte, basta solamente con acudir ante el juzgador, buscando validar una pretensión y cumpliendo con los requisitos marcados en la ley para iniciar un juicio y constreñir a la(s) otra(s) parte(s) a participar en el mismo.

“El acuerdo arbitral cumple la función esencial de crear un marco de referencia para el sistema de resolución de controversias privado de las partes fuera de las cortes nacionales.”¹⁰

Existen dos posibilidades para concretar un acuerdo arbitral: por medio de una *cláusula arbitral*, insertada dentro de un contrato principal (a) o a través de un contrato independiente de arbitraje, un *compromiso arbitral* (b).

a. Cláusula arbitral

⁷ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014 p. 398.

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰ Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration...*, cit., p. 39.

Se introduce en el contrato que crea la relación jurídica entre las partes, con la intención de someter las controversias que puedan surgir derivadas de la ejecución de dicho contrato a un procedimiento arbitral.

La cláusula debe ser redactada con mucho cuidado, si se tiene la intención de que el sistema elegido por las partes funcione apropiadamente; de no ser así, pudiera contener defectos tales, que pudieran, incluso, invalidar el acuerdo arbitral o; por lo menos, provocar una serie de controversias sobre el significado de la cláusula y sobre cómo habría de llevarse a cabo el arbitraje. Tal cláusula es conocida como *cláusula patológica*.¹¹

Por medio de la cláusula arbitral, se vinculan los derechos y obligaciones establecidos en el contrato a un litigio arbitral. Más aun, el establecimiento de tal cláusula implica una renuncia a la vía jurisdiccional prevista en la legislación aplicable de un Estado.

Bajo esa lógica, es evidente que la cláusula arbitral precede a la controversia, pero una vez que surge, las partes están obligadas a resolverla por medio de un arbitraje.

b. Compromiso arbitral

En éste, la controversia surge primero y estando frente a ella, las partes deciden someterla a un procedimiento arbitral; para ello, se vinculan jurídicamente en un contrato independiente, estableciendo en el mismo el conflicto que se deberá solucionar.

Así, sin importar la vertiente por la que se opte acudir al arbitraje -cláusula arbitral o compromiso arbitral-, las partes se vinculan por medio de un acuerdo de voluntades, con lo cual se encontrarán obligadas a iniciar un procedimiento arbitral para resolver la controversia en la que se hallen.

iii. Árbitro

El encargado de juzgar y decidir respecto de una controversia arbitral es el árbitro, el cual es elegido por las partes. Para que el procedimiento arbitral pueda

¹¹ *Ídem*.

substanciarse debe conformarse un tribunal arbitral, mismo que tendrá que estar constituido por uno o más árbitros.

Los árbitros son ciudadanos particulares; es decir, no forman parte de la estructura gubernamental; incluso, no es necesario que sean abogados, pueden ser elegidos con base en sus conocimientos técnicos respecto a la materia en disputa.¹²

Es muy probable que los árbitros den menor peso a las cuestiones de orden público o interés público, ya que su responsabilidad primaria es decidir la disputa para la cual han sido elegidos; asimismo, tienden a ser más considerados con las partes y en las interacciones con estas, lo que no implica que no se requiera de ellos independencia e imparcialidad.¹³

Si bien el arbitraje es un procedimiento que nace de la voluntad de las partes y; por tanto, impera el principio de la autonomía de la voluntad para la elección del número de árbitros, es recomendable escoger siempre un número impar de los mismos para formar el tribunal, dado que pudiera nacer un conflicto al momento de resolver la controversia, si la ley aplicable al procedimiento arbitral no prevé una manera de solventar el caso en el que existieran decisiones contrarias en tribunales pares -por ejemplo, en un tribunal de dos árbitros-. Así sucede en el Código de Comercio, ya que el mismo permite que las partes designen un número par de árbitros, pero no ofrece soluciones al respecto en caso de un conflicto en cuanto al sentido del laudo, de existir desacuerdo entre los árbitros designados.¹⁴

Por tal motivo, la práctica más común en el arbitraje comercial internacional obedece a la elección de tres árbitros.¹⁵ Incluso, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo) sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como el Código de Comercio -el cual es

¹² *Ibidem*, p. 2.

¹³ *Ídem*.

¹⁴ González de Cossío, Francisco, *El árbitro*, 1a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 50.

¹⁵ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, *cit.*, p. 169.

prácticamente una copia de la misma-, establecen números impares de árbitros en caso de haber omisión en su determinación por las partes.¹⁶

No obstante que tanto en la vía jurisdiccional como en el arbitraje existen uno o más juzgadores, estos cuentan con calidades y denominaciones distintas.

En el proceso jurisdiccional en México, el juzgador es un miembro del Poder Judicial de la Federación -o de los tribunales administrativos-; es decir, es un funcionario público que conduce un procedimiento marcado por la ley, el cual no admite modificaciones o alteraciones por las partes involucradas, que se resolverá en el tiempo y forma previsto en la norma, mediante lo que se determina como *sentencia ejecutoria*. En cambio, en el arbitraje el árbitro es, en general, de carácter privado; únicamente tendrá que ajustarse a la forma y conducción del procedimiento que acuerden las partes, mismo que podrá ser modificado inclusive después de iniciado, previo acuerdo de los involucrados, y que, llegará a su fin al momento en que se emita un *laudo*.

iv. El procedimiento arbitral

La forma del procedimiento arbitral se establece por las partes. A diferencia de la vía jurisdiccional, los tiempos, las etapas, substanciación y las normas aplicables pueden ser personalizadas por las partes, de tal manera que consiste en un procedimiento distinto al litigio judicial. “La naturaleza del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias implica que es alterno a la regla general: el litigio”.¹⁷ De igual manera, los procedimientos varían de caso en caso; sin embargo, lo más común internacionalmente consiste en acudir a los arbitrajes administrados por una institución arbitral, la cual tiene ya ciertas reglas procedimentales preestablecidas.

El arbitraje, entonces, les otorga a las partes autonomía y control sobre el procedimiento que será empleado para resolver su disputa.¹⁸

¹⁶ En el caso del Código de Comercio un solo árbitro (artículo 1426) y en cuanto a la Ley Modelo tres árbitros (artículo 10(2)).

¹⁷ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 209

¹⁸ Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration...*, cit., p. 1.

Existen también dos principios que se consideran rectores en el arbitraje, de los cuales, su violación, puede acarrear consecuencias severas en cuanto a la validez y ejecución del laudo.

a. Igualdad

Este principio implica que las partes deben enfrentarse en un mismo plano, en el que no se beneficie a una sobre la otra, en el que tengan las mismas oportunidades procesales, con respecto a pruebas, plazos, etc., sin hacer diferenciación alguna entre ellas.¹⁹

b. Debido proceso

Este principio tiene como principal aspecto el otorgar la oportunidad a las partes para presentar su caso; sin embargo, el mismo se percibe de forma distinta dependiendo el sistema jurídico y el caso particular.

No obstante existan diversas formas de entender el principio, lo cierto es que existe un punto en común que busca otorgarle a las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos.²⁰ “*Regardless of the differences in cultural or legal background and whether the arbitration is institutional or ad hoc, arbitrators are bound by one overriding principle, natural justice.*”²¹ (Sin importar las diferencias culturales o el bagaje legal, ni si el arbitraje es institucional o *ad hoc*, los árbitros están vinculados por un principio fundamental, la justicia natural).

v. Normatividad aplicable en el arbitraje

En el arbitraje, convergen una serie de conjuntos normativos que tienen influencia durante todo o alguna parte del procedimiento y es importante conocerlos, pues son estos los que determinarán qué preceptos deben aplicarse en cada etapa y cómo deben interpretarse.

¹⁹ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 216.

²⁰ *Ídem*.

²¹ Devey Seat, Cher, “Electronic Discovery/Disclosure: From Litigation to International Commercial Arbitration”, *ARBITRATION The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2008, v. 74, núm. 4, Noviembre 2008, p. 379.

a. Derecho arbitral -*lex arbitri*-

Consiste en el derecho que regula el arbitraje en un Estado en particular; es decir, la legislación nacional que permite someter controversias de determinada índole a un procedimiento de arbitraje y que rige su validez, instrumentación, substanciación, interpretación -incluyendo el acuerdo arbitral-, elementos y reconocimiento. En nuestro país, la *lex arbitri* se conforma por el Código de Comercio, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá.²²

Dentro de una controversia, el punto de conexidad que hace aplicable un derecho arbitral es la sede del arbitraje²³; es decir, el lugar que las partes escogen como foro del procedimiento. Ante ello, escoger la sede del arbitraje es de especial importancia, pues la ley arbitral de tal sede será la que gobierne el arbitraje.²⁴

Vale la pena mencionar, que el hecho de que las partes elijan cierto Estado como la sede del arbitraje, no necesariamente vincula el procedimiento a tal legislación; ya que, en ejercicio de su autonomía de voluntad, pueden optar por utilizar un cuerpo normativo distinto aplicable al procedimiento; por ejemplo, un reglamento arbitral.

b. Reglamento arbitral

Un reglamento arbitral resulta aplicable cuando las partes acuerdan que el procedimiento sea administrado por una institución arbitral, puesto que estas cuentan con reglamentos preestablecidos para la administración de controversias, o, en su caso, elijan un reglamento existente de alguna institución arbitral en específico o, incluso, desarrollen uno -*ad hoc*-, para que un tribunal arbitral no relacionado con una institución se ciña a este. Es el derecho que se aplicará a la conducción del procedimiento.

c. Derecho sustantivo

²² González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 210.

²³ *Ídem*.

²⁴ Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration...*, cit., p. 43.

Se conoce como derecho sustantivo, a las normas que se utilizarán para dirimir el fondo de la controversia. Las partes tienen la facultad de elegirlo, pero también puede ser determinado de acuerdo a las convenciones internacionales o las normas de derecho internacional privado aplicables -normas conflictuales-.

d. Derecho procesal -estatal-

Es aquel que se aplica por parte de los tribunales estatales; es decir, la ley nacional que rige los procedimientos jurídicos en un determinado Estado. Por regla general, no es aplicable a un procedimiento arbitral; no obstante, pueden existir excepciones, ya sea que el derecho arbitral específicamente aluda al mismo²⁵, o que el reglamento de arbitraje permita a las partes auxiliarse en las cortes estatales.²⁶

e. Normatividad aplicable al reconocimiento y ejecución del laudo

Son las normas que permiten y rigen el reconocimiento de un laudo y su ejecución. Tales normas serán determinadas por la elección de la sede del arbitraje por las partes. En México, resultan aplicables tanto el Código de Comercio²⁷, como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York²⁸).

vi. El laudo arbitral

Tal y como señalamos anteriormente, el laudo es el símil de la sentencia. Es el nombre que se le otorga a la resolución que emite un tribunal arbitral para dar fin a una controversia; pero que, a diferencia de la sentencia, por regla general, es definitivo.

²⁵ *Ibidem*, p. 211.

²⁶ Por ejemplo, respecto de las medidas cautelares, de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (artículo 28 (2)).

²⁷ CAPÍTULO IX del TÍTULO CUARTO del Libro Quinto del Código de Comercio http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf (accesado el 27 de febrero de 2019).

²⁸ http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicnys.asp (accesado el 27 de febrero de 2019).

Es la decisión final de los árbitros, determinante de las cuestiones planteadas en el caso, por lo que las partes esperan -generalmente-, que el laudo sea final y vinculante.²⁹

Sin perjuicio de lo anterior, existen también decisiones parciales o referentes a puntos específicos, que puede emitir un tribunal arbitral y que no deciden el objeto de la controversia, pero que también pueden ser clasificadas como laudos. No obstante, en este apartado, nos referimos al *laudo definitivo*, únicamente.

Por regla general, no existe posibilidad de apelación, excepto por las circunstancias señaladas en el primer numeral de este capítulo. “Una decisión que no sea vinculatoria o que esté condicionada a la aceptación de las partes no es un laudo.”³⁰

vii. Ventajas del arbitraje

El arbitraje nos ofrece una vía distinta al litigio jurisdiccional para resolver una controversia; por lo que, resulta apropiado comparar ambos métodos, para optar por aquel que mejor se adecúe a una relación jurídica determinada.

Atendiendo cada caso en particular y teniendo en cuenta la limitación existente en las legislaciones nacionales para someter una controversia a arbitraje; en muchas ocasiones, el arbitraje representa una serie de ventajas y beneficios frente a la vía jurisdiccional. Así, las ventajas que pueden obtenerse en un arbitraje son diversas, tal y como se puede apreciar a continuación:

- Confidencialidad

En general, los procedimientos arbitrales deben mantenerse confidenciales, salvo que participe en estos un ente público, como sucede en el arbitraje de inversión.

- Flexibilidad

²⁹ Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration...*, cit., p. 179.

³⁰ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 381.

La flexibilidad corresponde a la posibilidad que las partes tienen para confeccionar las normas que regirán el procedimiento, así como la menor formalidad que caracteriza al arbitraje frente al mecanismo jurisdiccional, que se rige por la ley.

- **Celeridad**

Debido a que las partes cuentan con la facultad de adaptar el procedimiento a sus necesidades, el arbitraje puede ser más rápido que el litigio jurisdiccional -aunque en muchas ocasiones, no lo es-. Esta última vía, suele ser más lenta debido a la carga de trabajo que regularmente existe.

- **Especialización**

Ya que las partes pueden elegir a los árbitros, estos pueden ser, no solo abogados experimentados en materias específicas, si no también técnicos en un campo determinado, lo que permite un análisis más puntual del caso concreto por parte de quien decidirá la controversia.

- **Neutralidad**

Este punto radica en el hecho de que las partes son libres de elegir la sede del arbitraje -foro-, la legislación aplicable, sus árbitros y la manera de dirección del procedimiento; por tanto, todos los aspectos anteriores pueden ser neutrales y no así ligados a una jurisdicción y legislación predeterminada.

- **Privacidad**

A diferencia de lo que sucede en un juicio, en el que impera la publicidad del procedimiento, el procedimiento arbitral se conduce de manera privada.

- **Probabilidad de éxito en la ejecución del laudo**

A la par de la neutralidad del foro -arriba comentada -, que implica poder mantenerse fuera de la jurisdicción de las cortes pertenecientes a la Nación de la parte contraria, está la probabilidad de éxito en la ejecución del laudo, como una de las dos razones más significativas para escoger el procedimiento de arbitraje como resolución de conflictos a nivel internacional; considerando que la Convención de las Naciones

Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, ha sido ratificada por parte de 140 países, abriendo la posibilidad de ejecutar un laudo en cualquiera de estos -siempre y cuando existan activos de la parte contraria en tales jurisdicciones-.³¹

viii. Tipos de arbitraje

Los procedimientos arbitrales se clasifican de acuerdo a parámetros que consideran su alcance, la naturaleza y origen de las partes involucradas, la materia a dirimir, etc.; por lo cual, pueden ser incluidos en más de una clasificación simultáneamente.

Si bien puede haber diversas clasificaciones, la presente tiene solo como objeto, mostrar una referencia de las características que puede presentar cada tipo de arbitraje.

a. Nacional

Es aquel que resuelve una controversia entre partes que pertenecen a un mismo Estado.

b. Internacional

Cuando dos o más partes que pertenecen a Estados distintos se encuentran envueltas en un procedimiento arbitral, estamos en presencia de un arbitraje internacional. La internacionalidad de las partes puede ser definida de diversas maneras, tomando en cuenta su residencia o la sede de su establecimiento principal de negocios, por ejemplo. De igual manera, el arbitraje internacional concierne a disputas entre dos Estados.

c. Por materia

Se refiere al fondo de la controversia que se somete a arbitraje, ya sea una controversia comercial, civil, laboral, fiscal, etc.; tomando siempre en cuenta su arbitrabilidad en la legislación nacional.

³¹ Moses, Margaret L., *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration...*, cit., p. 3.

d. Público

El arbitraje público implica que una o más de las partes que acuden a este, sean entes públicos, pertenecientes al gobierno de un Estado.

e. Privado

Aquel en que las partes que acuden a este tipo de arbitraje son únicamente o actúan en función de particulares.

f. De inversión

El arbitraje de inversión se caracteriza principalmente por las partes involucradas en el mismo; el propio nombre ofrece su naturaleza, ya que para que exista un arbitraje de inversión es necesario que le preceda una relación jurídica que tenga por objeto una inversión extranjera en un Estado determinado. Así, las partes en el procedimiento serán una persona -física o moral- extranjera y un Estado específico.

El arbitraje en materia de inversión extranjera se ha convertido en un mecanismo útil para la resolución de controversias que emanen de dicha inversión.³²

g. Institucional

El arbitraje institucional es aquel que es administrado por una institución arbitral, de tal manera que, por regla general, existe ya un reglamento procedimental predeterminado, así como el número de árbitros que conformarán el tribunal y la manera en la que se dividirán los gastos correspondientes al procedimiento y los árbitros. A manera de ejemplo, existen instituciones como la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China y el Centro de Arbitraje de México, entre otros, que cuentan con las referidas reglas y administran arbitrajes bajo las mismas.

h. Ad hoc

³² *Ibidem*, p. 457.

A diferencia del arbitraje institucional, en el arbitraje *ad hoc*, las partes son las que diseñan el procedimiento arbitral, eligen el número y la calidad de los árbitros y establecen la manera en la que se repartirán los gastos del procedimiento.

Puede resultar atractivo el hecho de poder configurar el procedimiento arbitral a placer; sin embargo, dependiendo las características de cada caso, suele ser recomendable acudir ante una institución que regule el mismo, pues éstas cuentan con experiencia y recursos para substanciar adecuadamente un procedimiento de arbitraje. De otra manera, las partes podrían dejar vacíos en las reglas procedimentales que pudieran llegar a afectar el procedimiento mismo, o incluso, el laudo.

En cualquier caso, la forma del procedimiento que elijan las partes deberá ser la más adecuada para el caso concreto, ya sea *ad hoc* o institucional, y para ello, es importante tomar en cuenta factores como la eficiencia del procedimiento y la estabilidad del resultado.³³

A la par de lo anterior, la controversia puede ser decidida de dos maneras distintas: aplicando el derecho o mediante una decisión de equidad.

a. Arbitraje de estricto derecho

Se llevan a cabo conforme a la ley elegida por las partes, queriendo decir con ello, que el árbitro deberá ceñirse a las leyes o reglamentos que le resulten aplicables al procedimiento arbitral, al acuerdo arbitral y al contrato principal.³⁴

b. Arbitraje de equidad

“Los juicios de equidad dan lugar al libre arbitrio del juzgador, quien resuelve el caso concreto conforme a justicia”.³⁵ Con ello se indica que el árbitro no se encuentra vinculado a aplicar un criterio legal, ni a seguir las pautas marcadas en un reglamento, sino que decidirá la controversia mediante un juicio de valor; en el que

³³ Lindholm-Wallgren, Carita, *Ad hoc v. institutional arbitration en International Comercial Arbitration Different Forms and their Features*, editado por Cordero-Moss, 1a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2013, p. 61.

³⁴ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso...*, cit., p. 27.

³⁵ *Ibidem*, p. 28.

ponderará las circunstancias del caso y emitirá su resolución con base en la equidad y la justicia, sin motivar y fundar su actuación en la ley, sin que ello quiera decir que su decisión carezca de justificación.

En la práctica; sin embargo, es poco común que las partes elijan ventilar su controversia por medio de un arbitraje de equidad, ante su inherente ausencia de certeza legal.

2. Marco legal mexicano

Recordando los principios kelsenianos de la jerarquía normativa; solo una norma jerárquicamente superior podrá darle validez a otra norma inferior, partiendo de la norma hipotética fundamental. Siempre que un sistema jurídico se ajustara a tal jerarquía, podría considerarse válido.³⁶ De acuerdo con ello, para poder recurrir válidamente al arbitraje en nuestro país, es necesario que exista un marco normativo que de manera jerárquica habilite una norma tras otra, hasta alcanzar la norma jurídica individualizada³⁷; en este caso, el laudo.

i. Constitución Política

Como sabemos, la Ley Suprema de nuestro país está conformada por la Constitución, las Leyes Generales que emanen de ella -leyes del Congreso de la Unión- y los Tratados Internacionales de los que México sea parte, que estén de acuerdo con esta.

Cabe resaltar, que, al emanar de ella, las Leyes Generales se ubican en una posición inferior jerárquicamente respecto de la Constitución; lo mismo sucede con respecto a los Tratados Internacionales, puesto que *deben estar de acuerdo con la Constitución* -excepto aquellos en materia de derechos humanos, que pueden ubicarse a su mismo nivel, siempre y cuando no exista una restricción expresa en la Carta Magna-.

³⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 205.

³⁷ *Ibidem*, p. 254. Si bien Kelsen se refiere a la sentencia, al ser el símil de esta en el arbitraje, nosotros nos referimos evidentemente al laudo.

El arbitraje se considera en nuestra Constitución en el texto del artículo 17³⁸, que señala lo siguiente:

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

(...)

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

(...)

(Énfasis añadido)”

Como se aprecia, el artículo 17 prevé el establecimiento de tribunales estatales, encargados de resolver las controversias que se susciten en nuestro país, conforme a las características ahí detalladas.

Asimismo, el citado artículo determina que, a la par de los mecanismos estatales a los que toda persona en nuestro país tendrá derecho de acudir, las leyes deberán establecer mecanismos que ofrezcan a la población una manera alternativa de resolver sus controversias -como lo es el arbitraje-, en el orden jurídico mexicano.

ii. Convenciones Internacionales

De conformidad con la interpretación del artículo 133 de la Constitución, respecto de la jerarquía normativa en el orden jurídico nacional, realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el análisis de la Contradicción de Tesis 293/2011, que tuvo como resultado la tesis jurisprudencial número 20/2014, los tratados o convenciones internacionales celebrados -es decir, ratificados- por el Estado Mexicano, se encuentran jerárquicamente por debajo de la Carta Magna - con excepción de aquellos en materia de Derechos Humanos-, pero por encima de

³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf (accesado el 21 de marzo de 2019).

las leyes generales.³⁹ De tal manera que debemos tomar en cuenta aquellas convenciones en materia de arbitraje de las que México sea parte; que, como es sabido, al ser ratificadas por el Senado, las mismas se convierten en parte del marco jurídico nacional.

a. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York)

Ratificada por México en 1971⁴⁰, esta convención tiene como objeto “evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje “negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.”⁴¹

Busca que las sentencias o laudos, así como también los acuerdos arbitrales emitidos en los países miembros, puedan ser reconocidos y ejecutados.

b. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (Ley Modelo)

Si bien esta es una ley modelo; es decir, es solo una referencia para uniformar el arbitraje comercial internacional en las diversas legislaciones nacionales, nuestro

³⁹DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

⁴⁰ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicnys.asp (accesado el 22 de marzo de 2019).

⁴¹ Convención de Nueva York, *Objetivos*, p. 1, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY_conv/New-York-Convention-S.pdf (accesado el 23 de marzo de 2019).

país la adoptó prácticamente en su totalidad en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

Dicho título establece las normas que regirán un procedimiento arbitral comercial en México en caso que las partes deseen utilizar tal ordenamiento, o a falta de una manifestación expresa respecto de la ley aplicable a un procedimiento arbitral específico.

c. Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

México ratificó este convenio apenas el 27 de julio de 2018⁴², lo cual resulta de gran relevancia en el contexto de la inversión extranjera en nuestro país; y particularmente, para el objeto de la presente tesis. Ello, toda vez que el hecho de formar parte del CIADI, implica que las controversias en las que el Estado Mexicano sea parte frente a un inversionista extranjero, deberán ser sometidas a un procedimiento arbitral administrado por el CIADI; por lo que consideramos, que surgirán una serie de problemas con respecto a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa. Respecto a esto, ahondaremos más en el capítulo final de este trabajo.

d. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional⁴³

Ratificada por México el 15 de febrero de 1978, está orientada al reconocimiento de los laudos arbitrales dictados en Estados distintos; la diferencia con respecto a la Convención de Nueva York, es que es aplicable únicamente entre los Estados firmantes del Continente Americano.

⁴² Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf> (accesado el 15 de marzo de 2019).

⁴³ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_convenciones_interamericanas_version_2014.pdf (accesado el 22 de marzo de 2019).

e. Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales⁴⁴

Es el instrumento de creación de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), de la cual es miembro el Estado Mexicano desde el 26 de enero de 1901.⁴⁵ Se estableció en 1899 con el fin de dilucidar controversias entre Estados.⁴⁶ Actualmente, pueden acudir también entidades controladas por un Estado, organizaciones intergubernamentales y partes privadas, de conformidad con el artículo 1 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CPA 2012.⁴⁷

f. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

Ratificada por México el 12 de noviembre de 1987, tiene como objetivo la “*mutua cooperación para los efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales dictados en sus respectivas jurisdicciones territoriales*”⁴⁸; homologando la ejecución de las sentencias judiciales y laudos arbitrales en las materias civil, mercantil y laboral, para los países firmantes; así como también, previa declaración al momento de su ratificación, “...a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito.”⁴⁹

⁴⁴ Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/1907-Convention-for-the-Pacific-Settlement-of-International-Disputes.pdf> (accesado el 22 de marzo de 2019).

⁴⁵ Corte Permanente de Arbitraje, Partes contratantes, <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/contracting-parties/> (accesado el 22 de marzo de 2019).

⁴⁶ Corte Permanente de Arbitraje, <https://pca-cpa.org/es/about/> (accesado el 25 de marzo de 2019).

⁴⁷ Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje 2012 <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CPA-2012.pdf> (accesado el 25 de marzo de 2019).

⁴⁸ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/08/2013/DIGESTUM08022.pdf> (accesado el 22 de marzo de 2019).

⁴⁹ *Ídem*.

Finalmente, la propia Convención señala que será aplicable con respecto a laudos arbitrales en todo aquello no previsto por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional mencionada anteriormente.

g. Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil

Este convenio tiene como efecto el mismo que la Convención de Nueva York; crea una obligación tanto para México, como para España, de reconocer y ejecutar las sentencias y laudos emitidos en cualquiera de estos países para “*proveer a la mejor administración de la justicia en materia civil y mercantil*”.⁵⁰

h. Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC, antes TLCAN)

Desde el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se contaba con un mecanismo arbitral para resolver controversias entre los países miembros - Estados Unidos, México y Canadá-, que constaba de la instauración de paneles binacionales integrados por cinco árbitros, de conformidad con el capítulo XIX del referido tratado, para la “*Revisión y Solución de Controversias en Materia de Antidumping y Cuotas Compensatorias*”⁵¹. El mecanismo consistía en la revisión de actividades de comercio exterior, realizada por un tribunal de tipo arbitral conformado por miembros nacionales de los dos países en controversia, sustituyendo a la revisión judicial del país importador.⁵²

En la actualidad, el T-MEC, firmado el 30 de noviembre de 2018 en sustitución al TLCAN, también comprende un mecanismo arbitral para dilucidar las controversias

⁵⁰ Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil
<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/ESPANA-SENTENCIAS%20JUDICIALES.pdf>
(accesado el 5 de mayo de 2019).

⁵¹ Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)
http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP19_2.asp (accesado el 5 de mayo de 2019).

⁵² Herrera Cuadra, Eunice, *El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del TLCAN*, Seminario de Comercio Exterior, Facultad de Derecho UNAM, p. 12.
https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_1.pdf (accesado el 5 de mayo de 2019).

surgidas de la aplicación del Tratado, así como también, ambos tratados prevén la posibilidad de acudir a un arbitraje institucional, distinto al mecanismo del tratado.

iii. Leyes Generales

a. Código de Comercio

Tal y como explicamos, la Ley Modelo fue prácticamente copiada para instaurarse en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio; su ámbito de aplicación es definido en el artículo 1415, que señala lo siguiente:

“**Artículo 1415.-** Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

(...)”.⁵³

Como podemos apreciar, el Código de Comercio delimita la aplicación de sus disposiciones al arbitraje llevado en territorio nacional -sea nacional o internacional-, cuando no exista disposición en contrario por parte de tratados internacionales, leyes especiales o en caso de materias inarbitrables.

b. Código Federal de Procedimientos Civiles

Este código, en su CAPITULO VI Ejecución de Sentencias, hace referencia al procedimiento de homologación que tendrá que seguirse para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de carácter no comercial, refiriendo al Código Civil Federal en cuanto a los efectos de dichos laudos.

3. Arbitrabilidad

⁵³ Código de Comercio, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf (accesado el 23 de marzo de 2019).

La arbitrabilidad es la posibilidad de someter una controversia ante un tribunal arbitral; se divide en objetiva y subjetiva.

i. Arbitrabilidad subjetiva

La subjetividad en la arbitrabilidad obedece a la capacidad con la que cuentan las partes en una controversia para someterla a arbitraje.

La falta de capacidad para acudir a un arbitraje puede deberse a diversas razones; por ejemplo: minoría de edad, en caso de personas físicas; falta de especificación de la facultad en el objeto social, en caso de personas morales; falta de representación adecuada, en ambos casos; etc.

En cuanto a la capacidad de los Estados y sus dependencias y entidades para participar en procedimientos arbitrales, ello obedecerá a lo que dicte la legislación en cada caso en particular. “Existe una tendencia legislativa mundial a reconocer la capacidad del Estado de comprometer en árbitros”.⁵⁴

ii. Arbitrabilidad objetiva

La arbitrabilidad objetiva puede definirse como la posibilidad de someter una controversia a un procedimiento arbitral de acuerdo a lo que dicta la legislación de un Estado, la cual establece las materias que serán susceptibles de someterse a arbitraje. Tales materias quedarán a consideración del derecho y la política legislativa nacional.⁵⁵

iii. Materias inarbitrables en México

La arbitrabilidad abarcará distintas materias dependiendo la legislación aplicable; las materias comercial, civil y de inversión extranjera, se mantienen como arbitrables en general. Por su parte, el derecho penal y familiar son materias no arbitrables; además, la arbitrabilidad del derecho fiscal, laboral y de competencia económica, entre otros, suele variar dependiendo la legislación de cada Estado.⁵⁶

⁵⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 76.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁵⁶ Por ejemplo, en países como España y Portugal, las controversias fiscales son arbitrables.

En México no hay una norma que establezca específicamente las materias que son susceptibles de someter a arbitraje; no obstante, Francisco González de Cossío señala una serie de parámetros que pueden utilizarse como guía para determinar la arbitrabilidad de un asunto en particular. Que la materia no se excluya de manera expresa en la ley, que no verse sobre derechos de libre disposición, que no constituya una afectación al interés público y que no afecte derechos de terceros.⁵⁷

Cobra relevancia lo expuesto por el artículo 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que a la letra dispone:

“ARTICULO 568.- Los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias:

I.- Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes;

II.- Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;

III.- Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;

IV.- Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y

V.- En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

(Énfasis añadido)⁵⁸

De conformidad con lo anterior, cualquier controversia que surja en relación con las materias incluidas en los numerales del artículo 568, podrá ser sometida a la jurisdicción de los tribunales nacionales *únicamente*.

Es de especial importancia para el presente trabajo el tercer numeral, que menciona como inarbitrables los actos de autoridad, pero ello lo comentaremos más adelante.

⁵⁷ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 101.

⁵⁸ Código Federal de Procedimientos Civiles, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf> (accesado el 10 de 2019).

Aunado a las materias expresamente indicadas por el artículo en cuestión, el mismo indica en su último numeral, que tampoco serán arbitrables aquellas materias establecidas en otras leyes.

Hay diversas leyes en nuestro país que prohíben de manera expresa el arbitraje; sin embargo, mencionaremos solo aquellas que guardan relación con la rescisión administrativa.

a. LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO

Esta ley establece en su artículo 80 la posibilidad de acudir a arbitraje; no obstante, agrega que la rescisión administrativa no será parte del mismo:

“Artículo 80. Podrá convenirse 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.

(Énfasis añadido)⁵⁹

b. LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

Al igual que la ley anterior, se establece en esta una prohibición específica para la rescisión administrativa en su artículo 98:

“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.

(Énfasis añadido)⁶⁰

⁵⁹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14_101114.pdf (accesado el 20 de septiembre de 2019).

⁶⁰ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/56_130116.pdf (accesado el 15 de septiembre de 2019).

c. LEY DE HIDROCARBUROS

La Ley de Hidrocarburos reproduce también en su texto la prohibición a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa; primero, mencionando en su artículo 20 la facultad de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) de rescindir administrativamente un contrato y; después, estableciendo tal prohibición en el artículo 21, el cual hace referencia al mismo artículo 20, indicando que no será arbitrable lo cubierto en él:

“Artículo 20.- El Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá rescindir administrativamente los Contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual únicamente cuando se presente alguna de las siguientes causas graves:

(...)

Artículo 21.- Tratándose de controversias referidas a los Contratos para la Exploración y Extracción, **con excepción de lo mencionado en el artículo anterior**, se podrán prever mecanismos alternativos para su solución, incluyendo acuerdos arbitrales en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y los tratados internacionales en materia de arbitraje y solución de controversias de los que México sea parte.

(Énfasis añadido)⁶¹

Como se aprecia, el artículo 20 establece la facultad con la que cuenta la CNH de rescindir administrativamente un contrato.

Posteriormente, haciendo referencia al artículo 20, el artículo 21 señala que, se podrán prever mecanismos alternativos -el arbitraje, por ejemplo- para la solución de controversias surgidas de los contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual, siempre y cuando no se someta aquello que abarca el artículo 20 -la rescisión administrativa-.

4. El orden público en el arbitraje

⁶¹ Ley de Hidrocarburos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro_151116.pdf (accesado el 15 de septiembre de 2019).

La noción de orden público ha sido generalmente ambigua; comprende siempre conceptos e ideas que no pueden ser aterrizados a la realidad jurídica en todas las jurisdicciones de la misma manera; solo puede entenderse a través del conocimiento de las particularidades de cada jurisdicción, lo que significa que, no obstante, la definición de orden público pueda ser similar o incluso igual de Estado a Estado, su aplicación podrá ser distinta.

En México, ha sido definido como “el orden indispensable para la convivencia, para mantener la paz social y el libre y seguro desenvolvimiento de los grupos humanos.”⁶²

Tal y como se aprecia, esta definición, expresada por Andrés Serra Rojas, contiene una visión muy general de lo que puede entenderse por orden público.

Con la necesidad de otorgar una visión más concreta del orden público, especialmente en controversias surgidas entre el Estado y particulares, en los últimos años han surgido concepciones más modernas exteriorizadas por tribunales mexicanos; que, aterrizando el concepto de orden público a la realidad nacional, han formulado definiciones más específicas, que sirven de guía para la aplicación legal de esta figura jurídica; a continuación, tenemos un ejemplo:

“ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL. El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. **En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad**, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan **las preocupaciones fundamentales de la sociedad**, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

⁶² Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1968, p. 189.

(Énfasis añadido)⁶³

De lo anterior, vale la pena resaltar el hecho que el Tribunal considera que, para otorgarle una naturaleza específica al orden público, es necesario considerar las *condiciones esenciales y preocupaciones fundamentales* para el desarrollo armónico de la sociedad.

Sumada a la citada concepción, González de Cossío en su libro “Arbitraje”, cita una sentencia del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el amparo en revisión 195/2010 que señala lo siguiente con respecto al concepto de orden público:

“conjunto de reglas que según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, **lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre** y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de la sociedad.”

(Énfasis añadido)⁶⁴

Como se aprecia, el parámetro para delimitar el orden público en esta ocasión es el de tomar en cuenta las libertades, derechos o bienes *fundamentales* del hombre.

El mismo autor hace referencia al amparo en revisión 755/2011, en el cual, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció lo siguiente: “El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses **fundamentales** de la sociedad.”⁶⁵ Nuevamente se hace referencia a intereses *fundamentales*.

En distintas jurisdicciones se ha buscado, a su vez, definir lo que representa la noción de orden público.

Por ejemplo, en el caso *Parsons & Whittermore Overseas Company, Inc. V. Societe Generale de l'Industrie du Papier (508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974)*, la Corte de

⁶³ Tesis I.4o.A.63 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 1956.

⁶⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 984.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 992.

Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos señaló que como orden público deben entenderse “*the most basic notions of morality and justice*” (**las nociones más básicas** de moralidad y de justicia).⁶⁶

Asimismo, en el caso *Termorio S.A. E.S.P. y LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P.*, substanciado por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos por el Distrito de Columbia, No. 06-7058, de 25 de mayo de 2007, pp. 18 - 19, citado por González de Cossío en su artículo titulado “ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO-DINÁMICO DEL ARBITRAJE”, se señaló lo siguiente:

“Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que “**repugne las nociones fundamentales** de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución”. ... **El estándar es alto y rara vez alcanzado**. Como lo dijo una corte “únicamente en casos evidentes debe de socorrer al demandado.” ... En su concepción clásica, una sentencia que “tienda claramente” a menospreciar el interés público, la confianza pública en la administración de justicia o la seguridad de los derechos y libertad personal o propiedad privada es contraria al orden público.

(Énfasis añadido)”⁶⁷

Como podemos apreciar, aquella Corte estimó que el estándar para reconocer una violación al orden público es *alto y rara vez alcanzado*, pues repugna las nociones *fundamentales* de lo decente y justo.

Si bien encontramos variaciones de definición en definición, existe un punto de coincidencia con respecto a aquello que comparten; en todas las concepciones abordadas, se hacen referencias a términos como principios, derechos, libertades o valores; *indispensables, básicos, fundamentales o esenciales*; es decir, buscan presentar una referencia suficientemente alta, para entender el alcance del orden público como un orden que protege lo máspreciado en una jurisdicción específica.

Ahora bien, con respecto al orden público que afecta al arbitraje, de acuerdo a Francisco González de Cossío, existen dos especies dentro del género de orden público: “el contractual y el que busca evitar la aplicación en México de instituciones

⁶⁶ González de Cossío, Francisco, *ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO-DINÁMICO DEL ARBITRAJE*, p. 3.

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ORDEN%20PUBLICO%20Y%20ARBITRABILIDAD.pdf>.

⁶⁷ *Ídem*.

ofensivas a lo que nuestra cultura jurídica considera importante.”⁶⁸ Así, señala que la primera corresponde más bien a normas imperativas, que no deben ser confundidas con la noción de orden público, y la segunda será la que determine el concepto de orden público para efectos de la nulidad o no ejecución de un laudo. Esto último haciendo referencia a la causal de nulidad o de no ejecución de un laudo que representa el orden público de una jurisdicción particular.

Así, no obstante, los ámbitos protegidos por el orden público se encuentran determinados en la ley, las leyes pueden crear también confusión con respecto a lo que entra en el orden público y lo que concierne solamente a normas imperativas. Ello, toda vez que el orden público en el derecho civil, en donde hallamos diversas normas imperativas que buscan limitar la autonomía de la voluntad de las partes, es distinto a aquel que influye en el arbitraje.⁶⁹

Por ejemplo, conforme al Código Civil, los particulares, dentro del ejercicio de su autonomía de la voluntad cuentan con la facultad de modificar disposiciones con el fin de adaptar una relación jurídica a su conveniencia, siempre y cuando no alteren disposiciones imperativas.

El término orden público puede, incluso, estar mal empleado en diversas leyes, por lo que no debería considerarse que la materia supuestamente protegida por el orden público sea inarbitrable; o, en su caso, habría que modificar tal redacción legal.

Es de resaltarse el criterio que a continuación se transcribe, pues enfatiza la importancia de respetar la jurisdicción arbitral elegida por las partes, ante la noción de orden público:

“ORDEN PÚBLICO. PRINCIPIO PROARBITRAJE Y RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA PONDERAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO V, PUNTO 2, INCISO B), DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS). La noción de orden público de que trata la institución de nulidad de laudo arbitral está determinada en el contexto de la reforma al Código de Comercio que reguló aquella. Con arreglo a lo previsto en el artículo V, punto 2, inciso b), de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York, de mil novecientos cincuenta y ocho,

⁶⁸ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 971.

⁶⁹ *Ídem.*

publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país, en razón de las leyes y convenios y tratados celebrados por el Estado Mexicano. **La noción de orden público tiene como marco de referencia, nacional e internacional, la institución de arbitraje a la que no puede frustrar, alterar u obstaculizar en su misión y exige una precisión en cuanto a su definición, alcance y contenido, porque sólo de esa manera puede establecerse en qué casos y bajo qué condiciones resulta pertinente su aplicación.**⁷⁰

(Énfasis añadido)”

Tal y como se advierte del criterio transcrito, para la determinación de la noción de orden público, con respecto al arbitraje específicamente, respecto a la ejecución o nulidad de un laudo, se debe tomar en cuenta de manera primordial el principio pro arbitraje que busca dar eficacia y certeza a los acuerdos arbitrales. Por tanto, como se menciona ahí, para respetar este principio, resulta necesario delimitar la noción de orden público de caso en caso, **buscando darle eficacia al arbitraje.**

Un criterio similar se expresa en la siguiente tesis, que a continuación se transcribe:

“LAUDO ARBITRAL. ORDEN PÚBLICO SERÁ DETERMINADO POR EL JUEZ CUANDO SE RECLAMA SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. Como el concepto de "orden público" no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues **NO BASTA CON ASIMILARLO A LAS NORMAS IMPERATIVAS, SINO QUE ES NECESARIO PROTEGER NUESTRA CULTURA JURÍDICA MEXICANA DE INTROMISIONES QUE LA DESVIRTÚEN.** Esto es así, dado que una interpretación conjunta de la fracción II del artículo 1457, con la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, incluso con el precepto V, inciso 2, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, lleva a la conclusión de que son dos las hipótesis que pueden ocasionar que el juzgador de oficio declare que un laudo arbitral es nulo o que no lo reconozca como una resolución acorde al sistema jurídico mexicano y por ende deniegue su ejecución, y es cuando: a) Según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no sea susceptible de solución por vía del arbitraje; o, b) Cuando el laudo sea contrario al "orden público" mexicano. Así las cosas, la referencia a la legislación mexicana es para guiar al juzgador quien debe velar que el objeto de la controversia pueda ser objeto de arbitraje, es decir, que no exista alguna disposición legal mexicana que lo impida; mientras que por otra parte, el concepto de "orden público" es más amplio, pues **NO BASTA CON AFIRMAR QUE EN UN LAUDO ARBITRAL SE ESTÁ DEJANDO DE APLICAR UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE SE AUTODEFINE COMO DE "ORDEN PÚBLICO" PARA QUE SE TENGA**

⁷⁰ Tesis I.3o.C.953 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1241.

NECESARIAMENTE QUE CONCLUIR QUE SE TRANSGREDE EL MISMO, SINO QUE ES NECESARIO UN ESTUDIO MÁS PROFUNDO, CASO POR CASO, QUE PERMITA CONCLUIR QUE CON SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN ES EVIDENTE QUE SÍ SE TRANSGREDE NUESTRO ORDEN JURÍDICO. En conclusión, se reitera deberá ser el juzgador quien en cada caso concreto determine si se transgrede o no el "orden público".⁷¹

(Énfasis añadido)”

De lo anterior, se advierte que para concluir que se está transgrediendo el orden público en un arbitraje, es necesario realizar un estudio profundo que demuestre que a través del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral se transgrede el orden jurídico mexicano; estudio que realizaremos dentro de la presente tesis.

El arbitraje comercial en nuestro país se encuentra regulado en el Código de Comercio, pero también está sujeto a las convenciones internacionales citadas en el primer capítulo, las cuales están contenidas en ley arbitral mexicana prácticamente como una copia; la Ley Modelo de la CNMUDI y la Convención de Nueva York. A este respecto, los artículos 1457 y 1462, fracción segunda del Código de Comercio⁷² señalan 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.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, 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**.

(Énfasis añadido)”

⁷¹ Tesis I.7o.C.20 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, l. X t. 3, Julio de 2012, p. 1878.

⁷² Código de Comercio, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf (accesado el 23 de agosto de 2019).

La misma disposición podemos encontrarla en la Convención de Nueva York de 1958, en su artículo V, numeral 2, inciso c), que señala que “*También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:...* b) *Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.*”⁷³

Lo anterior, reitera el principio mediante el cual se deberá acatar el orden público de acuerdo a la concepción que se tenga de este en una jurisdicción específica.

Con base en lo anterior, entendemos que el orden público es uno de los parámetros con los que se cuenta para determinar la validez de un laudo arbitral y la posibilidad de su ejecución; el cual, para el caso del arbitraje, deberá considerarse a la luz del principio pro arbitraje, actualizándose únicamente para evitar la aplicación en nuestro país, de instituciones ofensivas para los valores fundamentales de nuestra cultura jurídica.

El orden público, entonces, afecta al arbitraje, únicamente, como un escudo jurídico que nos protege de aquellas acciones que surjan con o a raíz del procedimiento arbitral, que puedan *alterar los valores fundamentales de nuestra sociedad*.

5. Validez de los laudos arbitrales

Si bien, por regla general, no existe segunda instancia o apelación en un procedimiento arbitral, existen tres procedimientos que pueden hacerse valer con respecto a un laudo; mismos que deben iniciarse ante los tribunales nacionales de un Estado en particular, dependiendo el procedimiento y lo que se busca con la activación del mismo. Es relevante señalar que tales procedimientos no se consideran una apelación; toda vez que, en caso de una apelación, se hace una revisión del fondo de la controversia, mientras que en los procedimientos que

⁷³ Convención de Nueva York, <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf> (accesado el 25 de marzo de 2019).

mencionaremos en seguida, se analiza si se presentó un vicio en la emisión del laudo que afecte su validez, o, por el contrario, si el laudo es ejecutable.⁷⁴

i. Nulidad

Para que un laudo pueda considerarse válido deben respetarse ciertos requisitos; la consecuencia de no emitirse conforme a lo que marcan las normas aplicables a este es su nulidad, misma que debe ser decretada por un Juez de Distrito, mediante un incidente de nulidad de laudo arbitral. Por medio de tal procedimiento se busca hacer valer las causales de nulidad en las que se haya incurrido al emitirse el laudo.

Las cortes nacionales del lugar sede del arbitraje, son el lugar apropiado para buscar tal acción, dado que son estas quienes se considera tienen un poder supervisor sobre el procedimiento arbitral, para asegurarse que se condujo de manera justa y sin corrupción; asimismo, la ley que gobernará dicho procedimiento, será la *lex arbitri*, que gobernó el procedimiento arbitral.⁷⁵ De ahí la importancia al momento de la elección de la sede del arbitraje que comentamos anteriormente.

ii. Reconocimiento

El reconocimiento de un laudo “es el acto formal de declarar que un laudo es final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes.”⁷⁶

Es “la declaración jurídica automática de que el laudo tiene un carácter obligatorio que cumple con todas las formalidades jurídicas para producir los efectos correspondientes derivados de su aplicación.”⁷⁷

Hay una diferencia básica entre los términos “reconocimiento” y “ejecución”. Un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado, pero si el laudo se ejecuta, entonces es necesariamente reconocido por la corte que ordena su ejecución⁷⁸; el

⁷⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 398.

⁷⁵ Cancino, Rodolfo, Uruchurtu A., Gustavo, *El arbitraje comercial internacional*, 1a. ed., México, Bosch, 2016, p. 193.

⁷⁶ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 399.

⁷⁷ Cancino, Rodolfo, Uruchurtu A., Gustavo, *El arbitraje comercial internacional...*, cit., p. 71.

⁷⁸ Redfern, Alan, Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4a. ed., E.E.U.U., Sweet & Mawell, 2004, p. 10-10.

reconocimiento debe preceder a la ejecución -aunque esta última pueda realizarse de manera inmediata-.

Existe también un procedimiento llamado *double exequatur*, que indica que el laudo que busca ejecutarse en otro Estado debe reconocerse primero en el Estado en el que fue dictado y; después, nuevamente en el Estado en el que busca ejecutarse; sin embargo, en México es suficiente con que exista un laudo para que pueda tramitarse el procedimiento de reconocimiento y sea ejecutable.⁷⁹

iii. Ejecución

Es el procedimiento por el cual se aplica de manera coactiva el resultado del laudo, en caso de no existir un cumplimiento voluntario. “Mediante intervención judicial y con el posible uso de la fuerza pública, se cumplen coactivamente los resolutivos del laudo arbitral.”⁸⁰

Vale la pena mencionar que; no obstante, un laudo haya sido anulado en una jurisdicción específica, el mismo podría ser ejecutable en un Estado distinto. Esta consecuencia no es más extraña o más sorprendente que la que se produce cuando un laudo que no ha sido objeto de un procedimiento de anulación en la sede, es reconocido en un Estado y no en otro.⁸¹

Una vez más, se evidencia la importancia de la elección del foro -lugar sede del arbitraje- ante la ejecución de un laudo; considerando que, en caso de sustanciarse un arbitraje en un país signatario de la Convención de Nueva York, por ejemplo, su ejecución será mucho más sencilla y expedita⁸², así como también, será posible ejecutarse en otra jurisdicción diversa, signataria de la señalada Convención, de contar la parte contraria con activos ejecutables.

No es óbice para lo anterior, el hecho que se dé el cumplimiento de un laudo sin la necesidad de acudir ante tribunales estatales para su reconocimiento y ejecución.

⁷⁹ Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, 1a. ed., México, Pereznieto editores, 1994, p. 233.

⁸⁰ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 399.

⁸¹ Gaillard, Emanuelle, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, 1a. ed., México, LIMUSA, 2012, p. 110.

⁸² Cancino, Rodolfo, Uruchurtu A., Gustavo, *El arbitraje comercial internacional...*, cit., p. 71.

Estos procedimientos son útiles en el caso en el que no exista un cumplimiento voluntario.

iv. Causales de nulidad y denegación de reconocimiento o ejecución del laudo

Existe una serie de causales que delimitan los supuestos en los que puede anularse o negarse el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral. Estas, son tratadas tanto en la Convención de Nueva York, como en el Código de Comercio.

Por orden de ideas, hablaremos primeramente de las causales de nulidad, ya que la nulidad, en sí misma, representa un supuesto para negar el reconocimiento y/o ejecución de un laudo.

La nulidad de los laudos se aborda de la siguiente manera en el artículo 1457 del Código de Comercio:

“Artículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.

I.- La parte que intente la acción pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

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**.

(Énfasis añadido)”

De lo anterior transcrito, se advierten diversas causales que pueden tener como efecto la nulidad de un laudo, entre las cuales, se encuentra la violación del ya comentado orden público.

Más adelante, en su artículo 1462, el Código de Comercio establece los únicos supuestos bajo los cuales el juez podrá negar el reconocimiento o ejecución de un laudo, como se advierte a continuación:

“Artículo 1462.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:

I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, sin las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o

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.**

(Énfasis añadido)”

Nuevamente, como podemos apreciar, el orden público forma parte de las causales para negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo; los citados supuestos, siguen la línea de la Convención de Nueva York, de la que, como mencionamos anteriormente, México es signatario; en la cual se establecen causales que sirven

como fundamento para que una jurisdicción niegue el reconocimiento o ejecución de un laudo. Así el artículo V de la citada convención, señala lo siguiente:

“Artículo V

1. Sólo se podrá **denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia**, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba **ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución**:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna **incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido**, o si nada se hubiera indicado a este respecto, **en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia**; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral **no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido**, por cualquier otra razón, **hacer valer sus medios de defensa**; o

c) **Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria**; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) **Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje**;

o

e) **Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia**.

2. **También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución** de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que 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 serían **contrarios al orden público de ese país**.

(Énfasis añadido)”

El primer numeral del artículo citado se refiere a causales tales como, desigualdades durante el procedimiento, la incapacidad de las partes, omisiones o excesos del tribunal arbitral o en cuanto a su constitución y la falta de obligatoriedad del laudo

arbitral. Es decir, son causales preestablecidas que no variarán sin importar la jurisdicción en la que se haya resuelto el conflicto.

Vale la pena mencionar el inciso e) del numeral en comento, pues si bien señala que la nulidad de un laudo arbitral es una causal para negar su reconocimiento y ejecución, existen casos en los que laudos anulados han sido ejecutados en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, las cortes de ese país han interpretado que pueden ejecutar laudos extranjeros que han sido anulados en su lugar de origen, únicamente cuando la decisión de anulación contraviene el orden público de los Estados Unidos.⁸³

En cuanto al segundo numeral, se enfoca más en la inarbitrabilidad del conflicto sometido a arbitraje y la injerencia del orden público del Estado en donde se pretende el reconocimiento y ejecución; situaciones en las que la concepción legal de tales conceptos que tiene cada Estado es la que determina su alcance y aplicación.

Esto último es de especial importancia, ya que dependiendo de la legislación del Estado en donde se busca ejecutar el laudo, es que será reconocido y ejecutado por los tribunales estatales.

En específico, resulta relevante para la presente tesis; toda vez que, es precisamente la concepción legal del orden público en México, abordada previamente, y la relación que existe entre éste y el arbitraje, una cuestión clave a dilucidar por medio de este trabajo.

Hasta dónde una autoridad contratante con un ente privado actúa en funciones de autoridad; hasta dónde las acciones de tal autoridad se encuentran protegidas por la noción de orden público y; sobre todo, cómo resulta aplicable la noción de orden público cuando una autoridad se encuentra en un plano de igualdad frente a un

⁸³ Wöss, Herfried, Figueroa, Dante y Cabrera, “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, INARBITRABILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL PAÍS DE ORIGEN – EL CASO COMMISA”, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, México, núm., agosto de 2015, pp. 21-28. <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf> (accesado el 10 de mayo de 2019).

particular. Para poder responder lo anterior, resulta necesario fijar un parámetro que pueda delimitar el concepto de orden público en el arbitraje.

Ante la ambigüedad que presenta la noción de orden público en nuestro país, resulta necesario recurrir a las interpretaciones judiciales que ha habido al respecto.

Vale la pena acudir al estudio realizado por Francisco González de Cossío, que hemos citado en diversas ocasiones en el apartado “El orden público en el arbitraje”; en el que, como vimos, se hace referencia a algunas interpretaciones realizadas por juzgadores mexicanos -incluyendo a la Suprema Corte de Justicia- en las que se dilucida lo que debe y lo que no debe ser entendido como orden público; no solamente desde una perspectiva general, sino también desde la perspectiva de la nulidad y ejecución de los laudos arbitrales.

La tesis previamente citada, de rubro “ORDEN PÚBLICO. PRINCIPIO PROARBITRAJE Y RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA PONDERAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO V, PUNTO 2, INCISO B), DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS)”, confirma precisamente lo anterior, en la que se acude a la Convención de Nueva York para fijar un parámetro a partir del cual el juzgador mexicano debe considerar la injerencia del orden público como causal de anulación o no reconocimiento de un laudo.

Las sentencias analizadas por González de Cossío que citamos previamente, arrojan conclusiones de gran relevancia como que “la ilegalidad del laudo debe lastimarle los ojos al juez mexicano y en forma evidente”⁸⁴, para poder decretar su nulidad.

Otra más, señala que “El orden público como causal de nulidad o no ejecución de laudos debe entenderse como continente de las instituciones jurídicas que reflejan los sentimientos más caros de una sociedad determinada. Las soluciones a los problemas sociales e históricos más serios que una sociedad determinada ha

⁸⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 983.

vivido.”⁸⁵ Lo cual, fija un parámetro bastante alto para poder hacer referencia al orden público como una causal de no ejecución o nulidad.

Muchas cortes en diversas jurisdicciones han considerado el supuesto de orden público previsto en la Convención de Nueva York en un sentido estricto, con la intención de mantener el espíritu pro ejecución de la Convención. El que cierta jurisdicción considere tal supuesto con la intencionalidad de proteger los intereses nacionales, menoscaba el propósito y la utilidad de la propia Convención.⁸⁶

Es claro que se necesita una delimitación adecuada del concepto tanto de manera general, como en torno al arbitraje.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 985.

⁸⁶ Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration...*, *cit.*, p. 218.

Capítulo II

Los contratos administrativos

En nuestro orden jurídico, existe una distinción entre los contratos que celebra la administración pública -llamados contratos administrativos-, y aquellos celebrados únicamente por particulares -contratos civiles-. Es necesario comprender a qué obedece tal distinción; tomando en cuenta, tanto las características principales de este tipo de contratos, como las implicaciones que estas tienen fácticamente; para así, precisar la importancia y alcance que tiene el arbitraje al incluirse en los contratos celebrados con la administración pública, afectando las cláusulas comprendidas en ellos. A partir de lo anterior, estaremos en la posibilidad de juzgar si tales diferencias son en realidad sustanciales -principalmente en cuanto a los contratos celebrados por la autoridad administrativa con los particulares-, a tal grado que puedan también alterar la esencia misma del arbitraje; entendiendo a este último como un mecanismo privado de resolución de controversias por regla general.

1. El contrato

El contrato es una fuente de las obligaciones que consiste en un acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, de conformidad con la interpretación de los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal. Es una especie del convenio.

El convenio, definido en el mencionado artículo 1792, es el “acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.

En cuanto al contrato, el artículo 1793 señala que “los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”. De tal manera que el convenio tiene tres acepciones: una amplia o *lato sensu*, una restringida y otra *strictu sensu*.⁸⁷

⁸⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 175.

El convenio *lato sensu* es el definido en el artículo 1792; es decir, aquel que crea, transfiere, modifica o extingue obligaciones; mientras que el convenio en *strictu sensu*, únicamente modifica o extingue obligaciones. Por último, por vía de exclusión, el contrato será aquella especie del convenio, que solo puede crear o transferir obligaciones.⁸⁸

Una vez definida la noción de contrato en general, procede ubicar tal fuente de obligaciones en el Derecho Administrativo.

2. El *contrat administratif* francés

El contrato administrativo en México surge a partir de la doctrina francesa del *contrat administratif*⁸⁹. Esta teoría se origina con el establecimiento en Francia de cortes administrativas para tratar controversias de naturaleza específicamente administrativa; para que por medio de tales cortes pudiera otorgarse compensación a los gobernados afectados por el actuar de la administración pública.

Ante esto, se determinó que debían a su vez distinguirse los contratos en los que existía actuación de la autoridad, de aquellos en los que solo participaban particulares; pero la sola distinción no era suficiente, ya que el solo hecho que participe la autoridad administrativa en una relación contractual, no significa que dicho contrato sea por ende administrativo. Esto representó un problema en la práctica, pues generó la necesidad de determinar criterios que pudieran seguir los tribunales para diferenciar la naturaleza de dichos contratos en caso del surgimiento de una controversia; dado que, en el derecho francés, de determinarse que un contrato cumple con las características para ser considerado administrativo, las controversias surgidas de este deben dilucidarse ante un tribunal administrativo forzosamente.⁹⁰

⁸⁸ *Ibidem*, p. 175.

⁸⁹ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 988.

⁹⁰ Marial, A. Hector, "Government Contracts Under Argentine Law: A Comparative Law Overview", *Fordham International Law Journal*, Nueva York, v. 26, núm. 6, 2002, p. 1722 y ss <https://pdfs.semanticscholar.org/959c/6407135371a673e2349c2cf4ad8d0cfd37a6.pdf>.

Vale la pena mencionar el análisis que realiza José María Boquera respecto del criterio que pretende caracterizar un contrato como administrativo, por el solo hecho de que una autoridad administrativa sea parte en el mismo.

Menciona que se conceptúa al contrato administrativo⁹¹ como “toda convención jurídica formal, mediante la que una persona individual o colectiva se obliga con la Administración al cumplimiento de una prestación de dar, hacer alguna cosa o realizar un servicio”. Pero, expresa también, que esta particularidad no es suficiente para individualizar esta figura jurídica; toda vez que, “la Administración interviene como sujeto, en muchos contratos civiles.”⁹²

Señala que, de acuerdo al derecho español -como sucede también en el derecho mexicano-, la administración pública actúa unas veces en funciones de poder público y otras como persona jurídica, o sea como sujeto de derechos y obligaciones; es decir, con capacidad privada o capacidad pública. Entonces, menciona que “ello significa que su sola presencia, el ser sujeto de una relación jurídica, no convierte a ésta en relación jurídico-administrativa. Puede la Administración ser sujeto de relaciones contractuales civiles y de relaciones contractuales administrativas. En las primeras actuará con capacidad privada y en las segundas con capacidad pública.”⁹³

Asimismo, diversos juristas franceses han buscado establecer las directrices que deben tomarse en cuenta para determinar que un contrato es administrativo.

Rene Chapus, aseveró que “la existencia en un contrato de la Administración de cláusulas exorbitantes del derecho común es la condición necesaria y suficiente de su carácter administrativo”⁹⁴.

André de Laubadère, mencionó que “en el momento presente, en todo caso, la insuficiencia de la relación a un servicio público para calificar el contrato

⁹¹ Si bien se refiere al derecho español, una concepción similar ha existido en nuestro país.

⁹² Boquera Oliver, J. M., “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 23, 1963, p. 71.

⁹³ *Ibidem*, p. 201.

⁹⁴ Chapus, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 2a. ed., Francia, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957 p. 109.

administrativo está fuera de discusión; es la presencia de cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común en un contrato el criterio por excelencia de su carácter administrativo.”⁹⁵

Ahora bien, el previamente citado jurista español José María Boquera ha señalado con respecto a las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos en España -jurisdicción que también ha adoptado la doctrina francesa-; que, “cuando el contrato no tiene por objeto más que procurar al servicio público prestaciones, medios de funcionamiento... es la propia Administración, según lo juzgue indispensable o no, quien debe optar, insertando o no en el contrato cláusulas exorbitantes, entre el régimen del contrato administrativo y el régimen de derecho privado; el criterio de la cláusula exorbitante se justifica entonces plenamente.”⁹⁶

Es decir, que ante un contrato en que el objeto del mismo consiste solamente en que la administración pública obtenga prestaciones o se le proporcionen, mediante la ejecución del contrato, medios para realizar un servicio público, el criterio de las cláusulas exorbitantes se justifica para determinar si tal contrato es o no administrativo.

Las anteriores consideraciones respecto de las cláusulas exorbitantes presentan una complicación práctica, si consideramos que el establecimiento de cláusulas exorbitantes implica por sí mismo el hecho que la administración pública busca proteger el cumplimiento del objeto del contrato, precisamente porque mediante el mismo se realiza un servicio público.

En ese sentido se pronuncia Georges Liet-Veaux cuando señala que “la oposición entre las nociones de ejecución de servicio público y de celebración de contratos que contienen cláusulas exorbitantes del derecho común, es una oposición desdichada. En la mayoría de los casos, si las cláusulas exorbitantes se manifestaban, era precisamente porque el contrato tenía por objeto la ejecución de un servicio público. En otros términos, estas cláusulas exorbitantes eran el medio

⁹⁵De Laubadère, André, *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*, París, t I, 1956, p. 70 P. 194

⁹⁶ Boquera Oliver, J. M., “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española” ..., *cit.*, p. 198.

de alcanzar el fin: la ejecución del servicio público. Es siempre peligroso oponer criterios extraídos, uno del fin perseguido, y otro de los medios formales de allí deducidos. Unos y otros se completan, y no deberían ponerse uno sobre el otro.”⁹⁷

Con lo anterior, el autor se refiere al hecho de que las cláusulas exorbitantes buscarían proteger la realización del servicio público, es decir, van de la mano; de acuerdo con ello, es válido concluir que, si no se está prestando un servicio público directamente como objeto del contrato de la administración con un particular, será innecesario insertar cláusulas exorbitantes en el mismo, y; por tanto, no será un contrato administrativo.

El mismo Boquera señala posteriormente, “pero cuando el objeto del contrato es la ejecución misma de un servicio público por el contratista, resulta necesario que los principios generales del régimen administrativo sean siempre aplicables y que, por consecuencia, el contrato sea siempre administrativo.”⁹⁸

Menciona también, que cuando el contrato hace que sea el contratista el propio ejecutor del servicio público, el contrato deberá ser considerado como administrativo por su objeto; por tanto, el carácter administrativo de un contrato no debe depender de la inserción de cláusulas exorbitantes; es decir, de que la Administración decida o no establecer cláusulas exorbitantes en un contrato, porque esta última no puede renunciar a ejercer sobre la prestación de un servicio público las prerrogativas que únicamente el régimen administrativo le procura.⁹⁹

El mismo razonamiento reproduce la jurisprudencia administrativa francesa en el siguiente criterio:

“Tribunal Contencioso Administrativo

NO. C3963

13 de octubre de 2014

⁹⁷ Liet-veaux, Georges, *Nouvelles définitions du contrat administratif, en la revue administrative*, p. 499 y ss. en Boquera Oliver, J. M., “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española” ..., *cit.*, p. 198.

⁹⁸ Boquera Oliver, J. M., “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española” ..., *cit.*, p. 198.

⁹⁹ *Ídem.*

REPÚBLICA FRANCESA

EN NOMBRE DEL PUEBLO FRANCÉS

(...)

Considerando que el municipio de Joinville-le-Pont y la asociación Aviron Marne et Joinville celebraron, el 5 de octubre de 2005, un contrato por el que el municipio alquiló a la asociación, por un período de setenta y nueve años y un alquiler de un euro, un complejo inmobiliario destinado a la práctica del remo, del que es propietario y en el que se ha comprometido a realizar diversas obras de rehabilitación; que este contrato suponía la rescisión de un contrato celebrado en 1988 con un fin similar; que el 25 de octubre de 2005 un incendio destruyó el edificio objeto del contrato; que después de haber pagado al municipio una suma de más de cuatro millones de euros, Axa France IARD, la aseguradora del municipio, subrogada en los derechos del municipio, interpuso una acción directa contra la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France (MAIF), la aseguradora de la asociación; Por orden de 9 de octubre de 2008, el juez de instrucción del Tribunal Regional de Créteil rechazó la excepción de incompetencia planteada por la MAIF; por decisión de 1 de junio de 2010, el Tribunal de Apelación de París, tras haber declarado competente al tribunal judicial para pronunciarse sobre la acción directa interpuesta por Axa France IARD, declaró que correspondía a esta sociedad remitir el asunto al tribunal administrativo para "determinar la responsabilidad del incendio" y suspendió la decisión sobre la acción directa; que el recurso interpuesto por Axa France IARD contra esta decisión fue desestimado por una decisión del Tribunal de Casación de 16 de mayo de 2012; que, tras ser remitido por Axa France IARD, el Tribunal Administrativo de Melun, considerando, contrariamente al Tribunal de Apelación de París, que el contrato en cuestión no era un contrato administrativo, remitió la cuestión de competencia al Tribunal mediante una decisión de 12 de febrero de 2014;

...que la actividad desarrollada por la asociación en el complejo inmobiliario en cuestión no constituye una actividad de servicio público que le haya sido confiada por el municipio o una actividad a la que el municipio hubiera querido reconocer tal carácter;

(...)

... que el contrato en litigio no confiere a la asociación ningún derecho real sobre los bienes puestos a su disposición; **que de lo que se ha dicho anteriormente se desprende que no se celebró con miras a la realización, en nombre del municipio, de una misión de servicio público;** que la asociación se limita a utilizar los bienes puestos a su disposición para que sus miembros puedan practicar el remo y que las inversiones a realizar son de la exclusiva competencia del municipio, **no puede considerarse que el contrato se haya celebrado con el fin de realizar una operación de interés general que sea de la competencia del municipio;** que, por lo tanto, este contrato no tiene el carácter de un arrendamiento enfiteúutico administrativo celebrado en aplicación de las disposiciones de los artículos L. 1311-2 y siguientes del Código General de las Comunidades Territoriales **y no es, por determinación de estas disposiciones legislativas, un contrato administrativo;**

Considerando, en tercer lugar, que el contrato en litigio no contiene ninguna cláusula que, en particular en virtud de las prerrogativas concedidas al

contratante en la ejecución del contrato, implique, en interés general, que entra en el régimen exorbitante de los contratos administrativos;

Considerando que de todo lo anterior se desprende que el contrato celebrado el 5 de octubre de 2005 por la comuna de Joinville-le-Pont y la asociación Aviron Marne et Joinville no es un contrato administrativo; que, por consiguiente, el tribunal judicial es competente para determinar quién es responsable del incendio ocurrido el 25 de octubre de 2005;

(...)

(Énfasis añadido)”

La sentencia transcrita del año 2014, confirma los criterios doctrinales antes expuestos, pues analiza cómo un contrato celebrado entre un ente privado -Aviron Marne et Joinville- y un ente administrativo -el municipio de Joinville-le-Pont- *que no se celebró con miras a la realización, en nombre del municipio, de una misión de servicio público*, por lo que no se celebró con el fin de realizar una operación de interés general, no entra en el régimen exorbitante de los contratos administrativos, y; por ende, no es un contrato administrativo.

El mismo criterio se expone por la jurisprudencia francesa a continuación:

“Tribunal Contencioso Administrativo

NO. C4051

6 de junio de 2016

REPÚBLICA FRANCESA

EN NOMBRE DEL PUEBLO FRANCÉS

(...)

Considerando que, si bien el contrato de cesión por un municipio de un bien inmueble que forma parte de su dominio privado es, en principio, un contrato de derecho privado, incluso cuando el comprador es otra persona pública, **la existencia en el contrato de una o varias cláusulas que implican, en interés general, que está sometido a un régimen de derecho público exorbitante le confiere, sin embargo, un carácter administrativo;**

Considerando que las cláusulas del acuerdo de 25 de agosto de 1970 que prevén, en particular, como contrapartida de la cesión de las participaciones en la propiedad del dominio privado del municipio de Vignec, el cedente, una garantía concedida al vendedor de no asumir el coste de los impuestos sobre la propiedad de los bienes retenidos, Las garantías concedidas a los habitantes de Vignec para comprar o alquilar bienes inmuebles en el territorio del municipio de Aragnouet en condiciones privilegiadas, así como el acceso a "empleos reservados" y el beneficio de condiciones preferenciales para el uso del servicio de telesillas, **implican en el interés general que este acuerdo entra en el régimen exorbitante de los**

contratos administrativos; que de ello se desprende que el juez administrativo, competente para conocer de la legalidad de tal contrato y sus cláusulas, es por tanto competente para conocer de la controversia que se derive de su terminación ;

(...)

Artículo 1: La jurisdicción del tribunal administrativo es competente para conocer del litigio entre el municipio de Aragnouet y el municipio de Vignec.

(...)

En una situación contraria a la del criterio anterior, el Tribunal administrativo francés determina que la existencia en el contrato bajo estudio de una o varias cláusulas que implican, en interés general, que está sometido a un régimen de derecho público exorbitante, le confiere al mismo, un carácter administrativo. Es decir, que el hecho que las cláusulas del contrato busquen el interés general, lo que es lo mismo que decir que el contrato tiene como objeto satisfacer el interés general, lo ubica como un contrato administrativo, al cual le es aplicable el régimen exorbitante del derecho administrativo y; por lo cual, el juez administrativo será el competente para conocer de su legalidad.

Como se observa, en general en Francia y España, a raíz de la doctrina francesa del *contrat administratif*, existen dos criterios para determinar si un contrato es o no administrativo:

- Que el fin del mismo sea realizar un servicio público.
- Que contenga cláusulas exorbitantes.

Estimamos que la postura más lógica es aquella que considera primordialmente, si el contrato por sí mismo consiste en la realización de un servicio público, restándole importancia, más no obviando el criterio de las cláusulas exorbitantes; dado que el establecimiento de estas no es más que la consecuencia de la intención de proteger el cumplimiento del objeto de prestación de un servicio público. En tal razón, si un contrato tiene como objeto un servicio público y; a su vez, contiene cláusulas exorbitantes, deberá ser considerado administrativo, pero el simple hecho que contenga cláusulas exorbitantes, no lo convierte en un contrato administrativo. Incluso, las cláusulas que pudieran considerarse exorbitantes en un contrato que no tenga como objeto un servicio público, no lo serán en realidad, pues no estarían

otorgando una protección a la prestación de un servicio público, lo cual seguramente se desprenderá del contexto de la contratación.

La doctrina francesa del *contrat administratif* tiene -justificada o no- una razón jurídica y doctrinal de existencia, misma que no es compartida por nuestra cultura jurídica, de ahí que se haya adoptado de manera distinta, y; de hecho, en suma, desubicada de la doctrina original.

Mientras que, en el derecho francés, cuando un contrato cuenta con las características anteriormente relatadas y solo cuando cuenta con ellas, los actos realizados por la autoridad por virtud de tal contrato se consideran de *iure imperii*, en nuestro orden jurídico no se toman en cuenta las características referidas. Inclusive, en ocasiones basta con que un tribunal determine que un contrato cuenta con cláusulas exorbitantes -sin siquiera cerciorarse de que estas lo sean realmente, siguiendo la también doctrina francesa al respecto- o que una de las partes en la relación pertenece a la administración pública, para que se determine que es un contrato administrativo.

Lo anterior, ha provocado problemas de interpretación en cuanto a la naturaleza de los contratos administrativos en México; máxime con la sofisticación de los contratos entre particulares y entes públicos.

Tal situación no es exclusiva de nuestro orden jurídico, diversos países latinoamericanos que han adoptado la doctrina francesa se encuentran bajo el mismo debate.¹⁰⁰

Sin el contexto jurídico del cual surge en realidad esta doctrina, se aplica en nuestro país como un híbrido que genera contradicciones en los ámbitos en donde tiene efecto práctico, generando así, consecuencias negativas jurídicas y económicas.

Como señala el jurista argentino Hector A. Mairal con respecto al derecho argentino, que también ha adoptado la doctrina francesa del *contrat administratif*, “La unidad del fenómeno jurídico se sacrifica en aras de una especialidad basada en doctrinas

¹⁰⁰ Brasil, Chile, Colombia, Uruguay y Venezuela, Marial, A. Hector, “Government Contracts Under Argentine Law: A Comparative Law Overview”..., *cit.*, p. 1717.

provenientes de regímenes jurisdiccionales ajenos, que son trasladadas a nuestro sistema exagerando aun las características de su país de origen.”¹⁰¹

Tal aseveración se ajusta perfectamente a la situación que vivimos en nuestro país con la adopción de tal doctrina, exagerando de manera innecesaria el poder estatal sobre los particulares en circunstancias como la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, por ejemplo; cláusula de la cual no se permite su arbitraje por considerarse un acto de autoridad que se realiza con fundamento en un contrato administrativo, pero que no obstante, se inserta en contratos que suelen no contar con las características de los contratos administrativos que predica la doctrina francesa y; que incluso, de ser analizada a detalle, no cuenta con las características de una cláusula exorbitante, lo cual examinaremos más adelante.

3. Noción de servicio público

Es importante tener en cuenta la concepción de servicio público, pues a partir de esta es que podemos determinar si un contrato es o no administrativo; ya que de no tener como objeto un servicio público, el contrato no debe considerarse de naturaleza administrativa.

En nuestro país, la noción de servicio público proviene del derecho francés y español y se adoptó a través de la Constitución de Cádiz de 1812, estableciéndose como un sinónimo de la administración pública; pero no fue hasta la Constitución de 1857 que el concepto se imprimió en el texto constitucional como una actividad de la administración pública.¹⁰²

Ahora bien, diversos juristas han buscado dar una definición específica de lo que debe entenderse como servicio público y esas definiciones han variado con el tiempo, alejándose cada vez más de la idea de que el servicio público es toda aquella actividad de la administración pública, para concluir que son solo aquellos servicios que tienen como objeto un fin público.

¹⁰¹ Marial, A., Héctor, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, Argentina, ED, 1998, p. 1.

¹⁰² Fernández Ruíz, Jorge, *Derecho administrativo*, 1a. ed., México, Colección INEHRM, 2016, p. 218.

Marcelo Martínez Alcubilla menciona que “conócese bajo la denominación de servicios públicos los que están llamados a satisfacer cualquiera de las necesidades u obligaciones del Estado”.¹⁰³

La anterior definición es muy general y crea confusión en cuanto a que considera necesidades y obligaciones del Estado en el mismo rubro.

El servicio público ha sido definido también de la siguiente manera: “Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la Administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.”¹⁰⁴

En esta última definición, se consideran conceptos como el régimen exorbitante que debe reinar en el cumplimiento de un *servicio público* y la satisfacción de necesidades de *carácter general* por medio del mismo.

Jorge Fernández Ruíz lo concibe de la siguiente manera: “una técnica de protección al usuario, basada en la división del trabajo, que entraña la aspiración solidaria de la administración pública de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica que satisface una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares en la que cada cual puede identificar su propia necesidad individual, y escindirla del resto.”¹⁰⁵

Asimismo, Giuseppe Caia, ha afirmado que “*la qualificazione dei servizi pubblici emerge dalla destinazione al pubblico...*” (la clasificación de servicio público deriva de la destinación al público), por lo que concluye que la caracterización de servicio

¹⁰³ Martínez Alcubilla, Marcelo, *Diccionario de la administración española peninsular y ultramarina*, 2ª. Ed., Madrid, Imprenta de la V. e hijos de D.A. Peñuelas, 1870, t. 12 p. 654, citado en Fernández Ruíz, Jorge, *Derecho administrativo...*, cit., p. 219.

¹⁰⁴ Fernández Ruíz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INAP, 2002, p. 121.

¹⁰⁵ Fernández Ruíz, Jorge, *Derecho administrativo...*, cit., p. 215.

público no deriva de la naturaleza del prestador del mismo, ya que puede ser también un ente privado.¹⁰⁶

Se habla en tales concepciones, de la satisfacción de necesidades de carácter general; se precisa que el fin del servicio público debe ser el de cumplir con un fin público, que satisfaga necesidades de carácter general.

Otra circunstancia respecto al servicio público debe ser considerada: la corriente general internacional considera que el servicio público no es más que una parte de las actividades que le corresponden a la administración pública, actividades tales que son encomendadas a instituciones públicas o que incluso pueden ser delegadas en particulares, por medio de regímenes de concesión o figuras similares.¹⁰⁷ Ello quiere decir, que una gran porción de las actividades que realiza la administración pública, no son servicios públicos y; por ende, debe estudiarse caso por caso para saber cuándo en realidad se está en presencia de un servicio público.

No es óbice a lo anterior el hecho de que "...el servicio público siempre está sujeto a un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, dadas las circunstancias de mayor o menor exclusividad en que se desarrolla su actividad, con lo cual se pretende proteger los intereses del usuario."¹⁰⁸ En efecto, el régimen exorbitante resulta característico de la prestación de un servicio público, como pudimos observar en el capítulo anterior respecto de los contratos administrativos; de ahí que un fin público que se busca mediante la realización de un servicio público, sea protegido a través de cláusulas exorbitantes, contenidas en contratos administrativos.

De las ideas anteriores podemos sustraer algunas cuestiones fundamentales que ayudan a tener una visión más concreta del concepto de servicio público, enlistando las siguientes características:

- Debe tener un fin público.

¹⁰⁶ Caia, G., en Mazarroli, L., Pericu, G., Romano, A., Roversi, Monaco F.A. y Scoca, F.G, *DIRITTO AMMINISTRATIVO Parte speciale e giustizia amministrativa*, Italia, Monduzzi editores, 2005, pp. 154-157.

¹⁰⁷ Fernández Ruíz, Jorge, *Derecho administrativo...*, cit., p. 220.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 260.

- Que dicho fin público se alcance mediante la satisfacción de necesidades de carácter general.
- Corresponde a solo una parte de las actividades de la administración pública; es decir, la acción de la administración pública no es sinónimo de fin público.
- Se encuentra sujeto a un régimen exorbitante del derecho privado -es ahí donde entra la protección de las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos-.

Si bien no son determinantes -como nada en el derecho-, tales características sirven como guía para entender la noción de servicio público; particularmente para determinar la existencia de un contrato administrativo.

Con respecto a la determinación de cuáles son las necesidades de carácter general de una población específica, es evidente que dicha tarea corresponde a cada Estado, lo cual se hará mediante su especificación en la constitución o la ley.

En ese sentido se expresa Andrés Serra Rojas cuando señala que “Desde el punto de vista legal, la creación de un servicio público es la obra del legislador, que en una ley general de servicios públicos, o en una ley que organiza un servicio público especializado, determina la posibilidad de atención de dicho servicio. La creación de un servicio público se verifica por ley.”¹⁰⁹

Ello quiere decir que si alguna actividad específica de la administración pública, no se encuentra prevista en la legislación como servicio público, no deberá ser considerada como tal.

En ese orden de ideas, habrá que recurrir tanto a la Constitución como a la legislación federal en nuestro país, para determinar qué se considera prestación de un servicio público en México; para así estar conscientes de que solo los contratos

¹⁰⁹ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo Primer Curso*, 25a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 108.

que abarquen tales materias, celebrados por la administración pública, deberán ser considerados administrativos.

Para efectos de la presente tesis, tomaremos en cuenta aquellos servicios públicos relativos a la actividad económica del Estado; las consideraciones al respecto se encuentran insertadas en el texto del artículo 28 constitucional que señala lo siguiente:

"Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la (sic DOF 03-02-1983) prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a ls (sic DOF 03-02-1983) prohibiciones a título de protección a la industria.

(...)

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el **servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica**, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

(...)"

(Énfasis añadido)

Como se aprecia, la Constitución determina que el servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica es un servicio público; posteriormente se refiere también a la actividad petrolera del Estado; sin embargo, no hace referencia alguna a que dicha actividad consista en un servicio público.

Más adelante, el mismo artículo indica que la caracterización como servicio público de una actividad realizada por el Estado, deberá seguir los lineamientos constitucionales y solo podrá ser establecida en la ley.

Considerando que el texto constitucional no hace referencia alguna a que las actividades del Estado relacionadas con hidrocarburos consistan en servicios públicos, resulta necesario acudir tanto a la legislación relativa, como a los contratos al respecto, para conocer el objeto de los contratos sobre hidrocarburos celebrados por particulares con la administración pública, y concluir, si tal objeto tiene como fin prestar un servicio público; es decir, si tiene un fin público.

Por ejemplo, los contratos otorgados a raíz de la reforma energética por medio del sistema de Rondas, fueron suscritos por diversas compañías, tanto mexicanas - como Petróleos Mexicanos (PEMEX)-, como extranjeras, con la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

Entre los contratos suscritos, se encuentran los Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos, los cuales tiene como objeto, como bien lo dice su nombre, realizar labores de exploración, extracción y producción de Hidrocarburos.

Tales actividades se encuentran reguladas en la Ley de Hidrocarburos de acuerdo al artículo 2 de esta misma, el cual prevé las actividades que entran bajo su imperio.

De acuerdo a ello, y tomando en cuenta, tanto el razonamiento de Serra Rojas anteriormente citado, como lo previsto en el artículo 28 de la propia constitución, será necesario acudir a la Ley de Hidrocarburos para conocer si las actividades de exploración, extracción y producción de hidrocarburos son servicios públicos.

Tal circunstancia se encuentra prevista en el artículo 4 de la Ley en cuestión, como puede apreciarse a continuación:

Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley se entenderá, en singular o plural, por:

(...)

IX. Contrato para la Exploración y Extracción: Acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, **por el que se conviene la Exploración y Extracción de Hidrocarburos** en un Área Contractual y por una duración específica;

(...)

XIV. Exploración: **Actividad o conjunto de actividades** que se valen de métodos directos, incluyendo la perforación de pozos, encaminadas a la identificación, descubrimiento y evaluación de Hidrocarburos en el Subsuelo, en un área definida;

XV. Extracción: **Actividad o conjunto de actividades** destinadas a la producción de Hidrocarburos, incluyendo la perforación de pozos de producción, la inyección y la estimulación de yacimientos, la recuperación mejorada, la Recolección, el acondicionamiento y separación de Hidrocarburos, la eliminación de agua y sedimentos, dentro del Área Contractual o de Asignación, así como la construcción, localización, operación, uso, abandono y desmantelamiento de instalaciones para la producción;

(...)"

(Énfasis añadido)

Como se aprecia de la lectura del artículo transcrito, no hay una sola referencia que indique que las actividades de exploración, extracción o producción de hidrocarburos se consideran servicios públicos; incluso, de una lectura a la Ley en su totalidad, no se advierte en ningún momento alguna mención que indique que las actividades que realiza la administración pública, los organismos y empresas que la conforman o los particulares que de acuerdo a lo previsto en la Ley pueden participar, consisten en servicios públicos.

Es válido entonces, concluir que aquellas actividades relacionadas con los hidrocarburos no son servicios públicos ni buscan el cumplimiento de fines públicos, particularmente las actividades de exploración, extracción o producción.

De conformidad con la jerarquía normativa, el hecho de su ausencia en la Ley debe de bastar para determinar que tales actividades no son servicios públicos; no obstante, para abundar aún más en ello, conviene dar una lectura al objeto de uno de los Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos que a la letra señala:

"CLÁUSULA 2.

OBJETO DEL CONTRATO

2.1 Modalidad Licencia.

El objeto del presente Contrato es la realización de las Actividades Petroleras bajo la modalidad de contratación de licencia en virtud del cual se otorga al

Contratista el derecho de explorar y extraer a su exclusivo costo y riesgo los Hidrocarburos propiedad del Estado en el Área Contractual, de conformidad con la Normatividad Aplicable, las Mejores Prácticas de la Industria y los términos y condiciones del presente Contrato. El Contratista tendrá derecho a la transmisión onerosa de los Hidrocarburos Producidos, siempre que, conforme a los términos del Contrato, se encuentre al corriente en el pago de las Contraprestaciones del Estado señaladas en la Cláusula 16.2. Con ello en mente, si el objeto de Al respecto, vale la pena considerar si la extracción, exploración y ___ de hidrocarburos, está relacionada con la satisfacción de necesidades de la población o es una obligación del Estado.

(...)"

(Énfasis añadido)

Se distingue claramente del citado objeto, que no existe mención alguna de la realización de un servicio público mediante las actividades que conforman tal objeto.

Ello es aún más evidente si tomamos en cuenta que el resultado inmediato del cumplimiento del objeto en este tipo de contratos, beneficia únicamente a los particulares que son parte en el mismo y al Estado en la obtención de ingresos; más no al público en general de manera directa, así como tampoco se satisfacen necesidades de carácter general por la sola realización del objeto del contrato.

Por otro lado, a diferencia de las actividades relacionadas con hidrocarburos, tanto la Constitución, como la legislación federal son claras en cuanto a que el servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica consiste en un servicio público.

Al respecto, la Constitución establece lo siguiente en su artículo 27:

“Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

(...)

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban

efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose de minerales radiactivos no se otorgarán concesiones. Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, **así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones**, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.

(...)

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. **Con el propósito de obtener ingresos para el Estado** que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, **ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria.** Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

(...)"

(Énfasis añadido)

Esta última transcripción es suficientemente clara en el sentido de que constitucionalmente se determina que el servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica es un servicio público.

Asimismo, el propio artículo 27 prevé que las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, se realizarán con el propósito de obtener ingresos para el Estado, mas no con un fin público, pues no consisten en realización de un servicio público.

Derivado del análisis anterior, podemos válidamente concluir que, si bien el servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica es un servicio público y; por tanto, se encuentra dentro del régimen exorbitante de acuerdo a la teoría francesa; las actividades relacionadas con los hidrocarburos no lo son y se ubican fuera de tal régimen. El mismo criterio que hemos utilizado para diferenciar tales

actividades, aplica para cualquier contrato celebrado con la administración pública.

4. Cláusulas exorbitantes

Derivado de los fines de interés público que persigue el Estado en el caso de los contratos administrativos, suelen existir cláusulas que tienen como fin garantizar el cumplimiento del objeto del contrato -un servicio público-, otorgándole beneficios especiales al ente estatal. Dichas cláusulas se conocen como *cláusulas exorbitantes*.

“La cláusula exorbitante es una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular... Este régimen exorbitante se traduce en ciertos privilegios para la Administración pública, necesarios para la realización de sus fines.”¹¹⁰

Estas cláusulas otorgan beneficios adicionales al Estado frente a los particulares en una relación contractual; la *rescisión administrativa* ha sido erróneamente considerada como una de ellas, la cual analizaremos a detalle más adelante, pero que, a través de la misma, el Estado cuenta con la facultad de dar por terminado un contrato sin previo pronunciamiento judicial; únicamente mediante la actualización de los supuestos previstos en la ley que gobierna el contrato y en el contrato mismo. Incluso, sin que su contraparte privada tenga una facultad equivalente.

Estas cláusulas pueden variar de jurisdicción en jurisdicción e, inclusive, en una misma jurisdicción los entes públicos pueden contemplar más facultades asimétricas que otros al confeccionar sus contratos de adhesión.¹¹¹

Para abundar a lo anterior, los Tribunales del Poder Judicial de la Federación han expresado lo siguiente “...cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un

¹¹⁰ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo, Segundo curso*, 25a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 641-642.

¹¹¹ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 1195.

contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. (Énfasis añadido)¹¹²

En efecto, al otorgar una facultad superior y excesiva a una de las partes, las cláusulas exorbitantes no serían válidas en un contrato regulado por el derecho civil; sin embargo, debido a la necesidad de otorgar garantías frente al Estado del cumplimiento de un servicio público, cláusulas como estas se reputan válidas.

Las cláusulas exorbitantes, de hecho, se estipulan por mandato de ley; no obstante, incluso, de no ser incorporadas en el texto del contrato, se darán por asentadas.¹¹³

Es “una prerrogativa derivada de la fuerza pública que es tanto causa como consecuencia del hecho que el contratante público es *in natura* distinto al privado”.¹¹⁴

De acuerdo a lo anterior, podemos concluir que las cláusulas exorbitantes, son las herramientas con las que cuenta el Estado para proteger el cumplimiento del objeto en un contrato administrativo; objeto que consistirá forzosamente en el cumplimiento de un servicio público.

Si bien la rescisión administrativa ha sido considerada una cláusula exorbitante, un mayor análisis a la manera en que se encuentra regulada -sin importar que se encuentre en una ley administrativa-, su base de existencia -un acto consensual- y sus efectos, la asemejan mucho más al derecho que tiene cualquier contraparte en una relación contractual de dar por terminado un contrato ante un incumplimiento. Máxime ante la existencia de figuras como el pacto comisorio expreso.

5. El contrato administrativo en México

¹¹² CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS. Tesis P. IX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 324.

¹¹³ Ruiz García, Laura, *Contratos Administrativos*, 1a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 268.

¹¹⁴ González de Cossío, Francisco, *El árbitro*, 1a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 1195.

Como indicamos en capítulos anteriores, la teoría de los contratos administrativos en México proviene de la doctrina francesa del *contrat administratif*; no obstante, su adaptación al derecho mexicano ha sido distinta y no observa las mismas reglas de la teoría francesa.

Los contratos administrativos en México suelen considerarse de tal naturaleza, por la sola participación de la administración pública -el Poder Ejecutivo- en una relación jurídica contractual; obviándose el resto de las características -y, francamente, aquellas esenciales- que abordamos previamente conforme a la teoría francesa, que determinan que un contrato sea administrativo.

Es importante considerar tales características en cada contrato con la administración pública, para saber cuál será el alcance del Derecho Administrativo en cada uno de ellos. Esto, pues es evidente que el origen de los contratos administrativos, es el Derecho Administrativo.

Consideramos procedente entonces, entender el origen de la contratación de la administración pública con los particulares en nuestro país, para con ello poder definir qué contratos pueden ser considerados administrativos en México.

El Derecho Administrativo regula la función administrativa del gobierno y se concibe como la rama del Derecho Público interno, que determina la organización y funcionamiento de la administración pública, tanto centralizada, como paraestatal.¹¹⁵ Se conforma por un conjunto de normas que regulan el actuar de la administración pública -Poder Ejecutivo-, su organización y estructura, y sus relaciones internas y con los particulares.

Por su parte, “La Administración Pública es la acción del Estado encaminada a concretar sus fines. Mediante la ejecución de las leyes que expide el Congreso de la Unión, el Poder Ejecutivo realiza las funciones de administración del Estado que las mismas leyes le permiten.”¹¹⁶

¹¹⁵ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo, Primer curso...*, cit., p. 138.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 572.

Dentro de ese contexto, el Poder Ejecutivo se vale de diversos instrumentos para el cumplimiento de sus fines.

Tomando en cuenta la cantidad de sectores que deben ser atendidos por medio del ejercicio del Gasto Público, puede tornarse complicado cumplir puntualmente y sin ningún apoyo externo, con todas las funciones que le corresponden al gobierno; por lo que resulta necesario apoyarse en particulares que cuenten con la capacidad técnica, tecnológica y humana necesarias para atender aquellas áreas más difíciles de cubrir. Así, el Estado frecuentemente solicita a los particulares, concurren a la realización de determinadas obras, producción de bienes y prestación de servicios¹¹⁷. Para ello, se involucra en relaciones jurídicas en las que se exterioriza la voluntad de las partes con un objeto determinado; es decir, en convenios y contratos.

“El contrato administrativo se convierte así, en un instrumento de interacción del Estado con la sociedad... esto conlleva a la necesidad de que él, requiera los servicios que a su vez prestan los particulares y que dichos servicios se obtengan a través de esquemas de contratación.”¹¹⁸

En pocas palabras, en aquellos ámbitos en los que el Estado no cuenta con los recursos necesarios para cumplir con los servicios públicos que le mandatan, tanto la constitución, como las leyes, este acude a los particulares para que, mediante relaciones contractuales, estos últimos suplan al Estado en la labor de cumplimiento de dichos servicios públicos. Con ello nacen los contratos administrativos.¹¹⁹

Como vimos, el contrato es una fuente de las obligaciones, por lo cual proviene del derecho civil; es importante tener ello en cuenta dado que, aun cuando la relación entre las partes es distinta en un contrato civil y en uno administrativo, este último comparte los mismos elementos tanto de validez, como de existencia.

¹¹⁷ Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, p. 467.

¹¹⁸ Ruiz García, Laura, *Contratos Administrativos...*, cit., p. 252.

¹¹⁹ Es fundamental tener siempre presente, que solo cuando el Estado recurra a los particulares para que estos cumplan con la realización de un servicio público por medio de un contrato, se estará en la presencia del contrato administrativo; en todos los demás casos, hablamos de un contrato civil.

En tal sentido, resulta necesario abarcar las diferencias que existen en ambos tipos de contratos, no en cuanto a sus elementos; sino en cuanto a la relación que mantienen las partes contratantes en cada uno de ellos.

A diferencia de los contratos y convenios civiles y mercantiles, en los que impera la *autonomía de la voluntad*, pues las partes cuentan con la libertad de alterar las cláusulas en los mismos de acuerdo a su conveniencia; e inclusive, tales cláusulas pueden tener un contenido distinto al que marca la ley, siempre y cuando no se vulneren normas imperativas, en los contratos administrativos, el ámbito de flexibilidad es mucho más restringido, debido al régimen exorbitante que impera en tales relaciones contractuales. No es óbice a lo anterior, el hecho que sin importar el régimen exorbitante que se menciona, la relación entre las partes será siempre de cooperación y no de supra subordinación.

La concepción doctrinal de los contratos administrativos ha variado con el paso de los años; como mencionamos ya, la doctrina de tales contratos se adoptó de la doctrina francesa del *contrat administratif*, provocando que en nuestro país se generara una visión en la que se determinó que la potestad del Estado está por encima de los particulares, sin importar si se encuentran bajo una relación contractual.

Con esa línea de pensamiento se expresó Alfonso Nava Negrete al señalar que 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.”¹²⁰

Es evidente que existe diferencia entre el Estado y los particulares como partes en un contrato; más no en su calidad de contratantes, sino por los fines que persiguen, dado que por medio de la contratación en el ámbito administrativo el Estado busca cumplir con las obligaciones que le impone su Constitución para cubrir las

¹²⁰ Nava Negrete, Alfonso, *Contrato Administrativo*, en Diccionario Jurídico Mexicano, t. II, México, UNAM, 1983, p. 294.

necesidades de los gobernados, mientras que los particulares buscan un beneficio económico. El fin público se antepone al económico.¹²¹

Con respecto a lo anterior, el propio Poder Judicial de la Federación ha concluido lo siguiente:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL O MERCANTIL. DIFERENCIAS. Para determinar la naturaleza de un contrato administrativo frente a uno civil o mercantil, debe atenderse a ciertos factores. En los contratos privados, la voluntad de las partes es la ley suprema y su objeto los intereses particulares, **mientras que en los administrativos está por encima el interés social y su objeto son los servicios públicos**. En los privados, se da la igualdad de las partes, en los administrativos la desigualdad entre Estado y contratante. En los privados, las cláusulas son las que corresponden de manera natural al tipo de contrato, en los administrativos se dan las cláusulas exorbitantes. En los privados la jurisdicción para dirimir controversias recae en los tribunales ordinarios, en los administrativos interviene la jurisdicción especial, ya sean tribunales administrativos, si los hay, o en propia sede administrativa, según los trámites establecidos por la ley o lo estipulado en el contrato mismo. En resumen, para que se den los caracteres distintivos de un contrato administrativo deben concurrir los siguientes elementos: **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.

(Énfasis añadido)¹²²

La tesis citada, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito señala las diferencias que se deben tomar en cuenta para clasificar un contrato como civil o administrativo; ello, con base en los factores previstos por la teoría francesa.

Considera que mientras en los contratos privados, la voluntad de las partes es la ley suprema, en los contratos administrativos, se encuentra por encima el interés social y tienen como objeto los servicios públicos. En este caso, el Poder Judicial de la Federación reconoce que los contratos administrativos deberán tener como objeto un servicio público para contar con tal calidad, así como también reconoce características que van de la mano de la protección al cumplimiento de un servicio

¹²¹ Ruiz García, Laura, *Contratos administrativos...*, cit., p. 267.

¹²² Tesis VI.3o.A.50 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 1103.

público: desigualdad de las partes -lo que no implica necesariamente supra subordinación-, cláusulas exorbitantes y jurisdicción especial.

El hecho que las finalidades que las partes buscan alcanzar por medio de contratos administrativos sean distintas, no implica que exista una relación de supra subordinación entre ellas; toda vez que, regresando a la teoría del contrato, este parte de un acuerdo de voluntades y no así de una imposición del gobierno frente al gobernado.

El propio Ignacio Burgoa juzgó que “no son actos de autoridad los contratos o convenios de diferente tipo que celebre el Estado a través de sus diversos órganos con los particulares, ya que para la existencia y eficacia jurídica de los mismos es indispensable la voluntad individual, o sea, la bilateralidad volitiva.”¹²³

En ese orden de ideas, si los contratos que celebra la autoridad administrativa con los particulares -sean o no administrativos, en virtud de su objeto- no son actos de autoridad, los actos que emanen de dicha relación jurídica, tampoco deberán ser concebidos como tales.

Al respecto, el 12 de enero de 2018, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicó la jurisprudencia número 2a./J. 156/2017 (10a.) que a continuación se transcribe:

“COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. CONTRA LOS ACTOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA CELEBRADO BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY DEL SERVICIO PÚBLICO RELATIVA PROCEDE LA VÍA ORDINARIA MERCANTIL. De la interpretación de los artículos 1049 y 75, fracciones V y XXV, del Código de Comercio deriva que el servicio de suministro de energía eléctrica proporcionado por la Comisión Federal de Electricidad a los particulares tiene origen en un acuerdo de voluntades de naturaleza comercial traducido en una relación de coordinación y, en consecuencia, las controversias suscitadas entre las partes derivadas de los derechos y obligaciones generados en el marco del contrato de suministro de energía eléctrica o con motivo de éste, celebrado bajo la vigencia de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, deben ventilarse y decidirse en la vía ordinaria mercantil.”¹²⁴

¹²³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *el Juicio de Amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 190-191.

¹²⁴ Tesis jurisprudencial 2a./J. 156/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 50, t. I, enero de 2018, p. 336.

(Énfasis añadido)

Como se aprecia, la Segunda Sala de la Corte estimó, incluso antes de la reforma que creó la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, cuando tal comisión aún se consideraba un organismo PÚBLICO descentralizado; es decir, parte de la administración pública, que existe una relación de *coordinación* y no de *supra subordinación* en una relación contractual de la administración pública con los particulares, como lo es el contrato de suministro de energía eléctrica.

De ahí que la relación entre ambos sea de naturaleza contractual e incluso comercial, como expresamente se menciona; lo cual tiene como consecuencia inmediata, la posibilidad de ventilar las controversias al respecto por la vía mercantil y; consecuentemente, la oportunidad de acudir a un arbitraje comercial.

No debemos olvidar, que el servicio de suministro de energía eléctrica sí es un servicio público; es decir, el objeto del contrato que la administración pública celebra con los particulares, a través de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), ya sea durante la vigencia de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica o bajo la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, tiene un fin público: prestar el servicio público de suministro de energía eléctrica y; por tanto, cumple con las características de un contrato administrativo. A pesar de ello, la propia SCJN considera que la relación entre las partes es de naturaleza comercial, la cual se traduce en una relación de coordinación; consecuentemente, las controversias no se ventilarán ante un tribunal contencioso administrativo, sino ante una autoridad judicial comercial o inclusive, ante un tribunal arbitral.

Incluso, la propia Ley de la Comisión Federal de Electricidad señala lo siguiente:

“Artículo 82.- Todos los actos que se desarrollen dentro del procedimiento de contratación que se regula en el presente Capítulo, hasta el momento del fallo, inclusive, serán de naturaleza administrativa.

Una vez firmado el contrato, éste y todos los actos o aspectos que deriven del mismo serán de naturaleza privada y se regirán por la legislación mercantil o común aplicable.”

(Énfasis añadido)

El citado artículo indica que los actos que realice la CFE anteriores a la firma del contrato con los particulares serán regidos por el derecho administrativo; es decir, se considerarán actos de autoridad. Pero, una vez firmado este, cualquier actuación en virtud del mismo, se deberá considerar de naturaleza privada.

De tal razonamiento, se arriba a la conclusión de que una autoridad administrativa -como lo es la CFE-, ya sea antes o después de la nueva ley, actúa en un plano de igualdad cuando celebra contratos administrativos con los particulares; por lo que, los actos que se derivan de tales contratos, no pueden ser considerados actos de autoridad, no existiendo así, una supra subordinación en la contratación con los entes administrativos.

En tal sentido, si la SCJN considera que los contratos administrativos, como el que hemos analizado, por medio del cual se presta un servicio público, se sustentan en un plano de coordinación entre las partes, por lo que la actuación de la administración pública dentro del marco de los mismos no es la de una autoridad; será todavía más evidente, que el ente administrativo no participará como una autoridad en aquellos contratos celebrados entre la administración pública y los particulares, en los que ni siquiera se tenga como objeto de los mismos el cumplimiento de un servicio público.

i. Las teorías de la personalidad del Estado

Existen diversas teorías que buscan explicar la manera en la que el Estado ejerce sus funciones; ya sean aquellas correspondientes al ámbito gubernamental o aquellas otras que incumben una relación con los particulares.

El punto que buscan esclarecer tales teorías, es de qué manera se ejerce y cuál es la naturaleza de la personalidad del Estado; ello, ante la necesidad de que interfiera tanto en el derecho público, como en el privado para alcanzar los fines de gobierno para los cuales existe.

Se ha planteado por un lado la teoría de la doble personalidad del Estado; teoría que sostiene que el Estado actúa de dos maneras distintas, dependiendo el ámbito legal en el que se desarrolla. Así, cuando realiza funciones administrativas efectúa

actos de *iure imperio*, en tanto que en las relaciones en las que tiene contacto con el derecho privado, realiza actos *iure gestionis*.¹²⁵

De la mano de los actos de *iure imperio* y *iure gestionis*, el Estado cuenta entonces, con una personalidad de derecho público al actuar en el ámbito público y una de derecho privado en caso del ámbito privado, al relacionarse con particulares.¹²⁶

La teoría de la doble personalidad ha sido criticada, al punto de no ser ya aceptada como válida. Mencionaba Andrés Serra Rojas ya desde el año 1974 que, “la situación actual de la teoría de la doble personalidad nos hace pensar que es una teoría que pronto se considerará en la historia de las instituciones político administrativas.”¹²⁷

Kelsen fue todavía más determinante al respecto al mencionar que, “Se ha llegado a afirmar que el Estado tiene dos distintas personalidades: una, de derecho público, cuando actúa como entidad soberana y usa de su imperio; otra, de derecho privado, cuando obra como los particulares. La terminología adolece de imprecisión: el Estado es siempre entidad pública; no tiene dos personalidades, sino sólo una, que es de derecho público en todos los casos.”¹²⁸

La teoría más aceptada en la actualidad es la de la teoría de la personalidad única; esta promueve que el Estado puede, tanto obrar como poder político, como participar jurídicamente en un plano de igualdad o con menores privilegios legales frente a los particulares, los cuales no se ven sometidos al poder público, sino que pueden relacionarse con el Estado sin menoscabo de sus propios intereses.¹²⁹

Esto último refuerza lo que expusimos anteriormente con respecto a los contratos administrativos; en los que, al relacionarse los particulares con el Estado, participan jurídicamente en un plano de igualdad, sin verse sometidos al poder público.

¹²⁵ García Castillo, Tonatiuh, *El contrato de Estado internacional*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 190.

¹²⁶ Farrando, Ismael, Martínez, Patricia, *Estado, Poder, Órganos y Funciones, en Manual de derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, p. 8.

¹²⁷ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo, Primer Curso...*, cit., p. 37.

¹²⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, 4a. ed., trad. de Luis Legaz Lacambra, España, Editorial Labor, S.A., 1934, p. 88.

¹²⁹ Serra rojas, André, *Derecho Administrativo, Primer Curso...*, cit., p. 38.

Ante ello, las actuaciones de la administración pública dentro de una relación contractual con un particular, que tienen la naturaleza de actos consensuales, no son así actos de autoridad.

ii. Acto de autoridad

Consideramos importante definir lo que es un acto de autoridad, pues a partir de tal definición podemos comprender, en qué situaciones el Estado o sus diversos órganos están actuado como una autoridad y en qué situaciones actúan en un plano de igualdad ante los particulares.

En principio, debemos considerar que, para que exista un acto de autoridad, es necesaria una relación de supra subordinación entre el ente público y el gobernado.¹³⁰

Con ello, se quiere decir que debe existir la facultad del Estado para imponer su voluntad frente a la del particular; sin que este último tenga posibilidad de resistir tal voluntad, sino hasta después de que el acto se ha perfeccionado.

Ignacio Burgoa considera que son tres las características que debe reunir un acto de autoridad para ser tal: unilateralidad, coercitividad e imperatividad; por tanto, menciona que tal acto no requiere el concurso de la voluntad del particular y cita ejemplos como: los impuestos, las órdenes de aprehensión y las sentencias.¹³¹

En el mismo tenor se expresa el Poder Judicial de la Federación en la Jurisprudencia No. PC.V. J/28 A (10a.), al establecer lo siguiente:

“ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. TIENE ESE CARÁCTER LA NEGATIVA DEL VOCAL EJECUTIVO DEL FONDO DE LA VIVIENDA DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO DE SONORA (FOVISSSTESON), A DEVOLVER AL TRABAJADOR LAS APORTACIONES DE VIVIENDA ENTERADAS POR LA DEPENDENCIA A LA QUE PRESTABA SUS SERVICIOS. La negativa del vocal ejecutivo del Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora, respecto de la devolución de las aportaciones de vivienda enteradas por la dependencia gubernamental para la que prestaba sus servicios el trabajador, constituye un acto de autoridad de carácter administrativo al

¹³⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *el Juicio de Amparo...*, cit., pp. 190-191.

¹³¹ *Ídem.*

ser una determinación unilateral en la que decide en forma definitiva, imperativa y coercitiva el destino de los recursos en perjuicio del trabajador, como ente administrador.

(Énfasis añadido)¹³²

Como se aprecia claramente de lo anterior transcrito, un acto de autoridad será aquel que se emita unilateralmente, en forma definitiva, imperativa y coercitiva.

En los contratos celebrados con la administración pública no se presentan tales características; y, mucho menos, en los actos que derivan de estos.

Ante la existencia de un acuerdo de voluntades, no puede haber unilateralidad, imperatividad ni coercitividad, y la definitividad de los actos que ocurran en virtud de tal acuerdo, son solo el resultado del cumplimiento de las cláusulas que fueron consensualmente establecidas, ya que ambas partes consintieron en los términos de contratación al momento de firmar. Así, los actos que surjan de contratos celebrados con la administración pública, no deben considerarse actos de autoridad, al ser evidente que, para su celebración, existe una concurrencia de voluntades.¹³³

6. La contratación con empresas estatales

“No toda la actividad económica del Estado desemboca en la organización de la empresa pública o en formas económicas similares.”¹³⁴

En efecto, la creación de empresas es solo una de las actividades económicas que corresponden al Estado; por medio de estas, busca alcanzar los fines marcados en la ley, mediante entes capaces de participar en esquemas mercantiles, que además de auxiliar al Estado proveyendo a la población de bienes y servicios públicos, también generen ingresos para el mismo, a través del pago de contribuciones y diversas cargas fiscales, que permitan poner en ejercicio el gasto público.

¹³² Tesis jurisprudencial PC.V. J/28 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 73, diciembre de 2019, t. I, p. 686.

¹³³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *el Juicio de Amparo...*, cit., pp. 190-191.

¹³⁴ Serra rojas, Andrés, *Derecho Administrativo, Primer Curso*, cit., p. 836.

Para la contratación con particulares, el Estado se vale, no solo de dependencias de la administración pública, sino también de empresas pertenecientes al gobierno.

Estas empresas se conocen como empresas públicas; las cuales, cuentan con un régimen jurídico específico y que pueden ser definidas como “entidades de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio y régimen jurídico propios, creadas o reconocidas por medio de una ley del Congreso de la Unión o decreto del Ejecutivo Federal, para la realización de actividades, mercantiles, industriales y otras de manera económica, cualquiera que sea su denominación y forma jurídica.”¹³⁵

Con los años, la naturaleza jurídica de las empresas públicas ha variado como consecuencia de los cambios constitucionales y legislativos.

Autores como Jorge Barenstein, han condensado los elementos que identifican a las empresas públicas de la siguiente manera:

- Propiedad de autoridades administrativas en más de un 50%.
- Control gerencial superior de dichas autoridades.
- Creadas para la consecución de propósitos públicos.
- Colocadas bajo un esquema de responsabilidad pública.
- Ocupadas de actividades de carácter mercantil.
- Implican las ideas básicas de inversión y rendimiento.
- Comercializan sus productos en forma de bienes y servicios.¹³⁶

A la par de las empresas públicas a las que se refiere el listado de características anterior, existen también las llamadas empresas semipúblicas, de economía mixta o empresas de participación estatal; las cuales permiten la asociación del Estado con los particulares en los moldes del derecho privado para la consecución de fines

¹³⁵ *Ibidem*, p. 834.

¹³⁶ Barenstein, Jorge, *La gestión de empresas públicas en México*, 1a. ed., México, CIDE, 1989, p. 43.

específicos, mediante la constitución de asociaciones o sociedades civiles o mercantiles en las que la participación estatal puede ser mayoritaria o minoritaria.¹³⁷

Vale la pena mencionar lo que señala Jorge Fernández Ruiz, acerca de que “muchas de las empresas de participación estatal en México... han sido creadas en los moldes del derecho privado; en la mayoría de los casos están constituidas como sociedades anónimas cuyas acciones están totalmente en poder del Estado.”¹³⁸ Ello es relevante para el caso de la contratación de los particulares con tales empresas, dado que comparten la misma naturaleza en cuanto a su creación, la única variación entre ellas son los accionistas.

Aunadas a las empresas públicas y las empresas de participación estatal, en el año 2013¹³⁹, surgió una nueva figura jurídica con respecto a las empresas pertenecientes al Estado: las empresas productivas del Estado.

i. ¿Qué son las empresas productivas del Estado?

Las empresas productivas del Estado surgen en el orden jurídico nacional a raíz de la reforma energética del 20 de octubre de 2013; esta planteó la transformación paulatina de la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Petróleos Mexicanos (PEMEX) -hasta entonces organismos descentralizados de la Administración Pública Federal- para convertirlos en empresas productivas del Estado.

Mediante la reforma en comento, fueron modificadas una serie de leyes federales - de las cuales comentaremos únicamente las que tienen relación con el cambio de naturaleza jurídica de las mencionadas empresas paraestatales, ahora empresas productivas del estado- y la Constitución; específicamente los artículos 25, 27 y 28, como podemos ver a continuación:

“DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía.

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013

¹³⁷ Fernández Ruíz, Jorge, *Derecho administrativo...*, cit., p. 60.

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ A raíz de la reforma energética del 20 de diciembre de 2013.

Artículo Único.- Se reforman los párrafos cuarto, sexto y octavo del **artículo 25**; el párrafo sexto del **artículo 27**; los párrafos cuarto y sexto del **artículo 28**; y se adicionan un párrafo séptimo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 27; un párrafo octavo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

(Énfasis añadido)¹⁴⁰

De lo anterior, podemos observar que la reforma energética se concentró en los artículos que regulan la rectoría económica del Estado y la legalidad monopólica del Estado respecto de la explotación de los recursos naturales de los cuales cuenta con la propiedad originaria; tales como, la energía eléctrica y los hidrocarburos.

Dentro de los artículos reformados, se especifica que tal rectoría económica, explotación de recursos naturales y ejercicio monopólico de las actividades necesarias para la explotación de los mismos, será ejercida por el Estado a través de las empresas productivas del Estado; que, en los sectores de hidrocarburos y energía eléctrica resultan ser PEMEX y la CFE.

Aunado a lo ya mencionado, se les otorga a ambas empresas la autonomía suficiente para contratar con empresas privadas, con el fin de cumplir el objeto que les corresponde; es decir, se establece, tal y como menciona el texto constitucional, un *régimen de contratación especial*. Dicho régimen determina que las relaciones contractuales entre las empresas productivas del Estado y los particulares, serán regidas por el derecho mercantil en su totalidad; lo cual entraña libertad en la contratación y el tratamiento inmanente de igualdad ante los particulares de las empresas productivas del Estado; situaciones que, si bien ya existían, ahora se introducen de manera expresa en la Ley.

ii. Cambio de naturaleza jurídica

Debido a que al momento de la reforma la naturaleza jurídica de las citadas empresas era la de empresas paraestatales, se estableció un tiempo determinado

¹⁴⁰ DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2013, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> (accesado el 25 de mayo de 2019).

para su transformación; el cual se introdujo en los artículos transitorios de la propia reforma constitucional, que a la letra señalan:

“Tercero. **La ley establecerá la forma y plazos**, los cuales no podrán exceder dos años a partir de la publicación de este Decreto, **para que los organismos descentralizados** denominados Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad **se conviertan en empresas productivas del Estado**. En tanto se lleva a cabo esta transición, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios quedan facultados para recibir asignaciones y **celebrar los contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27** que se reforma por este Decreto. Asimismo, la Comisión Federal de Electricidad podrá suscribir los **contratos a que se refiere el párrafo sexto del artículo 27** que se reforma por virtud de este Decreto.”¹⁴¹

(Énfasis añadido)

Cabe destacar, que el citado transitorio enfatiza, asimismo, la facultad ya mencionada de ambas empresas para suscribir contratos con otras empresas productivas del Estado o empresas privadas.

A la par, se determinaron las características con las que contarían las ahora empresas productivas del estado:

“Vigésimo. Dentro del plazo previsto en el transitorio cuarto de este Decreto, el Congreso de la Unión realizará las **adecuaciones al marco jurídico para regular a las empresas productivas del Estado**, y establecerá al menos que:

I. Su objeto sea la creación de valor económico e incrementar los ingresos de la Nación, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental.

II. Cuenten con autonomía presupuestal y estén sujetas sólo al balance financiero y al techo de servicios personales que, a propuesta de la Secretaría del ramo en materia de Hacienda, apruebe el Congreso de la Unión. **Su régimen de remuneraciones será distinto del previsto en el artículo 127 de esta Constitución.**

III. **Su organización, administración y estructura corporativa sean acordes con las mejores prácticas a nivel internacional**, asegurando su autonomía técnica y de gestión, así como un **régimen especial de contratación** para la obtención de los mejores resultados de sus actividades, de forma que sus órganos de gobierno cuenten con las facultades necesarias para determinar su arreglo institucional.

IV. Sus órganos de gobierno se ajusten a lo que disponga la ley y sus directores sean nombrados y removidos libremente por el Titular del Ejecutivo Federal o, en su caso, removidos por el Consejo de Administración. Para el caso de empresas productivas del Estado que realicen las actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos en términos de lo previsto por el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, la ley deberá

¹⁴¹ *Ídem.*

establecer, entre otras disposiciones, que su Consejo de Administración se conforme de la siguiente manera: cinco consejeros del Gobierno Federal, incluyendo el Secretario del Ramo en materia de Energía quien lo presidirá y tendrá voto de calidad, y cinco consejeros independientes.

V. Se coordinen con el Ejecutivo Federal, a través de la dependencia competente, con objeto de que sus operaciones de financiamiento no conduzcan a un incremento en el costo de financiamiento del resto del sector público o bien, contribuyan a reducir las fuentes de financiamiento del mismo.

VI. Cuenten, en términos de lo establecido en las leyes correspondientes, con un régimen especial en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, presupuestaria, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto, de forma que les permita competir con eficacia en la industria o actividad de que se trate.

Una vez que los organismos descentralizados denominados Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, y Comisión Federal de Electricidad, se conviertan en empresas productivas del Estado de conformidad con las leyes que se expidan para tal efecto en términos del transitorio tercero de este Decreto, no les serán aplicables las disposiciones relativas a la autonomía contenidas en las fracciones anteriores, sino hasta que conforme a las nuevas disposiciones legales se encuentren en funciones sus consejos de administración y estén en operación los mecanismos de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas.

Los consejeros profesionales de Petróleos Mexicanos en funciones a la entrada en vigor del presente Decreto permanecerán en sus cargos hasta la conclusión de los periodos por los cuales fueron nombrados, o bien hasta que dicho organismo se convierta en empresa productiva del Estado y sea nombrado el nuevo Consejo de Administración. Los citados consejeros podrán ser considerados para formar parte del nuevo Consejo de Administración de la empresa productiva del Estado, conforme al procedimiento que establezca la ley.

(Énfasis añadido)¹⁴²

Es de resaltarse lo que señala la fracción II del artículo expuesto, toda vez que especifica que el régimen de remuneraciones de las empresas productivas del Estado no estará ajustado a lo previsto por el artículo 127 de la Constitución, el cual marca las premisas conforme a las cuales serán recibidas las remuneraciones de los servidores públicos. Es decir, se percibe una tendencia clara a asemejar a las empresas productivas del Estado con sociedades mercantiles, en las que el Estado tiene el papel de único accionista.

¹⁴² *Ídem.*

Por lo que respecta a la fracción III, se hace nuevamente referencia al régimen especial de contratación del que hablamos previamente, que les permite contratar con empresas privadas bajo un régimen de derecho mercantil.

Consecuentemente, la fracción VI indica que las empresas productivas del Estado no estarán sujetas ya al régimen general en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, ni a aquel en materia presupuestaria; así como tampoco a los relativos a materias de deuda pública y responsabilidades administrativas, sino a un régimen especial que se determinará, tanto en sus propias leyes, como en los lineamientos aplicables a las mismas.

En tal tesitura, se reformaron las leyes secundarias, reglamentarias del artículo 25 párrafo cuarto, que corresponden a la CFE y PEMEX. Tales leyes son la Ley de la Comisión Federal de Electricidad y la Ley de Petróleos Mexicanos.

En dichas leyes fue plasmada la nueva naturaleza jurídica de las empresas en cuestión, por lo que a cada una les fue introducido un título determinado, especificando las características de su nueva naturaleza; tal y como lo mandata el citado artículo Vigésimo transitorio de la reforma energética, como se aprecia en seguida:

“TÍTULO PRIMERO

DE PETRÓLEOS MEXICANOS COMO EMPRESA PRODUCTIVA DEL ESTADO

Artículo 1.- La presente Ley es Reglamentaria del artículo 25, párrafo cuarto de la Constitución y del Transitorio Vigésimo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013, es de interés público y tiene por objeto regular la organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del Estado Petróleos Mexicanos, así como establecer su régimen especial en materia de:

(...)

Artículo 2.- **Petróleos Mexicanos es una empresa productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios y gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión, conforme a lo dispuesto en la presente Ley.**

Petróleos Mexicanos tendrá su domicilio en el Distrito Federal, sin perjuicio de que para el desarrollo de sus actividades pueda establecer domicilios convencionales, tanto en territorio nacional como en el extranjero.

Artículo 3.- Petróleos Mexicanos se sujetará a lo dispuesto en la presente Ley, su Reglamento y las disposiciones que deriven de los mismos. **El derecho mercantil y civil serán supletorios.**

Las disposiciones contenidas en las demás leyes que por materia correspondan aplicarán siempre que no se opongan al **régimen especial previsto en esta Ley.**

En caso de duda, se deberá favorecer la interpretación que privilegie la mejor realización de los fines y objeto de Petróleos Mexicanos conforme a su naturaleza jurídica de empresa productiva del Estado con régimen especial, así como el régimen de gobierno corporativo del que goza conforme al presente ordenamiento, de forma que pueda competir con eficacia en la industria energética.”¹⁴³

(Énfasis añadido)

En el mismo sentido, se redactó la Ley de la CFE:

“TÍTULO PRIMERO

DE LA COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD COMO EMPRESA PRODUCTIVA DEL ESTADO

Artículo 1.- La presente Ley es Reglamentaria del artículo 25, párrafo cuarto, de la Constitución y del Transitorio Vigésimo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013, es de interés público y tiene por objeto regular la organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del Estado Comisión Federal de Electricidad, así como establecer su régimen especial en materia de:

(...)

Artículo 2.- **La Comisión Federal de Electricidad es una empresa productiva del Estado de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios y gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión, conforme a lo dispuesto en la presente Ley.**

La Comisión Federal de Electricidad tendrá su domicilio en el Distrito Federal, sin perjuicio de que para el desarrollo de sus actividades pueda establecer domicilios convencionales tanto en territorio nacional como en el extranjero.

Artículo 3.- La Comisión Federal de Electricidad se sujetará a lo dispuesto en la presente Ley, su Reglamento y las disposiciones que deriven de los mismos. **El derecho mercantil y civil serán supletorios.**

¹⁴³ Ley de Petróleos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf (accesado el 25 de mayo de 2019).

Las disposiciones contenidas en las demás leyes que por materia correspondan aplicarán siempre que **no se opongan al régimen especial previsto en esta Ley**.

En caso de duda, se deberá favorecer la interpretación que privilegie la mejor realización de los fines y objeto de la Comisión Federal de Electricidad conforme a su naturaleza jurídica de empresa productiva del Estado con régimen especial, así como el régimen de gobierno corporativo del que goza conforme al presente ordenamiento, de forma que pueda competir con eficacia en la industria energética.”¹⁴⁴

(Énfasis añadido)

Como se aprecia de ambos cuerpos normativos, se transmite el régimen especial previsto en el artículo Vigésimo transitorio de la reforma a las leyes aplicables a cada una de las empresas en cuestión.

Ambas leyes prevén que la supletoriedad legislativa aplicable corresponderá al derecho civil y mercantil, y no así al derecho administrativo; por ende, para todo aquello que no esté previsto en sus respectivas leyes, habrá que acudir tanto al Código Civil, como al Código de Comercio.

La transformación bajo análisis consiste en un cambio en la naturaleza jurídica de PEMEX y la CFE; si bien antes de la reforma energética, se clasificaban como aquellas empresas pertenecientes a la administración pública en su vertiente paraestatal, como organismos descentralizados; es decir, “aquél régimen que comprende una diversidad de entidades, que son mencionadas en la Ley orgánica de la Administración Pública Federal, además de las leyes especiales que las regulan, las cuales se caracterizan por la diversificación de la coordinación administrativa”¹⁴⁵, ahora se ubican como empresas independientes, propiedad del Estado Mexicano.

Su nueva naturaleza jurídica las ubica como empresas de propiedad exclusiva del gobierno federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio -constituido por los bienes, derechos y obligaciones que haya adquirido y se le hayan asignado, transferido o adjudicado, así como por los rendimientos e ingresos que deriven de

¹⁴⁴ Ley de la Comisión Federal de Electricidad, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCFE_110814.pdf (accesado el 25 de mayo de 2019).

¹⁴⁵ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, cit., p. 525.

sus operaciones o cualquier otro concepto- y autonomía técnica, operativa y de gestión.¹⁴⁶

Las ahora empresas productivas del Estado, se conforman como una sociedad mercantil, con un patrimonio y personalidad jurídica; y el Estado se erige como el dueño de las mismas, propietario de todas las acciones.

Esta nueva naturaleza jurídica, cobra especial importancia en la resolución de controversias por medio de arbitraje; pues con el régimen especial de contratación que aplica a las empresas productivas del Estado, ya no se encuentran sometidas a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa contemplada en las diversas piezas legislativas que hemos analizado.

7. Vías de impugnación de los contratos celebrados con la administración pública

Es menester conocer la situación actual del arbitraje en los contratos celebrados con la administración pública (i) donde existe una dicotomía, a nuestro parecer injustificada, en la que, por un lado, existe la posibilidad de arbitrar sin limitaciones las controversias surgidas del contrato de servicio público de suministro de energía eléctrica (ii) y; por el otro, se prohíbe el arbitraje en materia de rescisión administrativa en los contratos sobre hidrocarburos (iii).

i. El arbitraje en los contratos con la administración pública

Desde la perspectiva gubernamental, el arbitraje no ha sido la vía más confiable de resolución de controversias entre particulares y el Estado en el marco jurídico mexicano; ha habido una reticencia histórica a someter litigios en los que se encuentra involucrado el Estado a tribunales arbitrales. Tan es así que en materias como la tributaria, el arbitraje no es permitido.

¹⁴⁶ Oliva, Miranda, “Las empresas productivas del Estado, análisis de su régimen jurídico y comparativo con las sociedades anónimas”, *AMICUS CURIAE*, México, v. I, núm. 3, enero-abril 2015, p. 80. <http://www.journals.unam.mx/index.php/amicus/article/view/49629/44653>.

La opción de arbitrar controversias surgidas de contratos con la administración pública es relativamente nueva; previamente las leyes no otorgaban la opción de acudir a este.

a. Legislación actual

Como hemos visto a lo largo de la presente tesis, existen diversas leyes federales que ya otorgan la posibilidad de ocurrir ante un tribunal arbitral -aunque con importantes reservas-, en caso de controversias derivadas de contratos celebrados con la administración pública. A continuación, se enlistan:

- Ley de Hidrocarburos
- Ley de Asociaciones Público Privadas
- Ley de Petróleos Mexicanos
- Ley de la Comisión Federal de Electricidad
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
- Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

Podemos darnos cuenta que la tendencia legislativa es hacia la aceptación del arbitraje en los contratos con la administración pública; se percibe un interés en ese sentido¹⁴⁷, lo cual genera un ambiente de confianza para el sector privado. Esto puede tener como consecuencia un aumento en la inversión privada en nuestro país, con el crecimiento económico que ello representa; no obstante, aún se conservan ciertas cláusulas inarbitrables, que pueden generar el efecto contrario.

b. Cláusulas inarbitrables

Como comentamos en el capítulo anterior, existen materias que no pueden ser arbitradas, de acuerdo a la legislación de cada Estado.

La misma premisa se presenta en los contratos celebrados con la administración pública; existen cláusulas que no son susceptibles de someterse ante un tribunal arbitral. Tal prohibición se encuentra prevista en la ley y se reproduce constantemente a los contratos con la administración pública.

¹⁴⁷ González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, cit., p. 1203.

En tal sentido, tenemos cláusulas como las de terminación anticipada, actos de autoridad, revocación de autorizaciones y concesiones y la de la rescisión administrativa.

El caso que nos ocupa es el de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, que, como ya comentamos, es la facultad del Estado para dar por terminado un contrato, sin previa pronunciación de una autoridad judicial.

Este tipo *sui generis* de rescisión aparece inarbitrable en casi todas las leyes federales en las que se prevé la posibilidad de contratación por parte del Estado con particulares, exceptuando la Ley de Petróleos Mexicanos, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad y la Ley de Asociaciones Públicos Privadas. Esta última, toda vez que no hay una referencia específica a la rescisión administrativa, aunque sí se consideren inarbitrables los actos de autoridad.

La inarbitrabilidad de una materia se justifica dependiendo la cultura jurídica de cada jurisdicción y; por tanto, obedece a un razonamiento específico de Estado a Estado.

Es nuestra intención, demostrar, por medio de la presente tesis, que el razonamiento y justificación detrás de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, es incorrecto.

ii. El contrato de suministro de energía eléctrica

Como puede apreciarse de su nombre, el contrato de suministro implica que una de las partes provea a la otra de algún bien específico y; al ser este contrato de naturaleza mercantil -al ser clasificado de tal manera por el Código de Comercio¹⁴⁸-, al abastecimiento de tales bienes, deberá corresponder una prestación.

Al respecto, Óscar Vásquez del Mercado menciona que, “es un contrato que se celebra para cumplir las necesidades de consumidor, sin que se agote en un solo acto, sino que su eficacia dura en el tiempo. Negocio jurídico en el que una parte se

¹⁴⁸ De acuerdo al artículo 75 del Código de Comercio, en donde clasifica los actos de comercio, la fracción V señala que serán actos de comercio las empresas de abastecimiento y **suministro**.

obliga frente a otra a cumplir prestaciones periódicas y continuas por el pago de un precio determinado.”¹⁴⁹

Es un contrato que está estrechamente ligado con la actividad mercantil en su evolución.¹⁵⁰

Este tipo de contrato se ha utilizado, por ejemplo, para proveer energía eléctrica; en donde el actor principal es la Comisión Federal de Electricidad (CFE), como la única compañía facultada para tal actividad.

Consideramos relevante, conocer los criterios judiciales que han sido emitidos respecto de la vía adecuada para impugnar los actos de la CFE derivados de los contratos de suministro de energía eléctrica, como un contrato administrativo al tener como objeto un servicio público; pues marcan una pauta muy clara acerca del tratamiento que se le debe dar a los contratos administrativos en relación con el ámbito contencioso.

Con fecha 20 de septiembre de 2016, el Poder Judicial de la Federación, por la vía de contradicción de tesis, formuló la jurisprudencia de rubro: “COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. CONTRA LOS ACTOS QUE REALIZA CON MOTIVO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, PROCEDE EL JUICIO DE NULIDAD, SIEMPRE QUE EL CONTRATO RESPECTIVO, SE HAYA CELEBRADO DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y DE SU REGLAMENTO.”¹⁵¹

En dicha jurisprudencia, los Plenos de Circuito en Materia Administrativa, determinaron que la vía idónea para impugnar los actos realizados por la CFE derivados del contrato de suministro de energía eléctrica es la administrativa; es decir, el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, al

¹⁴⁹ Vázquez del Mercado, Óscar, *Contratos Mercantiles*, 16a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 217.

¹⁵⁰ Gastone, Cottino, *Commentario del Codice Civile. Libro IV - Delle obbligazioni. Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, Bologna – Roma, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1970, p. 81.

¹⁵¹ Tesis jurisprudencial PC.XII.A. J/6 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 39, febrero de 2017, t. I, p. 804.

considerar que los actos realizados por la CFE, derivados del contrato en cuestión, son actos de autoridad.

Posteriormente, con fecha 8 de noviembre de 2017 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la jurisprudencia de rubro: COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. CONTRA LOS ACTOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA CELEBRADO BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY DEL SERVICIO PÚBLICO RELATIVA PROCEDE LA VÍA ORDINARIA MERCANTIL¹⁵², con la cual se superó el criterio anterior, para determinar que “*el servicio de suministro de energía eléctrica proporcionado por la Comisión Federal de Electricidad a los particulares tiene origen en un acuerdo de voluntades de naturaleza comercial traducido en una relación de coordinación*”, por lo cual la vía procedente de impugnación es la ordinaria mercantil.

Es de resaltar, el hecho que este último criterio se refiere a la CFE, antes de la reforma energética; es decir, cuando su naturaleza jurídica era aún la de un *organismo público descentralizado*, mismo que, aun siendo parte de la Administración Pública Federal, actúa en un plano de coordinación, de acuerdo con la interpretación de la Corte; esto es, de igualdad ante los particulares en los actos derivados del contrato administrativo de suministro de energía eléctrica.

Para abundar a lo anterior, estimamos importante -con la intención de presentar un análisis aún más puntual-, mencionar la jurisprudencia de rubro: COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO CONTRA ACTOS PREVISTOS EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de febrero de 2018, que a continuación se transcribe:

“La interpretación teleológica del régimen jurídico especial que tutela esa actividad de la empresa productiva del Estado, lleva a considerar que su objetivo es garantizar que el servicio se preste, ello en un sistema de libre competencia. De ahí que **no la ejerce en un plano de supra a subordinación porque el contrato de adhesión no somete arbitraria y unilateralmente la voluntad de los contratantes a las**

¹⁵² Tesis jurisprudencial 2a./J. 156/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 50, enero de 2018, t. I, p. 336.

condiciones de la empresa; máxime que su contenido es verificado por la Comisión Reguladora de Energía y la Procuraduría Federal del Consumidor para asegurar que no contenga cláusulas leoninas, abusivas o inequitativas para el contratante, mientras se protege la actividad comercial de la sociedad. **En esa virtud, tales actos, incluido el corte del suministro en términos del contrato, forman parte de esa relación comercial y la vía procedente para dirimir lo relativo es la ordinaria mercantil.** Sin que esto impida que cuando la empresa realice actos que vulneren derechos humanos fuera de lo estipulado y aceptado por las partes, o cuando aplique normas que se estimen inconstitucionales, se le pudiera señalar como autoridad responsable. Cuestión que deberá ser analizada en cada caso concreto por el juzgador de amparo.

(Énfasis añadido)¹⁵³

Esta última tesis determina que, al sometimiento de la voluntad de los contratantes a las condiciones de la CFE, no existe un plano de supra subordinación y; por lo tanto, no se realizan actos de autoridad que puedan ser impugnados por medio de un amparo.

Como consecuencia que la vía de impugnación procedente en los contratos de suministro de energía eléctrica sea la ordinaria mercantil, tiene que las controversias derivadas de los mismos **incluyendo el corte de suministro** puedan ser llevadas ante un tribunal arbitral, de conformidad por lo dispuesto por el Libro Quinto, Título Cuarto del Código de Comercio.

Es especialmente importante que se hiciera referencia también al corte de suministro, pues guarda mucha semejanza con la rescisión administrativa, la cual trataremos a fondo más adelante.

Como corolario a lo anterior, sin importar que el contrato de suministro de energía eléctrica sea un contrato administrativo que busca el cumplimiento de un servicio público, como lo es la prestación del servicio público de suministro de energía eléctrica, la interpretación judicial determina que es susceptible de ser impugnado vía ordinaria mercantil; pues existe una relación de cooperación entre las partes, situación que deriva en la total arbitrabilidad del contrato.

iii. Los contratos sobre Hidrocarburos

¹⁵³ Tesis jurisprudencial 2a./J. 30/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 53, abril de 2018, t. I, p. 532.

Con la ya mencionada reforma energética, se abrió la oportunidad para que empresas privadas, particularmente extranjeras, pudieran participar en la exploración y extracción de hidrocarburos del subsuelo nacional, mediante la celebración de contratos como los Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos (CPCEEH) -entre otros- con la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), en donde ahora PEMEX participa como una empresa más en las adjudicaciones.¹⁵⁴

Para ello, la CNH estableció un sistema de “Rondas”; dentro de las que PEMEX solicitó la asignación de un porcentaje de campos en producción y áreas en exploración, y empresas privadas participaron en licitaciones para obtener áreas contractuales para realizar las actividades citadas, a través de CPCEEH.

La CNH es un Órgano Regulador Coordinado en Materia Energética, que, de acuerdo al artículo 2 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, cuenta con las siguientes características:

“tendrán autonomía técnica, operativa y de gestión. Contarán con personalidad jurídica y podrán disponer de los ingresos derivados de los derechos y los aprovechamientos que se establezcan por los servicios que prestan conforme a sus atribuciones y facultades.”¹⁵⁵

Ahora bien, a pesar de que existe un concurso de voluntades y; por lo tanto, un plano de igualdad en la relación jurídica entre el Estado y los particulares, existe la prohibición tanto legal, como contractual, de someter a arbitraje la cláusula de rescisión administrativa que se incluye en tales contratos.

Los CPCEEH de los que hablamos, se encuentran bajo el impero de la Ley de Hidrocarburos, la cual prohíbe en su texto la arbitrabilidad de la rescisión administrativa.

Tal prohibición ha sido reproducida en los contratos bajo análisis. Como ejemplo, tenemos el contrato número CNH-R01-L04-A3.CCP/2016, denominado Contrato

¹⁵⁴ Cabe mencionar que en la llamada “Ronda 0”, se le permitió a PEMEX ser el único ente participante para obtener adjudicaciones de las áreas contractuales.

¹⁵⁵ Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LORCME_110814.pdf (accesado el 25 de mayo de 2019).

para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos bajo la Modalidad de Licencia en Aguas Profundas celebrado entre la CNH y Chevron Energía de México, S. de R.L. de C.V., PEMEX Exploración y Producción e INPEX E&P México, S.A. de C.V.¹⁵⁶

En la cláusula 26.5 de dicho contrato se prevé la posibilidad de acudir a un procedimiento de arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional como resolución de las controversias surgidas del mismo. Empero, en la cláusula inmediata anterior -26.4- se establece que cualquier controversia que surja o se relacione con las causales de rescisión administrativa, podrán ser resueltas únicamente ante los Tribunales Federales de México.

La justificación de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa yace en el hecho que se considera un acto de autoridad y al ser un acto de autoridad, el arbitrarlo sería contrario al orden público, conforme al derecho mexicano. Esto acarrearía a su vez, la posibilidad, tanto de anularse el laudo, como de negarse su reconocimiento y ejecución, de conformidad con la Convención de Nueva York y el Código de Comercio.

Sin embargo, existe una clara confusión entre lo que son las acciones realizadas por entes formalmente de derecho público y el orden público. “El que una norma pertenezca a aquella rama del derecho conocida como derecho público no actualiza la hipótesis de orden público por el sencillo hecho que se refiere a cuestiones diversas. El primero alude al derecho relacionado con la administración pública. El segundo es una noción protectora de las instituciones jurídicas mexicanas más caras”.¹⁵⁷

“Si el Estado o una entidad estatal (cualquiera que sea su naturaleza específica) celebra relaciones contractuales en su capacidad *iure gestionis*, permitir que (unilateralmente) califique su actuar bajo el contrato como *iure imperio* invita

¹⁵⁶ Contrato número CNH-R01-L04-A3.CCP/2016 para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos bajo la Modalidad de Licencia en Aguas Profundas celebrado entre la CNH y Chevron Energía de México, S. de R.L. de C.V., PEMEX Exploración y Producción e INPEX E&P México, S.A. de C.V. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/195340/Contrato.pdf> (accesado el 25 de mayo de 2019).

¹⁵⁷ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 983.

inseguridad. Después de todo, la contraparte privada siempre estará temerosa que la autoridad acuda a su privilegiado arsenal de facultades para tildar su actuar como “acto de autoridad” y unilateralmente extirparlo del ámbito del acuerdo arbitral. Como resultado, los contratos con el gobierno se percibirán como más riesgosos, y las primas (y rentas) para comerciar con el gobierno serán más altas. Resultado: aunque en algunos casos el gobierno podrá obtener una ventaja, *toda su contratación será más onerosa*. La ironía es perfecta.”¹⁵⁸

Esta última crítica, toca algunas de las diversas consecuencias negativas que se generan a partir del inadecuado uso de los conceptos de orden público y acto de autoridad en los precedentes judiciales y legislación mexicana con respecto al arbitraje de la rescisión administrativa; consecuencias como la inseguridad jurídica, desconfianza de inversionistas en el sistema jurídico mexicano y aumento de costos para el gobierno mexicano, entre otras.

En la presente tesis consideramos que tal justificación es equivocada, como demostraremos más adelante y; por tanto, tanto los CPCEEH, como cualquier otro contrato celebrado con la administración pública, debe permitir la arbitrabilidad de la rescisión administrativa.

8. ¿Es necesario continuar con la teoría francesa del *contrat administratif*?

Con base en lo considerado en este capítulo, cabe hacer una reflexión acerca de la utilidad real que tiene diferenciar los contratos civiles de los contratos administrativos.

La doctrina francesa del *contrat administratif*, no se encuentra siquiera bien cimentada el propio derecho francés; en el cual, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han arribado a conclusiones distintas, partiendo de premisas similares.

En tales condiciones, la doctrina ha sido adoptada en el derecho mexicano; sin contar con los antecedentes históricos, jurídicos y doctrinales de los que surge y;

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 987.

sobre todo, sin respetar las características que en su generalidad se pueden advertir de tal doctrina en el derecho francés.

Lo anterior, ha generado confusiones en los ámbitos doctrinales y jurisprudenciales en nuestro país; situaciones como las de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa han surgido a raíz de tales confusiones y sus resultados no pueden ser más que negativos tanto para nuestro sistema jurídico, como para el desarrollo económico del país en general.

Capítulo III

La rescisión administrativa

1. La rescisión

Como en todo sistema jurídico de derecho civil, en nuestro Derecho la base es la rama del derecho privado conocida como el derecho civil, en el sentido del *ius commune* romano; lo cual se debe tener en cuenta para comprender el origen de diversas figuras jurídicas. En el presente caso, debemos considerar al derecho civil, como base para entender el origen de la rescisión administrativa.

De acuerdo con Ramón Sánchez Medal, la terminación de un contrato puede suceder conforme a dos vías, *frustración y extinción*; la primera, se produce a causa de circunstancias que se presentan a la par de la celebración del contrato y; la segunda, como efecto de circunstancias supervenientes a su celebración¹⁵⁹.

En cuanto a estas últimas encontramos al agotamiento natural del contrato, el vencimiento de un término, la muerte de uno de los contratantes, la incapacidad sobreviniente, el desistimiento o voluntad unilateral de una de las partes, la quiebra, y; por último, la resolución del contrato bilateral.¹⁶⁰

Con respecto a la resolución del contrato bilateral, esta puede presentarse, ya sea en caso de un incumplimiento de una de las partes, o en caso de una imposibilidad superviniente para cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato.¹⁶¹ Esto es lo que conocemos como rescisión en nuestro Código Civil.

La rescisión, entonces, será un remedio para los contratantes; ya en caso del incumplimiento de alguna de las partes, lo que tendrá como resultado la facultad de la otra de terminar el contrato, así como exigir el pago de daños y perjuicios, ya en el caso en que no sea posible dar cumplimiento a las obligaciones del contrato, por situaciones posteriores a su perfeccionamiento.

¹⁵⁹ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 25a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 125.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 128-130.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 130.

La facultad que comentamos es lo que se conoce en el derecho civil como *pacto comisorio expreso*; en virtud del cual, ante un incumplimiento de una de las partes en un contrato, previo establecimiento de tal cláusula en el mismo, es posible para la otra u otras rescindirlo, sin necesidad de la intervención de una autoridad jurisdiccional. De no establecer de manera expresa tal circunstancia, se denomina *pacto comisorio tácito*.

Esta figura jurídica se encuentra contenida en el artículo 1949 del Código Civil Federal¹⁶², como a continuación se aprecia:

“Artículo 1949. La facultad de resolver las **obligaciones se entiende implícita en las recíprocas**, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

(Énfasis añadido)”

Si bien el artículo anterior se refiere al cumplimiento de obligaciones de manera general, se advierte que en relaciones jurídicas en donde existen obligaciones recíprocas entre partes, como en un contrato, se entiende de manera implícita la facultad de cualquiera de estas para terminar el mismo, como efecto del incumplimiento de alguna de ellas. Incluso, se prevé la facultad para que la parte afectada elija entre la terminación de la obligación o el cumplimiento de la misma, con el correspondiente pago de daños y/o perjuicios en ambos casos.

2. La rescisión administrativa

La rescisión administrativa es una facultad de la administración pública que fue adoptada en nuestro país a partir del derecho francés; se trasladó del derecho civil al derecho administrativo, variando sus características. Sin embargo, como veremos en el presente capítulo, su regulación en el derecho mexicano la asemeja más a un pacto comisorio -ya sea expreso o tácito-, en donde existe un concurso de

¹⁶² Código Civil Federal <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf> (accesado el 1 de junio de 2019).

voluntades en un contrato sinalagmático o bilateral, que a un acto de naturaleza administrativa.

Es la facultad con la que cuenta la administración pública para dar por terminado un contrato administrativo, sin necesidad de pronunciación previa por parte de una autoridad jurisdiccional.

Tal facultad, ha sido considerada erróneamente en nuestro sistema jurídico como una cláusula exorbitante, lo que ha tenido como consecuencia que se considere como un acto de autoridad también. “Una característica que distingue a las cláusulas exorbitantes del derecho privado en los contratos administrativos, es la facultad que tienen los órganos de la administración para dar por terminados o rescindir de forma unilateral los contratos, sin que su contraparte pueda interponer recurso alguno en su contra, ya que la voluntad del Estado no puede ser sometida a la voluntad particular, en perjuicio del interés público.”¹⁶³

Como observamos de la citada definición, la rescisión administrativa ha sido considerada una cláusula exorbitante que es frecuentemente incluida en los contratos celebrados con la administración pública y; que, además, se encuentra prevista en diversas leyes. Tal circunstancia ha abonado a que se contemple como un acto de autoridad al ser decretada por el órgano administrativo parte en un contrato; sin embargo, tal definición se queda corta, al no considerar que la rescisión administrativa forma parte del clausulado en los contratos, por lo que dicha facultad debe ser consentida por la contraparte para que sea válida; sin la voluntad del particular, la cláusula jamás podrá surtir efectos.

3. La rescisión administrativa en el Derecho Mexicano

No obstante ser considerada una cláusula exorbitante, es el interés de la presente tesis desvirtuar tal criterio. Para ello, es necesario conocer sus antecedentes, provenientes del derecho francés (i), entender la manera en la que ha sido instituida en el derecho mexicano, mediante el conocimiento de su justificación y las

¹⁶³ González Sandoval, Rodrigo, *La licitación pública y el contrato administrativo aplicación y medios de defensa*, 1a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 114.

diferencias que guarda con respecto a la doctrina original (ii), comprender su instauración en los contratos relativos a hidrocarburos (iii), y; posteriormente, poder entender su naturaleza jurídica en el orden jurídico mexicano (iv).

i. Antecedentes

Las raíces de la rescisión administrativa se ubican en el derecho francés, en donde esta figura se considera comprendida dentro del régimen exorbitante que ya analizamos con anterioridad; por lo que, sus antecedentes son similares a aquellos referentes a los contratos administrativos.

Con la intención de evidenciar las diferencias que existen entre el orden jurídico francés y la manera en que se adoptó la figura en el nuestro, es necesario acudir a la doctrina y legislación francesas.

Primeramente, la figura surge del derecho civil, en donde en un inicio existía un debate por la determinación exacta de los conceptos de rescisión y resolución, que se remonta al antiguo derecho consuetudinario francés, cuando Francia era un reino todavía; es decir, antes de 1789, y en donde el Rey tenía la facultad para rescindir contratos.

Después de la revolución francesa, se mantuvo la dualidad entre esos conceptos, dándose el nombre de rescisión a las causas de nulidad que se fundaban en lesión o perjuicio en contra de los contratantes o a terceros.

Así, la doctrina francesa desarrolló el concepto de *résiliation*, conforme al cual, no se considera como un solo acto dentro de los contratos administrativos, sino que los efectos que diversos actos producen, aunque similares, se consideran dentro de la figura de la de *résiliation*.¹⁶⁴

a. Doctrina

La doctrina jurídica francesa ha buscado establecer un criterio general respecto a la *résiliation*, ante la reconocida complejidad que ello entraña debido a las múltiples

¹⁶⁴ Gascón Hernández, Juan, “Rescisión y resolución de los contratos administrativos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 8, 1942, pp. 247-256.

situaciones jurídicas en que puede ser decretada en el derecho francés, y a los diversos efectos que conlleva, dependiendo el tipo de *résiliation* decretada.

Autores como Juan Gascón, señalan que no puede construirse una teoría general sobre una terminología inexacta como la *résiliation*, pues ello puede producir efectos diversos en situaciones similares o iguales. El hecho de que existan algunas consecuencias idénticas en todas las clases de *résiliation*, no permite llegar a la conclusión de que exista un régimen general de la misma. El criterio fundamental respecto a esta, es que el Código civil no es aplicable.¹⁶⁵

Independientemente de tal complicación, la *résiliation* cuenta con ciertas características identificables, conforme a las cuales, la doctrina francesa ha orientado sus criterios.

La *résiliation* puede invocarse sin culpa o por culpa de alguna de las partes. La primera, puede ser facultativa para la administración, que tiene la facultad de rescindir el contrato sin expresión de causa -siempre y cuando exista un fin público de por medio-, pudiendo también ser facultativa para el empresario cuando se haya convenido expresamente. Asimismo, la *résiliation* sin culpa puede ser obligatoria cuando tiene lugar necesariamente por hechos ajenos a la voluntad de los contratantes, tales como; por ejemplo, la cesación absoluta de los trabajos o la muerte del contratista. Esta, opera de pleno derecho.

La *résiliation* por culpa, puede serle imputada a la administración o al contratista. Es esta la que más se asemeja a lo que conocemos como rescisión administrativa. La *résiliation* por culpa del empresario o contratista supone una falta grave del mismo, que constituye a la administración en el deber de excluir al empresario definitivamente de la ejecución del trabajo, confiándolo a otro contratista. Esta *résiliation* debe pronunciarse siempre expresamente y no puede admitirse tácitamente.¹⁶⁶

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 243-266.

¹⁶⁶ *Ídem*.

“La rescisión por culpa de la Administración tiene carácter de derecho público, y debe ser solicitada en primer lugar de la propia Administración y luego del juez del contrato. En este supuesto rescisorio existirá siempre el derecho del contratista al resarcimiento.”¹⁶⁷

En el libro de Jean-François Lachaume, *Droit administratif*¹⁶⁸, se analizan diversas decisiones administrativas o *arriêts*, de las cuales se obtienen los principios y características que distinguen a la *résiliation*.

Se señala así, que “El acuerdo de voluntad en la base de cualquier contrato normalmente impide que una de las partes, durante la ejecución del contrato, finalice el contrato en sí para evitar unilateralmente, por ejemplo, sus obligaciones.”¹⁶⁹

En ese tenor, menciona que el particularismo de los contratos administrativos les hace escapar de este principio basado en la autonomía de la voluntad y el sentido común.

Se analiza en el mismo libro, el caso de La Destilería de *Magnac-Laval* el que se considera que las normas aplicables a los contratos administrativos hacen posible escapar de la autonomía de la voluntad y el sentido común, sin perjuicio de los derechos de las personas interesadas.¹⁷⁰

De acuerdo con ello, se encuentra una diferencia con los contratos de derecho privado que se pueden rescindir unilateralmente, pero en base a “fallas” de alguna de las partes. Es decir, por incumplimiento de alguna de ellas.¹⁷¹

De hecho, se precisa, la decisión de la *Destilería de Magnac-Laval* solo confirma un principio tradicional del régimen legal de los contratos administrativos, que expresa que: “Por razones de interés general, continuidad o adaptación de los servicios públicos, una persona contratada pública debe poder desatarse sin la intervención del juez administrativo de sus compromisos contractuales, y el juez declara nula

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 251.

¹⁶⁸ Lachaume, Jean-François, *Droit administrative*, 13. ed., Francia, Themis, 2002, pp. 572-581. (Traducción realizada por un servidor).

¹⁶⁹ *Ídem*.

¹⁷⁰ *Ídem*.

¹⁷¹ *Ídem*.

cualquier cláusula que prohíba la cancelación unilateral por una persona pública de un contrato administrativo y que probablemente cuestione el funcionamiento del servicio público ofendiendo los principios del dominio público.”¹⁷²

Tal consideración, implica ya tres circunstancias en las que la *résiliation* resulta aplicable: interés general, continuidad y adaptación de los servicios públicos.

Se menciona también en dicho libro, que la *résiliation* resulta aplicable en caso de incumplimiento del acuerdo de la parte contratante, pues la administración tiene derecho a imponerla en interés del servicio público, independientemente del objeto del contrato y sin ninguna culpa.¹⁷³

Es importante tomar en cuenta que, de acuerdo a lo anterior, el derecho francés considera la *résiliation* en interés de un servicio público y no en cualquier tipo de contrato celebrado por la administración pública.

También es aplicable, tal como se expresa en el libro, en los contratos de concesión de servicios públicos, siempre y cuando se implemente por razones de interés público. Se indica que es un motivo válido para la rescisión unilateral del contrato de concesión, el hecho de que el concesionario ya no presente las garantías técnicas con las que se le otorgó tal concesión.¹⁷⁴ “La finalización de un contrato de delegación de servicio público también está justificada por el interés general cuando las cláusulas del contrato son imprecisas, o están manchadas por irregularidades en la redacción, o cuando es aconsejable garantizar una mejor coherencia entre los diversos mecanismos.”¹⁷⁵

Una vez más, se antepone como parámetro para la utilización de la *résiliation* por la autoridad administrativa, el hecho que deba existir un *servicio público que satisfaga un interés general*.

Más adelante se consideran algunas otras propiedades de la *résiliation*, y se menciona que, si bien es cierto que tal facultad solo puede ser implementada por la

¹⁷² *Ídem.*

¹⁷³ *Ídem.*

¹⁷⁴ *Ídem.*

¹⁷⁵ *Ídem.*

autoridad contratante y no por su parte contratante privada, existirá, en beneficio de esta última, una indemnización en aquellos casos que no exista un incumplimiento por parte del contratista, con la cual se debe cubrir la pérdida resultante de la reducción de la actividad sufrida por las personas involucradas, incluidas las ganancias por las cuales fueron privados durante el período contractual restante.¹⁷⁶

Lo anterior se refiere a que la *résiliation* de manera unilateral e imperativa, solo puede ser decretada por la autoridad contratante; sin embargo, sí podrá ser solicitada por el contratista en otros supuestos.

Podemos apreciar entonces, que la aplicación de la *résiliation* puede variar caso por caso, y se implementa, en principio, por el organismo público contratante sin que sea necesario cumplir con todos los requisitos, formularios y procedimientos que se llevaron a cabo para la adjudicación del contrato, pero se puntualiza que “No debe olvidarse que se basa en la supremacía del interés general sobre los intereses individuales y privados y que, en principio, está acompañado por una compensación al contratista.”¹⁷⁷

El acto de *résiliation* promulgado por la autoridad contratante es una decisión unilateral que debe ser, en principio, justiciable, y, en caso de ilegalidad, será apelable por exceso de poder.¹⁷⁸

Es importante mencionar también, que las facultades exorbitantes de la autoridad en el derecho francés, como la *résiliation*, no son ilimitadas, se encuentran sujetas a pagos por compensación y pérdidas de ganancia.¹⁷⁹ Ello, pues otorgan facultades a la autoridad sobre el particular, que serían consideradas excesivas en el derecho civil.

En este orden de ideas, se concluye que la *résiliation* en la doctrina francesa se refiere a la facultad de la administración pública para rescindir en cualquier momento

¹⁷⁶ *Ídem.*

¹⁷⁷ *Ídem.*

¹⁷⁸ *Ídem.*

¹⁷⁹ Marial, A. Hector, “Government Contracts Under Argentine Law: A Comparative Law Overview”..., *cit.*, pp. 1723-1725.

y sin previo aviso un contrato en función del interés público¹⁸⁰, de ahí que sea considerada una cláusula exorbitante. Como sabemos, la regulación en México es distinta y no comparte tales características exorbitantes.

b. Legislación

La legislación francesa contempla la figura de la *résiliation* -para efectos del presente apartado será referida como rescisión-, en primer lugar, en el Código de Contratación Pública (*Code de la commande publique*), que prevé lo siguiente en su artículo L6:

“Artículo L6

(...)

5° La Administración contratante podrá rescindir unilateralmente el contrato en las condiciones previstas en el presente documento código. Cuando la rescisión es de interés público, la parte contratante tiene derecho a una indemnización, con sujeción a las disposiciones del contrato.”

Como podemos apreciar del artículo citado, se prevé la rescisión de manera unilateral por parte del ente administrativo, así como la indemnización correspondiente a su contraparte en casos de interés público.

Por otro lado, el artículo L2195-3 establece lo siguiente:

“Artículo L2195-3

Cuando se trate de un contrato administrativo, el comprador podrá rescindirlo:

1° En caso de falta suficientemente grave de la parte contratante;

2° Por razones de interés general, de acuerdo con lo dispuesto en el 5° del artículo L. 6.

La misma circunstancia se presenta en el Artículo L3136-3, como se lee a continuación:

Artículo L3136-3

Cuando el contrato de concesión sea un contrato administrativo, la autoridad otorgante podrá rescindirlo:

1° En caso de falta suficientemente grave del concesionario;

¹⁸⁰ Boquera Oliver, J. M., “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”..., *cit.*, p. 2.

2° Por razones de interés general, de conformidad con las disposiciones del artículo L. 6, párrafo 5.

Podemos advertir de estos dos últimos artículos citados, que en caso de contratos administrativos -aquellos que tienen como objeto el cumplimiento de un fin o servicio público- podrán rescindirse, ya sea en caso del incumplimiento grave del ente privado, o por razones de interés general.

Es esa rescisión la que se considera un acto de autoridad, pues se decreta dentro de un contrato administrativo, el cual busca el cumplimiento de un fin o servicio público.

Como conclusión, la rescisión en derecho administrativo en el derecho francés - *résiliation*-, es un acto que puede ser invocado en contratos celebrados con la administración pública por cualquiera de las partes; no obstante, cuando este se invoca por parte del órgano administrativo en un contrato administrativo, debe existir una razón de interés general detrás de tal determinación, ya que el objeto mismo del contrato sería la consecución de un interés o servicio público, y que, de acuerdo al orden jurídico francés, solo puede ser impugnado por la vía administrativa. Frente a la existencia de tal interés general es que la *résiliation* se considera una cláusula exorbitante y un acto de autoridad en el derecho francés. Es esta una de las diferencias más importantes frente a la rescisión administrativa en México.

ii. Adopción en el Derecho Mexicano

a. Consideración legal

La diferencia más importante que guarda la rescisión administrativa frente a la rescisión contemplada por el Código Civil -en adelante será referida como rescisión civil para diferenciarlas-, es que la rescisión administrativa, solo faculta al ente administrativo para terminar el contrato y no así a su contraparte privada. Es decir, otorga un beneficio solo a una de las partes en el contrato -la administración pública-, a diferencia de la rescisión civil, que faculta a cualquiera de las partes para dar por terminado el contrato ante un incumplimiento de alguna de ellas.

Para declarar la rescisión de un contrato por la vía de la rescisión administrativa, debe seguirse un procedimiento que se encuentra establecido en la ley que gobierna el contrato específico.

Así, por ejemplo, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece el siguiente procedimiento:

“Artículo 54. Las dependencias y entidades **podrán en cualquier momento rescindir administrativamente los contratos** cuando el proveedor incurra en incumplimiento de sus obligaciones, conforme al procedimiento siguiente:

I. Se iniciará a partir de que al proveedor le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de cinco días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;

II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, la dependencia o entidad contará con un plazo de quince días para resolver, considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer el proveedor. La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al proveedor dentro dicho plazo, y

III. Cuando se rescinda el contrato se formulará el finiquito correspondiente, a efecto de hacer constar los pagos que deba efectuar la dependencia o entidad por concepto de los bienes recibidos o los servicios prestados hasta el momento de rescisión.

Iniciado un procedimiento de conciliación las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán suspender el trámite del procedimiento de rescisión.

Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciere entrega de los bienes o se prestaren los servicios, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, previa aceptación y verificación de la dependencia o entidad de que continúa vigente la necesidad de los mismos, aplicando, en su caso, las penas convencionales correspondientes.

La dependencia o entidad podrá determinar no dar por rescindido el contrato, cuando durante el procedimiento advierta que la rescisión del contrato pudiera ocasionar algún daño o afectación a las funciones que tiene encomendadas. En este supuesto, deberá elaborar un dictamen en el cual justifique que los impactos económicos o de operación que se ocasionarían con la rescisión del contrato resultarían más inconvenientes.

Al no dar por rescindido el contrato, la dependencia o entidad establecerá con el proveedor otro plazo, que le permita subsanar el incumplimiento que hubiere motivado el inicio del procedimiento. El convenio modificatorio que al efecto se celebre deberá atender a las condiciones previstas por los dos últimos párrafos del artículo 52 de esta Ley.

Cuando por motivo del atraso en la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, o el procedimiento de rescisión se ubique en un ejercicio fiscal diferente a aquél en que hubiere sido adjudicado el contrato, la dependencia o entidad

convocante podrá recibir los bienes o servicios, previa verificación de que continúa vigente la necesidad de los mismos y se cuenta con partida y disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal vigente, debiendo modificarse la vigencia del contrato con los precios originalmente pactados. Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en este artículo se considerará nulo.

(Énfasis añadido)¹⁸¹

Como se observa de lo anterior transcrito, la rescisión administrativa implica la posibilidad de que las dependencias y entidades -de la administración pública-, puedan rescindir el contrato en cualquier momento de la relación contractual, ante un incumplimiento del contratista.

Ahora bien, su existencia en la ley administrativa -sin dejar de tener una base contractual-, ha tenido como consecuencia en nuestro país que este tipo de rescisión sea solo una posibilidad para el órgano administrativo y no así para el ente privado.

Para que se determine la rescisión del contrato, el artículo citado marca un procedimiento, que, como puede observarse, será resuelto por la misma entidad o dependencia contratante que considera que hubo un incumplimiento por parte del contratista.

Inicia con una comunicación por escrito al contratista, otorgándole la posibilidad de que manifieste lo que a su derecho convenga en un término de cinco días; posteriormente, el órgano administrativo emitirá su resolución en un término de quince días.

El procedimiento de rescisión administrativa es un procedimiento exprés, que no otorga al contratista la posibilidad de acudir a un tercero que juzgue las acciones contractuales, sino que es resuelto por la misma autoridad que lo inicia.

Ahora bien, el hecho que solo el ente administrativo tenga la posibilidad de rescindir un contrato *administrativamente*, no quiere decir que tal facultad deje de ser un *acto contractual*, pues ambas partes pactaron en tal facultad al firmar el contrato. “La

¹⁸¹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14_101114.pdf (accesado el 26 de mayo de 2019).

rescisión de un contrato es justamente eso: un acto contractual. El que sea “administrativa” no cambia su naturaleza esencial: una de las formas de resolver -terminar- una relación contractual, generalmente por incumplimiento”.¹⁸² De ahí que haya sido considerada -erróneamente-, una cláusula exorbitante que privilegia al Estado en un contrato.

Tal aseveración guarda mucha importancia, porque la existencia de la cláusula de rescisión administrativa depende directamente de la existencia de un contrato; y un contrato, ya sea civil o “administrativo”, no puede existir sin un acuerdo de voluntades. Si bien las cláusulas que se establecen en un contrato con la administración pública lo convierten prácticamente en un contrato de adhesión, pues el ente particular que desee contratar con esta deberá aceptar tales cláusulas tal y como están previstas, ello no implica que no exista una manifestación de la voluntad por parte del contratista que se exprese conforme a los elementos de existencia y validez que requieren todos los contratos. En específico, nos referimos a un acuerdo en el que las voluntades concurrentes son expresadas sin la existencia de algún vicio de la voluntad.

Ello quiere decir que el contratista expresa su voluntad de contratar libremente y con ello, la cláusula de rescisión administrativa también se acepta libremente.

La única conclusión a lo anterior, radica en que, sin importar que la rescisión administrativa solo pueda ser decretada por la administración pública, tal cláusula no pierde su naturaleza contractual. “Al ser un acto consensual, los actos que se dan dentro de la ejecución de los mismos no deben considerarse como actos de autoridad o actos administrativos.”¹⁸³

“Las rescisiones administrativas no son más que un matiz del derecho que, conforme a derecho contractual, todos tienen a resolver sus relaciones jurídicas

¹⁸² González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 4a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 1210.

¹⁸³ CAIC, *Contratos administrativos y arbitraje en México*, 2013, p. 18, http://caic.com.mx/boletines/Contratos_Administrativos_Arbitraje_Mexico.pdf.

cuando recíprocas. El matiz administrativo consiste en los efectos inmediatos de la rescisión.”¹⁸⁴

Es decir, la rescisión administrativa no difiere en sustancia de la rescisión civil, no deja de ser una forma de resolver una relación jurídica en donde hay obligaciones recíprocas por ambas partes. Son sus efectos: los de poder terminar el contrato por parte de la administración pública sin actuación judicial ante un incumplimiento del contratista, los que la caracterizan; no obstante, lo mismo es posible en el pacto comisorio expreso, en donde las partes establecen contractualmente la posibilidad de rescindir el contrato sin necesidad de declaración judicial, ante un incumplimiento.

En ese orden de ideas, tanto la naturaleza de ambas figuras, como la existencia de las mismas -una relación contractual- es prácticamente la misma; su diferenciación radica básicamente en que una se contempla en la legislación civil y la otra en una ley administrativa.

Con ello en mente, y considerando la influencia de tal cláusula en el arbitraje, la consecuencia lógica debería ser la de que aquella vía de resolución de controversias elegida por las partes en contratos en donde participe la administración pública, sea la que debe gobernar dicho acuerdo de voluntades en su totalidad. Ello, debido a que la cláusula no está siendo impuesta por el ente administrativo al particular debido a sus características unilaterales, sino que está siendo acordada con el particular a pesar de tales características.

La elección de las partes de un método específico de resolución de controversias para su relación contractual indica a su vez la intención de estas de someter esa relación al mismo método, en su totalidad. Pretender lo contrario, solamente genera incertidumbre para el ente privado, y tal incertidumbre provoca reticencias para contratar con la administración pública en nuestro país y con ello, disminución en la inversión privada.

¹⁸⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 1200.

b. Consideración judicial

Como hemos mencionado ya en varias ocasiones, la rescisión administrativa en México es considerada una cláusula exorbitante, lo cual se ha utilizado como razón para determinar su naturaleza jurídica como un acto de autoridad, mas, un análisis a detalle de sus características demuestra que tal criterio es erróneo.

En México la figura de la rescisión administrativa se encuentra prevista en la ley y se reproduce también en los contratos celebrados con la administración pública, pero las características que se le han otorgado se justifican de manera errónea.

Sirve como referencia la jurisprudencia número P./J. 6/2018 (10a.) emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a continuación se reproduce:

“ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO. DIFERENCIAS ENTRE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGULADOS POR LA LEY RELATIVA. Si bien tanto **la rescisión administrativa** como la terminación anticipada **de los contratos administrativos**, reguladas por los artículos 54 y 54 Bis de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, **persiguen una actuación más oportuna y eficiente de la administración pública ante circunstancias que hacen patente la necesidad de salvaguardar el interés público o de evitar su detrimento**, y se actualizan en la conclusión de las obligaciones previstas en un contrato, de manera previa a la fecha convenida para el término de su vigencia, lo cierto es que la rescisión administrativa del contrato en los términos ahí establecidos sí actualiza un acto privativo que exige el pleno respeto al derecho de audiencia previa reconocido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues se activa ante el incumplimiento de obligaciones del proveedor, a quien se impone esa medida como sanción, lo que a su vez puede derivar en otro tipo de sanciones, como la aplicación de penas convencionales, la prohibición de suscribir contratos con el Estado por un tiempo determinado y otras más previstas en la ley o en el contrato respectivo. Por su parte, la terminación anticipada de un contrato administrativo ocurre ante razones de interés general, o bien, cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, y se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría algún daño o perjuicio al Estado, o se determine la nulidad de los 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. De ahí que la terminación anticipada de un contrato no deriva, en principio, del incumplimiento a una obligación adquirida por el proveedor, sino de razones externas que incluso pueden ser ajenas a la voluntad de la dependencia o entidad contratante. Dicha terminación implica, básicamente, que el proveedor sólo será afectado con la molestia de ya no poder ejercer los derechos sobre los que, en términos del contrato suscrito, tenía mera

expectativa de llevar a cabo de no presentarse una condición resolutoria, por lo que en realidad no se le priva de algún derecho adquirido o que hubiese ingresado a su esfera jurídica, máxime que la terminación anticipada conlleva la obligación del Estado de reembolsarle los gastos no recuperables en que pudo haber incurrido antes de la terminación, y no le impide cobrar por los servicios ya prestados o por los bienes entregados o arrendados durante la vigencia del contrato respectivo, ni menos aún, acudir posteriormente a las instancias jurisdiccionales respectivas para combatir la medida o exigir previa audiencia sobre otros derechos que estimara procedentes. Así, mientras en la rescisión administrativa es indispensable prever el derecho de audiencia previa a favor del proveedor, lo que incluso hace el artículo 54 referido, ello no puede extenderse al caso de la terminación anticipada de un contrato, supuesto en el que no es constitucionalmente necesario hacerlo.

(Énfasis añadido)¹⁸⁵

La jurisprudencia transcrita contiene dos aspectos importantes respecto de la concepción que se tiene de la rescisión administrativa en nuestro orden jurídico.

En primer lugar, da por hecho que cuando se incluye la rescisión administrativa, es porque se está en presencia de un contrato administrativo; en segundo, precisa que el motivo de su inclusión en un contrato administrativo es perseguir una actuación más oportuna y eficiente de la administración pública para salvaguardar el interés público o de evitar su detrimento.

Esto último indica que la rescisión administrativa es una herramienta con la que cuenta la administración pública para proteger un interés público.

En esa misma línea, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha expresado lo siguiente:

“SENTENCIAS DICTADAS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL QUE EL ACTO IMPUGNADO ES LA RESCISIÓN UNILATERAL DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRA LA RESOLUCIÓN DESFAVORABLE A LA AUTORIDAD DEMANDADA, PROCEDE EL RECURSO DE REVISIÓN FISCAL Y NO EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. Los contratos administrativos son convenciones celebradas entre la administración y los particulares, en los cuales aquélla puede actuar en una relación de coordinación respecto de sus co-contratantes; sin embargo, como lo ilustran las consideraciones contenidas en la ejecutoria relativa al amparo directo en revisión 393/2016, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de 8 de junio de 2016, en algunos contratos la administración actúa como autoridad en una relación de supra a subordinación. Un supuesto se presenta cuando las cláusulas correspondientes introducen o autorizan un régimen exorbitante de facultades

¹⁸⁵ Tesis jurisprudencial P./J. 6/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 53, t. I, abril de 2018, p. 7.

que implica una desigualdad jurídica de las partes contratantes, caso en el cual, **la rescisión puede darse mediante una declaración unilateral de la autoridad**. Por tanto, en este último supuesto, si la sentencia que resuelve estas cuestiones en el juicio contencioso administrativo no favorece a la autoridad, ésta debe impugnarla mediante el recurso de revisión fiscal y no en el juicio de amparo directo. Lo anterior, pues para determinar el recurso o medio de impugnación procedente, debe aplicarse la regla siguiente, acorde con el rol con que participan las autoridades demandadas en el juicio de nulidad: a) el carácter concreto, funcional y específico de los casos particulares, respecto de los sujetos que participan en la emisión del acto impugnado; y, b) determinar el medio de impugnación pertinente contra las sentencias de la Sala respectiva.

(Énfasis añadido)¹⁸⁶

De acuerdo a la transcripción anterior, la autoridad administrativa puede actuar en los contratos administrativos, tanto en funciones de derecho privado -coordinación-, como de derecho público -supra subordinación-.

Señala que lo último sucede cuando se introducen cláusulas en el contrato que pertenecen a un régimen exorbitante; es decir, cláusulas exorbitantes.

Es evidente que el Tribunal consideró a la rescisión administrativa como una cláusula exorbitante.

De tales transcripciones podemos advertir el tratamiento que se le da judicialmente a la rescisión administrativa; como una cláusula perteneciente al régimen exorbitante que protege el interés público.

Contrario a las consideraciones judiciales anteriores, la utilización en la práctica de la rescisión administrativa, demuestra una naturaleza completamente diversa con respecto a su pertenencia al régimen exorbitante y su identificación como un acto de autoridad.

c. Aplicación práctica

Si bien las consideraciones judiciales citadas en el apartado anterior indican que la rescisión tiene como objeto salvaguardar el interés público, su aplicación práctica muestra características distintas.

¹⁸⁶ Tesis I.4o.A.141 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 62, t. IV, p. 2643.

Tenemos como ejemplo los Contratos de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos o los Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos celebrados con la CNH, que contemplan la figura de la rescisión administrativa en su clausulado, pero que en ninguno de estos se prevé como objeto del contrato, ni se advierte de sus características, el cumplimiento de un fin o servicio público, por lo que no se está salvaguardando el interés general o el cumplimiento de un fin o servicio público a través de la rescisión administrativa, tal y como advertimos en el numeral 3, del capítulo II, de la presente tesis. Ahí se concluyó, que aquellas actividades relacionadas con los hidrocarburos no son servicios públicos ni buscan el cumplimiento de fines públicos.

Tal determinación contradice completamente el criterio judicial que se tiene en nuestro país al momento, pues de no existir un fin o servicio público como objeto de un contrato en donde se incluye la cláusula de la rescisión administrativa, es evidente que esta no busca la protección ni el cumplimiento de ninguno de los primeros. En tal razón, y contrario a lo que sucede en el orden jurídico francés, no existe justificación jurídica para considerarla una cláusula exorbitante, y mucho menos, un acto de autoridad.

Para mayor claridad, el siguiente apartado proporciona diferencias suficientes para concluir que la *résiliation* y la rescisión administrativa adoptada en nuestro país a partir de la primera, consisten en dos figuras jurídicas distintas; sus características difieren de manera tan sustancial que no deben ser reguladas de igual forma.

d. Diferencias sustanciales con la *résiliation*

A la *résiliation* en el derecho francés, que se decreta por la autoridad en un contrato que tiene como objeto un fin o servicio público, celebrado entre la administración pública y un particular -contrato administrativo-, se le considera dentro del régimen exorbitante; un acto de autoridad que solo podrá ser impugnado ante los tribunales administrativos. Para poder ser considerada como la *résiliation*, la rescisión administrativa en México debe compartir las características esenciales de la

primera, por lo que es necesario comparar las de ambas para conocer sus semejanzas y diferencias.

DIFERENCIAS

La *résiliation* se contempla en un código general de contratación administrativa.

La rescisión administrativa se prevé en leyes de manera dispersa.

La *résiliation*, por parte del ente administrativo, puede verificarse en cualquier momento y sin previo aviso.

La rescisión administrativa conlleva un proceso ante el ente administrativo que pretende decretarla en el que puede desvirtuarse su justificación.

La *résiliation* contempla distintos supuestos, entre los que hallamos la rescisión por razones de interés general, continuidad y adaptación de los servicios públicos. Contempla también la rescisión por incumplimiento contratista, así como sin culpa o incumplimiento del mismo.

La rescisión administrativa solo contempla el incumplimiento del contratista.

La *résiliation* por culpa o incumplimiento del contratista se decreta por el ente administrativo en el contrato, de manera unilateral.

La rescisión se decreta por la misma autoridad que inicia el proceso, previo agotamiento del proceso de rescisión establecido en el contrato.

La *résiliation* que decreta el órgano administrativo, se basa en la supremacía del interés general; razones de interés general,

La rescisión administrativa no se encuentra vinculada a razones de interés general.

continuidad y adaptación de los servicios públicos.

El concepto de *résiliation* también incluye aquella que puede ser invocada por el contratista.

La rescisión administrativa solo puede invocarse por la autoridad administrativa.

La *résiliation* se incluye siempre en los contratos administrativos.

La rescisión administrativa se incluye en cualquier contrato en donde participa la administración pública, administrativo o no. Incluso, en ocasiones, es excluida de contratos administrativos – como en los contratos de particulares con la CFE-.

La *résiliation* prevé reglas de indemnización específica tanto para la rescisión por culpa o incumplimiento del contratista, como para el caso de aquella sin culpa o incumplimiento del contratista.

La rescisión contempla únicamente la indemnización a cubrir por parte del contratista ante un incumplimiento o culpa de este.

Como podemos advertir, la rescisión administrativa guarda diferencias sustanciales con respecto a la *résiliation* francesa; esta última cuenta con reglas y características esenciales que determinan claramente su naturaleza administrativa, mientras que la primera difiere sustancialmente. Ante ello, su naturaleza debe ser considerada distinta, particularmente en relación a su consideración como una cláusula exorbitante y más aún como un acto de autoridad.

iii. La rescisión en los contratos sobre hidrocarburos

Como puntualizamos en el capítulo anterior, en los contratos en materia de hidrocarburos celebrados con la CNH, relacionados con la exploración, extracción

y producción de los mismos, se incluye la cláusula de rescisión administrativa; sin embargo, a la par de tal rescisión, se establece también una cláusula de “rescisión contractual”.

a. Rescisión administrativa

Del desglose del contrato No. CNH-R02-L04-AP-PG072018, PARA LA EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE HIDROCARBUROS BAJO LA MODALIDAD DE LICENCIA EN AGUAS PROFUNDAS, de fecha 7 de mayo de 2018, celebrado entre la CNH, SHELL EXPLORACION Y EXTRACCION DE MEXICO, S.A. DE C.V. y QPI MÉXICO, S.A. DE C.V., puede observarse que en la cláusula 23 “RESCISIÓN ADMINISTRATIVA Y RESCISIÓN CONTRACTUAL, se contemplan los requisitos, procedimientos y efectos, tanto de la rescisión administrativa, como de la rescisión contractual.

De la cláusula 23.1 a la 23.3, se contempla la ya analizada rescisión administrativa.

La cláusula 23.1 se refiere a la rescisión administrativa en particular y señala las causas que podrán activar el procedimiento de rescisión administrativa de acuerdo a lo siguiente:

“23.1 Rescisión Administrativa.

En caso de ocurrir cualquiera de las causas graves de rescisión administrativa previstas en el artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos y que se enlistan a continuación, y una vez que concluya el período de investigación previa referido en la Cláusula 23.1, la CNH podrá rescindir administrativamente este Contrato previa instauración del procedimiento de rescisión administrativa previsto en la Cláusula 23.3 y la Normatividad Aplicable:

(...)”

Posteriormente, en la cláusula 23.2 se prevé una investigación previa, que se deberá realizar para poder determinar si es procedente decretar la rescisión administrativa.

Por último, en la cláusula 23.3 se establece el procedimiento mediante el cual se rescindirá el contrato administrativamente, una vez que las circunstancias y requisitos de las dos cláusulas anteriores se hayan verificado.

b. Rescisión contractual

Por otro lado, en la cláusula 23.4 se prevén causales adicionales para que la administración pública pueda rescindir el contrato, una vez más sin la posibilidad de que el particular pueda invocar tal facultad.

Es decir, la administración pública cuenta con dos posibilidades para rescindir los contratos, una que se denomina rescisión administrativa y la otra rescisión contractual; no obstante, como analizaremos a continuación, ambas rescisiones tienen el mismo efecto.

Al respecto, el propio contrato ejemplifica los efectos que implica la rescisión del contrato en la cláusula 23.5 que específicamente se denomina “Efectos de la Rescisión Administrativa o Rescisión Contractual”.

En dicha cláusula se tratan los efectos de ambas rescisiones idénticamente, como se advierte de la siguiente transcripción:

“En caso que la CNH rescinda este Contrato conforme a lo establecido en **las Cláusulas 23.1 0 23.4**, se estará a lo siguiente:

(a) El Contratista deberá pagar a la Nación, a través del Fondo, cuando corresponda las penas convencionales a que se refieren las Cláusulas 4.6 y 4.7 0, en su caso, los daños y perjuicios que la Nación sufra como resultado directo e inmediato del incumplimiento que dé lugar a la rescisión en términos de la Normatividad Aplicable, computados a partir de que se notifique la misma, según sea el caso;

(b) El Contratista cesará todas las Actividades Petroleras en el Área Contractual, excepto aquellas que sean necesarias para preservar y proteger los Materiales en proceso de fabricación o terminados, y devolverá al Estado, a través de la CNH, el Área Contractual en términos de lo establecido en este Contrato. Con la terminación de este Contrato la propiedad de los Materiales construidos o adquiridos para ser utilizados en las Actividades Petroleras pasará de forma automática a la Nación libre de gravamen sin cargo. pago ni indemnización alguna conforme a lo establecido en las Cláusulas 13. 1 y 13.2;

(c) Las Partes suscribirán el finiquito al que se refiere la Cláusula 23.6. El Contratista únicamente tendrá derecho a recibir como pago por parte de la Nación el finiquito establecido en dicha Cláusula 23.6, en caso que éste genere un saldo en favor del Contratista.

Y

(d) El Contratista deberá cumplir con todas las obligaciones relativas a la devolución del Área Contractual, incluyendo, sin limitar, las relacionadas con el Abandono y entrega del Área Contractual conforme a lo previsto en la Cláusula 18.”

(Énfasis añadido)

Tal y como se observa de lo anterior transcrito, la cláusula señala que en caso de que se verifique lo contenido, ya sea en la cláusula 23.1 -rescisión administrativa- o en la cláusula 23.4 -rescisión contractual-, el contratista deberá atenerse a las sanciones que se enlistan.

Es decir, el propio contrato trata los efectos de ambas rescisiones como si fueran la misma figura.

Esto crea gran confusión e inseguridad jurídica ya que, posteriormente, en la cláusula relativa a la solución de controversias derivadas del contrato, se limita el arbitraje de la rescisión administrativa, más no el de la rescisión contractual, no obstante que ambas conllevan las mismas consecuencias.

En efecto, la cláusula 26.4 del Contrato establece que “Todas las controversias entre las Partes que de cualquier forma surjan o se relacionen con las causales de rescisión administrativa previstas en la Cláusula 23.1. sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 23.6 primer párrafo, deberán ser resueltas exclusivamente ante los Tribunales Federales de México.”.

Más adelante, la cláusula 26.5 prevé que “Sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 26.4. cualquier otra controversia que surja del presente Contrato o que se relacione con el mismo y que no haya podido ser superada después de tres (3) Meses de haber iniciado el procedimiento de conciliación o que éste hubiera sido rechazado por cualquiera de las Partes conforme a la Cláusula 26.2 deberá ser resuelta mediante arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.”

O sea, el arbitraje se encuentra prohibido para impugnar la rescisión administrativa; empero, es posible arbitrar la rescisión contractual, pese a que los efectos de ambos son idénticos.

Es evidente, que, en los contratos sobre hidrocarburos celebrados con la CNH, la rescisión administrativa no protege intereses o servicios públicos, ni tiene un fin público en general. Consecuentemente, no debe ser considerada una cláusula

exorbitante, ni un acto de autoridad y; por tanto, no debe contar con la protección del régimen especial que plantea la doctrina francesa.

En ese mismo sentido, la contradicción entre la posibilidad de arbitrar una rescisión y no la otra, ofrece aún más claridad respecto al hecho que no se está protegiendo el orden público por medio de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa; de ser así, se tendría que arribar al razonamiento de que, al tener las mismas consecuencias y sanciones, al permitir la arbitrabilidad de la rescisión contractual, se está dando posibilidad de dañar el orden público.

iv. Naturaleza jurídica

Con base en lo anterior, hallamos razones doctrinales, jurídicas e incluso lógicas, para determinar que la cláusula de la rescisión administrativa, al menos en los contratos celebrados con la CNH no es una cláusula exorbitante, ni un acto de autoridad, toda vez que no busca proteger intereses ni fines o servicios públicos al no establecerse en un contrato administrativo y; por ende, sus efectos no deben ser tratados como una cláusula con tales características.

Tomando en cuenta la falta de un vínculo con la protección del interés público, la ausencia de protección de un objeto que tenga como finalidad un servicio o fin público, la falta de características con respecto a la *résiliation*, y su aplicación legal y contractual, la naturaleza jurídica de la rescisión administrativa debe ser más bien la de una facultad establecida de manera consensuada, sin importar su aparición en la ley administrativa; esto es, la de un derecho de naturaleza contractual del órgano administrativo parte en un contrato celebrado con un particular.

Capítulo IV

Crítica a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa

El propósito de este último capítulo consiste en condensar las conclusiones alcanzadas en los capítulos anteriores, en una crítica a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa que permita comprender las consecuencias que acarrea mantener su injustificada prohibición a arbitrar. Para ello, será necesario conocer las decisiones judiciales relacionadas con tal impedimento (1), así como otros precedentes al respecto (2). De igual manera resultará relevante, conocer la nueva situación de las ahora empresas productivas del Estado frente al arbitraje (3), para posteriormente rebatir los argumentos que pretenden justificar la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa (4). Hecho lo anterior, se podrán determinar las consecuencias de la prohibición que nos ocupa (5) y; finalmente, ubicar la situación de México en materia de resolución de controversias frente al Estado en el ámbito internacional (6).

1. El caso COMMISA VS PEP

El caso que se presentó entre Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (COMMISA), filial de la compañía estadounidense KBR y Pemex Exploración y Producción (PEP), una empresa perteneciente a PEMEX, marcó una pauta en la cuestión de la rescisión administrativa en nuestro país; esto, pues fue a raíz de este caso fue que se determinó su inarbitrabilidad.

i. Antecedentes

El 22 de octubre de 1997, COMMISA celebró el Contrato de Obra Pública No. PEP-0-129/97 con PEP, para la ejecución, a cargo de COMMISA, de los trabajos de ingeniería, procura, fabricación, transporte, instalación, interconexión, pruebas y arranque de dos plataformas costa afuera, ubicadas en la Bahía de Campeche. El 29 de marzo de 2004, PEP le notificó a COMMISA el inicio del procedimiento de rescisión administrativa, con fundamento en el clausulado del contrato y los convenios relacionados con el mismo celebrados entre ambas partes -cláusula 9.2

del Convenio C- lo cual culminó con la rescisión de tal contrato debido a un supuesto incumplimiento por parte de COMMISA.¹⁸⁷

PEP rescindió administrativamente el contrato, expresando como justificación el abandono de la obra por parte de COMMISA y el no acatamiento de instrucciones. Asimismo, buscó la aplicación de penas convencionales y otras sanciones derivadas de dicho incumplimiento.¹⁸⁸

A raíz de lo anterior, y con fundamento en los términos establecidos en el contrato para la resolución de controversias entre las partes, el 1º de diciembre de 2004, COMMISA inició un procedimiento arbitral con base en las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en contra de PEP.

Paralelamente, con fecha 24 de diciembre de 2004, COMMISA presentó una demanda de amparo indirecto con la intención de obtener la suspensión inmediata del cobro de fianzas por el monto de las penas convencionales y las sanciones relacionadas y posteriormente su anulación.¹⁸⁹

Como sabemos, como requisito primordial para que una demanda de amparo sea procedente, el acto que es reclamado a través de la misma debe ser ejecutado por una autoridad; por lo cual, para que la demanda de COMMISA resultara procedente, era necesario que demostrara que la rescisión administrativa ejecutada por PEP había sido un acto de autoridad.

Al respecto, el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa sobreseyó el amparo en cuestión el 23 de agosto de 2005, al considerar que no se trataba de un acto de autoridad.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Caso ICC 13613/CCO/JRF, *COMMISA v. PEMEX*, pp. 13-15.

¹⁸⁸ Wöss, Herfried, Figueroa, Dante y Cabrera, “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, INARBITRABILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL PAÍS DE ORIGEN – EL CASO COMMISA”, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, México, núm. 75, agosto de 2015, pp.8-13. <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf> (accesado el 10 de mayo de 2019).

¹⁸⁹ Caso ICC 13613/CCO/JRF, *cit.*, pp. 13-15.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 15.

Sin embargo, COMMISA decidió impugnar la decisión de primera instancia, presentando un recurso de revisión el 8 de septiembre de 2005 ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.¹⁹¹ Dicho tribunal reconoció la existencia de un acto de autoridad por parte de PEP al rescindir administrativamente el contrato, pero dejó a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ejercer su facultad de atracción por la importancia del asunto. Consecuentemente, el 23 de junio de 2006, la Suprema Corte determinó que la facultad unilateral de rescisión administrativa que se prevé dentro de un contrato administrativo es constitucional.¹⁹²

El 16 de diciembre de 2009, el tribunal arbitral emitió un laudo a favor de COMMISA, en el que determinó que PEP debía pagar las cantidades de US\$286,101,437.17 y US\$34,459,577.58.¹⁹³

Cabe mencionar, que el 28 de mayo de 2009¹⁹⁴, apenas unos meses antes, se estableció en el artículo 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la cual regulaba la relación contractual entre PEP y COMMISA, que la rescisión administrativa no era materia arbitrable, así como también fue establecido en el artículo 80 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Es decir, no fue hasta después de que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito -en el año 2006- determinara que la rescisión administrativa era un acto de autoridad en la relación contractual entre PEP y COMMISA, que operó el cambio legislativo -en el año 2009-

¹⁹¹ *Ídem*.

¹⁹² Wöss, Herfried, Figueroa, Dante y Cabrera, “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, INARBITRABILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL PAÍS DE ORIGEN – EL CASO COMMISA”..., *cit.*, pp. 8-13.
<https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf> (accesado el 10 de mayo de 2019).

¹⁹³ Caso ICC 13613/CCO/JRF, *cit.*, p. 715.

¹⁹⁴ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lopsrm/LOPSRM_ref05_28may09.pdf (accesado el 10 de junio de 2019).

Tal circunstancia refleja la influencia que tuvo el caso en las decisiones legislativas en nuestro país, particularmente por lo que se refiere a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.

En el mencionado laudo se determinó que PEP debía pagar por diversos conceptos que fueron estudiados con independencia de la rescisión administrativa; el Tribunal arbitral se avocó a analizar tales conceptos, toda vez que estimó que no guardaban relación con la rescisión administrativa. Sin embargo, fue dicha determinación de PEP la que detonó los reclamos de COMMISA que el tribunal arbitral analizó; ello, pues la terminación del contrato por la vía de la rescisión, provocó perjuicios hacia COMMISA por incumplimientos al contrato y deudas de finiquito por parte de PEP.¹⁹⁵

No obstante, con motivo de la determinación del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito con respecto a la consideración de la rescisión administrativa como un acto de autoridad, el laudo fue anulado por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito con fecha 25 de agosto de 2011, pues consideró, entre otras cosas, que el orden público había sido violado, dado que los actos de autoridad no son arbitrables.¹⁹⁶

Con ello, el caso COMMISA se dio por terminado en nuestro país, con las consecuencias del mismo favorables para PEP; sin embargo, COMMISA posteriormente buscaría la ejecución del laudo frente a las Cortes estadounidenses, lo cual conseguiría con base en violaciones al orden público de los Estados Unidos; en gran medida, por considerar que se aplicó retroactivamente el artículo 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que no se encontraba vigente al momento del inicio de la relación contractual entre PEP y COMMISA.¹⁹⁷

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 304-311.

¹⁹⁶ Amparo en revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, pp. 311 y ss.

¹⁹⁷ Para más detalles véase: Wöss, Herfried, Figueroa, Dante y Cabrera, "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, INARBITRABILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL PAÍS DE ORIGEN – EL CASO COMMISA"..., *cit.*, pp. 22-24.

ii. Determinación de la rescisión administrativa como acto de autoridad

Es de especial importancia conocer el razonamiento que llevó al Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito a determinar que la rescisión administrativa es un acto de autoridad; dicho Tribunal señaló en la sentencia correspondiente, que:

“contrariamente a lo afirmado por el juzgador, el Subdirector de Ingeniería y Desarrollo de Obras Estratégicas de PEMEX Exploración y Producción, **sí tiene el carácter de autoridad para efectos del amparo**, pues no abordó las características que debe reunir la autoridad para ser considerada como tal para efectos de la procedencia de dicho juicio.

(...)

Señaló, de esta guisa, **que el concepto de autoridad para efectos del amparo debe abarcar aquellas entidades que puedan dictar actos que afecten la esfera jurídica de los particulares, por sí y ante sí, de manera unilateral, esto es, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales y del consenso de la voluntad del afectado**, que implican el ejercicio de facultades decisorias que les están atribuidas en la ley, que por ende constituyen un Poder Ejecutivo, una potestad administrativa cuyo ejercicio es irrenunciable y no se agota y, que por tanto, sí se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad.

Dice que en esta línea de interpretación, el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del amparo, debe ante todo atender a la norma legal para examinar si lo faculta o no, **para tomar decisiones o dictar resoluciones que afecten, unilateralmente, la esfera jurídica del interesado**, que pueden exigirse ya sea directamente mediante el uso de la fuerza pública, o bien a través de otras autoridades que dispongan de ella.

Dispone que es correcta la afirmación del quejoso, **pues en el presente asunto los actos que se reclaman son emitidos y pueden ser ejecutados por un organismo que tiene el carácter de autoridad para efectos del amparo**, pues los artículos 72, fracción II y 92 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; y 52 fracción II, de su Reglamento, facultan al Subdirector de Ingeniería y Desarrollo de Obras Estratégicas de PEMEX Exploración y Producción, **para dictar resoluciones que afecten, unilateralmente, la esfera jurídica del interesado, ya que, en el caso, se rescindió el contrato administrativo materia del presente juicio, aunado a que puede exigirse**, ya sea directamente o mediante el uso de la fuerza pública, o bien, a través de otras autoridades que dispongan de ella.

(Énfasis añadido)¹⁹⁸

<https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf> (accesado el 10 de mayo de 2019).

¹⁹⁸ Amparo en revisión 1081/2006, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006, pp. 24-27.

Como se advierte, el Tribunal Colegiado determinó que el Subdirector de Ingeniería y Desarrollo de Obras Estratégicas de PEMEX Exploración y Producción sí tenía el carácter de autoridad para efectos del amparo; dado que, según su apreciación, el concepto de autoridad para efectos del amparo debe abarcar aquellas entidades que puedan dictar actos que afecten la esfera jurídica de los particulares, por sí y ante sí, de manera unilateral, esto es, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales y del consenso de la voluntad del afectado.

En su razonamiento, el Colegiado pasó por alto el hecho que, no obstante, la ley le otorga la facultad a tal órgano administrativo de rescindir un contrato administrativamente, esa misma facultad se plasma en un contrato, por lo que sí existe un consenso de la voluntad del afectado, pues sin su consentimiento a tal facultad, el contrato no existiría, por lo que no se impone, sino se acuerda.

Asimismo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reflexionó lo siguiente al resolver sobre la constitucionalidad de la rescisión administrativa:

“la potestad rescisoria examinada es una atribución exclusiva de las entidades y dependencias públicas, que ha sido reconocida como un **privilegio especial de la Administración Pública**, que los colocan en una situación distinta y más favorable de la que rige para los particulares que con ella contratan, **característica propia de los contratos administrativos, en donde impera la potestad exorbitante del derecho común**, esto es, un régimen contractual excepcional de la Administración, que no disfrutan los sujetos que celebran un contrato de derecho privado

(...)

El reconocimiento de la potestad o facultad de la rescisión administrativa encuentra plena justificación, por la circunstancia de que si en el ámbito civil, donde prevalece como regla general el interés privado, existe la previsión legal de que los contratantes sujetos a este régimen pueden, bajo determinadas condiciones, rescindir *motu proprio* los contratos bilaterales en que intervengan, sin necesidad de acudir a los tribunales, es lógico que tratándose de la esfera administrativa, **en la cual imperan razones superiores vinculadas al interés general, esa misma facultad pueda ser ejercida por los órganos de autoridad, cuando celebren contratos con particulares, pues con ellos la Administración Pública persigue la posibilidad de actuar con mayor oportunidad y eficiencia.**

(Énfasis añadido)¹⁹⁹

¹⁹⁹ *Ibidem.*, pp. 58-60.

Como se observa, el razonamiento de la Corte buscó ceñirse a la ya tratada doctrina francesa del *contrat administratif*, queriendo introducir el contrato de construcción de plataforma petrolera en el régimen exorbitante que correspondería a los contratos administrativos y así poder privilegiar la cláusula de rescisión administrativa como un acto de autoridad, lo que posteriormente impediría la ejecución del laudo y su arbitrabilidad.

No obstante, no consideró que el contrato y la rescisión administrativa que fueron analizados no comparten las características de los contratos administrativos en el derecho francés, a saber, el cumplimiento de un fin o servicio público como objeto, las cuales ya fueron abordadas en segundo y tercer capítulos de esta tesis.

Con tales conclusiones, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y la SCJN impusieron un parámetro a partir del cual la rescisión administrativa se considera un acto de autoridad, lo cual implica que su impugnación debe realizarse frente a los tribunales administrativos correspondientes.

Las determinaciones de los órganos judiciales involucrados en el caso COMMISA, son las que tuvieron como consecuencia que la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa se estableciera de manera expresa en las leyes federales que fueron tratadas en el primer capítulo de la presente tesis.

iii. Nulidad del laudo

En abril de 2010 PEP presentó un incidente de nulidad contra el laudo dictado en el caso COMMISA vs. PEP ante el Juez Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, mismo que declaró infundada la acción siendo que contra esa determinación no procedía recurso o medio de defensa alguno.²⁰⁰

Más tarde, con fecha 14 de julio de 2010 PEP presentó un juicio de amparo ante el Juzgado Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, mismo que fue negado el 3 de septiembre de 2010.

Contra ello, PEP presentó un recurso de revisión con fecha 12 de noviembre de 2010 que fue radicado en el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.²⁰¹

Durante la substanciación del recurso COMMISA señaló que existía una contradicción en el planteamiento de PEP, ya que por un lado, su argumento total era que el laudo arbitral era nulo ya que la rescisión administrativa es un acto de autoridad, lo que se traduce en que PEP era una autoridad, y por el otro, buscaba que se le otorgara el amparo de la Justicia de la Unión; de ahí que el amparo resultara improcedente, pues las autoridades no tienen derechos fundamentales tutelados por la Constitución, sino sólo los particulares o dependencias de gobierno, cuando actúan como particulares.

Que por considerarse que PEP tenía el carácter de autoridad para efectos de la rescisión administrativa, debía sobreseerse el juicio de amparo, en razón de carecer de legitimación por no gozar de derechos fundamentales.²⁰²

No obstante lo anterior, al pronunciarse sobre la procedencia del juicio de amparo el Tribunal Colegiado determinó lo siguiente:

“Los anteriores argumentos son infundados y para demostrarlo resulta conveniente recordar en principio que la recurrente **Pemex Exploración y Producción, puede actuar como una persona de derecho privado, es decir, como particular o como persona moral de derecho público, esto es, como ente público.**

La primera hipótesis descrita se actualiza se actualiza cuando por ejemplo realiza actos en su calidad de patrón en relación a sus trabajadores, o bien celebra cualquier contratos con otros particulares en una relación de coordinación, sin imperio y pacta derechos y obligaciones recíprocos.

Sin embargo, en otras ocasiones puede actuar como ente público, por ejemplo cuando rescinde administrativamente y unilateralmente el contrato de obra pública, y con ello extingue una situación jurídica preexistente con base en atribuciones que la ley de la materia le confiere y sin necesidad de acudir a instancia judicial alguna.

(...)

En esos términos, es evidente que en la especie, el acto reclamado en el juicio de amparo en cuestión no se trata de la rescisión administrativa del contrato de obra pública que la recurrente había determinado, sino precisamente la resolución que negó la nulidad de un laudo arbitral; **incidente de nulidad que fue promovido por**

²⁰¹ Amparo en revisión 358/2010, *cit.*, pp. 1-10.

²⁰² *Ibidem*, pp. 210-219.

Pemex Exploración y Producción en su calidad de particular y no como autoridad...

(Énfasis añadido)²⁰³

Las consideraciones del Tribunal Colegiado, arrojan una conclusión que implica que un órgano administrativo puede mutar su propia naturaleza en una misma relación jurídica, lo cual es erróneo, pues una cosa es que una autoridad pueda realizar funciones de derecho privado en una relación jurídica determinada y en otras relaciones ejerza sus funciones de imperio, y otra cosa diversa es decir que en una misma relación pueda cambiar de naturaleza en diversos momentos.

Esto es de vital importancia, pues si bien la rescisión administrativa se consideró primeramente un acto de autoridad; es decir, se le otorgó la calidad de autoridad a PEP en la contratación con COMMISA, posteriormente se le amparó también, siendo que las autoridades no pueden acudir al juicio de amparo, salvo que actúen solamente en funciones de derecho privado, pues es contra actos de autoridad que se presenta.

Se robustece lo anterior con la siguiente jurisprudencia número 2a./J. 45/2003:

“PERSONAS MORALES OFICIALES. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO CUANDO ACTÚAN COMO AUTORIDADES DEMANDADAS EN UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, POR ACTOS RELACIONADOS CON SERVIDORES PÚBLICOS MIEMBROS DE CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA. Las personas morales oficiales pueden actuar con un doble carácter: como entes dotados de poder público y, esencialmente como personas morales de derecho privado. En el primer caso, su acción proviene del ejercicio de facultades de que se hallan investidos; en la segunda situación, obran en condiciones similares que los particulares, esto es, contraen obligaciones y adquieren derechos de la misma naturaleza y en la misma forma que los individuos. En consecuencia, si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9o. de la Ley de Amparo, **las personas morales oficiales pueden ocurrir en demanda de amparo** a través de los funcionarios o representantes que designen las leyes respectivas **cuando el acto o la ley que se reclame afecten sus intereses patrimoniales, ello no ocurre cuando actúan como autoridades demandadas en el procedimiento contencioso administrativo** con motivo de actos o resoluciones que conciernen a servidores públicos miembros de cuerpos de seguridad pública, dado que lo único que les otorga legitimación para acudir a la vía de amparo es que defiendan sus derechos patrimoniales, supuesto en

²⁰³ *Ibidem*, pp. 218-220.

el que no actúan en funciones de autoridad, sino como personas morales de derecho privado.

(Énfasis añadido)²⁰⁴

Como se observa por analogía de la jurisprudencia citada, las personas morales oficiales pueden actuar ya sea como entes dotados de poder público o como personas morales de derecho privado.

Al actuar como entes privados, tienen la posibilidad de acudir al amparo cuando se afecten sus intereses patrimoniales; sin embargo, tal circunstancia no podrá suscitarse de ser autoridades demandadas en un procedimiento administrativo, pues incurrieron en actos de autoridad.

En el caso *COMMISA vs. PEP*, al determinarse que la rescisión administrativa era un acto de autoridad y por ende que debía impugnarse administrativamente, se excluyó la posibilidad de que PEP acudiera al amparo; no obstante, el amparo fue admitido y resuelto en favor de PEP, bajo el argumento erróneo de una naturaleza mutable de los órganos de la administración pública.

Ahora bien, la justificación para la admisión del amparo de PEP era equivocada, no porque esta tuviera una naturaleza mutable, sino porque tuvo una naturaleza privada durante toda la relación jurídica con *COMMISA*; el error consistió en determinar que su actuación al decretar la rescisión administrativa fue en funciones de autoridad.

El mismo problema subsiste con respecto a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa marcada en la ley y en los contratos, pues se le está otorgando una doble naturaleza al ente administrativo en una misma relación jurídica. Cuando realiza cualquier acción relacionada con el contrato estará actuando como ente privado, pero cuando determine la rescisión administrativa, su justificación y consecuencias, será un ente público. Lo correcto jurídicamente, tal y como lo menciona la última jurisprudencia citada, es que la administración pública actúe bajo una sola naturaleza jurídica, dependiendo la relación jurídica en la que se encuentra

²⁰⁴ Tesis jurisprudencial 2a./J. 45/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, junio de 2003, p. 254.

inmersa. En el caso de la contratación con los particulares, su naturaleza es evidentemente la de un ente privado.

Ulteriormente, con fecha 1º de junio de 2012 el citado Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito revocó la sentencia del Juez Quinto de Distrito y amparó a PEP, de acuerdo con diversos razonamientos; uno de ellos se refirió a la prohibición de arbitrar la rescisión administrativa al haberla considerado un acto de autoridad como se advierte a continuación:

“Como se adelantó, los anteriores argumentos **son sustancialmente fundados para revocar el fallo impugnado y conceder la protección constitucional solicitada a la hoy recurrente**, en virtud de que la rescisión administrativa que decretó la ahora inconforme del contrato de obra pública relativo, **se emitió como acto de autoridad administrativa que y por esa razón no podía ser materia de arbitraje; por lo que si el laudo arbitral cuya nulidad se reclamó, se pronunció sobre tal acto de autoridad, es indudable que es contrario al orden público**, razón por la cual la juez federal debió conceder el amparo a la quejosa hoy recurrente, según se desprende de las siguientes consideraciones:

(...)

En consecuencia, si se dijo en párrafos precedentes que **tal rescisión tuvo su origen en una ley de orden público, que concedía a la ahora inconforme la atribución de extinguir imperativa y unilateralmente el contrato, declarando quién lo incumplió, todo esto lo hace en su carácter de autoridad, por lo que en este supuesto, ya no se estaban debatiendo simples derechos privados, en razón de que el carácter de autoridad en ejercicio de sus funciones, supone que estaban en juego las atribuciones que le son conferidas por la ley e inclusive el orden público** ya que como se explicó, tal rescisión administrativa del contrato de obra pública comparte esa naturaleza al tratarse de la vigilancia de los recursos de Estado y la sociedad, para la satisfacción de esta última.

(...)

En consecuencia, **es indudable que el tribunal arbitral, la autoridad responsable y por último la Juez de Distrito que resolvió en primera instancia el amparo no entendieron que la recurrente al decretar la rescisión administrativa no lo hizo como particular sino como autoridad**, por lo que si la resolución del panel arbitral, se pronunció sobre un tema o materia inarbitrable como era la anulación, revocación o modificación del acto de autoridad desplegado por la quejosa en ejercicio de sus atribuciones públicas y de sus sustento, **aun cuando esas consecuencias derivaran de un estudio paralelo efectuado por el panel arbitral**, cuando eso no era posible ni aun de esa forma, ya que estaría en juego una materia de orden público que no puede ser decidida por un panel dirigido a resolver problemas entre particulares.

(Énfasis añadido)²⁰⁵

Se observa de lo anterior, que el Tribunal Colegiado determinó otorgar el amparo y la protección de la Justicia de la Unión a PEP, al considerar que el acto de rescisión administrativa fue emitido como un acto de autoridad y; por tanto, no era arbitrable, por lo que el laudo resultó ser contrario al orden público. Indica, que al concederle la ley a PEP la facultad para rescindir el contrato administrativamente, ello implicaba que al hacerlo actuaba en funciones de autoridad y ya no como un particular; permitiendo así, que PEP mutara su naturaleza en una misma relación jurídica.

Igualmente, resolvió que aun cuando el laudo derivara de un estudio paralelo a la rescisión administrativa, de cuestiones no relacionadas con esta, estaba en juego una materia de orden público -el supuesto acto de autoridad- y; por tanto, el laudo fue contrario a este.

De manera que el Colegiado en el recurso de revisión resolvió revocar la sentencia original de amparo, teniendo esto como consecuencia que el laudo fuera anulado.

2. La justificación de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa es incorrecta

La inarbitrabilidad de la rescisión administrativa descansa en una justificación basada en la doctrina francesa del *contrat administratif*, ya tratada anteriormente, mediante la cual busca asemejar tanto los contratos en los que es incluida, como las características de la misma, con los contratos administrativos y la *résiliation* francesa, con el objeto de comprenderlos en el régimen exorbitante que corresponde a tales contratos y; así, considerar tal figura como un acto de autoridad que no pueda ser arbitrado de acuerdo al orden jurídico mexicano.

De demostrar que tal justificación es errónea, sería evidente que el criterio tendría que cambiar, pues no puede sostenerse una conclusión jurídica que parte de un razonamiento equivocado; máxime cuando sus repercusiones son tan importantes

²⁰⁵ Amparo en revisión 358/2010, *cit.*, pp. 417-421.

en el sistema jurídico y económico mexicano, como aquellas que genera la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.

En tal sentido, a continuación, exponemos uno a uno los argumentos conforme a los cuales se demuestra el error de la justificación que sustenta la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.

En primera instancia, para ser un acto de autoridad tendría que ser realizado a raíz de un contrato administrativo (i), de no contar con un contrato administrativo, el régimen exorbitante resultaría inaplicable (ii). En todo caso, la propia jurisprudencia mexicana permite la impugnación por la vía mercantil de los contratos administrativos (iii), por lo que los mismos pueden ser arbitrados en su totalidad. Esto último, dado que considera que los actos emanados de contratos con particulares no son actos de autoridad (iv).

i. Los contratos en los que se incluye no son administrativos

La cláusula de la rescisión administrativa podemos encontrarla en diversos contratos celebrados por la administración pública. En este caso trataremos los relativos a los hidrocarburos que se celebran con la CNH.

Como ya expusimos, el contrato sobre hidrocarburos contiene la cláusula bajo análisis como resultado de las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos.

Ahora bien, el hecho que se celebren contratos sobre hidrocarburos entre la administración pública y los particulares, no implica necesariamente que tales contratos deban ser considerados administrativos.

Como vimos en el Capítulo 2, numeral 2 de la presente tesis, de acuerdo con la teoría francesa, en la cual se basa nuestro orden jurídico con respecto a los contratos administrativos, para que un contrato pueda tener tal calidad, debe contar con dos características:

- Que tenga como objeto el cumplimiento de un servicio o fin público.
- Que contenga cláusulas exorbitantes.

Cabe señalar, como señalamos anteriormente, que el servicio o fin público por sí mismo determina la existencia de un contrato administrativo y las cláusulas exorbitantes se incluirán precisamente para salvaguardar el cumplimiento de tal fin.

Al respecto, habría que considerar si en el caso de los contratos sobre hidrocarburos que celebra la CNH con los particulares se cumplen tales características.

En el Capítulo 2, numeral 3, observamos que los servicios públicos se deben establecer por virtud de ley de conformidad con lo que mandata el artículo 28 constitucional, cuando señala que “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.”

En materia de hidrocarburos corresponde a la Ley de Hidrocarburos establecer qué actividades relacionadas con tal materia son servicios públicos.

Empero, la ley en comento no considera como un servicio público las actividades de extracción y exploración, tal y como se advierte del artículo 4º de la misma, en donde las contempla como “actividades o conjuntos de actividades que se valen de métodos directos, incluyendo la perforación de pozos, encaminadas a la identificación, descubrimiento y evaluación de Hidrocarburos en el Subsuelo, en un área definida”, en el caso de la exploración y, “Actividad o conjunto de actividades destinadas a la producción de Hidrocarburos, incluyendo la perforación de pozos de producción, la inyección y la estimulación de yacimientos, la recuperación mejorada, la recolección, el acondicionamiento y separación de Hidrocarburos, la eliminación de agua y sedimentos, dentro del Área Contractual o de Asignación, así como la construcción, localización, operación, uso, abandono y desmantelamiento de instalaciones para la producción”, en el caso de la extracción.

Incluso, como expusimos en la sección correspondiente, el propio objeto de uno de los contratos de exploración y extracción, el contrato número CNH-R01-L04-A3.CCP/2016, celebrado entre la Comisión Nacional de Hidrocarburos y Chevron Energía de México, S. de R.L. de C.V., PEMEX Exploración y Producción e INPEX

E&P México, S.A. de C.V ofrece una respuesta con respecto a si se busca el cumplimiento de un servicio público a través del cumplimiento de su objeto.

“El objeto del presente Contrato es la realización de las Actividades Petroleras bajo la modalidad de contratación de licencia en virtud del cual se otorga al Contratista el derecho de explorar y extraer a su exclusivo costo y riesgo los Hidrocarburos propiedad del Estado en el Área Contractual, de conformidad con la Normatividad Aplicable, las Mejores Prácticas de la Industria y los términos y condiciones del presente Contrato. El Contratista tendrá derecho a la transmisión onerosa de los Hidrocarburos Producidos, siempre que, conforme a los términos del Contrato, se encuentre al corriente en el pago de las Contraprestaciones del Estado señaladas en la Cláusula 16.2. Con ello en mente, si el objeto de Al respecto, vale la pena considerar si la extracción, exploración y ___ de hidrocarburos, está relacionada con la satisfacción de necesidades de la población o es una obligación del Estado.

(...)”

(Énfasis añadido)

Si bien claramente está ausente la mención de que se busque la realización de un servicio público mediante las actividades que conforman tal objeto, la propia lógica conduce a la misma conclusión.

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos no satisfacen una necesidad de carácter general y; por tanto, no tienen ni cumplen un servicio o fin público. Serán las acciones posteriores las que podrían consistir en la realización de un servicio público; a saber, aquellas que tienen contacto directo con la ciudadanía.

La misma situación se presenta con el contrato No. CNH-R01-L04-A3.CS/2016, celebrado entre la CNH, SATOIL E&P MÉXICO, S.A. DE C.V., BP EXPLORATION MEXICO, S.A. DE C.V. y TOTAL E&P MEXICO, S.A. DE C.V., el 10 de marzo de 2017, que contiene el mismo objeto ya citado, así como el resto de los contratos que se celebran con la CNH.

No es óbice a lo anterior el hecho que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, señale lo siguiente en su artículo 3º:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan

comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

(...)

V. Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;

(...)

(Énfasis añadido)

En el citado artículo, se aprecia de la misma manera cómo la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas no considera como un servicio público la instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales.

En ese sentido, al no tener como objeto el cumplimiento de un servicio público, tampoco se busca conseguir un fin público a través de las actividades anteriores, sino más bien, allegarse de las herramientas e insumos necesarios que permitan la realización de una actividad económica del Estado.

Esta última precisión es relevante, pues respecto al caso COMMISA vs PEP, anteriormente tratado, el contrato sobre el cual versó la controversia fue uno de construcción de plataforma petrolera, al cual sería directamente aplicable esta última disposición citada.

En función del análisis anterior, que complementa aquel realizado en el Capítulo 2 de esta tesis, es evidente que conforme a la teoría francesa del *contrat administratif*, sobre la cual pretende justificarse la existencia de contratos administrativos con respecto a los hidrocarburos y las obras públicas relacionadas con ellos, tales contratos no pueden contar con tal calidad.

ii. El régimen exorbitante es inaplicable

El régimen exorbitante que reina en los contratos administrativos franceses tiene como objeto proteger el fin público que buscan tales contratos; es decir, busca posibilitar y garantizar el cumplimiento del servicio público por medio del cual se conseguirá tal fin.

En tal sentido, dicho régimen solo resultaría aplicable ante la presencia de un contrato que busque el fin en comento; no habría necesidad, por tanto, de incluir cláusulas exorbitantes en contratos que no busquen cumplir dichos propósitos. Al estar basados en la teoría francesa, los contratos en México deben seguir la misma pauta.

En el inciso inmediato anterior, ha quedado claro el hecho que los contratos relativos a los hidrocarburos, tanto en cuestión de extracción y exploración, como de obras relacionados con los mismos, no cuentan con las características para ser considerados administrativos; particularmente por lo que respecta a la característica fundamental de cumplimiento de un fin público. Así, al no tener como objeto específico tal fin, el régimen exorbitante resulta tanto innecesario, como inaplicable.

De la misma manera, si el contrato no es administrativo porque no busca el cumplimiento de un fin público, y; por tanto, el régimen exorbitante no le es aplicable, entonces, la cláusula de la rescisión administrativa no es una cláusula exorbitante.

iii. Los contratos administrativos son impugnables mercantilmente

Suponiendo sin conceder que los contratos bajo análisis pudieran considerarse administrativos, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado la posibilidad de impugnar tales contratos por medio de la vía mercantil.

En efecto, como se abordó en el Capítulo 2 de esta tesis, la Segunda Sala de la SCJN concluyó lo siguiente:

“COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. CONTRA LOS ACTOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA CELEBRADO BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY DEL SERVICIO PÚBLICO RELATIVA PROCEDE LA VÍA ORDINARIA MERCANTIL. De la interpretación de los artículos 1049 y 75, fracciones V y XXV, del Código de Comercio deriva que el servicio de suministro de energía eléctrica proporcionado por la Comisión Federal de Electricidad a los particulares tiene origen en un acuerdo de voluntades de naturaleza comercial traducido en una relación de coordinación y, en consecuencia, las controversias suscitadas entre las partes derivadas de los derechos y obligaciones generados en el marco del contrato de suministro de energía eléctrica o con motivo de

éste, celebrado bajo la vigencia de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, deben ventilarse y decidirse en la vía ordinaria mercantil.”²⁰⁶

(Énfasis añadido)

Si bien ya fue previamente citada esta jurisprudencia, vale hacer hincapié en el hecho que menciona que la relación jurídica entre la CFE y los particulares tiene un origen en un acuerdo de voluntades de naturaleza comercial que se traduce en una relación de coordinación, incluso desde antes de la Reforma Energética.

Cabe recordar que el servicio de suministro de energía eléctrica sí es un servicio público y; por ello, dichos contratos pueden ser considerados administrativos, ya que buscan el cumplimiento de un fin público; a pesar de ello, se permite su impugnación por la vía mercantil y; por lo tanto, también son arbitrables, pues no se consideran actos de autoridad los que emanan de tales contratos, incluso siendo realizados por la CFE.

En este caso, el sistema mexicano se ha alejado de la teoría francesa, evolucionado progresivamente, lo cual genera confianza jurídica en el sistema jurídico nacional.

iv. ¿Es la rescisión administrativa un acto de autoridad?

La justificación de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa recae en una premisa, la consideración de tal acto como un acto de autoridad; solo de esa manera se fundamenta la prohibición de acudir a un arbitraje para impugnar su legalidad, toda vez que, en el sistema jurídico mexicano, los actos de autoridad son inarbitrables.

Ahora bien, de demostrar que dicha figura no es un acto de autoridad, no habría más remedio que modificar el criterio para permitir el arbitraje.

En tal sentido, la concepción de la rescisión administrativa como acto de autoridad se desvirtúa en razón de tres puntos fundamentales: en primer lugar, al incluirse en un contrato que no es administrativo, debido a las características ya relatadas (a); en segundo lugar, debido a que surge de la voluntad contractual (b), y; por último,

²⁰⁶ Tesis jurisprudencial 2a./J. 156/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 50, t. I, enero de 2018, p. 336.

debido a que el fin público que supuestamente busca se neutraliza a partir de las propias disposiciones de los contratos en los que se incluye (c).

a. Los contratos sobre hidrocarburos y las obras relacionados con los mismos no son administrativos

De acuerdo con la teoría francesa, existen actos de autoridad dentro de contratos celebrados con la administración pública, solo en el caso que tales contratos se consideren como contratos administrativos. Así, su impugnación tendría que realizarse a través de los tribunales administrativos franceses; de lo contrario, la actuación de la autoridad no sería en su función de imperio, sino en funciones de coordinación; es decir, los actos emanados de tales contratos no serían considerados actos de autoridad, por lo que la impugnación correspondería a los tribunales civiles o mercantiles, y en su caso, a los arbitrales.

Ha quedado demostrado ya en el inciso (i), numeral 4 del presente capítulo, que los contratos sobre hidrocarburos y las obras relacionados con los mismos no son administrativos, pues no buscan el cumplimiento de un fin público.

Incluso, contamos con opiniones doctrinales como la de Ignacio Burgoa con respecto a que los actos realizados en virtud de contratos celebrados con la administración pública no son actos de autoridad.²⁰⁷

Ello quiere decir, que los actos emanados de dichos contratos -como la rescisión administrativa- no son actos de autoridad, sino actos contractuales en una relación de coordinación; de manera que la impugnación de los mismos corresponde a los tribunales civiles, o en este caso a los tribunales mercantiles. De ahí que puedan ser arbitrados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1415 del Código de Comercio que permite el arbitraje de todas aquellas materias no expresamente prohibidas. Así, si la rescisión administrativa no es un acto de autoridad, la prohibición para arbitrarla carece de sustento.

²⁰⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *el Juicio de Amparo...*, cit., pp. 190-191.

Incluso, como analizamos en el primer capítulo de esta tesis, suponiendo sin conceder que la rescisión administrativa se considerara un acto de autoridad, por el hecho de arbitrarla, no se estaría violando el orden público, ya que el orden público como causal de nulidad o no ejecución debe entenderse como aquel que protege las instituciones jurídicas que reflejan los sentimientos más caros de una sociedad determinada.²⁰⁸ La institución jurídica de la rescisión administrativa no corresponde a tal descripción, no refleja los sentimientos más caros ni fundamentales de nuestra sociedad y; por tanto, no debe considerarse protegida por el orden público. No obstante esto último, no existe violación al orden público, ya que no existe un acto de autoridad.

Por otro lado, si el contrato en el que estuviera incluida tal cláusula fuera administrativo, al tener como objeto el cumplimiento de un fin público, la interpretación por analogía de la concepción de la SCJN con respecto a la jurisprudencia número 2a./J. 156/2017 (10a.), citada en el inciso (iii), del numeral 4 del presente capítulo, indica que aun los contratos administrativos -como el de suministro de energía eléctrica- pueden ser impugnados mediante la vía mercantil, y; por lo tanto, pueden ser arbitrados *en su totalidad*.

Por último, no podría sostenerse jurídicamente un argumento que buscara de alguna manera encuadrar las actividades que se realizan en los contratos de hidrocarburos celebrados con la CNH y las obras relativas a los mismos en servicios o fines públicos, pues tal circunstancia debe estar prevista en la ley de acuerdo al artículo 28 constitucional.

b. La rescisión administrativa surge de una relación contractual

En todo contrato existen dos elementos de existencia: el objeto y el consentimiento; sin ellos, el contrato no tendrá jamás vida jurídica. Este es uno de los principios más importantes en el derecho de las obligaciones, el cual, si bien es parte del derecho civil, se traslada a todas las otras ramas del derecho, alcanzando, incluso, al derecho administrativo.

²⁰⁸ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje...*, cit., p. 985.

Sin importar que una de las partes en la relación jurídica contractual sea formalmente administrativa, para que tal relación exista sigue siendo necesaria la presencia de ambos elementos. Sin el consentimiento, el contrato con la administración pública jamás existirá; sin importar que la naturaleza del contrato sea administrativa -siempre y cuando cumpla con los elementos que ya estudiamos- o mercantil, será necesaria una concurrencia de voluntades.

Las cláusulas que conforman los contratos con la administración pública deben ser comprendidas y aceptadas por las partes que participarán en la relación jurídica. Tanto el ente administrativo, como el ente privado manifestarán su voluntad de vincularse al cumplimiento de las cláusulas que forman parte del contrato y; en ese sentido, ninguna de disposición del mismo se impondrá al particular.

Cuando el Estado actúa en funciones de imperio, tiene la facultad de imponer su voluntad frente a la del gobernado; es ahí cuando actúa como una autoridad y sus actos pueden ser clasificados como tales. Sin embargo, en la contratación con particulares, el Estado en ningún momento impone su voluntad a estos, sino que el particular o particulares, expresan su consentimiento para formar parte de la relación jurídica. Al no existir una imposición por parte del Estado que pueda traducirse en un acto de autoridad, la actuación de este es puramente contractual.

Tal conclusión es directamente aplicable a la rescisión administrativa; esta cláusula, prevista en ley o no, se inserta en los contratos con la administración pública. Dichos contratos se presentan ante el particular que ha sido elegido mediante una licitación o de alguna otra manera prevista en la ley. Posteriormente, el particular o particulares tendrán que expresar su voluntad libremente para formar parte de tal contrato; será ahí cuando nazca la relación jurídica, a partir de un concurso de voluntades, y será hasta entonces que la rescisión administrativa podrá tener efectos en la esfera jurídica del particular. Máxime, cuando la propia ley prevé que tanto la cláusula, como los supuestos para determinar la rescisión administrativa, deben incluirse en los contratos, pues ello indica que deben estar a la vista del contratista al momento de decidir si otorga su consentimiento para contratar.

Concluimos entonces, que la rescisión administrativa surge de una relación jurídica contractual y no de una imposición de la autoridad, por lo que su naturaleza jurídica es contractual y no la de un acto de autoridad.

c. Los propios contratos en donde se incluye neutralizan su fin

Se contempla a la rescisión administrativa como la figura jurídica que permite al Estado garantizar el cumplimiento por parte de los particulares de las actividades que se comprenden en los contratos que celebra con estos.

Se le considera como acto de autoridad para proteger su impugnación frente a un tribunal arbitral, con la intención de que su legalidad y efectos solo puedan ser controvertidos ante los Tribunales Federales Mexicanos.

En contra de tal razonamiento, conforme al cual se sostiene supuestamente la justificación de la rescisión administrativa como un acto de autoridad, se encuentran los propios contratos en los que se inserta, específicamente los contratos que se han venido analizando en el presente trabajo, los contratos sobre hidrocarburos celebrados con la CNH.

Como observamos en el Capítulo III, numeral 3, inciso iv, sección a) de esta tesis, los contratos de Exploración y Extracción de hidrocarburos contienen dos tipos de rescisión conforme a la cual la CNH puede darlos por terminado: la rescisión administrativa y la rescisión contractual.

Estos contratos contienen supuestos distintos para actualizar una u otra de las rescisiones; no obstante, contemplan los mismos efectos para ambas. Es decir, sin importar cuál de ellas sea dictada por la CNH, los efectos serán los mismos en contra de los contratistas y a favor del Estado.

Si bien este punto crea ya de por sí una contradicción en el sentido de que la rescisión administrativa debería proteger un servicio o fin público y, no obstante, los efectos de ambas son iguales, se suma a esto una mayor contradicción, ya que se permite impugnar una de ellas por medio de un arbitraje y la otra no.

Esto último implica que no se permite arbitrar la rescisión administrativa de ninguna manera, en cuestión de legalidad o efectos, porque de hacerlo se estaría violando el orden público al impugnar una materia que se considera inarbitrable en nuestro país; es decir, un acto de autoridad. Sin embargo, sí se permite arbitrar la llamada rescisión contractual, que, si bien no depende de las mismas causales para actualizarse, sí tiene efectos idénticos, lo cual lleva a dos inevitables conclusiones: existe una contradicción que indica claramente que la rescisión administrativa no es un acto de autoridad, o se permite o prohíbe la violación del orden público dependiendo de la vía por la cual se rescinda el contrato.

La conclusión más lógica es la primera de ellas; por lo cual, la respuesta consecuente a tal contradicción es permitir el arbitraje para ambas rescisiones, dado que ninguna de ellas consiste en un acto de autoridad.

Como conclusión es evidente que la rescisión administrativa no es un acto de autoridad, lo que necesariamente resulta en que la justificación de su inarbitrabilidad es errónea. Desde todos los ángulos posibles es equivocado considerarla inarbitrable, ya que ello no beneficia y solo perjudica nuestro orden jurídico y económico.

Cabe mencionar que por medio de la arbitrabilidad de la rescisión administrativa no se busca eliminar el Poder del Estado, tampoco se busca eliminar la figura de la rescisión administrativa. “Deben existir límites a lo que el particular puede hacer. En momento alguno se propone que el Estado deje de ejercer rectoría económica sobre la materia. Y mucho menos deje de contar con el acervo de facultades que el derecho administrativo le provee”.²⁰⁹

Lo que se busca que es que en función de la relación contractual en la que concurren libremente las voluntades de las partes, el órgano evaluador de la legalidad con respecto a las cuestiones contractuales, sea el que las mismas partes elijan.²¹⁰

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 1212.

²¹⁰ *Ídem*.

3. Consecuencias de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa

Las consecuencias de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa que se han abordado a lo largo de esta tesis, se condensan en lo siguiente:

i. Falta de certeza para los particulares

La inarbitrabilidad de la rescisión administrativa genera un importante ambiente de desconfianza al sistema de resolución de controversias surgidas de los contratos con la administración pública en nuestro país.

Si bien la inclusión del arbitraje en este tipo de contratos presenta una buena imagen a los inversionistas tanto nacionales, como extranjeros, el hecho de que cláusulas tan determinantes en un contrato como lo es la rescisión administrativa no puedan ser arbitradas, mancha completamente dicha imagen.

Un inversionista que no conoce sobre derecho y mucho menos sobre las leyes específicas de un país, en el caso de inversionistas extranjeros, puede llegar a ver con buenos ojos invertir en materia de hidrocarburos en nuestro país, considerando que los contratos que se firman con el gobierno mexicano -la CNH-, incluyen una cláusula arbitral como vía para la resolución de conflictos; sin embargo, al ser analizado por sus abogados, estos advertirían que se prohíbe en los mismos el arbitraje de la cláusula de rescisión administrativa, con la que la CNH tiene la facultad de dar por terminado el contrato y que tal facultad solo puede ser controvertida ante los tribunales nacionales.

Ante una situación tal, un inversionista debe medir el riesgo de su inversión de acuerdo al capital que piensa invertir; al analizar los factores a favor y en contra de una inversión en el país, se dará cuenta que el riesgo es grande, pues no cuenta con la garantía de poder acudir a un tribunal arbitral internacional para enfrentar una posible controversia respecto a una de las cláusulas más inherentes en la relación jurídica, sino que tendrá que acudir a los propios tribunales del Estado en el que entrará en controversia acerca de un derecho que no conoce, con juzgadores nacionales de ese mismo Estado. Considerará que los factores jurídicos con respecto a su inversión no son favorables y dirigirá su inversión a otro Estado.

En tal virtud, la falta de certeza jurídica para los particulares es un factor de disuasión de la inversión de nuestro país hacia otras jurisdicciones, o; en su caso, encarecerá la contratación, y la contraprestación que deba ser pagada al inversionista; por ejemplo, en contratos sobre hidrocarburos, tendrá que ser mayor.

ii. Inoperancia de la cláusula arbitral

Otras de las consecuencias que genera la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, y que a su vez puede ser un factor para considerar a México un país no amigable con el arbitraje internacional, particularmente con respecto a los contratos celebrados con la administración pública, es la inoperancia de la cláusula arbitral que tal prohibición a arbitrar puede generar.

Pudiera suscitarse; por ejemplo, un tema de ilegalidad contractual en el actuar de la CNH dentro del procedimiento de rescisión administrativa, o incluso, para desencadenar dicho procedimiento. También, diversos reclamos en cuestión de pagos pendientes podrían surgir como consecuencia de la terminación del contrato. Ambas situaciones ajenas al fondo de la determinación de rescisión, pero que tienen contacto o implican un análisis de la propia rescisión; sin embargo, el arbitraje no sería opción por tener que ser analizada la rescisión administrativa, lo cual provoca una inevitable inoperancia de la propia cláusula arbitral. La procedencia de diversos reclamos y el derecho a daños y perjuicios una vez realizada la rescisión administrativa tendrían como único camino para resolver en méritos el juicio ordinario administrativo dejando sin efecto práctico la cláusula arbitral.²¹¹

En tal inteligencia, la inoperancia de la cláusula que pretende atraer a los inversionistas, como lo es la cláusula arbitral incluida, entre otros, en los contratos sobre hidrocarburos celebrados con la CNH, tendría el efecto completamente contrario.

²¹¹ Wöss, Herfried, Figueroa, Dante y Cabrera, “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, INARBITRABILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL PAÍS DE ORIGEN – EL CASO COMMISA”..., *cit.*, p. 10.
<https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf> (accesado el 10 de octubre de 2019).

Como ejemplo, se hace referencia nuevamente al caso COMMISA vs PEP, y para ello se citan las partes relevantes:

“TABLA DE CONTENIDO

(...)

III. RECLAMACIONES DE COMMISA

1. Convenio Específico A.

1.1 Órdenes de Cambio.

1.1.1. De las Órdenes de Cambio en General.

1.1.2. Aspectos Comunes de las Órdenes de Cambio Firmadas.

1.1.2.1. Orden de Cambio 37.

1.1.2.2. Orden de Cambio 58.

1.1.2.3. Orden de Cambio 67.

(...)

1.2. De los Conceptos de Pago

(...)

1.3. Cantidades Finales y Montos No Facturados.

(...)

1.4. Materiales, Equipos y Herramientas Excedentes.

2. Convenio Específico B

(...)

3. Convenio Específico C

(...)

4. Costos de Financiamiento de los Convenios Específicos A, B y C.

5. Reclamaciones Generales

5.1 Reclamaciones relativas a Mayor Plazo; a la Rescisión Indebida de los Convenios; a los Intereses Previos y Posteriores al Laudo; a los Gastos y Costas del Arbitraje y la petición para que se declare que PEP No tiene Derecho al Cobro de Penas Convencionales.

(...)²¹²

²¹² Caso ICC 13613/CCO/JRF, *cit.*, pp. 2-4.

Como se advierte de la tabla de contenidos citada, perteneciente al laudo dictado en el caso COMMISA vs. PEP, el tema relativo a la rescisión administrativa del contrato y en general los convenios entre COMMISA y PEP, como una reclamación de COMMISA dentro del procedimiento arbitral, no se hace presente sino hasta el punto número 5.1. Es decir, existen previamente una serie de reclamaciones que expresa COMMISA.

La mayor parte de esas reclamaciones, se originan de trabajos extraordinarios que las partes acordaron en el contrato original que COMMISA realizaría durante la relación, pero que no estaban comprendidos de manera explícita en el trabajo original, por lo que recibiría compensaciones a través de órdenes de cambio.²¹³ A continuación se hace mención de dichas reclamaciones:

III. RECLAMACIONES DE COMMISA

Ha de precisarse que el Tribunal, para el examen y decisión de las diferentes materias litigiosas puestas a su consideración, habrá de describir primero los planteamientos de las partes, plasmados en los distintos memoriales que presentaron, para luego analizar las pruebas allegadas por cada una de ellas, debiéndose puntualizar que el expediente, si bien en este laudo sólo se refería a las que, en cada caso y a su juicio, son eficaces, pertinentes y útiles para resolver los diferendos; finalmente, con base en lo anterior, el Tribunal expondrá sus consideraciones y adoptará la determinación correspondiente.

(...)

1. Convenio específico A.

1.1 Órdenes de Cambio.

1.1.1. De las Órdenes de Cambio en general.

Planteamientos de las partes.

(...)

1.1.2.1 Orden de Cambio 37 (placas de desgaste para tuberías).

(...)

b. Consideraciones del Tribunal

Esta orden de Cambio, se refiere al costo de las placas de desgaste para tuberías. COMMISA reclama por esta Orden de Cambio la cantidad de \$US545,223.69. PEP, con ocasión de la elaboración del Finiquito, liquidó unilateralmente la citada Orden de Cambio, habiendo concluido que adeuda a COMMISA por ese concepto la

²¹³ *Ibidem*, p. 64.

suma de US\$540,599.64, de manera que se presenta una diferencia entre las partes del orden de US\$4,634.05, resultante de una divergencia de criterios en cuanto a la integración de los precios aplicados en la valoración.

(...)

Así las cosas, el Tribunal habrá de declarar en la Parte Resolutiva de este laudo, que PEP adeuda a COMMISA, por concepto de la Orden de Cambio N°37, la suma de US\$545,223.69.

(...)

Durante la relación contractual, PEP y COMMISA acordaron varias órdenes de cambio, entre ellas, la Orden de Cambio 37 citada. Muchas de ellas se encontraban pendientes de pago al momento de la rescisión administrativa, y al concretarse esta y darse por terminado el contrato, PEP debía finiquitar sus deudas con COMMISA, por lo que COMMISA las reclamó en el arbitraje como parte del finiquito correspondiente a la terminación del contrato.

Al respecto, el tribunal arbitral resolvió cuestiones independientes de la rescisión, pero que fueron detonadas por la propia rescisión administrativa, como lo es el saldo de las deudas entre las partes -finiquito-, de las órdenes de cambio liquidadas por PEP.

El reclamo por el pago incompleto de la orden de cambio 37 fue solo una de las cuestiones a las que se avocó a resolver el tribunal de arbitraje, que no tenían relación alguna con la rescisión administrativa, tal y como lo menciona a continuación:

“No debe perderse de vista, además, que los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda arbitral de COMMISA se refieren a numerosísimas actuaciones y omisiones de PEP, distintas por completo al acto de rescisión, de manera que no tienen ninguna relación con lo debatido en el juicio de amparo. En ninguna de esas actuaciones se comportó PEP como autoridad, pues no tenía potestad legal para hacerlo, lo que significa que actuó en forma equivalente a los contratantes particulares, despojado de la investidura de autoridad y sometido al derecho privado....

(...)

...Por lo demás, **las pretensiones y excepciones que habrán de ser resueltas por el Panel que, como se explicó, giran básicamente en torno de incumplimientos**

de prestaciones contractuales y de sus consecuencias jurídicas y económicas, no tienen ninguna relación con las garantías individuales, luego no involucran análisis constitucionales, **ni la aplicación de normas de derecho público**.

(Énfasis añadido)²¹⁴

Como se aprecia, el Tribunal arbitral fue muy claro en especificar que *los hechos en que se fundamentaron las pretensiones de COMMISA se referían a **numerosísimas** actuaciones y omisiones de PEP, con ninguna relación con el acto de rescisión*. Ello, dado que *las pretensiones y excepciones que debía resolver el Panel arbitral, giraban en torno al incumplimiento de prestaciones contractuales y sus consecuencias jurídicas y económicas*. Con ello, la arbitrabilidad de tales actuaciones y omisiones era por demás posible; sin embargo, el arbitraje debe partir inevitablemente de la rescisión administrativa, pues es este el acto que finaliza el contrato y crea la obligación de finiquitar al contratista. De igual forma, fue a través de la rescisión administrativa, que PEP pretendió no hacerse responsable de los actos y omisiones previos.

El tribunal arbitral determinó también lo siguiente con respecto al análisis en sí de la rescisión administrativa:

“...Por tanto, el Laudo Preliminar se encuentra en firme y en él se determinó que el Tribunal Arbitral es competente para definir si la declaratoria de rescisión se ajusta a derecho, así como respecto de sus consecuencias, entre ellas la eventual aplicación de las penas convencionales.”²¹⁵

El tribunal confirmó lo resuelto en su laudo preliminar, respecto de la competencia con la que contaba para analizar la legalidad de la rescisión administrativa, debido a que de ello dependen diversas consecuencias como lo son el correspondiente finiquito, el pago de penas convencionales, las garantías ofrecidas por parte de COMMISA y el pago del trabajo realizado al momento de la determinación de la rescisión, pues es la propia determinación de rescisión la surgió a partir de, y provocó todas aquellas consecuencias; por lo que, siendo inarbitrable la primera,

²¹⁴ *Ibidem*, p. 53.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 53-54.

estas últimas no tendrían posibilidad tampoco de ser presentadas ante un tribunal arbitral, contrario a lo pactado por las partes.

En tal sentido, el tribunal se ocupó en analizar las acciones y omisiones en las que incurrieron las partes, para determinar si la rescisión administrativa se había apegado a derecho, arribando a las siguientes conclusiones:

“El Tribunal considera, con respaldo en las comunicaciones arriba señaladas, así como en los testimonios de los señores..., los cuales no fueron controvertidos ni desvirtuados en el presente proceso, que quedó acreditado que **PEP requería urgentemente y a toda costa que se restablecieran las condiciones de producción, imperantes antes del inicio del periodo de libranza, para el 15 de mayo de 2004, sin atender las advertencias que se le hacían sobre las consecuencias que este hecho pudiera acarrear** -como podrían ser, entre otras, que se viera afectada la seguridad de los empleados, que se retardara la terminación de los sistemas esenciales, o que, incluso, COMMISA no pudiera culminar sus trabajos de acuerdo con el Convenio C, pues era “prioritario para PEP de acuerdo a sus compromisos de producción, que para el día 15 de marzo las instalaciones del IPC-01 deberá de estar restablecidas y produciendo al menos 100 MMPCSD”.

(...)

El Tribunal no tiene razones, ni elementos de juicio, para dudar de la rectitud y honestidad de los aludidos declarantes, ni para considerar que sus manifestaciones estén equivocadas o sean mendaces, pues ninguna prueba se allegó para desvirtuar sus afirmaciones, de manera que siendo claras, plausibles y coincidentes habrá de admitirlas como plena prueba de los acontecimientos ocurridos el 17 de marzo de 2004 y en los días subsiguientes.

(...)

A cambio de pronunciarse sobre los planteamientos del demandante, **PEP, pocos días después, el 29 de marzo, anunció el inicio del procedimiento de rescisión administrativa, apoyándose para ello en el alegado abandono de la obra sin causa justificada y en la negativa de COMMISA a acatar las instrucciones de PEP de reiniciar los trabajos para la conclusión del proyecto.**

(...)

Ha de reafirmarse, en síntesis, que, **dado que el demandado unilateralmente tomó el control de las plataformas a partir del 17 de marzo de 2004 y que, de manera reiterada y deliberada, se negó a devolverle el control y la dirección a COMMISA, e incluso le impidió el acceso a las plataformas, el Tribunal considera que PEP incumplió lo dispuesto en la sección 3.0 del Anexo B-1 al Convenio C, y que por ende, COMMISA tiene derecho a ser resarcida por los daños y perjuicios que resulten probados, y sean consecuencia de dicho incumplimiento.**

(...)

Al tenerse por cumplida la condición a que estaba supeditado el pago, por efecto del incumplimiento de PEP, **COMMISA, tiene derecho a reclamar el valor del**

porcentaje del trabajo ejecutado al amparo del Convenio C, previa deducción de los pagos realizados por el demandado, sin que sea necesario que COMMISA haya terminado la totalidad de la obra.

(...)

Por otra parte, en cuanto a la valoración del perjuicio sufrido por COMMISA, el Tribunal encuentra fundados los razonamientos del dictamen del señor... y considera plausibles sus conclusiones, según las cuales “el porcentaje de trabajo terminado por el demandante fue el 94.2% y porcentualmente esto significa que **a la demandante se le debería haber pagado la suma de US\$131,867,719.04 cuando en realidad la demandada sólo pagó la suma de US\$74,862,590.58, lo que da un saldo impago de US\$57,005,128.46.** No sobra advertir que este trabajo pericial no fue controvertido, ni desvirtuados sus fundamentos ni deducciones.

(...)

Por las razones expuestas, **la suma adeudada por PEP, por concepto de este reclamo, asciende a US\$57,005,128.46** tal como el Tribunal lo puntualizará en la parte resolutive de este laudo.

(Énfasis añadido)²¹⁶

Del análisis realizado, se advierten diversas conclusiones que se exponen a continuación:

Como lo detalla el Tribunal, fue PEP quien decidió apartar y no dejar ingresar al personal de COMMISA a las plataformas, sin importar las consecuencias técnicas que eso implicaba.

Aprovechando tal situación PEP dio inicio al procedimiento de rescisión administrativa, apoyándose para ello en el supuesto abandono de la obra sin causa justificada y en la supuesta negativa de COMMISA a acatar las instrucciones de PEP de reiniciar los trabajos para la conclusión del proyecto.

No obstante, al analizar las pruebas y testimonios del procedimiento, el tribunal arbitral determinó que fueron las acciones unilaterales de PEP las que tuvieron como consecuencia el incumplimiento de los compromisos contractuales.

A raíz de ello, independientemente del inicio del procedimiento de rescisión administrativa, PEP ya había ocasionado daños y perjuicios a COMMISA; es decir, no obstante PEP buscó detonar el procedimiento de rescisión administrativa a partir

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 304-311.

de las acciones que obligó a COMMISA a tomar por medio de su propio incumplimiento, el daño y perjuicio a COMMISA ya había sido perpetrado.

Ahora bien, para arribar a la determinación de dicho daño y perjuicio es evidente que el tribunal arbitral debía dedicarse a analizar también la rescisión administrativa, pues fueron las acciones previas a la misma e independientes del proceso de rescisión administrativa, pero que buscaron ser utilizadas como justificación para comenzarlas, las que le ocasionaron daños y perjuicios a COMMISA.

En conexión con ello, el incumplimiento de PEP tenía como consecuencia el pago a COMMISA del trabajo efectuado al momento en concepto del perjuicio provocado.

Al ser el incumplimiento del contrato por PEP que provocó el propio por parte de COMMISA, la justificación usada por el primero para iniciar el proceso de rescisión administrativa, resulta incuestionable que, para poder determinar el incumplimiento por parte de PEP y los perjuicios provocados a COMMISA, el tribunal arbitral debía analizar también la justificación de la rescisión administrativa, lo que es lo mismo que decir que debía analizarse si tal rescisión se había apegado a derecho.

Era necesario entrar al análisis de la rescisión administrativa, dado que esta se justificó en acciones realizadas por PEP, en nada relacionadas con el proceso de rescisión, y a través de las cuales buscó imputar a COMMISA acciones y omisiones que correspondieran con los supuestos del proceso de rescisión administrativa.

El tribunal arbitral se avocó a analizar las acciones de PEP, previas a la determinación de la rescisión, por lo cual resultaban completamente arbitrables al no ser actos de autoridad -suponiendo sin conceder que la rescisión administrativa fuera un acto de autoridad-; sin embargo, el análisis y determinación respecto de dichas acciones tiene una consecuencia directa en la rescisión, por lo que de haber seguido el criterio de inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, habría implicado la imposibilidad de analizar aquellas acciones previas e independientes del proceso de rescisión, convirtiendo la cláusula arbitral en inoperante. Eso fue precisamente lo que aconteció al declararse la nulidad posterior del laudo, por supuestamente haberse arbitrado un acto de autoridad, violando así el orden público nacional. La

nulidad de dicho laudo también demostró lo inoperante de la cláusula arbitral desde el momento en que el contrato entre PEP y COMMISA fue firmado.

Guardan una relación intrínseca con lo anterior, las consideraciones que el tribunal arbitral expresa, durante el procedimiento arbitral, respecto del finiquito, el cual es el pago que se realiza por el ente administrativo al contratista por los adeudos pendientes, en caso de la determinación de una rescisión administrativa. A continuación, se transcriben tales consideraciones:

“Dentro de esas controversias arbitrables relacionadas con la rescisión, tiene una especial relevancia la de definir si el demandante incumplió o no las prestaciones a su cargo derivadas de los negocios jurídicos (Contrato Original y Convenio C) que celebró con PEP, toda vez que la razón fundamental para la declaratoria de la rescisión administrativa de los mismos es el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, según las veces del artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Por ende, para el análisis de tales incumplimientos tiene amplias atribuciones el Tribunal Arbitral, así como para establecer las secuelas que hayan de desprenderse de la inobservancia de los compromisos contractuales.

(...)

No sobra precisar que **el finiquito, en sí, no constituye una materia adicional de controversia, pues lo que es objeto de disputa son las distintas partidas que en él se incluyen, toda vez que el finiquito consiste en una recapitulación de las reclamaciones de ambas partes, sometidas a este Tribunal, todas las cuales fueron liquidadas por PEP, como consecuencia de la rescisión,** para indicar en ese documento los que a su juicio son los créditos y débitos de cada parte y deducir el saldo pendiente.

(...)

ES INDISCUTIBLE, por ende, que el Tribunal tiene competencia para conocer de todos los elementos y cifras que conforman el contenido del finiquito; luego, no podría alegarse, en sana lógica que, pudiendo conocer del contenido, no tenga competencia para conocer del continente, cuando el finiquito es simplemente el “remate o saldo de una cuenta” o “el remate de las cuentas”.

(Énfasis añadido)²¹⁷

Vale la pena precisar diversos puntos que expresa en esta transcripción el tribunal arbitral.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 43-45.

Tal y como se menciona, el finiquito consiste en el remate o saldo de una cuenta; en el caso del contrato de COMMISA con PEP, el finiquito consistía en la deducción del saldo pendiente de cada parte como consecuencia de la terminación del contrato a raíz de la rescisión administrativa. En tal sentido, el finiquito solo existe en razón de la rescisión del contrato.

Ahora bien, señala el tribunal que el finiquito no constituye una materia adicional de controversia, pues lo que es objeto de disputa son las distintas partidas que en él se incluyen. El finiquito, como menciona, consiste en una recapitulación de las reclamaciones de ambas partes que fueron liquidadas por PEP, como consecuencia de la rescisión.

Ello quiere decir que, si bien el finiquito es consecuencia de la rescisión administrativa, versa sobre reclamaciones distintas a la legalidad o no de dicha rescisión, como lo son los pagos por las órdenes de cambio que COMMISA reclamó por incompletos en el proceso arbitral en comento y que formaban parte del pago de dicho finiquito, por lo cual resultaban arbitrables. Sin embargo, al ser una consecuencia directa de la rescisión administrativa, la consecuencia inevitable es la siguiente:

Al analizarse las cantidades correspondientes a un finiquito originado por la rescisión administrativa de un contrato, como consecuencia de un supuesto incumplimiento por parte de un contratista, el tribunal arbitral tendría que analizar a su vez los hechos de la relación contractual. Ese supuesto incumplimiento podría consistir en uno de los hechos a analizar si el que el contratista lo pide en el arbitraje, considerando que no incumplió el contrato y; por tanto, le corresponde un pago mayor de finiquito por el trabajo realizado. En caso de que el tribunal arbitral determinara que no hubiere existido dicho incumplimiento y que correspondería un saldo a favor del contratista, habría consecuencias forzosamente también sobre la rescisión administrativa, la cual claramente no habría sido decretada con apego a derecho. Sin embargo, dado que el análisis de la justificación de la rescisión administrativa no es arbitrable, de coincidir tal justificación con el análisis de un supuesto incumplimiento para determinar el monto del finiquito -lo cual sí es

arbitrable-, implicaría que, la calificación de los hechos para determinar el monto del finiquito tampoco podrían ser arbitrables, lo que provoca, una vez más, la inoperancia de la cláusula arbitral.

Incluso, en los contratos celebrados con la CNH se prevé la posibilidad de arbitrar los saldos de tal finiquito, tal y como puede apreciarse del Contrato para la Extracción de Hidrocarburos bajo la Modalidad de Producción Compartida, celebrado entre la CNH y ENI México, S. de R.L. de C.V. con fecha 30 de noviembre de 2015 No. CNH-R01-L02-A1/2015 que en la cláusula 22.6 establece lo siguiente: ***“Finiquito.*** *Sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 22.5, a más tardar seis (6) Meses después de la terminación del presente Contrato por cualquier motivo, o en caso que la CNH rescinda el Contrato, las Partes deberán suscribir un finiquito en el cual se harán constar los saldos a favor y en contra respecto de las Contraprestaciones devengadas hasta la fecha de terminación o rescisión del Contrato. Cuando las Partes no lleguen a un acuerdo sobre lo anterior, podrán dirimir sus diferencias en términos de la Cláusula 25.5...”*

Cuando se hace referencia a la cláusula 25.5 se refiere a la posibilidad de arbitrar dicho finiquito; sin embargo, como señalamos, tal supuesta posibilidad de arbitrar, resulta inoperante en la práctica.

Consecuentemente, reclamaciones con respecto al finiquito, penas convencionales, garantías e incluso incumplimientos se encuentran privados de la posibilidad de impugnarse por medio de un arbitraje, ante la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, siempre que para ello sea necesario conocer la legalidad del proceso de rescisión administrativa, lo cual sucederá en la mayoría de las ocasiones, pues cada una de las mencionadas situaciones serán consecuencia o tendrán como consecuencia la rescisión administrativa de un contrato, inclusive cuando el incumplimiento proviene de la propia autoridad, tal y como sucedió en el caso *COMMISA vs. PEP*. Es más difícil pensar en un supuesto en el que realmente pueda arbitrase alguna consecuencia del contrato celebrado con la administración pública, en el que no exista contacto alguno con la cláusula de la rescisión administrativa.

Como estudiamos en el numeral 1, inciso ii del presente capítulo, el laudo correspondiente al caso COMMISA vs PEP fue anulado posteriormente al considerarse que se resolvieron situaciones que competían a los tribunales federales como lo es la rescisión administrativa, sin tomar en cuenta que los reclamos de COMMISA eran independientes a tal acción y habían sido, ya sea previos a, o detonados por la rescisión, transformando en inoperante la cláusula arbitral pactada entre PEP y COMMISA desde el inicio de su relación contractual.

Lo anterior es aún más latente si se toma en cuenta la sentencia del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ya citada anteriormente, al amparar a PEP:

“En consecuencia, es indudable que el tribunal arbitral, la autoridad responsable y por último la Juez de Distrito que resolvió en primera instancia el amparo no entendieron que la recurrente al decretar la rescisión administrativa no lo hizo como particular sino como autoridad, **por lo que si la resolución del panel arbitral, se pronunció sobre un tema o materia inarbitrable** como era la anulación, revocación o modificación del acto de autoridad desplegado por la quejosa en ejercicio de sus atribuciones públicas y de sus sustento, **aun cuando esas consecuencias derivaran de un estudio paralelo efectuado por el panel arbitral, cuando eso no era posible ni aun de esa forma, ya que estaría en juego una materia de orden público** que no puede ser decidida por un panel dirigido a resolver problemas entre particulares.

Luego, el tribunal arbitral, al haber resuelto en esencia que la ahora recurrente había sido quien impidió a la contratista el cumplimiento del contrato, al haber tomado posesión de la plataforma en construcción, así como que la recurrente incurrió en diversos incumplimientos que se reflejaron en atrasos en la obra, que por esos motivos no era ajustada a derecho la rescisión que había decretado y que por tanto, tampoco podía reclamar las penas convencionales que había decretado en el oficio rescisorio; cuestiones que son evidentemente de orden público, ya que se emitieron con el fin de salvaguardar los recursos económicos nacionales, así como resarcir el equilibrio ante el incumplimiento de la obra pública y **esto conlleva a que la decisión del tribunal arbitral estuvo indirectamente encaminada a analizar la legalidad o ilegalidad de la rescisión administrativa decretada por la hoy inconforme... todo ello se traduce que aun indirectamente se trastocó el acto de autoridad que ya había decidido esas cuestiones...**

(Énfasis añadido)²¹⁸

De lo anterior transcrito, se advierte que el Tribunal Colegiado estimó que aun cuando el tribunal arbitral realizó un estudio paralelo, que como observamos, consistió en cuestiones que, si bien tenían contacto con la rescisión administrativa,

²¹⁸ Amparo en revisión 358/2010, *cit.*, pp. 417-421.

en esencia eran *independientes* a esta, tampoco era posible que fueran estudiadas pues se pondría en juego una materia de orden público. Señala entonces, que la decisión del tribunal arbitral se encaminaba a analizar la legalidad de la rescisión, sin importar que solo se entró en contacto con el acto de rescisión de manera *indirecta*.

El Tribunal concluyó que sin obstar que las materias de estudio en un arbitraje sean independientes a un acto de autoridad, como fue considerado en ese caso el de la rescisión administrativa, si estas guardan alguna relación con ella, tampoco serán arbitrables. De tal manera que resulta palpable y evidente la inoperancia que tiene la cláusula arbitral en los contratos celebrados con órganos administrativos, cuando existe en estos la cláusula de la rescisión administrativa.

El hecho que se mantenga la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, tiene como consecuencia que no puedan ser analizadas por un tribunal arbitral las cuestiones que, si bien son independientes a esta y por tanto son cuestiones arbitrables al no existir prohibición legal o contractual para ello, se originan ya sea a partir de la rescisión administrativa o previas a esta, por lo que solo pueden ser juzgadas por un tribunal federal al tener algún contacto con la rescisión administrativa.

En conclusión, sin importar que cuestiones previas o posteriores e independientes a la rescisión administrativa puedan ser arbitrables legalmente, resultan inarbitrables *de facto*, convirtiendo así en inoperante la cláusula arbitral.

iii. Conflictos económicos

Las consideraciones anteriores, generan por sí mismas conflictos económicos en nuestro país debido a la disminución de inversión privada, la cual, a su vez, genera empleos y activa la economía. De la misma manera, convierte en más onerosa la contratación con particulares por parte del gobierno, pues las primas de riesgo son mayores, al igual que las contraprestaciones.

Un tema más, es el doble gasto que implican controversias como la de COMMISA vs PEP, en donde el gobierno mexicano se vio obligado a comparecer en dos

jurisdicciones distintas, la nacional y la arbitral, lo cual representa un gasto importante en cada una de ellas, y que, si bien consiguió una resolución a favor, la incorrecta aplicación de la ley provocó que COMMISA obtuviera la ejecución de un laudo inmenso -de más de 300 millones de dólares- en territorio norteamericano.

En fin, son diversas las consecuencias que provoca la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, las cuales son todas negativas.

4. La arbitrabilidad con respecto a PEMEX y la CFE tras la Reforma Energética

La reforma energética de 2013 arrojó un resultado positivo con respecto a la arbitrabilidad de los contratos que se celebran con las antes empresas paraestatales PEMEX y la CFE -aun cuando el criterio con respecto esta última ya había evolucionado, no obstante ser un organismo público descentralizado-.

La reforma en comento transformó la naturaleza jurídica de ambas empresas, de organismos descentralizados a empresas productivas del Estado; es decir, ahora están constituidas como sociedades de propiedad exclusiva del Gobierno Federal.

Cabe mencionar que ambas continúan regidas por el derecho administrativo por lo que respecta a su organización, estructura y funciones; sin embargo, las relaciones contractuales en las que participan, ahora se encuentran, tal y como lo establecen sus respectivas leyes orgánicas, bajo el imperio del derecho mercantil, lo que permite la sumisión a cláusulas arbitrales sin limitaciones, a diferencia del criterio prevaleciente concerniente a la rescisión administrativa en el resto de la contratación pública.

Es relevante indicar lo anterior, ya que una disposición como tal establecida en ley, ofrece certeza jurídica con respecto a la manera de impugnar un contrato en el que participen tales empresas, sin importar que pertenezcan al Estado.

Por otro lado, no debemos olvidar, que aun cuando las empresas productivas del Estado se conforman de manera similar a una sociedad mercantil, siguen siendo propiedad del Estado Mexicano y pueden seguir cumpliendo con labores de servicio público, como sucede, al menos, en el caso de la CFE, al cumplir con el servicio

público de suministro de energía eléctrica. Esto es, sin obstar que sigan cumpliendo con funciones que le corresponden al Estado, se permite que las relaciones contractuales que entablen con particulares se rijan por el derecho mercantil, y no así bajo el derecho administrativo, al considerar que sus actos dentro de tales relaciones no son actos de autoridad.

Incluso, el texto legal que rige el funcionamiento de las empresas productivas del Estado prevé lo siguiente en cuanto a su Administración:

“Artículo 15.- El Consejo de Administración estará integrado por diez consejeros, conforme a lo siguiente:

I. El titular de la Secretaría de Energía, quien lo presidirá y tendrá voto de calidad y el titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

II. Tres consejeros del Gobierno Federal designados por el Ejecutivo Federal, y

III. Cinco consejeros independientes, designados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República, quienes ejercerán sus funciones de tiempo parcial y no tendrán el carácter de servidores públicos.

(Énfasis añadido)”²¹⁹

Como podemos observar, las empresas analizadas deben contar con un Consejo de Administración, el cual será presidido por el Secretario de Energía, *quien tendrá voto de calidad* y conformado también por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, además de tres consejeros más pertenecientes al Gobierno Federal y otros cinco designados por el mismo gobierno; estos últimos, siendo los *únicos* que no contarán con el carácter de servidores públicos.

Es indudable que las empresas productivas del Estado continúan bajo el imperio de la Administración Pública Centralizada, pues su administración y funcionamiento depende de los titulares de la Secretaría de Energía y de Hacienda y Crédito Público, pero ello no es obstáculo para que sus relaciones contractuales puedan regirse por el derecho mercantil. De manera por demás contradictoria, aquellas relaciones en las que funge como contratante la CNH, Órgano Regulador

²¹⁹ El citado artículo corresponde a la Ley de Petróleos Mexicanos; la Ley de la CFE menciona lo mismo en su artículo 14.

Coordinado en Materia Energética, sí encuentra restricciones en el derecho administrativo.

Consideramos que aparece insuficiente la argumentación que busca identificar ciertas actuaciones contractuales de la CNH como actos de autoridad -la rescisión administrativa-, cuando se permite la actuación sin limitaciones del derecho administrativo de PEMEX y la CFE dentro del derecho mercantil para con sus contrapartes en sus relaciones jurídicas. En el primer caso, se incluyen restricciones en la contratación bajo el impero del derecho administrativo y; en el segundo, se otorga plena libertad en la contratación bajo el impero del derecho mercantil.

Con ello, surge inevitablemente la cuestión de por qué no seguir el mismo criterio con el resto de la contratación estatal si tomamos en consideración que, al igual que los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, las empresas productivas del Estado se encuentran bajo el control de la Administración Pública Centralizada.

En ambos casos se utiliza dinero público para el cumplimiento de sus funciones, en ambos casos podría argumentarse que existe un interés público en el cumplimiento de los contratos, en ambos casos participan entes pertenecientes al Estado e individuos que en otras circunstancias fungen como servidores públicos; incluso, solo en el caso de la CFE queda de por medio el cumplimiento de un servicio público que satisface necesidades de carácter general de manera directa. En consecuencia, estimamos inoperantes los argumentos que pretenden colocar las actuaciones de los entes administrativos -en este caso la CNH-, por encima de las actuaciones de sus contrapartes en contrataciones con entes privados, buscando proteger las primeras bajo instituciones de derecho administrativo o caracterizándolas como actos de autoridad, de las cuales, su arbitrabilidad, violaría supuestamente el orden público, el interés general o el interés público.

Si bien la precisión referente al derecho mercantil incluida en las respectivas leyes de la CFE y PEMEX clarifica la vía adecuada de impugnación, de conformidad con lo estudiado en la presente tesis, desde antes de la propia Reforma Energética, la naturaleza contractual de las disposiciones contenidas en los contratos celebrados

con la CFE estaba claramente establecida en la multicitada jurisprudencia de la SCJN número 2a./J. 156/2017 (10a.), que determinó la existencia de una relación de coordinación entre las partes al celebrarse un contrato con la CFE -en ese entonces un organismo público descentralizado-, y no así un contrato administrativo con régimen exorbitante, en donde los actos del ente administrativo podrían considerarse de autoridad de acuerdo con la teoría francesa, como fue determinado en el caso *COMMISA vs. PEP* -filial de PEMEX, también organismo público descentralizado en aquel entonces -.

Por último, vale la pena citar el artículo 80 de la Ley de Petróleos Mexicanos, idéntico al artículo 82 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, que a la letra señala:

Artículo 80.- Todos los actos que se desarrollen dentro del procedimiento de contratación que se regula en el presente Capítulo, hasta el momento del fallo, inclusive, serán de naturaleza administrativa.

Una vez firmado el contrato, éste y todos los actos o aspectos que deriven del mismo serán de naturaleza privada y se regirán por la legislación mercantil o común aplicable.

(Énfasis añadido)

Como se observa del artículo anterior, se indica claramente que la ley administrativa sigue regulando el actuar de las empresas productivas del Estado en todo momento, hasta la firma del contrato, a partir de la cual los actos que emanen del mismo corresponderán a la legislación mercantil o común aplicable.

Con este paso, el derecho mexicano se aleja de una teoría francesa defectuosamente adoptada, hacia un camino de mayor certeza y seguridad jurídica, sin dejar de lado el poder del Estado y los límites que deben imponerse a los particulares.

5. El panorama internacional y el conflicto ante la reciente adhesión al CIADI

A la par de los problemas jurídicos y económicos nacionales que genera la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, debemos fijar nuestra atención en el

panorama internacional y los efectos que puede tener en este una prohibición a arbitrar como tal.

El 26 de agosto de 2018²²⁰ entró en vigor en nuestro país el acuerdo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), perteneciente al Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). Después de años de mantenerse al margen, esta adhesión conlleva consecuencias jurídicas muy importantes para nuestro país, y muy particularmente en el tema que nos ocupa, la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.

i. ¿Qué es el CIADI?

El CIADI es un órgano del Banco Mundial, el cual surgió a raíz de la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad de financiar la reconstrucción de los países afectados a consecuencia de la guerra. Más tarde, se convertiría además en un instrumento de fomento al desarrollo económico.

Al respecto, el artículo I del Convenio Constitutivo del Banco Mundial establece como su objeto, “la promoción del desarrollo económico mediante el estímulo de empresas privadas productivas en los países miembros... de tal manera que se complementen las actividades del Banco...”.²²¹ Dicho estímulo, se traduce en las siguientes acciones por parte la Corporación -como es llamado en el Convenio-:

- “i) ayudará, asociada a **inversionistas privados**, al financiamiento de la organización, mejoramiento y expansión de empresas privadas productivas que contribuyan al **desarrollo de los países miembros mediante inversiones**, sin la garantía de pago del Gobierno miembro en cuestión, en los casos en que no se encuentre suficiente capital privado disponible en condiciones razonables;
- ii) tratará de **relacionar las oportunidades de inversión**, el capital privado local y extranjero, y la experiencia administrativa, y
- iii) tratará de estimular y de ayudar a la creación de condiciones que favorezcan el flujo de capital privado, local y extranjero, **hacia una inversión productiva en los**

²²⁰ CIADI, *Base de datos de Estados Miembros del CIADI*.

<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (accesado el 26 de julio de 2019).

²²¹ Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Desarrollo y Fomento

https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/554ee780484cbaee9f6abf5f4fc3f18b/Articles_of_Agreement_spanish.pdf?MOD=AJPERES (accesado el 8 de marzo de 2019).

países miembros.

(Énfasis añadido)²²²

De acuerdo a su propio objeto, el Banco Mundial promueve las inversiones de capital con el objeto de aportar al desarrollo económico de los países miembros.

Tal fin consistió en un problema en los inicios del Banco, ya que son variadas las causas por las que un Estado en particular puede no encontrarse en las condiciones de estabilidad idóneas para que inversionistas extranjeros decidan invertir su capital. Ello tiene como consecuencia que al no tener una garantía ante el Estado en que se pretendía invertir, los inversionistas fueran renuentes a transferir su capital.

En consideración de lo anterior, fue que surgió el CIADI, creado a través de la Convención que crea el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión que entró en vigor el 14 de octubre de 1966, como un foro neutro que brinda a los inversionistas extranjeros la posibilidad de defender sus inversiones ante el Estado sede. El CIADI se encuentra ubicado en Washington, D.C., en el Banco Mundial.²²³

ii. El arbitraje en el CIADI

Como toda institución arbitral el CIADI tiene reglas específicas tanto para la administración del arbitraje, como para definir su competencia ante una controversia.

La jurisdicción y competencia del CIADI se encuentra determinada en los artículos 25, 26 y 27²²⁴ del acuerdo que lo constituye. Vale la pena citarlos para conocer el enfoque que contienen.

“Artículo 25

²²² *Ídem.*

²²³ González de Cossío, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009, p. 33.

²²⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_Spanish-final.pdf (accesado el 20 de julio de 2019).

(1) **La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.** El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(...)

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio **o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción.** El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, **salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.**

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”

(Énfasis añadido)

De lo que hemos citado podemos obtener las siguientes conclusiones con respecto a la jurisdicción del CIADI.

Por parte del artículo 25, se señala que el arbitraje administrado por el CIADI vinculará a todas aquellas controversias que surjan de una relación jurídica que implique una inversión, entre un Estado parte y un nacional de un Estado distinto, siempre y cuando tal situación se hubiere acordado por escrito; es decir, mediante un contrato arbitral o un tratado internacional.

Así, nuestro país quedará vinculado a acudir a un arbitraje administrado por el CIADI que resuelva las controversias de las que sea parte, cuando acuerde la resolución de estas en una relación contractual o convencional.

También se establece que en cualquier momento se podrá notificar al CIADI de la clase de diferencias que se podrían someter ante este a arbitraje.

Ello quiere decir que, para prohibir el sometimiento de cierto tipo de controversias ante el CIADI, deberá hacerse una notificación a este último; México, hasta el momento, no ha realizado ninguna notificación al respecto.

Posteriormente; el artículo 26 indica que tal consentimiento por escrito excluye cualquier otra vía de impugnación para la controversia que haya surgido con motivo de la inversión. Sin embargo, prevé la posibilidad de acudir previamente a las vías nacionales del Estado en cuestión, si así se acuerda.

En consecuencia, el arbitraje ante el CIADI es la última instancia para resolver una controversia derivada de una inversión.

Por otro lado, el artículo 27 clarifica que solo se podrá recurrir a protección diplomática o vía internacionales cuando un Estado no haya acatado un laudo. A *contrario sensu*, de existir un incumplimiento por parte de un Estado, se podrá acudir a instancias internacionales o a la protección diplomática del Estado al que el inversionista pertenezca, para ejecutar el laudo emitido.

Con respecto a las causas de anulación de los laudos, el acuerdo del CIADI prevé lo siguiente:

“Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;**
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;**
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;**
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o**
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.**

(...)

(Énfasis añadido)

Tal y como se aprecia de la anterior transcripción, no hay mención al orden público o la inarbitrabilidad como causales para la anulación de un laudo; ello se debe a la posibilidad que se le otorga a los Estados para notificar al CIADI de las materias que pretenden no sean arbitrables ante tal órgano. Quiere decir que, una vez dictado el laudo, de no solicitarse su anulación en razón de alguna de las circunstancias enlistadas, el laudo será obligatorio y ejecutable.

Tomando en cuenta las disposiciones anteriores, procede analizar el problema que implica la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa ante un arbitraje administrado por el CIADI.

iii. El problema ante la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa

En contratos como aquellos relativos a los hidrocarburos que examinamos a lo largo de la presente tesis, se incluye, como hemos visto, una cláusula relativa a la solución de controversias vía arbitraje, el cual se debe conducir de acuerdo al Reglamento de la CNUDMI y la administración de la Corte Internacional de Arbitraje. Ello, tomando en cuenta que hasta agosto de 2018 México no formaba parte del Convenio del CIADI.

A partir de su entrada en vigor, es de esperarse que los próximos contratos que pretendan la inversión privada extranjera en nuestro país en diversos ámbitos, no solo en materia de hidrocarburos, modifiquen tales cláusulas con la intención de someter las controversias en materia de inversión extranjera ante el CIADI.

Lo anterior se robustece tomando en cuenta tanto lo previsto en el mismo Convenio del CIADI, como las propias declaraciones e imagen del gobierno mexicano.

Al respecto, el Convenio del CIADI señala lo siguiente en su preámbulo²²⁵:

²²⁵ DECRETO Promulgatorio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en la ciudad de Washington, D.C., el dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5535849&fecha=24/08/2018 (accesado el 27 de julio de 2019).

“Los Estados Contratantes

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

Reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, **en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;**

Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias;

Deseando crear tales medios bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento;

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;

Han acordado lo siguiente:

(...)

(Énfasis añadido)

El preámbulo citado marca los siguientes objetivos e intenciones con respecto a la cooperación internacional y la intención de arbitrar internacionalmente:

- Necesidad de cooperación internacional para el desarrollo económico.
- Reconocer que los medios internacionales de arreglo pueden ser apropiados para la solución de diferencias en materia de inversión extranjera.
- Importancia de la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales.
- El deseo de crear tales medios bajo la administración del Banco Mundial y; por ende, del CIADI.

Tales reconocimientos se realizan por cada uno de los Estados partes, pues desde el momento de su ratificación, están vinculados a ellos; no tienen que formar parte del articulado para ser vinculantes.

Se reconoce, por supuesto, que la redacción del preámbulo no implica obligaciones en sí para los Estados Contratantes, pero sí indica la intención de alcanzar un ambiente de cooperación internacional que permita el crecimiento económico en conjunto mediante la facilitación de inversiones extranjeras. México, al ratificar tal Convenio, ha declarado internacionalmente la misma intención, lo cual es de celebrarse.

El gobierno mexicano ha mostrado también en otros foros la intención de proyectar a México como un país seguro para la inversión, que abraza métodos progresistas de resolución de controversias:

“La firma de este instrumento robustecerá la posición de México como un país seguro, confiable y atractivo para las inversiones, que protege y promueve la inversión extranjera, otorgando así mayor certidumbre jurídica a los inversionistas nacionales en el exterior y a los extranjeros en nuestro país.”²²⁶

Así, se ha afirmado tanto local, como internacionalmente la intención de nuestro país de acudir al CIADI en caso de controversias relativas a inversión extranjera.

a. Las Leyes nacionales frente al Convenio CIADI

Comentamos previamente que el Convenio del CIADI prevé que, para excluir materias del arbitraje del mismo, debe notificársele de tal intención.

Ante ello, podemos imaginar la situación en la que se firma un Contrato de Producción Compartida para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos entre la CNH y un inversionista extranjero, en el que existe la posibilidad de la rescisión administrativa por parte de la CNH, en el que en la cláusula de solución de controversias dirija a un arbitraje administrado por el CIADI; todo ello tomando en

²²⁶ Secretaría de Gobernación, *México firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y de Otros Estados* <https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-firma-el-convenio-sobre-arreglo-de-diferencias-relativas-a-inversiones-entre-estados-nacionales-y-de-otros-estados?idiom=es>.

cuenta que al momento el gobierno mexicano no ha notificado de alguna reserva con respecto a las materias arbitrables.

De surgir una controversia con respecto a la legalidad de la rescisión administrativa, el contratista extranjero estaría en todo derecho de arbitrar la legalidad de la rescisión administrativa ante un tribunal del CIADI. Ello, sin importar que al momento de la solicitud de arbitraje el gobierno de México pretendiera notificar al CIADI de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.

Tal situación se ha presentado en los casos *Alcoa Minerals of Jamaica vs. Jamaica*²²⁷, *Kaiser Bauxite Company vs. Jamaica*²²⁸, *Reynolds Jamaica Mines Ltd. y Reynolds Metal Company vs. Jamaica*²²⁹, en los cuales se rechazó la objeción a la jurisdicción del CIADI considerando que la notificación realizada con la intención de no someter diferencias en materia de inversiones sobre minerales y otros recursos naturales no podía considerarse como una retirada del consentimiento otorgado con anterioridad en sus compromisos contractuales.²³⁰

El hecho de que la inarbitrabilidad se encuentre establecida en la ley y en el propio contrato, no sería suficiente para impugnar la jurisdicción del CIADI en la controversia, pues de acuerdo a la jerarquía normativa que mandata el artículo 133 constitucional y a su interpretación jurisprudencial, los compromisos internacionales se encuentran jerárquicamente por encima de las Leyes Generales.

México no podría negarse a la ejecución de aquellos laudos que decidieran sobre la legalidad de la rescisión administrativa; inclusive, negar dicha ejecución, o buscar la anulación de tales laudos podría acarrear consecuencias, como una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) por incumplimiento de compromisos internacionales, por parte del Estado al cual el inversionista pertenezca,

²²⁷ Caso CIADI N° ARB/74/2 *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica* (citado en: Pérez Pacheco, Yaitza, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, Cuadernos de Derecho Transnacional, *Revistas UC3M*, Madrid, v. 4, núm. 1, marzo 2012, p. 326. (<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download>).

²²⁸ Caso CIADI N° ARB/74/3 *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica* (citado en: *Ibidem*, p. 326.).

²²⁹ Caso CIADI N° ARB/74/4 *Reynolds Jamaica Mines Limited y Reynolds Metals Company v. Jamaica* (citado en *Ídem*).

²³⁰ *Ídem*.

considerando que México ha declarado la jurisdicción obligatoria de la CIJ²³¹ de conformidad con el artículo 36, párrafo 2²³², del estatuto de la misma. Suponiendo, por supuesto, que dicho Estado también hubiere hecho la misma declaración.

Frente a tales complicaciones, una salida a ello sería no incluir en los contratos alguna mención al arbitraje administrado por el CIADI; otra más sería enviar al CIADI una notificación indicando que la rescisión administrativa es inarbitrable.

Si bien tales salidas evitarían los problemas indicados, de utilizarse, de nada habría servido el esfuerzo para ratificar tal instrumento; las declaraciones, el mensaje y la imagen proyectada de confianza al inversionista al extranjero se perdería de la misma manera.

b. Para analizar otros reclamos se entra en contacto con la rescisión.

Al igual que el problema que describimos en el numeral 2, sección iii, del presente capítulo, existe la posibilidad de que la controversia a arbitrar verse sobre materias independientes, pero originadas por o detonantes de una rescisión administrativa.

A diferencia de la ya relatada inoperancia de la cláusula arbitral que se originaría debido a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa en los contratos sobre hidrocarburos celebrados con la CNH, en donde la cláusula arbitral hace referencia al Reglamento de la CNUDMI en un arbitraje administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, en el cual no se vincula con ningún tratado internacional *per se*, en este caso estaría haciendo referencia a un arbitraje administrado por el CIADI, bajo su reglamento y las obligaciones que este impone. Por lo que no habría manera, ni de evitar el estudio de la rescisión administrativa, ni de incumplir el laudo en caso de resultar ilegal esta, bajo riesgo de una denuncia ante la CIJ.

²³¹ Corte Internacional de Justicia, *Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory* <https://www.icj-cij.org/en/declarations> (accesado el 27 de julio de 2019).

²³² “Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre... b. cualquier cuestión de derecho internacional;”.

Esto último representaría a su vez un problema más: un claro tema de injusticia para los inversionistas mexicanos.

Efectivamente, el hecho que, por medio de la vía de un tratado internacional, los inversionistas extranjeros tengan la posibilidad de arbitrar materias que se consideran inarbitrables en México, como lo es la rescisión administrativa, implica una situación de discriminación al inversionista mexicano que no puede acudir a tal protección convencional y que en México solo puede acudir a las instancias administrativas.

Al respecto, existe un precedente que se le asemeja, que le resta validez al argumento de una supuesta violación del orden público al arbitrar un supuesto acto de autoridad como la rescisión administrativa.

En un arbitraje sostenido entre GEMPLUS S.A., SLP S.A. y GEMPLUS INDUSTRIAL, S.A. DE C.V. (en conjunto GEMPLUS), empresas francesas, TALSUD, S.A., empresa argentina y Los Estados Unidos Mexicanos²³³, bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el gobierno mexicano se vio obligado a pagar montos totales de \$340,000,000.00 (trescientos cuarenta millones de pesos 00/100) o en forma alternativa, por el monto de \$222,000,000.00 (doscientos veintidós millones de pesos 00/100), por concepto de daños y perjuicios a raíz de la revocación de un contrato de concesión firmado por el gobierno de México con Concesionaria RENAVE, S.A. de C.V.

En el caso en comento, las empresas del grupo GEMPLUS y TALSUD, no eran parte en el contrato de concesión firmado por la empresa Concesionaria RENAVE, S.A. de C.V.; sin embargo, ambas eran accionistas de la misma, lo que implica ya una inversión en territorio mexicano. Cabe mencionar que tanto Argentina, como Francia cuentan con sendos tratados bilaterales de inversión; que, entre otras cosas, prevén la posibilidad de acudir ante el CIADI en caso de cualquier controversia; por lo que, derivado de la revocación de la concesión, acudieron al

²³³ Procesos arbitrales unidos, CASOS CIADI Nos. ARB (AF)/04/3 Y ARB (AF)/04/4.

CIADI a solicitar un arbitraje en contra del actuar de la autoridad mexicana, con lo que consiguieron un laudo condenando al pago de las cantidades relatadas.

Por otro lado, Concesionaria RENAVE se vio obligada a impugnar la revocación de la concesión y la correspondiente rescisión administrativa del contrato por medio de los tribunales federales administrativos mexicanos -el Tribunal Federal de Justicia Administrativa-, al ser una empresa nacional, sin posibilidad de acudir a un arbitraje nacional por impugnar un supuesto acto de autoridad, en donde perdió todos y cada uno de los juicios, arribando incluso a la revisión en amparo directo; a diferencia de las empresas extranjeras que obtuvieron una condena a favor por medio de la vía arbitral. Incluso, Concesionaria RENAVE buscó ofrecer como prueba superveniente el laudo emitido en favor de las empresas extranjeras, el cual fue desechado bajo el argumento de que era “*una cuestión jurídica totalmente ajena a la litis*”.²³⁴

A raíz del precedente citado, surgen todavía más complicaciones con respecto a la discriminación que implica para los inversionistas mexicanos, pues no solo un contrato de hidrocarburos en donde la cláusula haga referencia al Convenio del CIADI podría ofrecer tal situación, sino que, como se aprecia del precedente, en virtud de un tratado bilateral de inversión, que vincule al Estado Mexicano desde su firma a acudir al CIADI, podrían analizarse las consecuencias de la rescisión administrativa y; como tal, emitirse un laudo con base en su ilegalidad, condenando a México al pago de lo correspondiente, beneficio al cual los mexicanos no podrían acudir, debido a la prohibición legal y contractual que se encuentra vigente para arbitrar la rescisión administrativa.

6. Ventajas de un criterio distinto

Con base en lo analizado a lo largo de este trabajo, se considera que es necesario un cambio de criterio que permita la arbitrabilidad de la rescisión administrativa; esto tendría una serie de consecuencias benéficas para nuestro país.

i. Ambiente confiable para la inversión

²³⁴ Recurso de Reclamación 860/2014 derivado del Amparo Directo en Revisión 3709/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de noviembre de 2014, p. 30.

Es evidente que el Estado no siempre cuenta con los recursos necesarios para emprender acciones con respecto a las obligaciones que le corresponden frente a la Nación. En ocasiones la falta de desarrollo tecnológico o de recursos monetarios impiden que se alcancen los objetivos pretendidos; en tal sentido, la asistencia de la inversión privada es necesaria como un apoyo al propio Estado para alcanzar tales objetivos y realizar dichas acciones.

La inversión privada puede provenir tanto de empresas o individuos nacionales como de extranjeros, que invierten su dinero y recursos con la intención de obtener una utilidad.

Una empresa siempre está consciente del riesgo que representa un negocio, aun cuando tal negocio se realice a través de una relación jurídica con el gobierno de un determinado Estado; por lo cual, siempre buscará aquellos negocios y relaciones comerciales que le proporcionen un menor riesgo y una mayor posibilidad de obtener una utilidad. Este es un razonamiento básico en cualquier inversión.

El mismo razonamiento se efectúa cuando inversionistas tanto nacionales como extranjeros pretenden destinar sus recursos a una inversión en nuestro país, como; por ejemplo, la inversión que se necesita en los contratos sobre hidrocarburos.

Son muchos los factores que deben tomarse en cuenta para decidir si se debe o no invertir en algún prospecto de negocio, y muchos de ellos suelen quedar fuera de las manos del gobierno de un país, al menos al corto plazo, como pueden ser los fenómenos naturales, la seguridad pública, las crisis económicas, etc.; sin embargo, hay factores que pueden ser atendidos al corto plazo y que guardan gran relevancia para las inversiones: los mecanismos jurídicos. Por ello, los inversionistas buscan mecanismos jurídicos que les permitan disminuir los riesgos y garantizar de cierta manera su inversión y; a partir de ello, decidir si es o no prudente realizar una inversión en un país como México.

El arbitraje a nivel internacional ha demostrado ser un mecanismo de resolución de controversias confiable y eficaz, que permite un enfrentamiento entre partes hasta cierto punto amigable y que procura la continuación de la relación comercial.²³⁵

Tal y como tratamos en el primer capítulo de la presente tesis, el arbitraje ofrece una serie de ventajas frente a los mecanismos judiciales, en cuanto a la celeridad, eficacia, especialización y neutralidad en el procedimiento.

Mientras en los tribunales nacionales un expediente puede demorarse años por razón tanto de la presentación de recursos y amparos, como también por el congestionamiento administrativo que existe en los tribunales nacionales, en los cuales rara vez se respetan los tiempos previstos en ley para; por ejemplo, la simple admisión o notificación de un expediente, los arbitrajes suelen resolverse más rápidamente; no son apelables -en su generalidad- y las instituciones arbitrales no tienen el problema de congestionamiento mencionado, además de los determinados tiempos que tienen establecidos para emitir sus laudos.

En un arbitraje, las partes pueden escoger a sus árbitros, tomando en cuenta su experiencia en el ámbito de la relación contractual, como, por ejemplo, expertos en materia de hidrocarburos en el caso de los contratos con la CNH. Por otra parte, en el proceso judicial las partes tendrían que conformarse con el juez o magistrado en turno, que, muy probablemente no cuente con los conocimientos técnicos al respecto.

Asimismo, la posibilidad de elegir una sede neutral, que no corresponda a ninguno de los Estados involucrados y la elección de un árbitro por cada una de las partes ofrece un mayor ambiente de confianza, frente al miembro del Poder Judicial de la Federación o incluso un magistrado del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que corresponde precisamente a la administración pública del Estado. Con ello no se pretende señalar que no existe imparcialidad en nuestros juzgadores, sino

²³⁵ Weinstein, Roy, Edes, Cullen, Hale, Joe y Pearsall, Nels, “Efficiency and Economic Benefits of Dispute Resolution through Arbitration Compared with U.S. District Court Proceedings”, *Microeconomics Economic Research and Consulting*, microeconomics, marzo de 2017, pp. 24-25.

subrayar que la imagen más confiable desde la perspectiva de un inversionista es la que ofrece el arbitraje.

Si bien el arbitraje no es gratuito, por el contrario, sus costos suelen ser altos, especialmente en arbitrajes internacionales, la celeridad del procedimiento con respecto al litigio jurisdiccional puede representar igual o menores costos. Ello, considerando que el procedimiento jurisdiccional puede alargarse por años, como sucedió en el caso *COMMISA vs PEP*, en donde el procedimiento duró aproximadamente 3 años en los tribunales nacionales -2004 a 2007-, pero no fue hasta 2016 que *COMMISA* pudo ejecutar el laudo anulado en México, en el cual una de las bases para su ejecución en los Estados Unidos fue precisamente la excesiva cantidad de tiempo que *COMMISA* había esperado ya y la que hubiera tenido que esperar de llevar el caso en tribunales nacionales únicamente.²³⁶

Para crear un ambiente legal favorable para la inversión, la ley nacional debe permitir la mayor autonomía contractual posible para determinar los procedimientos y términos de los arbitrajes que resolverán las controversias.²³⁷

México ha venido adoptando mecanismos jurídicos como el arbitraje internacional para la resolución de controversias en contratos celebrados con entes privados; sin embargo, ha mantenido la prohibición a arbitrar de la rescisión administrativa.

Como tratamos en la sección correspondiente, la rescisión administrativa es un aspecto contractual de suma importancia, pues puede determinar la terminación del contrato por parte del ente administrativo, en este caso, por parte de la CNH, y; con ello, una diversidad de reclamos independientes a dicha rescisión.

El mantener su inarbitrabilidad genera desconfianza hacia el inversionista para dirigir sus recursos monetarios a nuestro país; por otro lado, permitir su arbitraje, sería un factor jurídico que generaría un ambiente confiable y daría certeza a los inversionistas tanto mexicanos, como extranjeros, propiciando la inversión en

²³⁶ *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, 962 F. Supp. 2d 642 (S.D.N.Y. 2013).

²³⁷ McConnaughay, Philip, “The Role of Arbitration in Economic Development and the Creation of Transnational Legal Principles”, *Peking University Transnational Law Review*, v. 1, I. 1, 2013, pp. 14-16.

México. Ello, al percibirse la intención del gobierno mexicano de mantener la injerencia de las cortes nacionales fuera del ámbito del arbitraje, respetando así, el principio pro arbitraje y la elección contractual de las partes del mecanismo de solución de controversias.

“Como regla general, (i) entre más confianza exista en que las cortes nacionales respetarán los acuerdos arbitrales escritos y se nieguen a escuchar reclamaciones acerca del alcance del acuerdo arbitral, (ii) mientras exista mayor claridad para definir y limitar las posibles ocasiones en las que se involucre al poder judicial en los procedimientos arbitrales, y (iii) entre más confiable sea una corte nacional para reconocer y ejecutar laudos sin revisar el fondo de un caso, *el ambiente de negocios y reputación de la nación será mejor y será preferido como un destino para la inversión extranjera directa.*”²³⁸

ii. Crecimiento económico

El hecho que la inversión privada, nacional y extranjera, se dirija a nuestro país, genera una serie de beneficios económicos en diversos aspectos, que implican inclusive un crecimiento económico; si bien no es el único medio para conseguirlo, sí representa un apoyo crucial para el gobierno mexicano.

En ese sentido, es necesario desarrollar mecanismos legales capaces de operar de manera independiente de las instituciones y mecanismos públicos; que no dependan de estas y que se les permita su funcionamiento, mecanismos que no requieran de un financiamiento público sustancial, pero que sean capaces de cumplir con los objetivos que de otra manera tomaría años alcanzar para el Estado, sin sacrificar su soberanía, intereses y responsabilidades.²³⁹

Son estos mecanismos los que generan el ambiente de confianza del que hablamos en la sección anterior, a los cuales, es esencial que se les permita funcionar plenamente.

²³⁸ *Ibidem*, p. 14.

²³⁹ *Ídem*.

El Desarrollo económico se promovería en los países en vías de desarrollo -como México- si tales naciones extendieran la autonomía contractual no solo a los aspectos del derecho privado, sino también a los asuntos contractuales concernientes al derecho administrativo.²⁴⁰ Limitaciones como la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa tienen el efecto contrario.

Tomando como referencia los contratos sobre hidrocarburos, retirar el candado a su arbitrabilidad tendría efectos a corto, mediano y largo plazo como los siguientes:

- Creación de empleos -más allá de los argumentos políticos respecto al salario en nuestro país-.
- Obtención de insumos para el suministro de gasolinas, diésel, gas, etc., así como para otras industrias, que no pueden obtenerse con la tecnología gubernamental nacional, por el momento.
- A raíz del aumento de la población económicamente activa, un mayor flujo de capital.
- A un mediano o largo plazo puede contribuir a un menor gasto jurisdiccional. El hecho que las controversias se canalicen hacia medios de resolución diversos, implica un gasto menor del presupuesto en materia judicial.²⁴¹
- Aumento en las exportaciones, tanto de los insumos obtenidos a través de las labores de exploración y extracción, como de los productos terminados, como la gasolina.
- Activación de la economía.
- Obtención de mayores ingresos en materia de contribuciones.

Con respecto a la pérdida económica que representan las demoras judiciales vale la pena mencionar que la conexión entre una operación eficiente del sistema judicial y el bienestar económico de la comunidad es ampliamente reconocida.²⁴² Se reconoce, por ejemplo, que la lentitud judicial reduce los incentivos para iniciar

²⁴⁰ McConnaughay, Philip J., "The Scope of Autonomy in International Contracts and its Relation to Economic Regulation and Development", *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 39, 2000, p. 7.

²⁴¹ Weinstein, Roy, Edes, Cullen, Hale, Joe y Pearsall, Nels, "Efficiency and Economic Benefits of Dispute Resolution through Arbitration Compared with U.S. District Court Proceedings"..., *cit.*, p. 6.

²⁴² *Ídem.*

negocios y limita las posibilidades de obtención de préstamos, por lo que encontrar vías para acelerar los procedimientos es fundamental en el crecimiento económico.”²⁴³

Existe también una relación entre el crecimiento económico y el aumento de procedimientos arbitrales internacionalmente.

De acuerdo a la información que arroja la Base de datos Perspectivas de la Economía Mundial publicada en abril de 2019 por el Fondo Monetario Internacional (FMI), los países que mayor crecimiento económico conforme al índice del Producto Interno Bruto (PIB) han reflejado y reflejarán en los próximos años son los siguientes:²⁴⁴

País	Descripción	Unidad	Escala	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Japón	PIB, precios actuales	dólares	Billones	19,485.40	20,494.05	21,344.67	22,198.12	23,059.65	23,922.82	24,812.96	25,728.73
Estados Unidos	PIB, precios actuales	dólares	Billones	12,062.28	13,407.40	14,216.50	15,468.10	16,806.50	18,206.85	19,713.52	21,309.50
China	PIB, precios actuales	dólares	Billones	4,859.95	4,971.93	5,176.21	5,495.42	5,807.52	6,133.86	6,475.89	6,848.81
Alemania	PIB, precios actuales	dólares	Billones	3,700.61	4,000.39	3,963.88	4,157.12	4,335.21	4,527.21	4,713.91	4,912.30
India	PIB, precios actuales	dólares	Billones	2,652.25	2,716.75	2,972.00	3,257.72	3,577.32	3,924.11	4,306.29	4,729.32
Francia	PIB, precios actuales	dólares	Billones	2,639.97	2,828.64	2,829.16	2,927.08	3,027.13	3,142.34	3,265.56	3,399.02
Italia	PIB, precios actuales	dólares	Billones	2,587.68	2,775.25	2,761.63	2,876.05	2,981.60	3,099.76	3,219.88	3,354.13
Reino Unido	PIB, precios actuales	dólares	Billones	2,053.21	1,868.18	1,960.19	2,062.50	2,156.50	2,255.58	2,359.53	2,468.22
Brasil	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,946.89	2,072.20	2,025.87	2,090.45	2,142.46	2,200.66	2,256.80	2,323.03
Canadá	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,650.19	1,711.39	1,739.11	1,832.49	1,925.55	2,027.40	2,133.72	2,242.04
Rusia	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,530.75	1,619.42	1,656.67	1,744.36	1,831.94	1,929.80	2,035.76	2,150.90
Indonesia	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,578.42	1,630.66	1,610.38	1,667.46	1,724.62	1,783.01	1,845.88	1,920.94
México	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,386.36	1,418.28	1,417.00	1,481.46	1,550.58	1,630.07	1,716.12	1,800.98
Arabia Saudita	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,316.95	1,425.87	1,429.14	1,497.08	1,559.90	1,627.10	1,693.07	1,766.43
Emiratos Árabes Unidos	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,015.29	1,022.45	1,100.91	1,208.86	1,305.73	1,399.12	1,499.45	1,606.73
Qatar	PIB, precios actuales	dólares	Billones	1,158.23	1,223.36	1,241.45	1,297.75	1,358.37	1,424.47	1,495.15	1,569.98
Corea	PIB, precios actuales	dólares	Billones	688.586	782.483	762.259	790.062	817.447	847.555	881.987	919.687
Australia	PIB, precios actuales	dólares	Billones	382.575	424.635	427.876	449.13	469.501	490.903	513.767	538.372
España	PIB, precios actuales	dólares	Billones	166.929	192.45	193.502	204.008	213.09	223.404	234.097	248.166

²⁴³ Chemin, Matthieu, “The Impact of the Judiciary on Entrepreneurship: Evaluation of Pakistan’s ‘Access to Justice Programme’”, *Journal of Public Economics*, v. 93, 2009, pp. 114-125.

²⁴⁴ Fondo Monetario Internacional, *World Economic Outlook Database*, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2019/01/> (accesado el 20 de octubre de 2019).

De lo anterior se aprecia que las economías más desarrolladas como las de Japón, Estados Unidos, China, Alemania, La India, Francia, Italia y Reino Unido se mantendrán en los puestos más altos en cuanto a crecimiento económico se trata, conforme a las proyecciones del FMI hasta 2024.

Seguido de estas se encuentran economías como las de Brasil, Canadá y Rusia que alcanzarán hasta un poco más de 2 billones de dólares de PIB para 2024.

Posteriormente, se observa a Indonesia, México, algunos países de Medio Oriente y Corea, y finalmente Australia y España muy por debajo de los demás.

Por otro lado, de acuerdo a los datos estadísticos de diversas instituciones arbitrales, los procedimientos de arbitraje han aumentado de la siguiente manera:

a. Por parte de la Cámara de Comercio Internacional:

“Un total de 842 casos fueron administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en 2018 - el segundo mayor número de casos registrados en la historia - según las últimas cifras publicadas hoy por la CCI.

Los cinco principales países con partidos representados en los casos son **Estados Unidos (210), Francia (139), Brasil (117), España (110) y Alemania (95)**. Entre los 10 primeros países en el ranking de 2018 se encuentran **Turquía y los Emiratos Árabes Unidos**. Los Emiratos Árabes Unidos representaron el octavo número más alto de partidos en 2018, con 69. Mientras tanto, Turquía subió al top 10 de 2018 por primera vez con 62 partidos.

Además, las estadísticas anuales para 2018 muestran un aumento del 14,6% en el número de casos que involucran a partes de Asia Central y Occidental. El número de partes de Asia central y occidental aumentó notablemente, de 219 en 2017 a 275 en 2018. Los **Emiratos Árabes Unidos (69 partes), Arabia Saudita (49 partes) y Qatar (37 partes)** se encontraban entre los principales países que presentaron casos en la región de Asia central y occidental. En conjunto, las partes procedentes de países de Asia Central y Occidental representan el 12,1% del número total de partes. Esta es la cuarta región más grande después de Europa del Norte y del Oeste (31,6%), América Latina y el Caribe (14,9%) y Asia del Sur y del Este (12,8%).

El norte de África también experimentó un crecimiento tanto en el número de casos como en el de partes. Según las últimas estadísticas, el número de casos en la región aumentó de 40 en 2017 a 47 en 2018, lo que representa un aumento del 17,5%. Del mismo modo, el número de partes del norte de África aumentó durante el mismo período, de 55 en 2017 a 60 en 2018.

El número de partes de Europa septentrional y occidental aumentó a 468 (en comparación con 428 en 2017), con una ligera disminución del número de casos en esta región. Los casos originarios de Europa Central y Oriental siguieron siendo coherentes con los 135 casos registrados en 2017 y los 134 registrados en 2018. La

región contaba con 210 partes en 2018, en comparación con 197 en 2017, y el número de árbitros aumentó de 88 en 2017 a 92 en 2018.

(Énfasis añadido)²⁴⁵

Como puede apreciarse de las cifras anteriores, los países de donde mayor número de casos han sido captados por la Cámara de Comercio Internacional son Estados Unidos, Francia, Brasil, España y Alemania. Además, entre los primeros 10 lugares en 2018 se encontraron Turquía y los Emiratos Árabes Unidos. Asimismo, han aumentado los casos con respecto a Arabia Saudita y Qatar.

Al comparar tales datos con los del FMI, se observan 4 países que pertenecen a las economías más grandes del mundo: Estados Unidos, Francia, Brasil y Alemania, así como 4 más que se encuentran dentro de las 19 economías con mayor crecimiento esperado para 2014. Únicamente Turquía es la excepción.

b. Por parte de la Corte Permanente de Arbitraje:

La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) administra actualmente 4 procedimientos entre estados, 104 arbitrajes inversionista-estado, 53 casos surgiendo de contratos que involucran a un estado u otra entidad estatal y 2 otras disputas. Entre estos, no se aprecian casos que involucren a nuestro país, si bien se encuentran publicados únicamente aquellos en que las partes han acordado divulgar información pública sobre el caso.²⁴⁶

En tales procesos podemos observar algunos de los países que son parte en controversias y que forman parte de las proyecciones del FMI, como lo son:

- Rusia (5)
- Italia (1)
- India (6)
- España (1)
- Arabia Saudita (1)

²⁴⁵ Cámara de Comercio Internacional, *ICC Arbitration figures reveal new record for awards in 2018*, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/> (accesado el 20 de octubre de 2019).

²⁴⁶ Corte Permanente de Arbitraje, *Casos*, <https://pca-cpa.org/es/cases/> (accesado el 20 de octubre de 2019).

- Corea (2)
- Canadá (3)

Como se observa de la comparación de los datos presentados, existe una relación directa entre los países con economías en mayor crecimiento en los últimos años, con aquellos que han aumentado la cantidad de casos a dirimirse por medio de arbitraje, ya sea comercial o de inversión.

El aumento en este tipo de soluciones de controversias se debe al ambiente pro arbitraje que existe en tales jurisdicciones, que tiene una conexión real con el crecimiento económico. Esto se debe, a reformas legales que permiten un inicio y substanciación de procedimientos arbitrales de manera más libre y sin obstáculos del derecho interno, así como también mayor facilidad para la ejecución de laudos arbitrales, lo que implica limitar la acción de los jueces nacionales en temas como el orden público.

En tal razón, es esencial crear y facilitar aquellos mecanismos que atraen inversión, sin imponer límites que puedan alejarla, como la inarbitrabilidad de materias como la rescisión administrativa.

Como tratamos en secciones anteriores, la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa no se limita a esta, sino que se extiende a cualquier otra controversia que surja, aunque verse sobre cuestiones distintas e independientes, en caso de haberse terminado el contrato por virtud de una rescisión administrativa.

Frente a un panorama como ese, un inversionista preferirá canalizar su inversión a un sistema jurídico que le ofrezca mayor certeza y confianza para su inversión.

iii. Corolario

La propuesta que presenta este trabajo es más que evidente; cambiar el criterio legal y jurisprudencial existente para permitir la arbitrabilidad de la rescisión administrativa.

A lo largo de la tesis hemos presentado argumentos desde diversos ángulos que hacen insostenible una justificación para mantener tal prohibición.

Se aprecian razonamientos lógicos, doctrinales, jurídicos y económicos que desvirtúan cualquier justificación para mantener la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa.

Alejarse de la teoría francesa que defectuosamente se adoptó en nuestro sistema jurídico acarrearía consecuencias únicamente benéficas para nuestro país.

La evolución de la contratación con la administración pública debe seguir los pasos del criterio de la SCJN acerca de los contratos que se celebran con la CFE, regidos por el derecho mercantil desde antes de la Reforma Energética, así como de los criterios que ahora extienden las respectivas leyes de la CFE y PEMEX, en las que se prevé por virtud de ley, la regulación mercantil de los contratos celebrados por estas.

Sin embargo, de representar por el momento un cambio muy drástico con respecto a la contratación con organismos como la CNH, al menos corresponde permitir a las partes en las relaciones contractuales con la administración pública, dirimir las controversias surgidas de estas mediante los mecanismos que tales partes han elegido para resolverlas, por ejemplo, el arbitraje, incluyendo todo el clausulado, particularmente por lo que refiere a la rescisión administrativa, siendo necesario eliminar la prohibición legal que prevalece en la actualidad.

Conclusiones

PRIMERA. El orden público que afecta la arbitrabilidad de una materia determinada debe ser ponderado frente al principio pro arbitraje; el parámetro para determinar la inarbitrabilidad debe depender de un estudio profundo que demuestre que a través del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral se transgrede el orden jurídico mexicano, ya sea por la aplicación de instituciones ofensivas para los valores fundamentales o por permitirse la violación de principios, derechos, libertades o valores indispensables de nuestra cultura jurídica.

SEGUNDA. Arbitrar la rescisión administrativa no transgrede el orden jurídico mexicano, pues no implica la aplicación de instituciones ofensivas para nuestros valores fundamentales, ni permite, tampoco, la violación de principios, derechos, libertades o valores indispensables de nuestra cultura jurídica.

TERCERA. La teoría francesa del *contrat administratif* (contrato administrativo), en donde los actos del ente público se consideran actos de autoridad por tener como objeto el cumplimiento de un servicio o fin público, se adoptó defectuosamente en nuestro país, pues no se observan las características que prevé tal teoría para localizar cuáles de los contratos en los que participa la administración pública con los particulares, deben considerarse administrativos.

CUARTA. Los contratos sobre hidrocarburos celebrados con la CNH, no buscan el cumplimiento de un servicio o fin público, pues su objeto no satisface necesidades de carácter general. Conforme a ello, no son contratos administrativos y; por lo tanto, los actos que derivan de ellos no son actos de autoridad, de ahí que la rescisión administrativa incluida en estos tampoco lo sea.

QUINTA. La cláusula de la rescisión administrativa que se incluye en los contratos celebrados con la CNH no pretende garantizar el cumplimiento de un servicio o fin público al no ser estos el objeto de dichos contratos. En consecuencia, para nosotros, la rescisión administrativa no es una cláusula exorbitante.

SEXTA. La *résiliation* que decreta la autoridad en contratos administrativos, consiste en un acto de autoridad, ya que se basa en la supremacía del interés general. La rescisión administrativa, basada en la *résiliation*, pero adoptada de manera diversa en nuestro país, no comparte tal característica esencial, por lo que no estriba en un acto de autoridad. En tanto la *résiliation* se combate a través de los tribunales administrativos, debido a los fines que pretende alcanzar, la impugnación de la rescisión administrativa en México debe seguir la vía de impugnación contractual.

SÉPTIMA. Considerar que los entes de la administración pública tienen la posibilidad de mutar su naturaleza de privada a pública en distintos momentos de una misma relación jurídica, es erróneo jurídicamente y genera inseguridad jurídica. Al impedir la arbitrabilidad de la rescisión administrativa tanto en la ley, como en los contratos, se le otorga una doble naturaleza al ente administrativo en una misma relación jurídica; su naturaleza debe ser, durante toda la relación, la de un ente privado.

OCTAVA. Los contratos de suministro de energía eléctrica sí son contratos administrativos, al tener como objeto el cumplimiento de un servicio público por medio del abastecimiento de energía eléctrica a la población. No obstante, se encuentran regidos por el derecho mercantil -pudiéndose arbitrar, en consecuencia-, desde antes de la Reforma Energética.

NOVENA. El criterio actual respecto de la rescisión administrativa es contradictorio; por un lado, se prohíbe arbitrarla por considerarse que se violaría el orden público, por ser supuestamente un acto de autoridad, y; por el otro, se permite el arbitraje de actos de la CFE en los contratos administrativos de suministro de energía eléctrica desde antes de la Reforma Energética.

DÉCIMA. Un acto de autoridad es aquel que se emite unilateralmente, en forma definitiva, imperativa y coercitiva; la rescisión administrativa no cuenta con tales características, cobra vida jurídica únicamente a partir de que el particular manifiesta su consentimiento a contratar, estando consiente de la existencia de tal cláusula en el contrato. Por lo tanto, para nosotros, la rescisión administrativa no es un acto de autoridad.

DÉCIMA PRIMERA. Existe una contradicción con respecto a la rescisión en los contratos celebrados con la CNH; conforme a su clausulado, la rescisión administrativa, sus efectos y sanciones son inarbitrables, pero la rescisión contractual, sus efectos y sanciones sí se pueden arbitrar, aun cuando los efectos y sanciones de ambas, son idénticos.

DÉCIMA SEGUNDA. Ante la reciente adhesión de nuestro país al CIADI y la falta de notificación a dicho organismo por parte de México, de la exclusión de controversias surgidas de rescisiones administrativas, el clausulado de un Tratado o un contrato de inversión pueden hacer obligatorio arbitrarla ante tal organismo. No será posible aducir derecho interno para evitar su arbitrabilidad y el arbitraje de la rescisión administrativa deberá llevarse a cabo.

DÉCIMA TERCERA. Al mantenerse la prohibición de arbitrar la cláusula de rescisión administrativa, se discrimina a los inversionistas mexicanos, ya que solo los extranjeros estarán en posibilidad de arbitrar tal rescisión, por medio de un arbitraje administrado por el CIADI, al pertenecer a un Estado diverso.

DÉCIMA CUARTA. De decidir no acatar un laudo dictado por el CIADI al que se arrije por virtud de un contrato específico o un tratado de inversión, argumentando violaciones al orden público por arbitrarse un supuesto acto de autoridad -la rescisión administrativa-, México podría ser demandado ante la CIJ por incumplimiento de compromisos internacionales.

DÉCIMA QUINTA. La imposibilidad de arbitrar una cláusula de efectos tan significativos en un contrato con la administración pública, crea un ambiente hostil para las inversiones, generando desconfianza en los inversionistas que tienen actualmente o buscan dirigir sus recursos a nuestro país. Con la pérdida de inversión, se pierden las oportunidades de empleo y activación de la economía que esta genera; los contratos se tornan más onerosos para el Estado, ya que tanto prima de riesgo para el inversionista, como la contraprestación, aumentan.

DÉCIMA SEXTA. La tendencia internacional es hacia un ambiente amigable para el arbitraje y ello guarda relación con la tasa de crecimiento económico tanto en las

principales economías, como en las emergentes. La posición contraria de nuestro país, implica ir contra la corriente internacional.

DÉCIMA SÉPTIMA. Se propone que se adopte como nuevo criterio el hecho que la rescisión administrativa no consiste en un acto de autoridad, sino en un acto de naturaleza contractual que debe poder ser arbitrable tanto en los contratos sobre hidrocarburos celebrados con la CNH, como en aquellos en que sea incluida en el clausulado, en los que la administración pública sea parte.

DÉCIMA OCTAVA. Al igual que la CNH, tanto PEMEX, como la CFE siguen bajo el control de la Administración Pública Centralizada, aun después de los cambios que estableció la Reforma Energética en sus respectivas leyes.

DÉCIMA NOVENA. Sin importar que estén bajo el control de la Administración Pública Centralizada, las relaciones contractuales en las que participan PEMEX o la CFE con los particulares y aquellas en las cuales la CNH es contratante se tratan de manera diversa y contradictoria; en el primer caso, se otorga plena libertad en la contratación bajo el impero del derecho mercantil y; en el segundo, se incluyen restricciones en la contratación bajo el impero del derecho administrativo.

VIGÉSIMA. Se debe tomar como referencia y seguir los pasos de la evolución que ha tenido la contratación con la administración pública conforme al criterio de la SCJN acerca de los contratos que se celebran con la CFE, regidos por el derecho mercantil desde antes de la Reforma Energética, así como reproducir los criterios que ahora extienden las respectivas leyes de la CFE y PEMEX, en las que se prevé, por virtud de ley, la regulación mercantil de los contratos celebrados por estas.

VIGÉSIMA PRIMERA. Se propone que se permita a las partes, en las relaciones contractuales con la administración pública, dirimir las controversias surgidas de estas mediante los mecanismos que tales partes han elegido para resolverlas, como lo es el arbitraje, que se establece en el clausulado de los contratos que se celebran con la CNH, particularmente por lo que refiere a la rescisión administrativa. Para ello, resulta necesario eliminar la prohibición legal que prevalece en la actualidad.

Bibliografía

Libros

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989.

BARENSTEIN, Jorge, *La gestión de empresas públicas en México*, 1a. ed., México, CIDE, 1989.

BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2a. ed., E.E.U.U., Wolters Kluwer, 2014.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997.

CAIA, G., en MAZZAROLLI, L., PERICU, G., ROMANO, A., ROVERSI, Monaco F.A. y SCOCA, F.G, *DIRITTO AMMINISTRATIVO Parte speciale e giustizia amministrativa*, Italia, Monduzzi editores, 2005.

CANCINO, Rodolfo, URUCHURTU A., Gustavo, *El arbitraje comercial internacional*, 1a. ed., México, Bosch, 2016.

CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 2a. ed., Francia, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

DE LAUBADÈRE, Andrè, *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*, París, t I, 1956, p. 70.

FARRANDO, Ismael, MARTÍNEZ, Patricia, *Estado, Poder, Órganos y Funciones*, Manual de derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, *Derecho administrativo*, 1a. ed., México, Colección INEHRM, 2016.

-- -- --, *Derecho Administrativo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1968.

-- -- --, *Derecho administrativo, Segundo curso*, 25a. ed., México, Porrúa, 1995.

-- -- --, *Servicios públicos municipales*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INAP, 2002.

GAILLARD, Emanuelle, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, 1a. ed., México, LIMUSA, 2012.

GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *El contrato de Estado internacional*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

GASTONE, Cottino, *Commentario del Codice Civile. Libro IV - Delle obbligazioni. Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, Bologna – Roma, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1970.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, OXFORD University Press, 2013.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco *Arbitraje de inversión*, 1a. ed., México, Porrúa, 2009.

-- -- --, *Arbitraje*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014.

-- -- --, *El árbitro*, 1a. ed., México, Porrúa, 2008.

GONZÁLEZ SANDOVAL, Rodrigo, *La licitación pública y el contrato administrativo aplicación y medios de defensa*, 1a. ed., México, Porrúa, 2008.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., México, Porrúa, 2015.

KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, 4a. ed., trad. de Luis Legaz Lacambra, España, Editorial Labor, S.A., 1934.

-- -- --, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2013.

LACHAUME, Jean-François, *Droit administrative*, 13. ed., Francia, Themis, 2002.

LINDHOLM-WALLGREN, Carita, *Ad hoc v. institutional arbitration en International Comercial Arbitration Different Forms and their Features*, editado por Cordero-Moss, 1a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2013.

MARIAL A., Héctor, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, Argentina, ED, 1998.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Diccionario de la administración española peninsular y ultramarina*, 2ª. Ed., Madrid, Imprenta de la V. e hijos de D.A. Peñuelas, 1870.

MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 1a. ed., E.E.U.U., Cambridge University Press, 2008.

NAVA NEGRETE, Alfonso, *Contrato Administrativo*, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. II, México, UNAM, 1983.

REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4a. ed., E.E.U.U., Sweet & Mawell, 2004.

RUIZ GARCÍA, Laura, *Contratos Administrativos*, 1a. ed., México, Porrúa 2010.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 25a. ed., México, Porrúa, 2015.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo Primer Curso*, 25a. ed., México, Porrúa, 2008.

SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, 1a. ed., México, Pereznieto editores, 1994.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos Mercantiles*, 16a. ed., México, Porrúa, 2014.

Libros en línea

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO-DINÁMICO DEL ARBITRAJE*.

WEINSTEIN, Roy, EDES, Cullen, HALE, Joe y PEARSALL, Nels, "Efficiency and Economic Benefits of Dispute Resolution through Arbitration Compared with

U.S. District Court Proceedings”, *Microeconomics Economic Research and Consulting, microeconomics*, marzo de 2017.

Revistas

BOQUERA OLIVER, J. M., “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 23, 1963.

CHEMIN, Matthieu, “The Impact of the Judiciary on Entrepreneurship: Evaluation of Pakistan’s ‘Access to Justice Programme’”, *Journal of Public Economics*, v. 93, 2009.

DEVEY SEAT, Cher, “Electronic Discovery/Disclosure: From Litigation to International Commercial Arbitration”, *ARBITRATION The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2008, v. 74, núm. 4, Noviembre 2008.

GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan, “Rescisión y resolución de los contratos administrativos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 8, 1942.

HERRERA CUADRA, Eunice, El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del TLCAN, *Seminario de Comercio Exterior*, Facultad de Derecho UNAM.

HOLMES, JR., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review*, 457, 1897.

MARIAL A., Hector, “Government Contracts Under Argentine Law: A Comparative Law Overview”, *Fordham International Law Journal*, Nueva York, v. 26, núm. 6, 2002.

MCCONNAUGHAY, Philip J., “The Role of Arbitration in Economic Development and the Creation of Transnational Legal Principles”, *Peking University Transnational Law Review*, v. 1, I. 1, 2013.

-- -- --, “The Scope of Autonomy in International Contracts and its Relation to Economic Regulation and Development”, *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 39, 2000.

OLIVA, Miranda, “Las empresas productivas del Estado, análisis de su régimen jurídico y comparativo con las sociedades anónimas”, *AMICUS CURIAE*, México, v. I, núm. 3, enero-abril 2015.

PÉREZ PACHECO, Yaitza, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, Cuadernos de Derecho Transnacional, *Revistas UC3M*, Madrid, v. 4, núm. 1, marzo 2012.

WÖSS, Herfried, FIGUEROA, Dante y CABRERA, Jennifer, “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, INARBITRABILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL PAÍS DE ORIGEN – EL CASO COMMISA”, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, México, núm., agosto de 2015.

Legislación

- Nacional

Código Civil Federal.

Código de Comercio.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, Diario Oficial de la Federación, 20 de diciembre de 2013.

DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de la Ley Federal

de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y del Código Penal Federal.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Ley de Hidrocarburos.

Ley de la Comisión Federal de Electricidad.

Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Ley de Petróleos Mexicanos.

- **Internacional**

Código de Contratación Pública Francés (*Code de la commande publique*).

Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Desarrollo y Fomento.

Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

DECRETO Promulgatorio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, celebrado en la ciudad de Washington, D.C.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá.

Tesis y Jurisprudencias

Tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, t. I, abril de 2014, p. 202.

Tesis jurisprudencial 2a./J. 156/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, Libro 50, t. I, enero de 2018.

Tesis jurisprudencial 2a./J. 45/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XVII, junio de 2003.

Tesis I.3o.C.953 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, mayo de 2011.

Tesis I.4o.A.141 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, Libro 62, t. IV.

Tesis I.4o.A.63 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXII, agosto de 2005.

Tesis I.7o.C.20 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I. X t. 3, Julio de 2012.

Tesis P. IX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001.

Tesis jurisprudencial P./J. 6/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 53, t. I, abril de 2018.

Tesis jurisprudencial PC.XII.A. J/6 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 39, febrero de 2017, t. I.

Tesis VI.3o.A.50 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001.

Tesis jurisprudencial 2a./J. 30/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 53, abril de 2018, t. I.

Tesis jurisprudencial PC.V. J/28 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 73, diciembre de 2019, t. I.

Casos

Amparo Directo en Revisión 3709/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de noviembre de 2014.

Amparo en Revisión 1081/2006, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006.

Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011.

Caso CIADI ARB (AF)/04/3.

Caso CIADI ARB (AF)/04/4.

Caso CIADI ARB/74/2 *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica*.

Caso CIADI ARB/74/3 *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*.

Caso CIADI ARB/74/4 *Reynolds Jamaica Mines Limited y Reynolds Metals Company v. Jamaica*.

Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, 962 F. Supp. 2d 642 (S.D.N.Y. 2013).

ICC 13613/CCO/JRF, *COMMISA v. PEMEX*.

Recurso de Reclamación 860/2014 Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tribunal Contencioso Administrativo Francés NO. C3963 de 13 de octubre de 2014.

Tribunal Contencioso Administrativo Francés NO. C4051 de 6 de junio de 2016.

Contratos Públicos

Contrato No. CNH-R02-L04-AP-PG072018, celebrado entre la CNH, SHELL EXPLORACION Y EXTRACCION DE MEXICO, S.A. DE C.V. y QPI MÉXICO, S.A. DE C.V.

Contrato No. CNH-R01-L04-A3.CCP/2016, celebrado entre la CNH y Chevron Energía de México, S. de R.L. de C.V., PEMEX Exploración y Producción e INPEX E&P México, S.A. de C.V.

Contrato No. CNH-R01-L04-A3.CS/2016, celebrado entre la CNH, SATOIL E&P MÉXICO, S.A. DE C.V., BP EXPLORATION MEXICO, S.A. DE C.V. y TOTAL E&P MEXICO, S.A. DE C.V.

Páginas web

CAIC, *Contratos administrativos y arbitraje en México*, 2013, p. 18,

http://caic.com.mx/boletines/Contratos_Administrativos_Arbitraje_Mexico.pdf.

Cámara de Comercio Internacional, *ICC Arbitration figures reveal new record for awards in 2018*, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/>.

CIADI, *Base de datos de Estados Miembros del CIADI*.

<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>.

Convención de Nueva York, *Objetivos*, p. 1,

<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>.

Corte Internacional de Justicia, *Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory* <https://www.icj-cij.org/en/declarations>.

Corte Permanente de Arbitraje, *Casos*, <https://pca-cpa.org/es/cases/>

Corte Permanente de Arbitraje, <https://pca-cpa.org/es/about/>.

Corte Permanente de Arbitraje, *Partes contratantes*, <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/contracting-parties>.

Fondo Monetario Internacional, *World Economic Outlook Database*,

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2019/01/>.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual, *What is arbitration*,

<https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/what-is-arb.html>.

Secretaría de Gobernación, *México firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y de Otros Estados*

<https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-firma-el-convenio-sobre-arreglo-de-diferencias-relativas-a-inversiones-entre-estados-nacionales-y-de-otros-estados?idiom=es>.