



ISSN : 1875-4120
Issue : Vol. 9, issue 3
Published : April 2012

Terms & Conditions

Registered TDM users are authorised to download and print one copy of the articles in the TDM Website for personal, non-commercial use provided all printouts clearly include the name of the author and of TDM. The work so downloaded must not be modified. **Copies downloaded must not be further circulated.** Each individual wishing to download a copy must first register with the website.

All other use including copying, distribution, retransmission or modification of the information or materials contained herein without the express written consent of TDM is strictly prohibited. Should the user contravene these conditions TDM reserve the right to send a bill for the unauthorised use to the person or persons engaging in such unauthorised use. The bill will charge to the unauthorised user a sum which takes into account the copyright fee and administrative costs of identifying and pursuing the unauthorised user.

For more information about the Terms & Conditions visit www.transnational-dispute-management.com

© Copyright TDM 2012
TDM Cover v2.0

Transnational Dispute Management

www.transnational-dispute-management.com

El Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)

by H. Wöss

Revised version May 2012

About TDM

TDM (Transnational Dispute Management): Focusing on recent developments in the area of Investment arbitration and Dispute Management, regulation, treaties, judicial and arbitral cases, voluntary guidelines, tax and contracting.

Visit www.transnational-dispute-management.com for full Terms & Conditions and subscription rates.

Open to all to read and to contribute

TDM has become the hub of a global professional and academic network. Therefore we invite all those with an interest in Investment arbitration and Dispute Management to contribute. We are looking mainly for short comments on recent developments of broad interest. We would like where possible for such comments to be backed-up by provision of in-depth notes and articles (which we will be published in our 'knowledge bank') and primary legal and regulatory materials.

If you would like to participate in this global network please contact us at info@transnational-dispute-management.com: we are ready to publish relevant and quality contributions with name, photo, and brief biographical description - but we will also accept anonymous ones where there is a good reason. We do not expect contributors to produce long academic articles (though we publish a select number of academic studies either as an advance version or an TDM-focused republication), but rather concise comments from the author's professional 'workshop'.

TDM is linked to **OGEMID**, the principal internet information & discussion forum in the area of oil, gas, energy, mining, infrastructure and investment disputes founded by Professor Thomas Wälde.

El Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)

Dr. Herfried Wöss ©¹

Abstract

This article discusses the problem of the growing non-arbitrability of certain acts of Mexican state companies in public contracts and the elements contributing to this trend. Initially, the Supreme Court of Justice of the Nation (Suprema Corte de Justicia de la Nación) established a definition to consider certain acts by state companies as acts of authority in order to benefit the contractor with the constitutional injunction (“amparo”) against such acts of authority. However, turning an acta iure gestionis into an acta iure imperii makes it non-arbitrable, at least, as regards the question of its validity. In addition, a subordinate court recently held that an “amparo” judgment that did not nullify an act of administrative rescission, though a mere cassation resolution, had the effect of res judicata on an arbitral award, which resulted in the annulment of such an award. In this article, the author analyzes the elements of this rather explosive cocktail and proposes solutions to remedy the situation.

1. Introducción

La noción de orden público en México en el contexto del arbitraje recientemente ha sido objeto de polémica y discusión a causa de la anulación por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de fecha 25 de agosto de 2011, del laudo del 16 de diciembre de 2009, en el Caso ICC 13613/CCO/JRF. En el caso en cuestión, una entidad pública, demandada en un arbitraje doméstico, rescindió administrativamente un contrato de obra pública que contenía una cláusula arbitral, aplicó y ejecutó penas convencionales y fianzas, y determinó el finiquito, realizando así actos de autoridad en un ambiente contractual. La parte demandante impugnó la rescisión administrativa y los actos colaterales mediante juicio de amparo indirecto.

A su vez la demandante inició un juicio arbitral ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el que la demandada fue condenada al pago de cuantiosas sumas.

Tal laudo fue anulado por un Tribunal Colegiado de Circuito, por violación del orden público, la no arbitrabilidad de actos de autoridad, así como por tratarse de cosa juzgada por haberse dejado firme el acto de autoridad al sobresearse el amparo.

¹ Socio de Wöss & Partners, S.C., <http://www.woessetpartners.com>, árbitro internacional (<http://www.WhosWhoLegal.com>) y abogado postulante en arbitrajes comerciales y de inversión, fundador del Foro de Arbitraje en Materia de Inversión junto con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Dra. Sonia Rodríguez Jiménez). Comentarios a este artículo son bienvenidos al hwoess@woessetpartners.com.

La anulación de un laudo arbitral a través de una interpretación equivocada del concepto de orden público afecta al riesgo político de los Estados Unidos Mexicanos y puede traer efectos negativos en el financiamiento de grandes proyectos en este país. Lo que parece ser un acto de patriotismo del tribunal federal recuerda más bien a la balada del "aprendiz de brujo"², ya que mientras la Suprema Corte de Justicia de la Nación quiso otorgar una protección adicional al gobernado en contra de actos de autoridad de entidades paraestatales al declarar una declaración unilateral de voluntad de una entidad paraestatal acto de autoridad, los tribunales sub-ordinados ahora están restando validez a juicios meritorios a favor de recursos de casación como es el amparo indirecto o el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa al atribuir a tal acto de autoridad la calidad de cosa juzgada, dejando al gobernado en absoluto estado de indefensión, independientemente de la notoria inconstitucionalidad de tal proceder.

De este asunto multifacético nos interesan seis temas: Primero, la definición legal del concepto "orden público". Segundo, la diferencia entre el término "orden público" y "derecho público". Tercero, la relación entre el acto de autoridad, el juicio de nulidad (juicio de casación) y el juicio ordinario administrativo. Cuarto, el tema de orden público y cosa juzgada. Quinto, la relación entre el arbitraje y asuntos no arbitrables como es la rescisión administrativa que ya ha sido analizado por el autor en otro artículo en el pasado³. Sexto, la anulación indebida de un laudo en lo que se refiere al riesgo político del país.

Mientras que desde la reforma del 28 de mayo de 2009 cualquier contrato de obra pública a nivel federal es susceptible a arbitraje, en caso de adquisiciones, solamente los contratos de servicios a largo plazo tales y como los proyectos de prestación de servicios o las Asociaciones Público-Privadas eran arbitrables hasta hace poco. A partir de la reforma del 16 de enero de 2012 todos los contratos federales de adquisiciones públicas son arbitrables. Lo mismo aplica a todos los contratos de asociación público-privada de acuerdo con el artículo 139 de la Ley de Asociaciones Público Privadas ("LAPP").

La referencia a leyes de obras y adquisiciones públicas incluye leyes sobre asociaciones público-privadas o de proyectos de prestación de servicios, ya que en esencia se trata de la adquisición de servicios⁴.

2. El Problema

De acuerdo con la siguiente tesis parece existir un principio de orden público que permite la anulación de un laudo arbitral por los efectos de un amparo indirecto no otorgado en contra de un acto de autoridad o por haberse confirmado la validez de dicho acto en un juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, es decir, cuando se deja intacto al acto de autoridad:

² Johann Wolfgang von Goethe: *Der Zauberlehrling*, 1797, "Die ich rief die Geister, werd' ich nun nicht los." - "Spirits I have cited - my commands ignore."

³ Herfried Wöss: *Arbitraje, Medios Alternativos de Solución de Controversias y Compras del Sector Público en México*, en: Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, IX (2009) 2, p. 124-135, <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/29.pdf>; ibidem: *Arbitration, Alternative Dispute Resolution and Public Procurement in Mexico - The 2009 reforms, analysis and their impact*, Spain Arbitration Review, 7 (2010) p. 19-31, <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/30.pdf>.

⁴ Véase Herfried Wöss: *Long-term performance monitoring in public-private partnerships*, en: Construction Law International, 5 (2010) 2, p. 28-29, <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/25.pdf>.

"ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL. El artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio, señala que es nulo el laudo cuando el Juez compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, según la ley mexicana. Los supuestos de anulabilidad deben enmarcarse dentro de la pretensión del legislador de hacer operativa la institución arbitral y los resultados que se esperan de ella, ya sea que se trate de una controversia que no es susceptible de arbitraje o bien que el laudo sea contrario al orden público. Se trata de una regulación implícita de que sólo pueden ser sometidas al arbitraje las cuestiones que sean de libre disposición para las partes, como reflejo del principio proveniente del artículo 1798 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, relativo a que "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.", y que en tratándose de la materia de arbitraje, implica que tienen la legitimación para disponer del derecho sujeto al arbitraje, como una expresión de su capacidad general para emprender negocios jurídicos. Cuando la materia resuelta en el laudo correspondiente **no es susceptible de arbitraje, lo que en realidad se cuestiona es la licitud del objeto del convenio arbitral, porque la materia de ese arbitraje, por vía ejemplificativa, ya haya sido decidida en resolución definitiva y firme o se encuentre su materia inseparablemente unida a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición y revela que existe una falta de competencia objetiva del árbitro.** Entonces, la materia de libre disposición susceptible de arbitraje debe ser entendida como aquella regulada por el ordenamiento jurídico que puede ser sustituida por el poder de la autonomía de la voluntad de las partes porque no tiene un carácter imperativo absoluto sino que se autoriza a los particulares a ejercer su libertad para hacer u omitir lo que no está prohibido ni mandado. Se reconoce a favor de los particulares el poder creador de las normas individualizadas que deben disciplinar su actuación y al arbitraje como procedimiento idóneo o mecanismo alternativo por el que pueden solucionar las posibles controversias que surjan, siempre y cuando sea lícito y reconocido por el ordenamiento como digno de protección.⁵ (Énfasis añadido)

Mientras el título de la tesis se refiere al orden público, su contenido indudablemente trata de un tema de cosa juzgada que se plantea como un problema de "inarbitrabilidad a posteriori" y sujeto a la disponibilidad de las partes que acudieron a un juicio paralelo de casación lo que resulta en un nudo gordiano que requiere de un análisis desde diferentes ángulos de este coctél sumamente peligroso para el sistema jurídico mexicano.

3. La definición legal del orden público

Con respecto al tema de orden público, a pesar de múltiples intentos de definición por la práctica judicial y la doctrina en México y un desarrollo bastante razonable hacia una doctrina muy similar a la práctica internacional durante los últimos años, se ha ignorado hasta hace poco la definición legal del orden público en la legislación mexicana.

Tal definición de orden público se encuentra, como lo ha señalado el autor en diversas pláticas y conferencias durante los últimos años, en el artículo 15 del Código Civil Federal que forma parte del derecho internacional privado federal y señala:

⁵ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Tesis: I.3o.C.948 C, tesis aislada en materia civil, mayo de 2011, página 1239

"No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano."

De acuerdo con tal definición, el orden público está constituido por los principios e instituciones fundamentales del derecho mexicano. Tales principios e instituciones fundamentales del derecho mexicano son las garantías fundamentales del derecho constitucional y los protegidos por la legislación penal como es la vida, la salud y la integridad física, el medio ambiente, el matrimonio entre una pareja, así como los principios fundamentales del derecho fiscal que también se derivan de la Constitución. Por lo tanto, el orden público no se crea ni se modifica con base de una definición abstracta, sino se deriva de principios fundamentales que emanan de la Constitución y se encuentran expresamente protegidas en las leyes de la materia.

La definición legal en el artículo 15 del Código Civil Federal tiene una vertiente positiva y una vertiente negativa. Si no hay protección a nivel constitucional, tampoco hay orden público. Lo que no tiene que ver con un principio o una institución fundamental de derecho, no es orden público.

El fundamento constitucional de los principios e instituciones fundamentales del derecho mexicano ha sido reconocido en una tesis reciente:

"ORDEN PÚBLICO. ES EL LÍMITE A LA LIBERTAD CONTRACTUAL DERIVADO DE LOS VALORES MÁS IMPORTANTES QUE RECOGE EL ORDEN JURÍDICO Y REQUIERE DE LA PONDERACIÓN JUDICIAL. Por su característica de generalidad y que depende del momento histórico en que se concretiza, el orden público y los elementos que lo componen sólo pueden ser definidos a través de la actividad judicial por ser el mediador que el ordenamiento constitucional impone entre el texto de la ley y el caso concreto, precisado este último como el supuesto de hecho que exige la aplicación de una sanción jurídica a través de las circunstancias fácticas que le rodean y que constituyen el escenario en que guarda relevancia para los hombres y el Estado. Es el Juez el que sirve de decantador de la idea de orden público y la realidad social, la cual no es inmutable sino cambiante y, por ello mismo, adaptable a cada caso concreto. Es decir, se reconoce que el ejercicio de las libertades, derechos o el goce de los bienes por parte de los miembros de una sociedad no es absoluto sino que se halla acotado por la concepción que de orden público se sustente en las normas básicas de la organización social porque sólo de ese modo se garantiza el desarrollo armónico y general de los individuos sin menosprecio de alguno y de los fines del Estado. Esas limitaciones se encuentran impuestas en la Constitución y los principios que la informan, como en las leyes inferiores que reflejan o concretizan aún más esos principios esenciales de la organización social. Entonces, el orden público constituye un límite en el uso y goce de los derechos fundamentales de los particulares. Se trata de una limitación genérica impuesta desde la Constitución pero que también atañe a los que derivan de los derechos y libertades privadas y públicas de otros particulares con los que eventualmente entra en contacto. De lo expuesto y a partir de los criterios literal, histórico y doctrinal

*la figura del orden público tiene preponderantemente una significación jurídica, regulada en la Constitución y que se difumina a los diversos ámbitos del sistema jurídico."*⁶ (Énfasis añadido)

4. El orden público y el derecho público

Los artículos 1 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas ("LOPSRM") , de la LAASSP y de la LAPP establecen que son de "orden público", ese término debe interpretarse como las "*leyes prohibitivas o de interés público*" a que se refiere el artículo 8 del Código Civil Federal y no como "orden público" en su sentido estricto. Solamente los principios e instituciones fundamentales del derecho mexicano son de orden público pero no las leyes administrativas como tales. Podría ser que las leyes de obras y adquisiciones públicas incluyen principios de orden público como son los mencionados en el artículo 134 Constitucional, cuyo examen se encuentra fuera del alcance de este artículo.

En ningún caso se pueden considerar de orden público las disposiciones contractuales y de obligaciones basadas en la legislación de obras y adquisiciones públicas, incluyendo los que se refieren a la rescisión administrativa, penas convencionales, fianzas y el finiquito. También es irrelevante para el orden público si el contrato es financiado con fondos públicos ya que el financiamiento no se relaciona con ningún principio o institución fundamental del derecho mexicano.

El derecho público es esencialmente diferente del orden público. Se trata de normas meramente imperativas, lo que es cierto, en particular, en el contexto del derecho contracual contenido en tales leyes de interés público e interés social. La distinción entre el orden público y el derecho público ha sido recientemente reconocido en la siguiente tesis:

"ORDEN PÚBLICO. SU NOCIÓN Y CONTENIDO EN LA MATERIA CIVIL. El campo civil como espacio en el que confluye y se regula la actividad privada de los particulares no es ajena a esa noción que constituye su límite a través de la norma, como la garantía de que no será obstaculizada esa actividad delimitada por la propia ley. Así se desprende del artículo 6o. del Código Civil para el Distrito Federal cuando dispone que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla, conforme a lo cual se le reconoce a la ley su carácter primario de fuente del derecho y como rectora del orden social, sobre la base inclusive de que, sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero. Más aún, el mismo ordenamiento destaca como norma de resolución de conflictos, la fracción II del artículo 15 del mismo ordenamiento al indicar que no podrá aplicarse el derecho extranjero cuando las disposiciones de éste o el resultado de su aplicación sean contrarias a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano. La idea de autonomía individual viene determinada por dos dimensiones; la primera de ellas que atiende a la noción de **interés público que se traduce en la existencia de leyes imperativas** que, por su naturaleza, no pueden ser derogadas por los particulares porque defienden el interés de éstos así como del Estado y, la segunda, que se traduce en un mecanismo jurídico de aplicación jurisdiccional que se interesa por velar por el interés general limitando cualquier actividad privada que atente contra el mismo. De ese modo, puede diferenciarse a la norma imperativa de la norma de orden público, ya que mientras

⁶ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXXII, abril de 2011, tesis I.3o.C.925 C, tesis aislada, materia constitucional, registro No. 162334, página 1349.

esta última siempre es imperativa, no toda norma imperativa es de orden público." ⁷ (Énfasis añadido)

Por lo tanto, la violación de una norma de las leyes de obras y adquisiciones públicas no atañe a la violación del orden público, salvo que tal norma esté ligada a un principio de orden público protegido por la Constitución. No existe tal principio en relación a la rescisión administrativa y la ejecución de penas convencionales y de fianzas.

5. Acto de autoridad, juicio de nulidad y juicio ordinario administrativo

El acto de autoridad de rescisión administrativa es un acto unilateral en el ámbito de un contrato público y con la fuerza jurídica que le otorga la ley. En vista de rendir justicia expedita y protección en contra de actos de autoridad de entidades paraestatales para no dejar a los gobernados en el estado de indefensión y cumplir el mandato establecido en el segundo párrafo del artículo 17 Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente tesis jurisprudencial:

"AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA DEL GOBERNADO. ... los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal ... escapan al concepto tradicional de autoridad Por ello, la aplicación generalizada de éste en la actualidad conduce a la indefensión de los gobernados, ... pues estos organismos en su actuación ... pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado. Esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad. Por ello, este tribunal Pleno considera ... que debe atenderse a las particularidades de la especie o del acto mismo ... para efectos del juicio de amparo" ⁸ (Énfasis añadido)

La *ratio legis* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al otorgar al gobernado el amparo es añadir un recurso jurídico adicional al juicio ordinario con plena jurisdicción o al juicio meritorio en forma de un procedimiento arbitral para contrarrestar los efectos imperativas y coercitivas del acto de autoridad. Es decir, se le otorga al gobernado un derecho procesal adicional a través de un juicio de casación como es el juicio de amparo o el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Lo anterior no pretende sustituir el juicio ordinario o en meritos a través de un procedimiento arbitral por un juicio de nulidad o de amparo que se caracterizan por una litis sumamente limitada.

⁷ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primero Circuito, Amparo en revisión 195/2010, Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010, unanimidad de votos, ponente: Neófito López Ramos, Secretario: José Luis Evaristo Villegas, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXXIII, Tesis I3o.C.926 C, tesis aislada en materia civil, abril de 2011, registro 162333, página 1350.

⁸ Amparo en revisión 1195/95. Julio Oscar Trasviña Aguilar. 14 de noviembre de 1996, Unanimidad de diez votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventico V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba; Novena Época, Pleno, Tomo V, Febrero de 1997, tesis P.XXVII.97, tesis jurisprudencial, p. 118.

El efecto de un amparo indirecto como juicio de casación es dejar al acto de autoridad sin validez de manera pronta y expédita como lo marca el párrafo 2 del artículo 17 Constitucional. El artículo 107, fracción II, de la Constitución señala: "*Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.*" Si el amparo no procede, queda intacto el acto de autoridad.

Lo mismo resulta en caso de un juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que anula la validez del acto de autoridad. De acuerdo con la tesis jurisprudencial I.4o.A.J/45 por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuando el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa actúa con el "*objetivo de mera anulación, ... tiene la finalidad de controlar la legalidad del acto y restablecer el orden jurídico violado, teniendo como propósito tutelar el derecho objetivo, esto es, su fin es evaluar la legalidad de un acto administrativo y resolver sobre su validez o nulidad*". Lo anterior es sin perjuicios de la facultad del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de restituir derechos subjetivos con plena jurisdicción en caso de que lo solicite la demandante, tal y como se señala a continuación:

"TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. MODELO DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MIXTO. El Código Fiscal de la Federación actualmente adopta un modelo de jurisdicción contencioso administrativo mixto, a saber: **a) Objetivo o de mera anulación; y, b) Subjetivo o de plena jurisdicción.** El primero tiene la finalidad de controlar la legalidad del acto y restablecer el orden jurídico violado, teniendo como propósito tutelar el derecho objetivo, esto es, su fin es evaluar la legalidad de un acto administrativo y resolver sobre su validez o nulidad. En el segundo modelo, el tribunal está obligado a decidir la reparación del derecho subjetivo, teniendo la sentencia el alcance no sólo de anular el acto, sino también de fijar los derechos del inconforme y condenar a la administración a restablecer y hacer efectivos tales derechos, es decir, en estos casos será materia de la decisión la conducta de una autoridad administrativa a efecto de declarar y condenarla, en su caso, al cumplimiento de una obligación preterida o indebidamente no reconocida en favor del administrado." ⁹ (Énfasis añadido)

De lo anterior se desprende que hay dos vías ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa: (1) el juicio de nulidad y (2) el juicio ordinario administrativo con plena jurisdicción.

Con respecto a la rescisión administrativa de contratos públicos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente ha aclarado que la vía correcta en contra de la rescisión administrativa es el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y no el juicio ordinario ante el Juzgado de Distrito en Materia Administrativa ni el amparo indirecto:

"RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y

⁹ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXIV, Septiembre de 2006, tesis: I.4o.A. J/45, jurisprudencia, materia administrativa, página: 1394. Amparo directo 197/2002. Carlos Islas González. 10 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo directo 379/2004. Fresh Intellectual Properties, Inc. 23 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Ernesto González González. Amparo directo 101/2005. Yahoo! Inc. 20 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. Del artículo 14, fracción VII, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que establece que este órgano jurisdiccional conocerá de los juicios promovidos contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la administración pública federal, a través del juicio contencioso administrativo regulado en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se concluye que **la rescisión administrativa de contratos públicos decretada con fundamento en los artículos 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es impugnabile en el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pues se declara ante su incumplimiento; a su vez, la sentencia definitiva emitida en el juicio referido podrá reclamarse en amparo directo ante un Tribunal Colegiado de Circuito, con fundamento en los artículos 44, 46, 158 y 159 de la Ley de Amparo y 37, fracción I, inciso b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el cual ejercerá un control constitucional sobre lo resuelto respecto de la rescisión administrativa.**" ¹⁰ (Énfasis añadido)

Esa tesis jurisprudencial tiene como antecedentes la tesis aislada I.4o.A.502 A, "CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CONTRA SU RESCISIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD, CON BASE EN LA LEY FEDERAL RESPECTIVA, PROCEDE EL JUICIO ORDINARIO ADMINISTRATIVO FEDERAL Y NO EL AMPARO INDIRECTO." ¹¹, así como la tesis P./J. 20/94 de rubro "CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA." ¹²

En ambas tesis y la nueva tesis jurisprudencial, la litis versa sobre la "legalidad o subsistencia de la rescisión, que es un acto de autoridad en la medida en que constituye una declaración unilateral de voluntad de la administración, imperativa y coercitiva que, además tiene carácter administrativo por la naturaleza de quien la emite y por sus características intrínsecas." y "la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad de naturaleza administrativa." Es decir tales tesis se limitan a la anulación de l acto autoridad de rescisión administrativa, es decir al juicio de nulidad y no al juicio ordinario en materia administrativa con plena jurisdicción. En ningún lado de la tesis anterior se desprende que la única vía para combatir un acto de autoridad es el juicio ordinario administrativo con plena

¹⁰ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, tesis jurisprudencial 2a./J. 4/2010, contradicción de tesis 422/2009, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Quinto y Cuarto del Primer Circuito (9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXI, Marzo de 2010; Pág. 1977), materia administrativa, registro número 22066, Enero de 2010, página 312. Contradicción de tesis 422/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Quinto y Cuarto, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 9 de diciembre de 2009. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Roberto Rodríguez Maldonado. Tesis de jurisprudencia 4/2010. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del trece de enero de dos mil diez.

¹¹ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión (improcedencia) 326/2005. Grupo Constructor Cinco, S.A. de C.V. 17 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Karla Mariana Márquez Velasco.

¹² Tribunal Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 78, junio de 1994, tesis jurisprudencial P.J. 20/94, materia administrativa, registro 205457, página 18.

jurisdicción. Por lo tanto, tal acto puede combatirse en el juicio de nulidad, limitándose la litis a la cuestión de validez o invalidez del acto de autoridad y dejando cualquier otra cuestión al tribunal arbitral.

Cabe agregar, que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ningún lugar establece que el tema del cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios es inarbitrable. Tal tema se analizará más adelante en este artículo.

Ahora bien, con respecto al juicio de nulidad, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativo puede declarar ilegal la resolución administrativa cuando se demuestra alguna de las siguientes causas:

- (i) Incompetencia del funcionario;
- (ii) Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes;
- (iii) Vicios del procedimiento;
- (iv) Errores en la apreciación de los hechos que motivaron el acto administrativo;
- (v) El exceso de la discreción de la autoridad.

La determinación de la ilegalidad del acto administrativo por las causas antes mencionadas es exclusivo a ese tribunal y, por ende, inarbitrable. Lo anterior se confirma en el último párrafo del artículo 51 antes citado que señala:

"Los órganos arbitrales y de otra naturaleza, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo."

Aunque los órganos arbitrales y paneles de solución de diferencias a que se refiere el último párrafo de esa disposición son de naturaleza diferente a los tribunales arbitrales en materia comercial, queda manifiesto que la litis en un juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es la anulación o no del acto de autoridad por el que se recinde un contrato público. Esto no incluye una determinación sobre la procedencia de reclamos por prórrogas, ampliaciones del contrato, trabajos extras, trabajos extraordinarios, pérdidas de rendimiento, ajuste de gastos indirectos por modificaciones de más del 25% del Contrato, el cumplimiento o incumplimiento del contrato y de sus consecuencias como pueden ser daños y perjuicios, entre otros.

En la tesis jurisprudencial 4/2010 arriba citada se deja en claro que solamente el tema de impugnación del acto de autoridad de rescisión administrativa está reservado al juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa aplicando la legalidad como estándar de revisión sin resolver sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, lo anterior no significa que la demandante no puede iniciar el juicio ordinario administrativo con plena jurisdicción. Al respecto, el artículo 52, fracción V de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo establece que el Tribunal, puede declarar la nulidad de la resolución impugnada y además reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa, es decir, el Tribunal puede intervenir en la relación contractual con respecto a un contrato público tal y como lo permite artículo 14 de la Ley Orgánica del

Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que se refiere a la interpretación y cumplimiento de contratos públicos.

Si un contratista inicia un juicio ordinario administrativo a pesar de la existencia de una cláusula arbitral en un contrato público, renunciaría a su derecho al arbitraje, por lo que la entidad pública debería solicitar la remisión al arbitraje de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio en lo que se refiere a las prestaciones adicionales a la petición de nulidad. Sin embargo, es poco probable que la entidad pública se va a oponer a un juicio ordinario administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa por lo que al abrirse el juicio ordinario administrativo con plena jurisdicción ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se sustituye el procedimiento arbitral al optar ambas partes por la vía del juicio ordinario administrativo.

Por lo tanto, cualquier demanda de un contratista por la vía administrativa se debe limitar al juicio de nulidad.

Entonces surge la pregunta de si al iniciarse un juicio de nulidad por parte de un contratista, en la contestación la autoridad puede ampliar la litis a temas como penas convencionales, es decir reconvenir en méritos. De los artículos 19 y 20 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo no parece deducirse el derecho de la autoridad a poder ampliar la litis. Si ese fuera el caso, el contratista debería solicitar la remisión al arbitraje de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1424 del Código de Comercio e invocar la protección de los medios alternativos de solución de controversias establecida en el párrafo 4 del Artículo 17 Constitución. De acuerdo con el artículo 16, fracción II, de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, se desprende que la ampliación es un derecho que solamente tiene la demandante en limitados casos como es el desconocimiento de la resolución administrativa.

6. Orden público y cosa juzgada

La cuestión es si se violenta el orden público, "*en virtud de no tomar en cuenta la trascendencia jurídica de la ejecutoria de amparo al arbitraje*", como se señala en el laudo en cuestión. Lo anterior atañe al principio de cosa juzgada que es un importante principio del orden público procesal como se demuestra con la siguiente tesis:

"PRINCIPIO DE COSA JUZGADA MATERIAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON UNA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN CUMPLIMIENTO DE UNA EJECUTORIA DE AMPARO. La autoridad de la cosa juzgada es uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica, toda vez que el respeto a sus consecuencias constituye un pilar del Estado de derecho como fin último de la impartición de justicia, a cargo del Estado. En este sentido, el principio existe en relación con las resoluciones jurisdiccionales y constituye la verdad legal, por lo que debe ser estudiada de oficio por el órgano jurisdiccional de que se trate, al ser un presupuesto procesal de orden público en el que la cuestión que se someta a debate no haya sido resuelta con antelación por sentencia firme, siendo sus elementos, los siguientes: 1. Identidad en las partes y la calidad con la que intervinieron; 2. Identidad en la cosa u objeto del litigio; 3. Identidad en la causa de pedir. Además de lo anterior, la cosa juzgada puede ser formal o material. Es así que la aceptación formal de cosa juzgada se configura sólo cuando una sentencia debe considerarse firme; esto es, cuando no puede ser impugnada por los medios ordinarios o extraordinarios de defensa. En cambio, se está en presencia de cosa juzgada en sentido material, cuando la decisión es inmutable o irreversible en cuanto al derecho sustancial o de fondo discutido,

calidad que opera fuera del proceso o en cualquier otro procedimiento donde se pretendan controvertir los mismos hechos o cuestiones ya resueltas, haciendo indiscutible el hecho sentenciado. Por ello, para que exista cosa juzgada material entre la relación jurídica resuelta en la sentencia de fondo y aquella que de nuevo se plantea, deben concurrir conjunta y necesariamente los tres elementos a que se hizo referencia, pues de no ser así, no se actualizará la autoridad de cosa juzgada." ¹³

El principio de cosa juzgada tiene su fundamento en el tercer párrafo del Artículo 17 de la Constitución ¹⁴.

Al respecto es relevante la siguiente tesis jurisprudencial:

"COSA JUZGADA REFLEJA. *Se da la cosa juzgada refleja, cuando existen circunstancias extraordinaria que, aun cuando no sería posible oponer la excepción de cosa juzgada a pesar de existir identidad de objeto en un contrato, así como de las partes en dos juicios, no ocurre la identidad de acciones en los litigios; pero que no obstante esa situación, influye la cosa juzgada de un pleito anterior en otro futuro, es decir, el primero sirve de sustento al siguiente para resolver, con la finalidad de impedir sentencias contradictorias, creando efectos en esta última, ya sean de manera positiva o negativa, pero siempre reflejantes.*" ¹⁵

El punto de traslape entre el procedimiento administrativo de rescisión administrativa y en el arbitraje es el tema de cumplimiento o incumplimiento del contrato. Sin embargo, el tema del cumplimiento o incumplimiento del contrato en el acto administrativo es un tema de legalidad y no de relación contractual. El estándar de revisión es diferente ya que se examina si la realidad cuadra con los supuestos establecidos en la ley, mientras que en el arbitraje el tribunal analiza si se cumplen los supuestos establecidos en el contrato para conceder prestaciones debido al incumplimiento de una de las partes.

La litis del juicio arbitral tiene como objeto examinar si se violaron las disposiciones contractuales, incluyendo las disposiciones imperativas de la ley aplicable al contrato público. El tribunal arbitral no examina la validez o invalidez del acto de autoridad. Lo considera como un hecho y no importa si se hubiere confirmado en un juicio de nulidad. Aunque una rescisión administrativa es legal de acuerdo con la legislación aplicable, puede violar al contrato.

Al respecto, es importante tomar en cuenta que el acto de autoridad de rescisión administrativa aunque es formalmente un acto administrativo materialmente sigue siendo un acto contractual, es decir es un acto de doble vertiente. El procedimiento de la rescisión administrativa, aunque es un procedimiento administrativo, simplemente marca los parámetros de un acto unilateral de una de las partes contractuales y el procedimiento a seguir para que la autoridad llegue a una declaración de voluntad.

¹³ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 536/2010. Yahoo! Inc., 3 de febrero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Víctor Octavio Luna Escobedo. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, julio de 2011, Novena Época, Tesis: I.4o.A.749 A, Tesis Aislada, Materias: Común, Administrativa, Registro No. 161515, página 2160.

¹⁴ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, XXVIII, Septiembre de 2008, Tesis: P./J. 85/2008, jurisprudencia, materia común, registro 168959, página 589.

¹⁵ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XVIII, noviembre de 2003, tesis jurisprudencial I.6o.C. J/43, materia civil, página 803.

Como acto de autoridad encuentra sus limitaciones en la legislación administrativa. Como acto contractual de declaración de voluntad debe medirse en el ámbito contractual.

De acuerdo con los criterios para determinar la cosa juzgada arriba establecidos y la distinción entre juicio de nulidad y juicio ordinario administrativo con plena jurisdicción queda manifiesto que en un juicio de nulidad, la litis o el objeto del litigio es la validez o invalidez del acto de autoridad, mientras que en el juicio ordinario administrativo o en el arbitraje la litis es "*fijar los derechos del inconforme y condenar a la administración a restablecer y hacer efectivos tales derechos, es decir, en estos casos será materia de la decisión la conducta de una autoridad administrativa a efecto de declarar y condenarla, en su caso, al cumplimiento de una obligación preterida o indebidamente no reconocida en favor del administrado.*", tal y como se establece en la tesis jurisprudencial I.4o.A. J/45.

A su vez la causa de pedir en el juicio de nulidad es la legalidad o ilegalidad del acto, mientras que en el juicio ordinario administrativo es el cumplimiento o incumplimiento del contrato y sus consecuencias, así como la procedencia o improcedencia de los típicos reclamos en obras y adquisiciones públicas, aparte de la nulidad que también se pide en el juicio ordinario administrativo.

Ahora bien, el arbitraje y el juicio ordinario administrativo con plena jurisdicción pueden tener la misma litis y la misma causa a pedir, con excepción del tema de la validez del acto de autoridad que solamente se puede reclamar en el juicio ordinario administrativo pero no en el arbitraje. Sin embargo, no existe coincidencia entre el juicio de nulidad y el juicio ordinario administrativo ni entre el juicio de nulidad y el juicio arbitral, ya que el primero solamente versa sobre la validez o invalidez del acto de autoridad como acto unilateral y el segundo no puede abarcar el tema de validez. Es por eso que se excluye cualquier posibilidad de cosa juzgada.

Al anular un laudo arbitral por una supuesta cosa juzgada establecido por un amparo indirecto, el tribunal viola al párrafo 4 del Artículo 17 Constitucional que establece el acceso a la justicia alternativa al señalar que "*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.*" El derecho a mecanismos alternativos de solución de controversias está, por lo tanto, constitucionalmente garantizado. Tal derecho no puede menoscabarse por un acto de autoridad que quedó firme al no haberse otorgado el amparo al contratista quejoso o al haberse confirmado su validez por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Adicionalmente, al tratarse de un acto unilateral de autoridad sujeto a la prohibición de arbitrariedad ("*Willkürverbot*") establecida en el Artículo 17, párrafo 1, de la Constitución y el artículo 1797 del Código Civil Federal, no cabe la eliminación del juicio con plena jurisdicción, sea el juicio ordinario administrativo o el juicio arbitral, a favor de un juicio de nulidad. Como lo señala el primer renglón del primer párrafo del Artículo 17 de la Constitución: "*Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma*". Tal principio se encuentra plasmado en el artículo 1797 del Código Civil Federal que establece que "*La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratante*" y también es aplicable a las entidades públicas en contratos administrativos, representando un principio de orden público. Por lo tanto, es impermisible que una entidad paraestatal decida de manera unilateral sobre el cumplimiento e incumplimiento de un contrato sin posibilidad de revisión en un juicio ordinario administrativo o en un juicio arbitral.

De acuerdo con ese principio, aunque la autoridad puede rescindir administrativamente un contrato público sujeto al control de los tribunales federales a través de un juicio de nulidad, no se le puede

restar al tribunal arbitral la facultad de determinar los hechos y fundamentos contractuales para determinar el cumplimiento e incumplimiento contractual.

Restarle al gobernado el derecho a un juicio en meritos con plena jurisdiccion al aplicar el principio de cosa juzgada a favor de un juicio de nulidad afectaría significativamente la garantía individual del acceso a la justicia establecido en el Artículo 17, párrafo 2, de la Constitución y es, por ende, absolutamente inadmisibile en un estado de derecho.

Es justamente por la problemática de la unilateralidad de la rescisión administrativa y de la terminación anticipada por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial arriba señalada otorgó adicionalmente al juicio meritorio con plena jurisdicción el derecho al juicio de nulidad¹⁶. En ningun momento quiso la Suprema Corte limitar el acceso a la justicia al juicio de nulidad establecido en el segundo párrafo del Artículo 17 Constitucional, y eliminar el método de solución alternativa de controversias garantizado en el párrafo 4 del Artículo 17 Constitucional. Tampoco quiso la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorgar a una entidad paraestatal la facultad de decidir unilateralmente sobre el cumplimiento o incumplimiento de contratos cuando tales entidades públicas actúan *iuris gestionis*, es decir, como un ente comercial.

Por lo tanto tal, y como lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial arriba citada, lo único que se pretendió era agregar defensas jurídicas en contra del acto de autoridad, mismas que se pueden obtener mucho más rápido en un juicio de nulidad que en un procedimiento arbitral, en particular, por la suspensión provisional y definitiva del acto de autoridad. Lo anterior, sin embargo, no tiene injerencia en el procedimiento arbitral que tiene su propio estándar de revisión y litis que es diferente al juicio de casación.

La situación que nos ocupa, por ende, es semejante a la de cualquier otro juicio paralelo en que por un lado se demanda por un lado el pago bajo un contrato y por otro se busca la ejecución de un pagaré. El hecho de que el juicio ejecutivo mercantil no procede por diversas excepciones y defensas, no significa que eso afectará el juicio ordinario.

Por lo tanto, la litis en un juicio de nulidad es sustancialmente diferente al juicio meritorio en forma de un procedimiento arbitral que versa sobre derechos subjetivos en un contrato público. Los diversos reclamos que normalmente surgen de contratos públicos, el cumplimiento e incumplimiento del contrato y sus consecuencias como son los daños y perjuicios, resuelven disputas en el ámbito contractual, aunque tal ámbito se encuentra regulado por disposiciones contractuales en una ley administrativa.

7. Orden público e inarbitrabilidad

Cabe preguntarse si los fantasmas goetheanos que originalmente llamó la Suprema Corte de Justicia de la Nación al declarar acto administrativo ciertos actos de entidades paraestables no son la causa de la problemática actual, ya que al levantar un acto contractual a un acto de autoridad interfiere en la distinción entre actes *iure imperii* y actes *iure gestionis*. Mientras que un procedimiento de licitación es un procedimiento *iure imperii* con la correspondiente relación de subordinación entre la autoridad

¹⁶ Amparo en revisión 1195/95. Julio Oscar Trasviña Aguilar. 14 de noviembre de 1996, Unanimidad de diez votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventico V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba; Novena Época, Pleno, Tomo V, Febrero de 1997, tesis P.XXVII.97, tesis jurisprudencial, p. 118.

licitante y los participantes en la misma, una vez firmado el contrato público las entidades ejercen actos de naturaleza privada. Como lo señala el jurista mexicano Diego Andrade Max: "*El acto jurídico contractual imputable a algún órgano del estado en calidad de parte de ese mismo acuerdo de voluntades, constituye indiscutible un acto iure gestionis.*"¹⁷ Al levantar un acto unilateral de voluntad *de iure gestionis* de una entidad paraestatal a un acto de autoridad *de iure imperii*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque con el afán de beneficiar al subordinado en contra de su estado de indefensión, ha abierto una verdadera caja de pandora que sólo ese Alto Tribunal es capaz de cerrar nuevamente.

El tema de arbitrabilidad ha sido extensamente tratado por diversos autores mexicanos. La exclusión de la rescisión administrativa de la arbitrabilidad es una cuestión de arbitrabilidad objetiva y no tiene que ver con el tema de orden público¹⁸, sino con disposiciones expresas en las leyes de obras y adquisiciones públicas como se señala a continuación:

Los artículos 61 de la LOPSRM y 54 de la LAASSP establecen el procedimiento de rescisión en caso de incumplimiento del contratista. De acuerdo con tales artículos, la autoridad debe notificar el incumplimiento al contratista, evaluar los argumentos y pruebas hechos valer por el contratista y debidamente fundar, motivar y comunicar la determinación de dar o no por rescindido el contrato. Las causas de rescisión en los contratos de asociación público-privada se establecen en el artículo 122 de la LAPP.

En coherencia con las mejores prácticas de la industria a nivel internacional, el artículo 154 del Reglamento de la LOPSRM y el artículo 92, párrafo 2 del Reglamento de la LAASSP establecen que la rescisión administrativa de los contratos debe ser el último recurso en caso del incumplimiento del Contratista y que es subordinado a otras medidas por parte de la dependencia o entidad como es la aplicación de penas convencionales o modificaciones al contrato.

El párrafo 2 del artículo 98 de la LOPSRM y el segundo párrafo del artículo 80 de la LAASSP establecen que: "*No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.*" Eso se repite en el artículo 139, tercer párrafo, de la LAPP que señala: "*No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.*"

Con respecto a los tribunales competentes, el artículo 103 de la LOPSRM y el artículo 85 de la LAASSP señalan que: "*Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de los contratos celebrados con base en esta Ley, serán resueltas por los tribunales federales, en los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alterno de solución de controversias, o éstas no resulten aplicables.*"

Mientras que la autoridad actúa por motu proprio en caso de rescisión, de acuerdo con el artículo 156 del Reglamento de la LOPSRM y el artículo 98, segundo párrafo, último renglón, el Contratista debe

¹⁷ Véase Diego Andrade Max: *Las Personas Morales de Derecho Público como Partes en el Arbitraje Comercial Internacional*, Universidad Iberoamericana, 1992, p. 73; ibidem: *Mexican Governmental Agencies as Parties to International Commercial Arbitration - Historical, Theoretical and Practical Aspects*, Univ.-Diss., Universität Wien, Mai 1994, p. 153.

¹⁸ Véase, en particular, a Francisco González de Cossío: *Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del Arbitraje*, www.gdca.com.mx, p. 15, que confirma que es un error asimilar la arbitrabilidad al orden público.

acudir ante la autoridad judicial federal para obtener la declaración de rescisión por incumplimiento de la autoridad.

De los artículos 155, 156 y 157 del Reglamento de la LOPSRM y del artículo 98 del Reglamento de la LAASSP se desprende que la determinación del *incumplimiento* es el objeto de la rescisión administrativa. Eso significa que en el tema de "incumplimiento" existe un traslape entre el juicio de nulidad y el juicio arbitral que llevaría al argumento de que en el juicio de nulidad se prejuzga sobre el cumplimiento o incumplimiento contractual. Sin embargo, en el juicio de nulidad la existencia del incumplimiento se limita a los hechos alegados por la autoridad y refutados por la contratista.

Sin embargo, al limitarse el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a la confirmación o anulación del acto de autoridad, el incumplimiento del contrato simplemente sirve como supuesto para confirmar el acto de autoridad, mientras que en el arbitraje lo que interesa son los derechos y obligaciones que nacen del incumplimiento.

Lo anterior se confirma en el párrafo cuarto del artículo 139 de la LAPP que tiene una redacción más precisa: "*La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.*" A su vez el segundo párrafo del artículo 122 de la LAPP señala que: "*En todo caso, los incumplimientos se sujetarán a lo dispuesto por las partes en el contrato y cualquier controversia al respecto será resuelta por los tribunales federales, o en su caso, mediante el procedimiento arbitral correspondiente.*" Es decir, se reconoce que el incumplimiento puede tener dos vertientes, como supuesto en el procedimiento administrativo de rescisión administrativa y como supuesto contractual objeto del arbitraje, ajena a la cuestión de la validez legal de cualquier acto administrativo.

Por lo tanto, la inarbitrabilidad se limita a la "*validez legal*" del acto administrativo y no prejuzga sobre el tema del incumplimiento. La cosa juzgada en el juicio de nulidad es la validez o invalidez del acto administrativo pero no el cumplimiento o incumplimiento contractual que es objeto del juicio arbitral.

Sin embargo, más que la inarbitrabilidad por orden legal, lo que preocupa es la inarbitrabilidad que se deriva de la tesis jurisprudencial P.XXVII.97. Aunque esa tesis simplemente define el acto de autoridad, al considerarse el acto de autoridad inarbitrable per se, cualquier acto contractual de una entidad paraestatal que se considera acto de autoridad en un procedimiento judicial, se vuelve inarbitrable.

Como se ha visto en el caso ICC 13613, además de la rescisión y terminación de un contrato, también se ha considerado inarbitrable la ejecución de fianzas y la determinación del finiquito. No está excluido que mañana se tendrá como inarbitrable la determinación de penas convencionales por una entidad paraestatal y pronto ya no queda materia para un juicio arbitral en un contrato público.

Por lo tanto, el tema de la creciente inarbitrabilidad se vuelve un asunto de imprevisibilidad jurídica ya que la entidad paraestatal en cualquier momento puede alegar que algún acto contractual es un acto de autoridad y con eso, lo distrae del ámbito del arbitraje. Eso es preocupante en cuanto a los principios de legalidad y previsibilidad jurídica en el derecho mexicano, así como para el estándar de transparencia en el derecho económico internacional.

La referencia expresa en el artículo 139 de la LAPP a la inarbitrabilidad de cualquier "acto de autoridad" y la referencia implícita en las otras leyes de obras y adquisiciones públicas, significa que la problemática aquí tratada está presente en el ámbito de estas leyes.

8. Anulación de un laudo y el riesgo político de México

Como se señala en la sentencia del amparo en revisión 358/2010 del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de fecha 25 de agosto de 2011 y en el mismo laudo de fecha 6 de diciembre de 2009, la demandante reclamó, entre otros, la declaración por parte del tribunal arbitral que la Demandada "*incumplió con sus obligaciones contractuales*". El 23 de febrero de 2007, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sobreseyó el amparo indirecto a la Demandante en contra el acto de rescisión administrativa por ser competente un Juez de Distrito en Materia Administrativa. Previamente la Segunda Sala de Justicia de la Nación había señalado que "*la rescisión de un contrato administrativo decidida por la propia entidad contratante, en cumplimiento de una disposición legal que prevé una medida de esta naturaleza, es un acto administrativo de autoridad, impugnabile ante los Tribunales de la Federación, como una cuestión que pertenece a la jurisdicción contenciosa administrativa de orden federal, que compete a los Jueces de Distrito.*"¹⁹

En las páginas 452-455 de la sentencia, el Tribunal Colegiado señala:

"... se actualiza la eficacia refleja de la cosa juzgada únicamente en cuanto a que las consideraciones que quedaron transcritas de las ejecutorias pronunciadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se obtiene que la primera analizó la constitucionalidad de las normas antes citadas, siendo que de la ejecutoria relativa se desprende que se hizo referencia a que la rescisión administrativa emitida por la hoy recurrente, era un acto administrativo de autoridad, impugnabile ante los Tribunales de la Federación, al ser una cuestión que pertenecía a la jurisdicción contenciosa administrativa del orden federal, en específico a los Jueces de Distrito, en términos de la jurisprudencia de rubro: "CONTRATO DE OBRA PUBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR RESCISION, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.

Por ello, sobre el aspecto de inconstitucionalidad resuelto por el Alto Tribunal, tiene eficacia refleja de cosa juzgada, en el presente asunto, ya que existe identidad de partes, y aun cuando la causa ahí justipreciada, no fue de forma directa el fondo de la rescisión administrativa, sino los preceptos en que se fundó, contravenían o no la Constitución Federal, el criterio que se refleja para orientar la presente resolución, es que no cabe duda que la rescisión administrativa es un acto autoritario que únicamente es impugnabile ante los Tribunales de la Federación y que al no haberse declarado la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, continúa firme esa rescisión hasta el momento en que se resuelve el presente recurso, pues no obra constancia en contrario.

Asimismo, la determinación adoptada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tiene eficacia refleja de cosa juzgada en relación a lo determinado en el laudo arbitral, en razón de que se pronunció sobre la rescisión administrativa, mediante el análisis de

¹⁹ Sentencia, p. 15.

temporalidad de su emisión, por lo que de forma indirecta, al haberse negado el amparo, también dejó firme la rescisión administrativa y que sólo era modificable mediante el juicio ordinario administrativo federal seguido ante un Tribunal Federal, pues como se dijo con anterioridad, tal actuación en ejercicio de atribuciones legales de orden público, no puede ser modificada, anulada o revocada, por un tribunal establecido para resolver meros problemas que afectan intereses particulares."

En la página 457 de la sentencia, el Tribunal Colegiado señala:

"Por tanto, al haber quedado firme la rescisión administrativa hasta el momento que se resuelve el presente recurso, y que se trata de un acto de autoridad únicamente anulable, modificable o revocable por el procedimiento ordinario mencionado, ello incidía en que la resolutoria de amparo debió considerar que ni el tribunal arbitral ni el Juez de Distrito que conoció del incidente de nulidad de laudo arbitral, atendieron esa cuestión previo a resolver el fondo del asunto que se les planteó, ya que estuvo en aptitud de justipreciar que la competencia y jurisdicción que se le otorgó, sólo era para resolver cuestiones que involucraran intereses privados, ya que su constitución precisamente es de esta naturaleza, y que impedía juzgar un acto de autoridad por ser de naturaleza pública, por lo que al no ajustarse a lo que ha quedado expuesto, existió transgresión al orden público y en consecuencia, ese laudo es nulo, conforme al precepto 1457 del Código de Comercio."

Ahora bien, en la página 458 de la sentencia, el Tribunal Colegiado resolvió que:

"Así, al estar firme y válido hasta el momento que se resuelve el presente recurso, la rescisión administrativa y su sustento como fue el incumplimiento imputado a la contratista, esto impidió que esa circunstancia pudiese ser modificada, aun paralela o indirectamente como lo hizo el tribunal arbitral, lo que a su vez impedía que se pronunciara sobre el reclamo de diversas prestaciones relacionadas con el contrato, ya que como se dijo, al estar subsistente la rescisión, esa circunstancia resolvió cualquier obligación derivada del acuerdo de voluntades como hubiera sido algún incumplimiento previo o subsecuente, por lo que para reclamar alguna prestación derivada de eso, era o es condición necesaria que se revoque la rescisión y que inclusive en el procedimiento ordinario administrativo, se determine lo relativo a los trabajos que adujo la tercera perjudicada, no le fueron cubiertos, pero sólo a través de la vía idónea para ello y no mediante el procedimiento arbitral, ya que no es dable dividir la continencia de la causa."

Luego al no haberlo considerado así la Juez de Distrito, son incorrectas sus afirmaciones sobre este tema, ya que sí existió eficacia refleja de cosa juzgada como lo afirmó la quejosa, únicamente en la medida que ha quedado expuesta, pues al haberse pronunciado el tribunal arbitral sobre las causas que dieron origen a la rescisión administrativa como fue el incumplimiento de la contratista, así como sus consecuencias como eran el pago de las penas convencionales y demás prestaciones, ello trastocó la actual firmeza de ese acto; de ahí que al encontrar sustento esta institución procesal en los artículos 14 y 16 constitucionales, por reconocerse como un pilar fundamental del Estado mexicano la certeza y seguridad jurídicas, es evidente que se contravino la noción de orden público a que se contrae la fracción II, del artículo 1457, Código de Comercio."

A lo anterior solamente hay cuatro comentarios adicionales: (1) un acto de autoridad cuyo amparo fue sobreesido por haberse combatido en la vía equivocada no puede representar cosa juzgada, (2) el Tribunal Colegiado asimila el juicio de amparo indirecto con un juicio ordinario administrativo que nunca fue iniciado por el contratista, (3) al restarle al gobernado el derecho a un juicio ordinario con

plena jurisdicción lo deja en el absoluto estado de indefensión, y (4) la sentencia es inconstitucional ya que elimina el derecho a medios alternativos de solución de controversias a favor del juicio ordinario administrativo que nunca se había iniciado por la contratista.

Al respecto hay que mencionar y como se establece claramente en el Capítulo VI del laudo arbitral en el caso ICC 13613/CCO/JRF, el tribunal arbitral nunca resolvió sobre la validez o invalidez del acto de autoridad, sino solamente constató que no había pruebas del incumplimiento de la contratista y que no había los fundamentos de hecho y de derecho para la rescisión y para atribuir a la contratista la responsabilidad para motivar la rescisión. Es decir, el tribunal arbitral limitó su determinación al marco contractual sin perjudicar sobre la validez o invalidez del acto. Es decir el acto de rescisión se tomó como un hecho inalterable lo que no restó al tribunal arbitral la facultad de determinar el cumplimiento de los derechos y obligaciones bajo el contrato público.

Ahora bien, al rendir una sentencia que no solamente es materialmente inconstitucional sino que emana a una franca "denegación de justicia"²⁰ al anular por completo un juicio meritorio en forma de un procedimiento arbitral, se está afectando el riesgo legal de México.

La debida observancia de los contratos, el sistema de solución de controversias, la debida ejecución de laudos arbitrales y la estabilidad y previsibilidad de un sistema jurídico son temas del llamado riesgo legal y político de un país, particularmente en lo que se refiere al financiamiento de proyectos²¹. Ante la anulación de un laudo arbitral bajo el pretexto de cosa juzgada de un juicio de nulidad, existe el riesgo de incrementarse el costo de cualquier proyecto público de infraestructura, en particular, en lo que se refiere a los costos de financiamiento y aseguramiento. Lo anterior es independiente del peligro de una demanda en contra de México bajo algún Acuerdo Internacional de Protección de Inversiones ("APPRIS" de acuerdo con la terminología mexicana) celebrado con México por la denegación de justicia y la violación de inversiones en forma de contratos legalmente celebrados²².

9. Conclusiones

Esperemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pronto atraiga este tema y aclare que los juicios de nulidad son un remedio adicional al juicio meritorio en forma de un juicio arbitral, es decir que cualquier acto unilateral de autoridad es sujeto al control por parte de un tribunal arbitral o en un juicio ordinario administrativo con plena jurisdicción, según lo que decidan las partes. De ninguna manera puede restar una sentencia en un juicio de nulidad la validez de un laudo arbitral o prejuzgar sobre la determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual de una de las partes. Resolver de otra manera acabaría con los proyectos de infraestructura en este país que tanto se requieren para el bienestar del pueblo mexicano.

Aunque cualquier país está en libertad decidir sobre la arbitrabilidad o inarbitrabilidad de contratos públicos, lo que no es admisible es la falta de previsibilidad jurídica sobre la arbitrabilidad de un acto

²⁰ Jan Paulsson: *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

²¹ Scott L. Hoffman: *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge University Press, Third Edition, 2008, para 3.13, p. 54-55, para. 9.04, p. 100-102; John Dewar (ed.): *International Project Finance - Law and Practice*, Oxford University Press, 2011, para. 4.66, p. 97.

²² Véase James A. Graham / Carlos Treviño Vives: *La no ejecución de un laudo arbitral comercial internacional como expropiación indirecta*, en: Arbitraje en Materia de Inversiones, Sonia Rodríguez Jiménez / Herfried Wöss (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, p. 147-164, <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/21.pdf>.

contractual de una entidad paraestatal. Tal incertidumbre viola el principio de seguridad y previsibilidad legal en el ámbito doméstico, y del estándar de transparencia en el ámbito internacional.

El fondo del asunto, sin embargo, es que no debería considerarse autoridad a una empresa paraestatal que actúa *iure gestionis*, es decir como una ente comercial y no en una relación de supra- y subordinación.