

MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC) EN LAS ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS, SERVICIOS Y OBRAS PÚBLICAS. SU MARCO JURÍDICO Y EVOLUCIÓN

Juan Manuel OTERO VARELA¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco jurídico de los MASC y del arbitraje en los contratos del Estado. III. Regulación de los MASC en la contratación administrativa. IV. Conclusiones. V. Fuentes de información.

RESUMEN

Este trabajo tiene como finalidad exponer la introducción y evolución de los medios alternativos de solución de controversias y el arbitraje, en las disposiciones jurídicas que regulan la contratación pública federal, así como los desafíos que, en la práctica, presenta esta materia tanto al sector público como al privado.

PALABRAS CLAVE

Medios alternos. Solución de controversias. Arbitraje. Contratos administrativos. Obra pública. Adquisiciones. Arrendamientos. Servicios. Sector público.

ABSTRACT

This paper aims to expose the introduction and evolution of alternative means of dispute resolution and arbitration in the legal provisions governing federal public procurement, as well as the challenges that in practice presents this matter both to the public sector like the private one.

KEY WORDS

Alternate means. Settlement of disputes. Arbitration. Administrative contracts. Public work. Acquisitions. Leases. Services. Public sector.

I. INTRODUCCIÓN

Es una realidad que los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) y los mecanismos alternos al monopolio de la jurisdicción estatal, como es el caso del arbitraje, han ido permeando poco a poco en el quehacer de la actividad de la Administración Pública

¹ Licenciado en Derecho; Maestro en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus México. Profesor Investigador de Derecho Administrativo en la misma institución de educación superior. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Miembro asociado del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

y en una gran variedad de materias que son objeto de regulación del Derecho Público² y, particularmente, del Derecho Administrativo.

Por lo que hace a este último, es sobresaliente el desarrollo que estos medios han alcanzado en muy pocos años, particularmente en el ámbito de la contratación pública, debido a múltiples factores que encuentran su común denominador en la globalización, como un fenómeno primordialmente de índole económico, como referiremos un poco más adelante, al abordar brevemente su evolución.

Este periplo no ha sido terso ni sencillo, dado que implica la conjugación de figuras jurídicas que parecieran ser irreconciliables, sobre todo si se toma en consideración que parten de sistemas jurídicos, principios, reglas, objetivos y fines originalmente distintos y me atrevo a enfatizar esto último, debido a la tendencia cada vez más marcada a emparentarlos, flexibilizando los esquemas clásicos del *regime administratif*, de los que abrevan los sistemas normativos de México y buena parte de Iberoamérica, para poder asimilar el andamiaje jurídico que protege los intereses de los agentes económicos de gran calado, es decir, de los grandes inversores que, naturalmente, no abundan en nuestras latitudes y que utilizan figuras jurídicas de corte anglosajón, diseñadas, perfeccionadas, auspiciadas y difundidas por estos, a través de los organismos internacionales que les brindan protección y auxilio, y que les son propias para la consecución de sus fines particulares³.

² Un ejemplo de ello es el caso de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 29 de diciembre de 2014, cuyas disposiciones de orden público y de interés social, en términos del Artículo 1º de dicho ordenamiento, tienen por objeto "...establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable." Con la finalidad de "...propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad". Indicando como medios procedentes para tales efectos a la mediación (Artículo 21), la conciliación (Artículo 25) y la junta restaurativa (Artículo 27).

³ La llamada supraestatalidad normativa que supone la creación de Derecho por instancias exteriores al Estado. En este sentido, son cada vez más los supuestos en que el Derecho aplicable a nuestro país, tanto en el orden externo como interno, proviene de normas internacionales a las cuales México se ha sometido voluntariamente y que tienden, a su vez, a generar importantes normas de segundo grado, como ocurre en el caso del lavado de dinero, medidas anticorrupción, ambientales y económicas, entre muchas otras cuestiones. De acuerdo con lo anterior, pareciera que el imperio del Derecho entendido como monopolio del Estado, ya no es efectivo en términos absolutos; sin embargo, la norma jurídica estatal sigue siendo decisiva para la admisión de otras formas de regulación, incluso de otros reguladores distintos a los instituidos formalmente por un Estado constitucional de Derecho. Esta fuerza normativa estatal debe ser suficiente para movilizar los recursos del poder público para garantizar la eficacia del Derecho no estatal. *Cfr.* Arbos, Xavier, "La crisis de la regulación estatal", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, número 71, enero-marzo de 1991, p. 260.

En este sentido, abordamos este trabajo desde la perspectiva del contrato administrativo en materia de adquisiciones y arrendamiento de bienes muebles, la prestación de servicios de cualquier naturaleza y la obra pública con sus servicios relacionados, dejando de lado, por cuestiones de tiempo y espacio, otros contratos que suscribe el Estado, como es el caso de la asociación público-privada y los proyectos en materia energética. También nos limitaremos a la materia federal, pues bajo el Derecho mexicano, cada entidad federativa, tiene facultades para expedir sus propias leyes de contratación, acorde a lo preceptuado por el Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello con independencia de los poderes legislativo y judicial, así como los órganos públicos dotados de autonomía constitucional y las empresas productivas del Estado, que también gozan de un régimen jurídico propio en la materia.

Por lo que hace a la figura del arbitraje, es necesario establecer una precisión de inicio respecto del alcance del presente trabajo, dado que nos enfocaremos primordialmente al arbitraje en la contratación administrativa, tomando en consideración la taxonomía de Ignacio Granado Hijelmo⁴.

Este trabajo tiene como finalidad exponer cómo han sido introducidos los MASC y el arbitraje en diversas disposiciones jurídicas que regulan la contratación pública federal, para poder destacar las complejidades que han sido sorteadas durante su evolución y los retos que en la práctica presenta la materia a los operadores jurídicos, tanto del sector público, como del privado.

⁴ De acuerdo con este autor, se puede distinguir entre: a) el arbitraje administrativo, entendido como aquel en que la Administración, actuando como tal, es decir, en tutela de un interés público y revestida con facultades de *imperium*, es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje ajeno para dirimirlo; b) el arbitraje privado con la Administración, que de acuerdo con este autor refiere al caso de la Administración cuando no actúa como tal sino sometida al Derecho privado y desprovista de facultades de *imperium*, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la doctrina de los actos administrativos separables del fondo privado del asunto; c) la actividad arbitral de la Administración, que aparece siempre que la Administración actúa como árbitro en un conflicto ajeno, ya sea entre particulares o bien, inter-administrativos, y d) la actividad de multitud de órganos administrativos con funciones cuasi-jurisdiccionales, que se caracterizan porque resuelven asuntos en que está interesada la propia Administración en el ejercicio de sus potestades de *imperium*, pero la decisión no se adopta por un órgano arbitral ajeno a la Administración, sino por órganos propiamente administrativos, aunque dotados de un estatuto de imparcialidad más o menos amplio. Cfr. Granado Hijelmo, Ignacio, "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación," *Revista Jurídica de Navarra*, Navarra, número 39, enero-junio de 2005, pp. 39-56.

II. MARCO JURÍDICO DE LOS MASC Y DEL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

1. *Evolución de los MASC en México*

Si bien podemos advertir la existencia de diversos MASC en nuestro derecho, incluso durante la época colonial, los alcances de este trabajo nos obligan a ser un poco más concretos, por lo que podríamos señalar que la justicia alternativa ha tomado un papel preponderante en México a partir de las últimas dos décadas del siglo XX, con motivo de su adhesión al *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*⁵ desde el 25 de julio de 1986, fecha en que el Gobierno Federal suscribió el protocolo correspondiente, que más tarde sería aprobado por el Senado de la República el 11 de septiembre y ratificado el 9 de octubre del mismo año⁶.

La adhesión de México a este Acuerdo trajo como consecuencia su apertura comercial al exterior, así como la adopción de diversos principios normativos característicos del mismo, como la no discriminación; el tratamiento de nacional; la reciprocidad y la cláusula de nación más favorecida, entre otras disposiciones⁷.

A este primer paso en la política de apertura económica se dieron otros que confirman su determinación de fomentar el intercambio económico en términos competitivos con otros mercados, tal es el caso de la suscripción de diversos acuerdos y tratados internacionales, bilaterales y multilaterales, en materia de comercio, como el Tratado de Libre Comercio México-Estados Unidos-Canadá (TLCAN)⁸; el de México-Colombia-Venezuela (TLC-G3)⁹; el TLC México-Costa Rica¹⁰; TLC México-Bolivia¹¹; TLC México-Nicaragua¹²; TLC México-Chile¹³;

⁵ Conocido por sus siglas en inglés como GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Para obtener un panorama histórico general del GATT, Cfr. Tamames, Ramón, *Introducción a la economía internacional*, Madrid, Alianza, 1983, pp. 62-79.

⁶ La información acerca de la aprobación del Protocolo de Adhesión de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como su texto, puede ser consultada en la sección de tratados internacionales de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la liga siguiente: http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=138&depositario=0&PHPSESSID=0842bb8038cb1a08e7160a3a42bc242f, accedido el 25 de marzo de 2017.

⁷ Cfr. Álvarez Soberanis, Jaime, "El ingreso de México al GATT. La problemática de nuestra adhesión," *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, número 36, septiembre-diciembre de 1979, pp. 702 y ss.

⁸ DOF de fecha 20 de diciembre de 1993.

⁹ DOF de fecha 9 de enero de 1995.

¹⁰ DOF de fecha 10 de enero de 1995.

¹¹ DOF de fecha 11 de enero de 1995.

¹² DOF de fecha 11 de julio de 1998.

¹³ DOF de fecha 28 de julio de 1999.

el de México-Unión Europea (TLCEUM)¹⁴; TLC México-Israel¹⁵; TLC México-Uruguay¹⁶ y el AAE México-Japón¹⁷, entre otros.

Estos compromisos de carácter internacional generaron en México la necesidad de adecuar su Derecho interno, con el objeto de contar con un entramado normativo moderno y acorde a los estándares supranacionales, a efecto de atraer la inversión extranjera y brindar seguridad jurídica a la comunidad internacional.

Aunado a lo anterior, la estructura estatal había venido sufriendo un adelgazamiento importante, mediante la desincorporación de un buen número de empresas integrantes del sector paraestatal¹⁸, con la finalidad de hacer más eficiente su operación y propiciar la desregulación, entendida esta última como un fenómeno de "...desplazamiento de normas intervencionistas, propias del Estado social, por otras cuya función se limita a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado"¹⁹.

Es por ello que durante este período se puede observar la aprobación o modificación de un número importante de disposiciones normativas, con la finalidad de adecuar el marco jurídico nacional con el internacional, tal es el caso de la reforma efectuada en 1993 al Código de Comercio (Co.Co.)²⁰, a través de la cual se modificaron las disposiciones relativas al arbitraje comercial, para hacerlas congruentes con la Ley Modelo sobre la materia, emitida por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)²¹.

Otro caso similar al expuesto, que además será motivo de un análisis particular en este trabajo, es la promulgación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (LAOP) en

¹⁴ DOF de fecha 26 de junio de 2000.

¹⁵ DOF de fecha 28 de junio de 2000.

¹⁶ DOF de fecha 14 de julio de 2004.

¹⁷ DOF de fecha 31 de marzo de 2005.

¹⁸ Entre los años de 1983 y 1991 se desincorporaron cerca de 969 empresas del sector público, de las 1,155 que existían originalmente. *Cfr.* Tamayo, Jorge, "Las entidades paraestatales en México: origen, evolución y perspectivas", *Revista de Administración Pública*, México, número 82, enero-junio de 1992, pp. 297-317. Actualmente existen únicamente 60 empresas de participación estatal mayoritaria a nivel federal, que forman parte de la Administración Pública Paraestatal, sin contar las cuatro empresas filiales de Petróleos Mexicanos. *Cfr.* Relación de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal sujetas a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, publicada en el DOF de fecha 15 de agosto de 2014.

¹⁹ Marcilla Córdoba, Gema. "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, número 28, 2005, pp. 240 y ss.

²⁰ *Cfr.* Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el DOF de fecha 22 de julio de 1993.

²¹ En este sentido Fernández Rozas, José Carlos, "La Constitución mexicana y el arbitraje comercial", *Cuestiones Constitucionales*, México, número 16, enero-junio de 2007, pp. 159-204, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100006&script=sci_arttext&tlng=pt. ISSN 1405-9193, accedido el 25 de marzo de 2017.

ese mismo año²², que tuvo por objeto actualizar el marco jurídico de las compras gubernamentales y la contratación de obra pública para hacerlo acorde a la política económica de corte neoliberal, así como a los compromisos internacionales signados por México hasta ese momento²³, ejemplo de ello es la incorporación del arbitraje como medio de solución de controversias en estos contratos de carácter claramente administrativo²⁴.

En el mismo sentido se reformaron la *Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios*²⁵ y la *Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica*²⁶, para facultar a Petróleos Mexicanos (PEMEX) y a la Comisión Federal de Electricidad (CFE) a pactar acuerdos arbitrales sobre actos jurídicos que hayan sido celebrados conforme a las leyes federales o a disposiciones de carácter internacional, cuando tal circunstancia convenga para el mejor cumplimiento de su objeto.

Disposiciones como las que anteceden trajeron como consecuencia que en junio de 2008²⁷ se reformara el Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁸, para adicionar al ya previsto derecho fundamental de acceso a la impartición

²² Publicada en el DOF mediante Decreto de fecha 30 de diciembre de 1993.

²³ En la exposición de motivos se advierte lo siguiente: “...en la presente iniciativa se pretende conformar un marco jurídico idóneo para que la obra pública, así como las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios en general, que lleven a cabo las dependencias y entidades de la administración pública federal, se realice con criterios de eficacia y eficiencia; con transparencia en su invitación y adjudicación; con un equilibrio en cuanto a la integración de los respectivos contratos; con estricta disciplina y control presupuestal; promoviendo la simplificación administrativa y la descentralización de funciones; y facilitando la coexistencia de tratados internacionales que abarquen estas disciplinas.” Cfr. Exposición de motivos de la Iniciativa de Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, presentada por el Ejecutivo Federal el 25 de noviembre de 1993, a la LV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Consultada en la liga siguiente: <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/186.html>, accedido el 25 de marzo de 2017.

²⁴ Cfr. Artículo 15, cuarto párrafo, de la LAOP.

²⁵ Cfr. Artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, publicada en el DOF de fecha 22 de diciembre de 1993.

²⁶ Cfr. Artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el DOF de fecha 22 de diciembre de 1993.

²⁷ “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el DOF de fecha 18 de junio de 2008.

²⁸ “Artículo 17. [...]”

“ 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.” “[...]”

de justicia a cargo de un juez o tribunal preestablecido en ley²⁹, el deber para el legislador de establecer mecanismos alternos de solución de controversias, abriendo la posibilidad de que sean los propios individuos quienes solucionen sus conflictos por sí mismos, es decir, en forma autocompositiva como en el caso de la negociación y la mediación, o a través de terceros ajenos a la justicia ordinaria, pero bajo un esquema igualmente heterocompositivo, del cual es ejemplo típico el arbitraje³⁰, aunque no el único.

Bajo este contexto, coincidimos con Luis Miguel Díaz en el sentido de que el uso de los MASC "...es una opción para fortalecer el sistema de impartición de justicia en nuestro país. No se trata de acortar la responsabilidad del Poder Judicial sino de racionalizar el uso de sus recursos y al mismo tiempo de brindar al individuo y a la sociedad opciones para el manejo de sus conflictos"³¹.

2. Breves comentarios al marco jurídico de los contratos estatales

El marco jurídico de la contratación estatal en el Derecho mexicano se encuentra pulverizado en diversas disposiciones normativas, no existe una ley que aglutine las contrataciones públicas y mucho menos que indique todos los procedimientos, formas, tipos y características de dichos instrumentos jurídicos, lo que hace que el análisis de esta materia en México sea complejo, debido a lo heterogéneo de su regulación, ya no solamente desde la perspectiva legal, sino también en el ámbito constitucional, en donde recientemente se ha incrementado su espectro.

Para esbozar un panorama sobre el particular, podemos decir que actualmente existen al menos tres grandes rubros o bloques de contratos estatales que pueden ser perfectamente identificados desde el texto de la Constitución Política y hasta su legislación reglamentaria o especial.

De acuerdo con lo anterior, podríamos empezar por el bloque más fácilmente identificable, el más visible y conocido, por ser la base de los contratos administrativos en nuestro Derecho, el Artículo 134 constitucional, que refiere a los procedimientos de con-

²⁹ ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCION, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis VI.1o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1096.

³⁰ Para Marta García las dos figuras características de la heterocomposición son el arbitraje y el proceso, *Cfr.* García Pérez, Marta, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 12 y ss. En el mismo sentido Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10ª. ed., México, Oxford University Press, 2005, p. 12.

³¹ Díaz, Luis Miguel, "¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?"; *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen 9, enero de 2009, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100023&lng=es&nrm=iso, accedido el 25 de marzo de 2017.

tratación de las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realice la Federación, los Estados y el Distrito Federal, que corresponde a los instrumentos jurídicos que son materia del presente análisis.

De este precepto se desprenden diversas leyes que reglamentan parte de la actividad contractual del Estado mexicano, como es el caso de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM).

Estas leyes aplican a plenitud para la Administración Pública Centralizada, y como regla general, para la Administración Paraestatal, en la cual hasta antes de las reformas estructurales en materia energética de 2013, se contemplaban algunas excepciones, consideradas como un estatuto o régimen especial de contratación, aplicable al caso de Petróleos Mexicanos (PEMEX) y de la Comisión Federal de Electricidad (CFE).

Por lo que hace a los poderes legislativo y judicial, estos tienen sus propios reglamentos, que regulan la forma en la cual celebrarán sus contratos administrativos, al igual que los entes constitucionales autónomos³², y las empresas productivas del Estado, entre otros entes públicos.

En otro segmento al expuesto tenemos a la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP), que a pesar de hacer referencia al mencionado Artículo 134 constitucional, su objeto atiende a un segundo bloque, previsto en el quinto párrafo del Artículo 25 de la misma Carta Magna, que faculta al Estado a "...participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo".

Como consecuencia del precepto de referencia, la LAPP busca crear un marco jurídico para formalizar asociaciones de la Administración Pública Federal con particulares, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final, incluidos aquellos en los que se requiera construir infraestructura provista total o parcialmente por el propio particular, mediante esquemas de financiamiento distintos a los contemplados por la LAASSP y por la LOPSRM, buscando una mayor agilidad en la asignación de dichos proyectos, así como la asunción equitativa de riesgos en el desarrollo de los mismos, mediante una relación contractual de largo plazo.

Finalmente, dentro del tercer rubro se encuentran los instrumentos jurídicos relacionados con la reciente reforma constitucional en materia energética, previstos en el Artículo 27, párrafos sexto y séptimo, de la Constitución Política, que establecen un nuevo régimen en las operaciones relacionadas con proyectos de generación de energía eléctrica, así como en materia de petróleo e hidrocarburos, que desplaza en gran medida al con-

³² Como ejemplo destacamos al Banco de México (BANXICO), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información (INEGI), aunque no son los únicos consagrados por el Derecho mexicano como tales.

trato administrativo tradicional, en favor de contratos basados en el Derecho Mercantil, con la excepción parcial de la rescisión y terminación administrativa de contratos para la exploración y extracción de petróleo y gas.

Es debido a esta complejidad, aunada a los requerimientos de espacio y tiempo propuestos para este trabajo, que se hace necesario abordar el análisis de los MASC en el régimen de contrataciones regulado en la LAASSP y la LOPSRM únicamente, dejando para otro momento los regímenes especiales y los acaecidos con las reformas recientes.

III. REGULACIÓN DE LOS MASC EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Un primer antecedente: La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (LAOP)

Como habíamos adelantado, en el año de 1993, durante el gobierno del Presidente Carlos Salinas de Gortari, se realizó la negociación y firma del TLCAN, que trajo como consecuencia la modificación de diversas leyes y la promulgación de otras tantas, como es el caso de la LAOP, que abrogó la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestaciones de Servicios Relacionados con Bienes Muebles³³ y la Ley de Obras Públicas³⁴, para agrupar, en un solo ordenamiento, la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control, de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles, la prestación de servicios y la obra pública con sus servicios relacionados³⁵.

En este ordenamiento se estableció la posibilidad de pactar la cláusula arbitral en los contratos previstos en el mismo, respecto de aquellas controversias que determinara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante reglas de carácter general, previa opinión de las entonces Secretarías de Contraloría, y de Comercio y Fomento Industrial.

Esta disposición normativa significó sin duda un avance en la materia; sin embargo, acotaba su instrumentación al supuesto de que se hubiese pactado en forma primigenia en el contrato una cláusula arbitral, dejando de lado la posibilidad de poder convenir dicho mecanismo en forma posterior, además de que su aplicación se sujetó a la emisión de unas reglas de carácter general que nunca fueron emitidas por las dependencias competentes, haciendo nugatoria su estipulación.

La LAOP estuvo vigente hasta diciembre de 1999 y a pesar de que el objetivo de su expedición fue el de optimizar y modernizar la normativa relacionada con esta materia, para mejorar la operación de la Administración Pública Federal y propiciar la apertura comercial con los Estados Unidos de América y Canadá, a raíz de la entrada en vigor del TLCAN, la realidad es que su aplicación trajo confusión y arbitrariedad en los procedi-

³³ Publicada en el DOF mediante Decreto de fecha 8 de febrero de 1985.

³⁴ Publicada en el DOF mediante Decreto de fecha 30 de diciembre de 1980.

³⁵ *Cfr.* Artículo 1º de la LAOP.

mientos y las operaciones jurídicas relacionadas con esta actividad, desincentivando las compras gubernamentales y la obra pública³⁶.

Esta razón, entre otras muchas, como la necesidad de precisar los procedimientos de adjudicación que corresponden a cada materia; el establecimiento de medidas que aporten mayor transparencia a dichos procedimientos y un mayor equilibrio en las relaciones entre la Administración y sus proveedores o contratistas, hicieron necesario volver al modelo legislativo anterior, separando la materia de obras públicas y sus servicios relacionados, de las adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, dando paso a la LAASSP y la LOPSRM.

2. *El marco jurídico vigente y su evolución. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM)*

Ambos dispositivos legales se promulgaron en el año 2000³⁷, siendo importante destacar que para su elaboración se instauraron grupos de trabajo en los que participaron miembros del Congreso de la Unión, servidores públicos federales y miembros de las cámaras industriales y de comercio, que partiendo del análisis de la LAOP, rediseñaron la materia, mejorando notablemente la operación de la actividad contractual del Estado, la subsistencia de estos ordenamientos hasta la fecha son prueba de ello.

En materia de MASC, en ambos dispositivos se incluye la figura del arbitraje, que ya había sido regulada por su predecesora, la LAOP; sin embargo, también regulan la conciliación, como un procedimiento opcional de carácter extrajudicial, ante la entonces Secretaría de la Contraloría, hoy Secretaría de la Función Pública, que puede interponerse en cualquier momento, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos³⁸.

³⁶ Esta crítica se advierte incluso en la exposición de motivos de la Iniciativa de LOPSRM, presentada en 1998 por el entonces Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, ante la Cámara de Diputados, en la cual se señala que: "Este ordenamiento jurídico, que entró en vigor desde el día 1o. de enero de 1994, reunió en un ordenamiento legal a las anteriores leyes de adquisiciones [...] y de obras públicas, con el propósito de facilitar su interpretación y aplicación. Si bien ello significó un avance de técnica legislativa que se enriqueció con la regulación de aspectos innovadores en la materia, en la práctica este propósito se ha visto obstaculizado y desvirtuado por el efecto inverso que trajo aparejada la complejidad del esquema de la misma ley." *Cfr.* Diario de los debates No. 25, 5 de noviembre de 1998, primer período de sesiones ordinarias, segundo año, LVII Legislatura, Cámara de Diputados. Consultada en: <http://cronica.diputados.gob.mx/>, accedido el 25 de marzo de 2017.

³⁷ Se publicaron en el DOF de fecha 4 de enero de 2000.

³⁸ Con relación a la conciliación, el propio Ejecutivo Federal señala en la exposición de motivos de la iniciativa de LAASSP lo siguiente: "...en la aplicación de los términos establecidos en los contratos, pueden surgir discrepancias. En la práctica los proveedores o prestadores de servicios han ocurrido frecuentemente ante la Secretaría para exponer sus quejas e inquietudes. En variadas ocasiones esta dependencia ha procurado, con éxito, conciliar los intereses en disputa, lo que ha evitado que las partes ocurran ante las autoridades jurisdiccionales a dirimir sus controversias mediante procedimientos largos y costosos". *Cfr.* Diario de los debates No. 25, 5 de noviembre de 1998, *op. cit.*, nota 36.

A finales del año 2007, con motivo de un estudio auspiciado por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo³⁹, en el que intervinieron representantes del sector público, organizaciones de la iniciativa privada, entidades internacionales de desarrollo y de la sociedad civil, se concluyó que: “...el Sistema de Contrataciones Públicas de México requería de modernización, simplificación y más flexibilidad para responder a las condiciones de rápido cambio que presenta el mercado”⁴⁰. En este sentido, el estudio arrojó que:

El sistema debe ser más abierto y competitivo, y concentrarse menos en el cumplimiento y control, –destacando que– debía transformarse la idea prevaleciente sobre la naturaleza de la función de las contrataciones públicas; los responsables de la creación de políticas institucionales tradicionalmente habían considerado que las contrataciones públicas eran meramente una función administrativa y de control, sin embargo, el concepto moderno es que las contrataciones son una función estratégica del Gobierno para promover una mejor gestión fiscal y sustentar las políticas gubernamentales de desarrollo, como tales, su objetivo clave no es controlar sino promover la entrega eficiente y económica de bienes y servicios guiada por sólidos principios de transparencia, ética y rendición de cuentas. Los países miembros de la OCDE están cada vez más conscientes que los sistemas modernos de contrataciones públicas tienen más que ver con la información, coordinación, análisis y gestión que con la reglamentación, sin esta transformación conceptual, cualquier solución técnica corre el riesgo de fallar –concluyendo que– el antiguo enfoque de control dio como resultado reglas y requerimientos que generaron procesos pero no agregan valor, integridad y transparencia significantes⁴¹.

Como consecuencia de lo anterior, en mayo de 2009 se reformaron ambos ordenamientos, con el objeto de: a) facilitar la inversión pública para que sirva de palanca para el desarrollo económico del país ante el escenario económico mundial adverso; b) flexibilizar y dar transparencia a la contratación de obra pública, a la adquisición y arrendamiento de bienes y servicios que realiza el sector público federal; y c) rediseñar integralmente el

³⁹ Banco Mundial/BID, México. *El Sistema Federal de Contratación Pública: Retos y Oportunidades*, México, 2007, http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/estudios-diagnosticos/estudios-banco-mundial/estudio_sistema_de_contrataciones_en_mexico_bm_2007.pdf, accedido el 25 de marzo de 2017.

⁴⁰ *Ibidem*, VI y VII. En el mismo sentido, Cfr. Secretaría de la Función Pública, *Libro Blanco. Transformación del Sistema de Contrataciones Públicas de la Administración Pública Federal, 2007-2012*, p. 32, http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/transformacion_del_sistema_de_contrataciones_publicas_de_la_apf.pdf, accedido el 25 de marzo de 2017.

⁴¹ *Idem*.

Sistema de Contrataciones Públicas de la Administración Pública Federal, bajo un enfoque de eficiencia y obtención de las mejores condiciones para el Estado⁴².

Con motivo de estas reformas se adicionó a cada ordenamiento un Título, denominado "De la Solución de Controversias"⁴³, al cual se integraron, además del Capítulo que regula la instancia de inconformidad que no analizaremos en este trabajo por tener una naturaleza diversa a los MASC, dos Capítulos más, uno "Del Procedimiento de Conciliación"⁴⁴ y el otro "Del Arbitraje, Otros Mecanismos de Solución de Controversias y Competencia Judicial"⁴⁵, facilitando la posibilidad de acudir a estos esquemas.

En este sentido, tanto la LAASSP como la LOPSRM, establecen disposiciones normativas similares para la instrumentación de MASC aplicables a la solución de conflictos derivados de la administración de los contratos, por lo que a continuación abordaremos su análisis en forma común, haciendo la correlación correspondiente en cada caso.

A. *El procedimiento de conciliación*

La conciliación es uno de los MASC que han tenido mayor desarrollo por parte de los operadores jurídicos en todos los ámbitos, existiendo un consenso absoluto en el hecho de que se trata de un procedimiento en el que participa un tercero neutral, que asiste a las partes para resolver una controversia, generándose un verdadero debate respecto de los alcances que esta debe tener, e incluso se ha discutido si existe una diferencia entre la conciliación y la mediación⁴⁶.

Como constancia de lo anterior, se puede observar que el estándar internacional es congruente con la postura unificadora de ambos esquemas, reduciéndolos a una diferencia prácticamente nominal, tal y como se desprende de la simple lectura de la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional* de la Comisión de Naciones Unidas

⁴² 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, publicado en el DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

⁴³ Cfr. Título Sexto de la LAASSP y Título Séptimo de la LOPSRM.

⁴⁴ Cfr. Capítulo Segundo.

⁴⁵ Cfr. Capítulo Tercero.

⁴⁶ Dentro de la postura que pugna por distinguir entre la conciliación y la mediación se puede consultar a González de Cossío, Francisco, "Mecanismos alternativos de solución de controversias, notas sobre el creciente desarrollo del área", *Ars Iuris*, México, número 30, enero-junio de 2003, p. 39-67. Por su parte, para conocer la postura que expone que no hay diferencias de fondo entre ambos mecanismos, se sugiere revisar Estavillo Castro, Fernando, "Medios alternativos de solución de controversias", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, número 26, 1996, p. 394 y ss.

para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁴⁷, pues define a la conciliación como: “...todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el conciliador’), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”⁴⁸.

Por el contrario, la tendencia en el caso de México es opuesta a la que dicta el modelo normativo internacional, toda vez que se ha preferido ahondar en la distinción categórica entre la conciliación y la mediación, tal y como se puede apreciar de la revisión a la normativa que sobre el particular se ha ido generando, principalmente en la materia penal, aunque no deja de ser ejemplar para los efectos que comentamos.

En este sentido, tanto en la *Ley de Justicia Alternativa en la Procuración de Justicia para el Distrito Federal* (LJADF)⁴⁹, como en la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal* (LNMASCP)⁵⁰, se regula a la conciliación como un mecanismo a través del cual el tercero neutral se encuentra facultado para proponer a las partes una solución a su conflicto, planteando alternativas para llegar a ese fin⁵¹, mientras que en la mediación, esta misma persona participa como un mero facilitador de la comunicación entre las partes en conflicto, propiciando la comunicación y el entendimiento mutuo, a fin de que sean estas las que, en el libre ejercicio de su autonomía, busquen, construyan y propongan opciones de solución a su controversia⁵².

Más aún, en el cuerpo legal en segundo orden citado, se establece la diferencia específica entre ambos procedimientos, al señalar que: “La conciliación se desarrollará en los mismos términos previstos para la mediación; sin embargo, a diferencia de esta, el Facilitador estará autorizado para proponer soluciones basadas en escenarios posibles y discernir los más idóneos para los Intervinientes, con respeto a los principios de esta Ley”⁵³.

También es común encontrar a la conciliación como un mecanismo intraprocesal, a través del cual se pretende que las partes involucradas en un proceso puedan buscar una solución sin tener que agotar todas sus instancias, evitando gastos, costas, dilaciones y

⁴⁷ Aprobada por la CNUDMI el 24 de junio de 2002. Este documento puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf, _accedido el 25 de marzo de 2017.

⁴⁸ Cfr. Artículo 1º, párrafo 3, de la Ley Modelo.

⁴⁹ Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 3 de abril de 2012.

⁵⁰ Decreto publicado en el DOF de fecha 29 de diciembre de 2014.

⁵¹ Cfr. Artículo 14, fracción I, de la LJADF y Artículo 25, de la LNMASCP.

⁵² Cfr. Artículo 14, fracción II, de la LJADF y Artículo 21, de la LNMASCP.

⁵³ Cfr. Artículo 26, de la LNMASCP.

situaciones de incertidumbre que conlleven su desahogo⁵⁴; sin embargo, en el caso que nos ocupa en particular, se trata de un procedimiento extraprocesal, dado que no se requiere la instauración de un proceso de carácter jurisdiccional.

Ahora bien, en el caso del procedimiento de conciliación previsto en la LAASSP y en la LOPSRM, es la Secretaría de la Función Pública la que señala su objetivo, sin profundizar en la forma en que interviene el conciliador, toda vez que se concreta a señalar que busca: *"Lograr acuerdos de voluntades entre proveedores o contratistas, con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, cuando surgen desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos celebrados al amparo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas"*⁵⁵.

Con independencia de las diferencias de criterio que puedan existir, lo cierto es que la conciliación prevista en ambas leyes es un mecanismo extraprocesal que tiene como finalidad solucionar los conflictos o desavenencias que puedan presentarse entre la Administración Pública y el particular, en su carácter de partes contratantes⁵⁶, ya sea para resolver litigios⁵⁷ o prevenir la formación de los mismos⁵⁸, mediante la intervención de la propia Secretaría de la Función Pública o, en su caso, del órgano de control de la entidad o dependencia de que se trate⁵⁹, como un tercero especializado en la materia, ajeno a la

⁵⁴ Es el caso del juicio ordinario civil, una vez admitida la demanda, el juez debe señalar la celebración de la audiencia previa y de conciliación, que se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes y en la cual corresponde al propio juzgador proponer soluciones al litigio y exhortar a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos. Cfr. Artículo 595 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

⁵⁵ Así lo refiere la propia Secretaría de la Función Pública en su página electrónica: <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/temas/tramites-y-servicios/conciliacion-en-materia-de-adquisiciones-arrendamientos-servicios-y-obras-publicas.html>, accedido el 10 de abril de 2015.

⁵⁶ Cfr. Artículos 77, de la LAASSP y 95, de la LOPSRM.

⁵⁷ Cfr. Artículos 127 del Reglamento de la LAASSP y 285 del Reglamento de la LOPSRM, que en lo conducente disponen lo siguiente: "Cuando se siga juicio ante instancia judicial, se podrá solicitar conciliación a efecto de que el acuerdo al que se llegue sirva para formular convenio judicial. En este supuesto, la validez del convenio de conciliación al que lleguen las partes, estará condicionada a la formalización del convenio judicial".

⁵⁸ La solicitud de conciliación se puede presentar en cualquier momento durante la administración del contrato, en términos de los Artículos 77 de la LAASSP y 95 de la LOPSRM, siendo improcedente únicamente en el supuesto de que el contrato haya sido rescindido administrativamente, salvo que sea solicitada para efectos del finiquito correspondiente, en términos de los Artículos 127 del Reglamento de la LAASSP y 285 del Reglamento de la LOPSRM.

⁵⁹ El procedimiento de conciliación se desahoga, por regla general, ante la Secretaría de la Función Pública, salvo que el titular de esta última autorice, mediante acuerdo expreso, al órgano interno de control en alguna otra dependencia o entidad, para desempeñar esta función, de conformidad con los Artículos 126 del Reglamento de la LAASSP y 284 del Reglamento de la LOPSRM.

controversia⁶⁰, que asume un papel activo, consistente en acercar a las partes y proponerles alternativas concretas para que de común acuerdo resuelvan sus diferencias⁶¹.

En todo caso, dentro de la conciliación, las partes deben procurar la realización de acciones que promuevan la ejecución total de los trabajos, la entrega de los bienes, la prestación de los servicios y la completa resolución de las controversias, a través de los convenios que acuerden las mismas⁶², que en términos de los ordenamientos legales citados, son obligatorios para ellas y su cumplimiento puede ser exigido judicialmente⁶³.

El procedimiento de conciliación puede concluir de tres maneras en términos de las disposiciones legales materia de análisis, con la celebración del acuerdo de voluntades correspondiente; la determinación de cualquiera de las partes de no conciliar, o bien, el desistimiento de la solicitud de conciliación⁶⁴.

Con las reformas legales de mayo de 2009, se adecuaron algunos aspectos del procedimiento, como la denominación del escrito inicial, a efecto de que en lugar de queja, se le designará solicitud, haciéndolo acorde con su naturaleza, además de que pudiera ser interpuesto no solamente por el particular proveedor o contratista, sino también por la unidad administrativa encargada de la administración del contrato, y se adicionó la obligación de esta última de informar a la Secretaría de la Función Pública o el órgano interno de control competente, del avance en el cumplimiento de los acuerdos generados, con la correlativa facultad de estos, para dar seguimiento a dichos convenios⁶⁵.

Dentro del procedimiento de conciliación se prevé la posibilidad de que, en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto de la desavenencia, pueden designar, a su costa y ante la propia Secretaría de la Función Pública o del órgano interno de control que desahoga el procedimiento, a un tercero o perito que emita su opinión sobre los puntos controvertidos, a efecto de lograr que concilien sus intereses⁶⁶.

⁶⁰ Tanto la Secretaría de la Función Pública, como el órgano interno de control autorizado para fungir como conciliador, se encuentran obligados a ejercer esta función en forma neutral y sin prejuzgar los hechos que son materia del conflicto entre las partes contratantes, tal y como se desprende del Artículo 78 de la LAASSP y 96 de la LOPSRM, que en cada caso disponen lo siguiente: "...tomando en cuenta los hechos manifestados en la solicitud y los argumentos que hiciere valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado".

⁶¹ Además de lo previsto en los artículos citados en la nota que antecede, es importante destacar que el papel del conciliador no solamente se limita a acercar a las partes, toda vez que cuenta con facultades para proponerles acuerdos de conciliación, de conformidad con los Artículos 131 del Reglamento de la LAASSP y 289 del Reglamento de la LOPSRM.

⁶² *Cfr.* Artículos 132 del Reglamento de la LAASSP y 290 del Reglamento de la LOPSRM.

⁶³ *Cfr.* Artículos 79 de la LAASSP y 97 de la LOPSRM.

⁶⁴ *Cfr.* Artículos 134 del Reglamento de la LAASSP y 292 del Reglamento de la LOPSRM.

⁶⁵ *Cfr.* Artículos 79 de la LAASSP y 135 de su Reglamento, así como 97 de la LOPSRM y 293 de su Reglamento.

⁶⁶ *Cfr.* Artículo 132 del Reglamento de la LAASSP y 290 del Reglamento de la LOPSRM.

Esta variante se asemeja a otro mecanismo alternativo denominado “Determinación por experto neutral” o *Neutral fact-finding expert*⁶⁷, que consiste en la selección de un tercero a cargo de las partes o del juez, con la finalidad de que investigue los hechos en aquellos casos que versan sobre temas técnicos, económicos, contables o cualquier otro tópico que requiera de su intervención. Su resolución no es obligatoria y se circunscribe al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico⁶⁸.

Esta variante hace del procedimiento de conciliación regulado en ambos ordenamientos un sistema compuesto, debido a que combina en forma simultánea dos medios alternativos que se integran de manera complementaria, para acercar a las partes en la solución de sus conflictos⁶⁹.

Es importante señalar que ninguno de los ordenamientos que regulan esta variante del procedimiento de conciliación regulan la forma en la que será designado este perito o experto, pero de la redacción del texto legal se puede observar que la responsabilidad de la designación, como del pago de sus honorarios queda a cargo de las partes contratantes⁷⁰.

Una de las exigencias propias de este mecanismo, con independencia de la pericia técnica, es la neutralidad del experto que vaya a ser designado por las partes, pues de su objetividad y de la confianza que estas depositen en su opinión, depende que decidan entrar a conciliar los intereses que motivan la confrontación.

B. *El arbitraje*

Como referimos en líneas precedentes, tanto la LAASSP, como la LOPSRM sufrieron una reforma sustancial a sus disposiciones en 2009, que derivó en la adición de un Título específico para la solución de controversias, dentro del cual se destina un apartado para el arbitraje, por lo que tendríamos que hacer un análisis de la regulación de esta figura en dos momentos distintos, para observar el antes y después de la reforma, pero además,

⁶⁷ Cfr. Cruz Barney, Oscar, “Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias”, *Ars Iuris*, México, número 23, 2000, p. 132. También Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 46, pp. 383 y ss.

⁶⁸ Sobre este particular señala Cruz Barney que: “La utilización de un especialista puede ayudar, con la mejor comprensión del caso, a un arreglo *inter-partes*”. *Ibidem*, p. 133.

⁶⁹ Cfr. Estavillo Castro, Fernando, *Mecanismos alternativos de solución de controversias*, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual IJ-UNAM, s/a, pp. 229 y 230. Esta edición es distinta a la referida en la nota 46, entre sus adiciones se encuentra el aspecto que se comenta.

⁷⁰ Sobre este mecanismo existen organismos supranacionales que han diseñado reglas, variantes y procedimientos de selección y administración de peritajes y que pueden coadyuvar en la designación del perito, como es el caso de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), que cuenta para ello con un Centro Internacional de Peritaje Técnico, y que el 9 de enero de 2015 actualizó sus reglas en materia de peritaje, dentro de las cuales se prevé la posibilidad de designar peritos o terceros que ayuden a resolver una controversia no administrada directamente por ese organismo. Cfr. Reglamento sobre peritos, <http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-OSPAReglamentossobrePeritos%282015%29.pdf>, accedido el 25 de marzo de 2017.

existe una modificación aun más reciente respecto a este rubro en el año de 2012, que nos obliga a estudiar brevemente estos tres períodos normativos.

Así las cosas, en una primera etapa, es decir, a partir de su publicación en el año 2000, ambos ordenamientos disponían la posibilidad de pactar compromiso arbitral, ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o mediante convenio independiente, para atender aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de las Secretarías de Hacienda, y de Comercio y Fomento Industrial⁷¹.

De este supuesto poco hay que agregar a los comentarios y críticas ya expuestas para el caso de la LAOP, pues a pesar de considerar la inclusión del pacto arbitral por convenio posterior, sujeta su estipulación a unas reglas generales que nunca fueron emitidas por el órgano normativo responsable de ello, que en este caso era la entonces Contraloría, ahora Secretaría de la Función Pública.

A partir de la reforma de 2009, la solución de controversias se refirió a un Título específico en cada Ley⁷², en el cual se reguló la figura del arbitraje como un mecanismo específico de solución de controversias.

Uno de los aciertos de esta reforma fue que, además de la posibilidad de pactar el compromiso arbitral mediante cláusula o por convenio posterior⁷³, es que su instrumentación se sujetó al Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio y no a lineamientos administrativos especiales que nunca se expedían⁷⁴.

Adicionalmente, se transfirió a las dependencias y entidades la responsabilidad de establecer en sus propias políticas, bases y lineamientos en la materia, el área o servidor público facultado para determinar la conveniencia de pactar dicho compromiso, que en todo caso debe tener como mínimo el nivel de Director General en las dependencias o su equivalente en las entidades.

Un aspecto que ha generado mucho ruido a los especialistas en materia de arbitraje comercial, pero que finalmente se considera positivo, pues genera certeza respecto de los límites que esta institución tiene en los contratos administrativos, es la precisión de aquellos aspectos que no podrían ser materia de arbitraje, como lo son la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos, debido en gran medida a que se trata de potestades que el Estado guarda para sí y que generalmente se concretan mediante un acto administrativo, atendiendo a los fines que resguarda.

⁷¹ Cfr. Artículo 15, segundo párrafo de la LAASSP y su correlativo en numeral y párrafo de la LOPSRM. DOF de fecha 4 de enero de 2000.

⁷² Cfr. Artículo 15, segundo párrafo de la LAASSP y su correlativo en numeral y párrafo de la LOPSRM. DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

⁷³ Cfr. Artículos 81 de la LAASSP y 99 de la LOPSRM. DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

⁷⁴ Cfr. Artículos 80 de la LAASSP y 98 de la LOPSRM. DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

No obstante lo anterior, mientras en la LOPSRM la materia arbitrable se estableció “...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 tratándose de la LAASSP la reforma quedó corta, pues la circunscribía solamente a controversias de interpretación del clausulado de un tipo de contrato muy específico, denominado de prestación de servicios a largo plazo, que además de ser conocido como antecedente de lo que hoy son los contratos de asociación público-privada, su número fue considerablemente menor al resto de los demás instrumentos jurídicos, restringiendo su aplicación a un segmento muy reducido del universo de contratos que abarca dicho ordenamiento, situación que no fue modificada sino hasta la reforma de 2012⁷⁵, en la que se le asimiló al texto ya previsto en la LOPSRM.

C. Otros mecanismos de solución de controversias

Con la reforma de 2009, se establece la posibilidad de que las partes pudieran convenir mecanismos de solución de controversias adicionales a los previstos en la LAASSP y la LOPSRM, para resolver discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos; sin embargo, dichos medios fueron acotados a que su procedimiento estuviera reconocido por la Secretaría de la Función Pública, mediante disposiciones generales⁷⁶, lo que si bien resultó un avance en la materia y la visualización de una clara tendencia a una mayor apertura a estas opciones, tuvo la misma suerte que la figura arbitral originalmente padeció, es decir, su nula aplicabilidad, siendo hasta la citada reforma de 2012, que se modificó esta circunstancia, suprimiendo lo referente a tales disposiciones⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. Artículo 80 de la LAASSP, reformado por Decreto publicado en DOF del 16 de enero de 2012.

⁷⁶ Cfr. Artículos 84 de la LAASSP y 102 de la LOPSRM, adicionados mediante Decreto de fecha 28 de mayo de 2009.

⁷⁷ Cfr. Artículos 84 de la LAASSP y 102 de la LOPSRM, reformados mediante Decreto de fecha 16 de enero de 2012.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, la introducción de los MASC en el Derecho Administrativo y, particularmente, en los contratos administrativos ha sido paulatina a partir de su apertura comercial en 1993.

La finalidad de todo MASC en la contratación pública es la misma que en las relaciones contractuales suscritas al amparo del Derecho Privado, debido a que busca preservar la relación jurídica de las partes y concluir exitosamente los contratos.

Un ejemplo de lo anterior puede ser la Comisión Federal de Electricidad (CFE), que como ya habíamos mencionado, desde 1993 adoptó en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica al arbitraje y al peritaje como medios alternativos para la solución de conflictos en sus actos jurídicos, destacando que ha participado en 32 procedimientos arbitrales, de los cuales ha obtenido 8 laudos absolutorios y 5 condenatorios, quedando 19 en trámite⁷⁸.

Estos números pueden ofrecernos muchas conjeturas, pero una de ellas, la que por simple aritmética resalta, es que en la instrumentación de estos mecanismos, originariamente creados entre particulares y para particulares, la Administración Pública puede obtener resultados favorables, por lo que habrá que seguir intentando su aplicación, sin que estas opciones supongan abandonar la tutela jurisdiccional efectiva del Estado, pues también es claro que, debido a la materia jurídica con la que interactúan estos medios y los fines que se tutelan con ella, deben estar también sujetos a ciertos límites que les permitan coexistir.

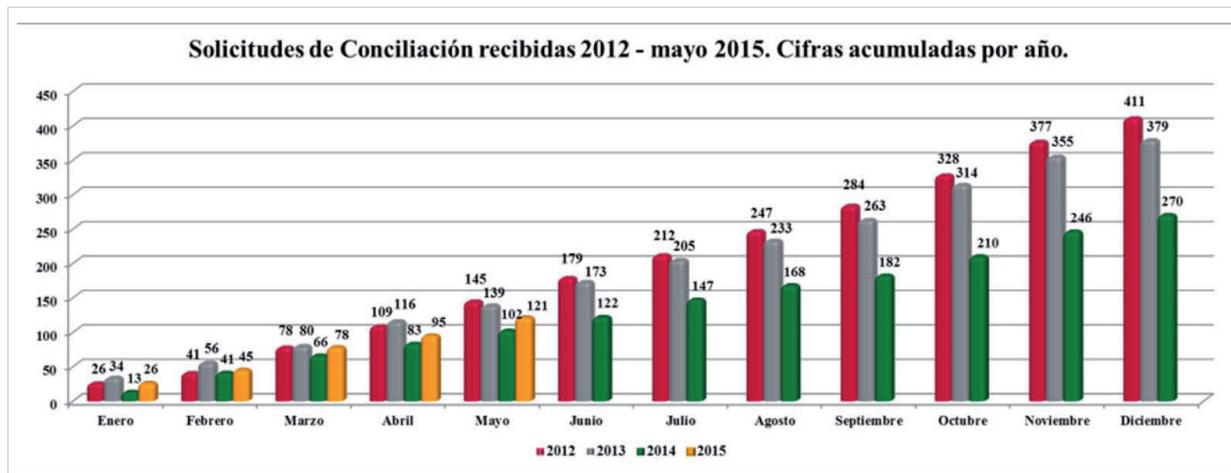
No obstante lo anterior, además de los esfuerzos que se han adoptado para introducir en la legislación administrativa los mecanismos alternos a la jurisdicción estatal, en el caso que nos ocupa, sabemos que su utilización es aun precaria, debido a que la aceptación de estos esquemas por parte de los operadores jurídicos al interior del país no ha sido del todo acogida en la práctica.

Esta reticencia obedece a múltiples razones, algunas que pueden ser perfectamente válidas, como la poca flexibilidad que tiene la autoridad para llegar a acuerdos en estos esquemas⁷⁹ y la inseguridad que genera en el servidor público su instrumentación frente al fincamiento de futuras responsabilidades por los órganos fiscalizadores, mientras que otras razones pueden estar fundadas en ideas preconcebidas, basadas en el miedo, el

⁷⁸ Información proporcionada mediante oficio UIP/SAIP/0423/15, de fecha 10 de marzo de 2015, por la Unidad de Enlace para la Información Pública, dependiente de la Comisión Federal de Electricidad, con motivo de la solicitud de información folio 1816400023615, de fecha 10 de febrero de 2015.

⁷⁹ Al respecto, Ricardo Rivera Ortega señala que: "Buscando causas más profundas y dogmáticas a las reservas de nuestro ordenamiento frente al arbitraje en materias administrativas debe reconocerse que la interpretación continental clásica del principio de legalidad de la Administración es difícilmente compatible con la realidad de una actuación administrativa negociada, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones..." Cfr. Rivero Ortega, Ricardo, "Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración", en Sosa Wagner, Francisco (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, t. I, p. 2494.

desconocimiento y la comodidad de transitar caminos que parecen más seguros para la Administración, aunque no necesariamente de mayor eficiencia en todos los casos⁸⁰.



Prueba de lo anterior es que, aun con la reforma de 2009, que genera una apertura total respecto a la posibilidad de que sea estipulado cualquier tipo de MASC, para solventar las diferencias que pudieran surgir en la interpretación o ejecución de los contratos, no es posible observar un incremento significativo en su empleo, tal y como se puede advertir de la tabla siguiente⁸¹:

De acuerdo con lo que hemos venido comentando a lo largo de este último apartado, los MASC seguirán teniendo un desempeño marginal en la contratación pública, si no se procura una capacitación más amplia a los funcionarios públicos, para poder determinar los tipos de mecanismos de mayor eficacia en cada caso concreto y la forma en que deben ser estipulados, así como, de ser necesario, los aspectos de la relación contractual que pueden ser atendidos a través de estos.

Por otro lado, es importante que el servidor público facultado para participar en estos medios alternos y, de ser el caso, tomar decisiones y acuerdos para solventar una determinada problemática, dentro de los mismos, cuente con criterios claros por parte de la autoridad fiscalizadora, respecto del contenido, alcance y límites de sus determinaciones, con la finalidad de brindarle seguridad jurídica en el ejercicio de la función que le ha sido encomendada.

⁸⁰ En este sentido, refiere también Rivera Ortega que: "El recurso a la conciliación no busca sólo democratizar la Administración, también intenta incrementar su eficiencia, porque recurrir ante los Tribunales las decisiones administrativas es caro, tanto para quienes recurren como para la Administración, cuesta un montón de tiempo y un montón de dinero. Y los Tribunales son en muchos casos incapaces de aportar remedios que satisfagan a todas las partes, pues se limitan a aplicar el derecho y no a reconciliar intereses". *Ibidem*, p. 2495.

⁸¹ Información proporcionada por la Secretaría de la Función Pública, a través de su portal de Internet, <http://www.gob.mx/sfp/documentos/inconformidades-y-solicitudes-de-conciliacion-recibidas>, accedido el 13 de julio de 2015.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, "El ingreso de México al GATT. La problemática de nuestra adhesión"; *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, número 36, septiembre-diciembre de 1979, pp. 702 y ss.
- ARBOS, Xavier, "La crisis de la regulación estatal"; *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, número 71, enero-marzo de 1991, p. 260.
- CRUZ BARNEY, Oscar, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias"; *Ars Iuris*, México, número 23, 2000, p. 132.
- DÍAZ, Luis Miguel, "¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?"; *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen 9, enero de 2009, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100023&lng=es&nrm=iso, accedido el 25 de marzo de 2017.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, "Medios alternativos de solución de controversias"; *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, número 26, 1996, p. 394 y ss.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, *Mecanismos alternativos de solución de controversias*, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual IJ-UNAM, s/a, pp. 229 y 230.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "La Constitución mexicana y el arbitraje comercial"; *Cuestiones Constitucionales*, México, número 16, enero-junio de 2007, pp. 159-204.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 12 y ss.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10ª. ed., México, Oxford University Press, 2005, p. 12.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Mecanismos alternativos de solución de controversias, notas sobre el creciente desarrollo del área"; *Ars Iuris*, México, número 30, enero-junio de 2003, p. 39-67.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio, "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación"; *Revista Jurídica de Navarra*, Navarra, número 39, enero-junio de 2005, pp. 39-56, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100006&script=sci_arttext&tlng=pt. ISSN 1405-9193, accedido el 25 de marzo de 2017.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema. "Desregulación, Estado social y proceso de globalización"; *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, número 28, 2005, pp. 240 y ss.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración"; en

SOSA WAGNER, Francisco (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, t. I, p. 2494.

TAMAMES, Ramón, *Introducción a la economía internacional*, Madrid, Alianza, 1983, pp. 62-79.

TAMAYO, Jorge, "Las entidades paraestatales en México: origen, evolución y perspectivas", *Revista de Administración Pública*, México, número 82, enero-junio de 1992, pp. 297-317.

2. Legislación

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", publicado en el DOF de fecha 18 de junio de 2008.

Diario de los debates No. 25, 5 de noviembre de 1998, primer período de sesiones ordinarias, segundo año, LVII Legislatura, Cámara de Diputados, consultada en: <http://cronica.diputados.gob.mx/>, accedido el 25 de marzo de 2017.

Exposición de motivos de la Iniciativa de Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, presentada por el Ejecutivo Federal el 25 de noviembre de 1993, a la LV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/186.html>, accedido el 25 de marzo de 2017.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, <http://www.asf.gob.mx/trans/Informes/IR2000i/ir2000/Compila2000/leyes/73laop/LAOP00.htm>.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14_101114.pdf.

Ley de Asociaciones Público Privadas, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAPP_210416.pdf.

Ley de Justicia Alternativa en la Procuración de Justicia para el Distrito Federal, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-ee7508824468f84ce8fc3b162d243ef2.pdf>.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/56_130116.pdf.

Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lspee/LSPEE_abro.pdf.

Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf, accedido el 25 de marzo de 2017.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf.

Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lopmos/LOPMOS_abro.pdf.

3. Documentos en Internet

Banco Mundial/BID, México. *El Sistema Federal de Contratación Pública: Retos y Oportunidades*, México, 2007,

http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/estudios-diagnosticos/estudios-banco-mundial/estudio_sistema_de_contrataciones_en_mexico_bm_2007.pdf, accedido el 25 de marzo de 2017.

Cámara Internacional de Comercio (CCI), Centro Internacional de Peritaje Técnico Reglamento sobre peritos,

<http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-0SPAREglamentossobrePeritos%282015%29.pdf>, accedido el 25 de marzo de 2017.

Secretaría de la Función Pública, <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/temas/tramites-y-servicios/conciliacion-en-materia-de-adquisiciones-arrendamientos-servicios-y-obras-publicas.html>, accedido el 10 de abril de 2015.

Secretaría de la Función Pública, <http://www.gob.mx/sfp/documentos/inconformidades-y-solicitudes-de-conciliacion-recibidas>, consultado el 13 de julio de 2015.

Secretaría de la Función Pública, *Libro Blanco. Transformación del Sistema de Contrataciones Públicas de la Administración Pública Federal, 2007-2012*, p. 32, http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/transformacion_del_sistema_de_contrataciones_publicas_de_la_apf.pdf, accedido el 25 de marzo de 2017.

Secretaría de Relaciones Exteriores, http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=138&depositario=0&PHPSESSID=0842bb8038cb1a08e7160a3a42bc242f, accedido el 25 de marzo de 2017.

4. Otros

Relación de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal sujetas a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, publicada en el DOF de fecha 15 de agosto de 2014.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1096.