



GONZALEZ DE COSSIO ABOGADOS, S.C.

CRÓNICA DE ARBITRAJE EN MÉXICO, 2012

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	DESARROLLOS LEGISLATIVOS.....	2
A.	LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.....	2
1.	<i>Arbitraje</i>	3
2.	<i>Otros mecanismos</i>	5
3.	<i>Comité de expertos</i>	5
B.	IMPUREZAS EN MATERIA DE ARBITRAJE Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	5
1.	<i>Ley de Arrendamientos</i>	5
2.	<i>Ley de Obra Pública</i>	6
III.	DESARROLLOS JUDICIALES.....	6
A.	EXPERIENCIAS CON EL NUEVO RÉGIMEN ARBITRAL.....	7
1.	<i>Ejecución de laudos</i>	7
2.	<i>Medidas precautorias</i>	8
B.	ORDEN PÚBLICO.....	9
1.	<i>Definiciones</i>	10
2.	<i>Situaciones específicas</i>	10
C.	ARBITRABILIDAD	11
D.	LUGAR PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.....	12
E.	COMMISA V PEP	12
1.	<i>El caso, en resumen</i>	13
2.	<i>Comentario</i>	16
IV.	COMENTARIO FINAL.....	17

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo resume los desarrollos en México en materia de arbitraje durante 2012. Se trata de un periodo con mucha actividad y resultados plausibles y dignos de análisis. Serán catalogados en desarrollos legislativos (§II) y judiciales (§III).

II. DESARROLLOS LEGISLATIVOS

Los siguientes desarrollos legislativos han ocurrido y son dignos de aplauso:

- a) Inclusión de arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias (“*MASC*”) en la Ley de Asociaciones Público-Privadas;
- b) La ampliación de materias arbitrables en materia de contratación gubernamental; y
- c) La corrección de impurezas textuales en materia de contratación gubernamental.

A. LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

La Ley de Asociaciones Público Privadas (*LAPP*), una pieza legislativa clave del “sexenio de la infraestructura” (como lo ha llamado el Presidente de México, Felipe Calderón), contiene un capítulo sobre solución de controversias que en esencia:

1. Contempla el arbitraje en las asociaciones público-privadas;
2. Permite utilizar otros mecanismos alternativos de solución de disputas;
3. Contempla la existencia de un “comité de expertos” para controversias técnicas (no legales).

1. Arbitraje

El capítulo de arbitraje dice:

Artículo 138. Las partes de un contrato de asociación público-privada podrán pactar en el mismo la posibilidad de acudir ante la Secretaría de la Función Pública, a presentar una solicitud de conciliación por desavenencias derivadas del cumplimiento de dicho contrato, la cual se tramitará conforme al procedimiento previsto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, o bien, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, según corresponda y sus reglamentos respectivos.

Artículo 139. Las partes de un contrato de asociación público-privada podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato en términos de lo dispuesto en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio. El procedimiento arbitral podrá convenirse en el propio contrato o en convenio independiente. En todo caso, se ajustará a lo siguiente:

- I. Las leyes aplicables serán las Leyes Federales Mexicanas;
- II. Se llevará en idioma Español; y
- III. El laudo será obligatorio y firme para ambas partes. En su caso, sólo procederá el juicio de amparo.

No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.

La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.

Este régimen ha sido objeto de comentarios diversos, tanto optimistas como pesimistas.¹ Sus virtudes son:

1. **Libertad:** existe una libertad irrestricta, no condicionada o matizada, para pactar arbitraje. Ello es digno de aplauso dados los antecedentes sobre arbitraje en materia administrativa.²

¹ En ARBITRAJE EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ¿UN VASO MEDIO VACÍO O UN VASO MEDIO LLENO? comento los argumentos negativos que sobre el tema he escuchado. (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

² Que no abordo por rebasar el objeto de esta nota, pero que pueden ser consultados en González de Cossío, DE LEYES Y DE EMBUTIDOS: EL ARBITRAJE EN MATERIA DE OBRA PÚBLICA, ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS CON EL SECTOR PÚBLICO, Pauta 61, agosto

2. **Régimen:** Establece que el régimen aplicable será el derecho arbitral mexicano. Ello no sólo es plausible, sino es una victoria dada la existencia de corrientes locales que postulaban (sobre)regulación en materia de arbitraje “administrativo”.³
3. **Amparo:** La oración “En su caso, sólo procederá el juicio de amparo” provoca dudas sobre la procedencia del juicio de amparo. No faltará quien critique el precepto. Sin embargo, fue el resultado de mucha negociación en el Congreso mexicano, donde existían muchas fuerzas y posturas diversas sobre el tema. Dado que el paradigma actual es que el amparo no procede en contra del laudo arbitral,⁴ la hipótesis normativa no se actualiza. Como resultado, no procede el amparo.
4. **Arbitrabilidad de actos de autoridad:** La inarbitrabilidad de los actos de autoridad hace sospechar que se incluyó “por la puerta trasera” la rescisión administrativa y la terminación anticipada, pues existen casos que han caracterizado dichos actos como “actos de autoridad”. Aunque ello puede ser defendible, postulo que es una mejor respuesta aludir a la inarbitrabilidad de actos de autoridad que de la rescisión administrativa y terminación anticipada—como lo hacen otras leyes administrativas.⁵ Se trata de mejor técnica jurídica. Además, permite la refinación del paradigma sin necesidad de modificación de la *lex specialis*.⁶

2010, p. 164 (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

³ En años pasados existió inclusive una iniciativa de emitir una ley sobre arbitraje administrativo. Dado el contexto en que ocurrió, distaría mucho de tener la calidad que tiene derecho arbitral mexicano.

⁴ *Vid*, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 3ª edición, 2011, pp. 862-870.

⁵ Artículo 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; artículo 80 de la Ley de Arrendamientos Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

⁶ Dicha modificación de paradigma es postulada en González de Cossío, ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL (adjunto a este informe).

2. Otros mecanismos

La LAPP contempla la posibilidad de conciliar, pero es omisa sobre la posibilidad de utilizar otros mecanismos. El que ello vea el paso es un tema abierto.

3. Comité de expertos

La LAPP contempla “comités de expertos” para cuestiones diversas a jurídicas.⁷

B. IMPUREZAS EN MATERIA DE ARBITRAJE Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En marzo 2009 se modificó legislación administrativa diversa para permitir arbitraje en materia de contratación gubernamental. Si bien el desarrollo era plausible, existían ciertas impurezas que debían ser abordadas. Ello tuvo lugar el 16 de enero de 2012.

1. Ley de Arrendamientos

La Ley de Arrendamientos Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (“*Ley Arrendamientos*”) solía contemplar el arbitraje para un sólo tipo de contratos (prestación de servicios a largo plazo), pues su artículo 80 decía:

Artículo 80.- Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos de prestación de servicios de largo plazo previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta Ley o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. [...]”

(Énfasis añadido)

La reforma del 16 enero 2012 modificó dicho precepto así:

Artículo 80.- Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de

⁷ Mucho puede decirse sobre esto. No lo hago por rebasar los objetivos de este informe.

los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. [...]"

(Énfasis añadido)

El objetivo expreso fue permitir⁸ la utilización del arbitraje en *cualquier* contrato regido por la Ley de Arrendamientos. Se trata de la ampliación de la arbitrabilidad objetiva y subjetiva de la materia.

2. Ley de Obra Pública

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas ("**Ley de Obra Pública**") solía condicionar los tipos de mecanismos alternativos de solución de controversias a los "reconocidos" por la Secretaría de la Función Pública al establecer su artículo 102 que:

Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos siempre que su procedimiento esté reconocido en las disposiciones generales que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública."

(Énfasis añadido)

Como resultado de la reforma de 12 de enero de 2012, dicho precepto ahora dice:

Artículo 102.- Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos.

Como resultado, la libertad para pactar otros mecanismos alternativos de solución de controversias es ahora irrestricta.

III. DESARROLLOS JUDICIALES

Catalogaré los desarrollos jurisprudenciales en:

- a) Experiencias bajo el nuevo régimen;

⁸ La Exposición de Motivos explica que el objetivo es que el procedimiento "... arbitral pueda aplicarse a todos los contratos y no sólo a los de prestación de servicios de largo plazo...".

- b) Orden público;
- c) Arbitrabilidad; y
- d) El caso *COMMISA v PEP*.

A. EXPERIENCIAS CON EL NUEVO RÉGIMEN ARBITRAL

El derecho arbitral mexicano (el Título IV del Libro V del Código de Comercio) fue modificado el 27 de enero de 2011. Dicho desarrollo fue comentado en el informe anterior.⁹ No se repetirá. Lo que ahora se comentará es la experiencia judicial con dicho nuevo régimen.

1. Ejecución de laudos

El nuevo régimen tiene muchos beneficios.¹⁰ Al momento de redacción de esta nota (junio 2011) se está ejecutando un laudo bajo el nuevo régimen, cuya nulidad ventiló el régimen anterior. Siendo un caso que vivió ambos regímenes (viejo en la nulidad, nuevo en la ejecución) es útil en cuanto a que permite una comparación válida.

Si bien existió un tropiezo y demora causado por el cambio de régimen, el proceso fue exitoso. El laudo se está ejecutando.

Como puede verse, el nuevo régimen ya está arrojando frutos positivos.

⁹ Informe presentado para la reunión del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI, Cartagena, Colombia, agosto 2011, visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

¹⁰ Dichos beneficios fueron detallados en un artículo que se circuló en la sesión anterior (REFORMA A DERECHO ARBITRAL MEXICANO — UN COMENTARIO) y que fueron debatidos entre los miembros del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI en agosto 2011.

2. Medidas precautorias

Una de las grandes mejorías derivadas de la modificación a derecho arbitral mexicano fue el régimen de medidas precautorias (tanto judiciales como arbitrales).¹¹ Desde entonces han existido diversas medidas precautorias bajo el nuevo régimen—tanto arbitral como judicial en apoyo a arbitrajes. Dada la litigiosidad de los casos y las implicaciones de medidas, los hechos generaron mucha experiencia y lecciones. A continuación se resumen.

Dos casos han generado una respuesta judicial. En mayo 2011 se observó una medida precautoria *judicial* por un juez mexicano en apoyo a un arbitraje en vías de comenzar, que contenía una orden de continuar la relación contractual entre las partes¹² (un *positive injunction to maintain status quo*).¹³ En otro caso (junio 2011) un juez emitió una medida precautoria que ordenó la suspensión de los efectos de una rescisión—conforme a un pacto comisorio expreso—ordenando a una de las partes a continuar pagando regalías bajo el contrato de franquicia aplicable mientras el arbitraje estaba en curso.

En ambos casos existieron amparos—uno contra ley y uno contra el acto. El amparo contra ley es de especial interés pues solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad de la facultad del juez mexicano de emitir medidas precautorias

¹¹ Dicho régimen fue tocado en el informe presentado para la sesión de agosto 2011. A su vez, puede ser consultado en González de Cossío, REFORMA A DERECHO ARBITRAL MEXICANO — UN COMENTARIO, Revista de Investigaciones Jurídicas, número 35, 2011, p. 237; y MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE. INSTRUMENTO VIEJO, RÉGIMEN NUEVO, en RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEXICANO EN EL SIGLO XXI. ¿CÓMO DEBE EVOLUCIONAR?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Ed. Themis, México, D.F., 2012, p. 1075. Ambos pueden ser obtenidos de www.gdca.com.mx

¹² Su contexto es una acción rescisoria de un contrato por incumplimiento grave del mismo. Mientras que la parte actora buscaba discontinuar la relación, la parte demandada logró congelar medidas *de facto* (además de medidas legales) en vías de ser implementadas por la actora.

¹³ Pues en México en materia procesal mercantil no existen ordenes de hacer o no-hacer (“*injunctions*”).

en apoyo del arbitraje¹⁴ en base a que el que el juez contara con “plena discreción” para emitir las medidas precautorias en apoyo al arbitraje:

- a) generaba inseguridad jurídica y deja en estado de indefensión al establecer que los jueces cuentan con facultades omnímodas y absolutas para el dictado de medidas cautelares en los procedimientos de arbitraje comercial.
- b) excedía lo permitido por la *lex fori*: los artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

El resultado de ambos juicios de amparo fue positivo. Con respecto al amparo contra el acto, se sostuvo que el acto reclamado no era inconstitucional.¹⁵ El amparo contra ley sostuvo que el artículo 1478 del Código de Comercio no era inconstitucional. Al hacerlo el juez de Distrito razonó:

...la razón que tuvo el legislador para no establecer taxativamente medidas cautelares en el artículo 1425, no fue un descuido, ni la intención de remitir al intérprete al artículo 1171, sino una clara intención de no limitar su procedencia, dada su importancia en el arbitraje comercial en el derecho nacional e internacional, dejando en libertad al juez para que, en su limitada pero trascendente participación en el procedimiento respectivo, pudiera dictar cualquier medida cautelar que tienda a satisfacer su propósito, que es, como se indicó, mantener de manera provisional, la situación de hecho o de derecho existente garantizando las resultas de una sentencia ejecutoria. ...

Como puede verse, la *ratio* es tan atinada como plausible—y es pro-arbitraje. Como resultado, el *juge d'appui* mexicano goza de amplias facultades para colaborar con medidas precautorias en arbitraje.

B. ORDEN PÚBLICO

¹⁴ Artículo 1478 del Código de Comercio.

¹⁵ Es de admitirse que la demanda de amparo fue sobreseída. Por ende, en verdad no existe una decisión de fondo.

Tres decisiones tocaron cuestiones de orden público. A continuación se comentan.

1. Definiciones

Un tribunal colegiado de circuito¹⁶ definió el “orden público” como:

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

En otro caso se definió así:¹⁷

“conjunto de reglas en que reposa el bien común y ante los cuales ceden los derechos particulares porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos asiladamente considerarlas”

Aunque definiciones amplias, su tendencia es atinada:¹⁸ interpretar al orden público en forma estrecha. Estas nociones continúan situando a México dentro de la corriente internacional minimalista del orden público.

2. Situaciones específicas

En un caso¹⁹ que involucró un contrato administrativo entre una empresa y una entidad pública un tribunal colegiado de circuito sostuvo que el laudo era nulo por ser contrario al orden público en la medida en que los contratos administrativos:

a) Están regulados por leyes administrativas y la Constitución Federal; y

¹⁶ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, 1er Circuito. Amparo en Revisión 195/2010. p. 151

¹⁷ Expediente 596/2011, Juez Quincuagésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal, 7 de noviembre de 2011.

¹⁸ Comento dicho desarrollo a la luz de las corrientes arbitrales más aceptadas en ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, enero 2012. Y en Revista del Club Español del Arbitraje, número 13, 2012, p. 147.

¹⁹ Descrito en la sección III.E de este Informe.

- b) Involucran necesidades gubernamentales delicadas que no pueden ser valoradas por un tribunal arbitral privado.

Esta es la primera vez que un juez mexicano ha sostenido lo anterior. No se observa que refleje una tendencia.

C. ARBITRABILIDAD

En un caso²⁰ un tribunal colegiado sostuvo anuló un laudo por ventilar cuestiones no-arbitrables. Dicha determinación descansó en tres premisas:

- i) *Actos de autoridad*: No obstante que el acuerdo arbitral contenido en el contrato es amplio, el Tribunal Colegiado determinó que no abarcaba disputas provenientes de rescisiones administrativas pues estas son consideradas actos de autoridad. En apoyo a dicho razonamiento se citó una Jurisprudencia (por contradicción) de la Octava época del Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación.²¹
- ii) *Jurisdicción exclusiva*: La inarbitrabilidad de la materia deriva de que existe competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos para ventilar actos de autoridad (incluyendo rescisiones administrativas).
- iii) *Cosa juzgada refleja*: Existieron procedimientos paralelos arbitrales y de amparo. Dado que existía una decisión de un juez mexicano que determinó que la rescisión era constitucional, dicha determinación era ‘cosa juzgada refleja’ *vis-à-vis* el tribunal arbitral.²² En la medida en que (a) existían

²⁰ Descrito en la sección III.E de este Informe.

²¹ Aunque la decisión no descansó en el texto de la Ley de Obras o Ley de Arrendamientos, existió un argumento *a fortiori* consistente en que la no arbitrabilidad de dicha materia era prevista en otras leyes administrativas.

²² La aplicabilidad de la teoría de cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales es un tema nunca antes visto—y erróneo. He comentado dicho paso en ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO, Boletín del Centro de Arbitraje de la

determinaciones que involucraron la rescisión²³ (b) en base a las cuales el tribunal otorgó consecuencias jurídicas,²⁴ el tribunal arbitral excedió su mandato al tocar una cuestión no arbitrable.

D. LUGAR PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

En el amparo en revisión 8/2011 se debatía cuál es la jurisdicción apropiada para ventilar solicitudes de nulidad de un laudo. El caso involucró un arbitraje CCI con sede *fuera* de México, pero cuya nulidad se solicitaba *en* México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el caso y resolvió que el juez competente para nulidad es el de la sede. (En forma relevante, el INSTITUTO MEXICANO DEL ARBITRAJE presentó un *amicus curiae* (junio 2011).)

Aunque a los ojos de un experto la conclusión es obvia, es destacable que el análisis del máximo tribunal mexicano fue pro-arbitraje e hizo una explicación sobre los motivos por los que existe una división de competencia entre jueces, mismo que destaca la eficacia y uniformidad del arbitraje.

E. *COMMISA v PEP*

Es conveniente dar a conocer lo acontecido en el arbitraje CCI número 13613 para evitar confusión (como ha ocurrido en el pasado con otros casos importantes.²⁵)

Industria de la Construcción, enero 2012. Y en Revista del Club Español del Arbitraje, número 13, 2012, p. 147.

²³ Particularmente determinaciones contrarias a lo que el juez competente sostuvo.

²⁴ Penas convencionales y daños y perjuicios.

²⁵ Por ejemplo, el caso *Infored*, que dio lugar a tantas apreciaciones basadas en hechos incorrectos. Ello motivó un ensayo aclaratorio que fue publicado en la Revista del Club Español del Arbitraje: EL CASO INFORED V GRUPO RADIO CENTRO: EL QUIJOTE MEXICANO), Revista del Club Español del Arbitraje, 12/2011, p. 17. Visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

1. El caso, en resumen²⁶

El arbitraje CCI número 13613 entre Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. y Pemex-Exploración y Producción (“*COMMISA v PEP*”) arrojó un laudo (diciembre de 2009) que condenó a PEP a pagar a COMMISA más de trescientos millones de dólares. En paralelo al arbitraje existió un juicio de amparo cuyo objeto fue la legalidad de la rescisión administrativa que PEP hizo del contrato. A continuación se resume este proceso y los juicios de nulidad y de ejecución.

a) *El amparo*

En forma paralela al arbitraje, COMMISA recurrió la rescisión administrativa en amparo.²⁷ Mucho puede decirse sobre este paso, particularmente a la luz del derecho de amparo. Dado el objeto de este ensayo sólo mencionaré que el amparo fue negado. (Aunque sobreseído en primera instancia,²⁸ en revisión se rechazó otorgar el amparo.²⁹ La Suprema Corte conoció de la constitucionalidad de la ley en base a la cual se efectuó la rescisión administrativa, y decidió no otorgar amparo³⁰ turnando el

²⁶ Este resumen es tomado de González de Cossío, ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL (adjunto a este informe). He ponderado (y vacilado) sobre la propiedad y conveniencia de emitir esta reseña, pues tuve una participación en dicho caso. He decidido sin embargo hacer esta reseña para comunicar objetivamente lo acontecido a los expertos y asistentes al evento del Grupo Latinoamericano de arbitraje de la CCI no solo porque así lo he hecho desde la creación de dicho grupo, sino también para evitar confusión (una constante en estos casos) y propiciar que se aprenda de la experiencia ajena.

²⁷ Amparo en Revisión RA-123/2006, sentencia de 17 de mayo de 2006 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en Revisión 1081/2006, sentencia de 23 de junio de 2006 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁸ El Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal lo negó el 23 de agosto de 2005 al considerar que PEP no era autoridad (Expediente 1950/2003).

²⁹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 17 de mayo de 2006 (Expediente 123/2006). Para ser exactos, fue sobreseído respecto de uno de los considerandos y se salvó la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (“*Suprema Corte*”) en otro.

³⁰ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006.

asunto a tribunal colegiado, mismo que negó la protección constitucional.³¹⁾

La historia procesal de este amparo no es tan importante como el hecho que existió en forma paralela al arbitraje. Los motivos quedarán en manifiesto más adelante.

b) La impugnación judicial y la nulidad

Se solicitó la nulidad del laudo *inter alia* en base a que ventilaba cuestiones no arbitrables y violaba el orden público. El juez de nulidad rechazó la solicitud.³² Dicha sentencia fue recurrida en amparo argumentando violación a la garantía de legalidad siendo que el juez de nulidad no anuló no obstante que se encontraba en presencia de materias no arbitrables y violaciones al orden público. El juez de distrito negó el amparo.³³ Se interpuso recurso de revisión. El colegiado anuló.³⁴ Al hacerlo, razonó que:³⁵

- **Arbitrabilidad:** El laudo es nulo por ventilar cuestiones no-arbitrables. Dicha determinación descansó en dos premisas:
 - i) *Actos de autoridad:* No obstante que el acuerdo arbitral contenido en el contrato es amplio, el tribunal colegiado determinó que no abarcaba disputas provenientes de rescisiones administrativas pues estas son

³¹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 23 de febrero de 2007.

³² Juez Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 24 de junio de 2010, (Expediente 207/2010-II).

³³ Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 3 de septiembre de 2010 (amparo indirecto 604/2010-IV).

³⁴ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011 (toca 358/2010). (Para ser exactos, emitió una sentencia revocando la sentencia del Juez de Distrito, ordenando que dejara insubsistente la resolución reclamada y, en su lugar, emitiera otra considerando que el laudo arbitral es nulo.)

³⁵ Lo expuesto es un resumen. La sentencia del tribunal colegiado tiene poco menos de 500 páginas.

consideradas actos de autoridad. En apoyo a dicho razonamiento se citó una Jurisprudencia (por contradicción) de la Octava época del Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación.³⁶

- ii) *Jurisdicción exclusiva*: La inarbitrabilidad de la materia deriva de que existe competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos para ventilar actos de autoridad (incluyendo rescisiones administrativas).
- iii) *Cosa juzgada refleja*: dado que existía una decisión de un juez competente que determinó que la rescisión era constitucional,³⁷ dicha determinación era ‘cosa juzgada refleja’ *vis-à-vis* el tribunal arbitral.³⁸ En la medida en que (a) existían determinaciones que involucraron la rescisión³⁹ (b) en base a las cuales el tribunal otorgó consecuencias jurídicas,⁴⁰ el tribunal arbitral excedió su mandato al tocar una cuestión no arbitrable.

- **Orden Público**: el laudo es nulo por ser contrario al orden público en la medida en que los contratos administrativos:

- i) están regulados por leyes administrativas y la Constitución Federal; y

³⁶ Aunque la decisión no descansó en el texto de la Ley de Obras o Ley de Arrendamientos, existió un argumento *a fortiori* consistente en que la no arbitrabilidad de dicha materia era prevista en otras leyes administrativas.

³⁷ Los juicios de amparo descritos en la sección III.E.1(a) anterior.

³⁸ La aplicabilidad de la teoría de cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales es un tema nunca antes visto—y erróneo. He comentado dicho paso en ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, enero 2012. ([www.caic.com.mx/eventos y publicaciones](http://www.caic.com.mx/eventos_y_publicaciones)) y en Revista del Club Español del Arbitraje, número 13, 2012, p. 147.

³⁹ Particularmente determinaciones contrarias a lo que el juez competente sostuvo.

⁴⁰ Penas convencionales y daños y perjuicios.

- ii) involucran necesidades gubernamentales delicadas que no pueden ser valoradas por un tribunal arbitral privado.

Como resultado, el juez de distrito (como autoridad responsable) emitió una sentencia declarando nulo el laudo arbitral.

c) *La ejecución fuera de México*

Ante la nulidad en México, se ha solicitado la ejecución en Nueva York.⁴¹ A la fecha de estas líneas, la decisión del juez neoyorquino estaba pendiente.⁴²

2. Comentario

Auguro que *COMMISA v PEP* atraerá mucha atención. Sospecho que practicantes diversos lo criticarán—probablemente estridentemente (particularmente hermanos latino- e iberoamericanos). Mi respuesta a dichos críticos es doble:

1. El caso es más una anomalía que reflectivo de la praxis judicial mexicana.
2. Pongan sus barbas a remojar: lo ocurrido en dicho caso es fruto de una semilla que ha encontrado tierra fértil en muchos países: el *droit administratif*. La teoría sobre contratos administrativos del derecho administrativo francés, que ha sido recogida por muchos sistemas jurídicos (particularmente latinoamericanos). Ante ello, creo más atinado y constructivo aprender de la experiencia ajena y tomar pasos para evitar que la historia se repita en *sus*

⁴¹ Por transparencia, divulgo que soy el experto en derecho mexicano designado por los abogados de Estados Unidos de América que se opusieron a la ejecución.

⁴² Esta decisión será de interés en todo el mundo por motivos diversos. Uno es que versa sobre el (interesante y controvertido) tema de la ejecución de un laudo anulado en la sede del arbitraje. Otro es la calidad jurídica involucrada: los expertos más reconocidos del mundo están involucrados en ambos lados del debate, seguidos por expertos mexicanos de la más alta envergadura (excluyendo al autor, por supuesto).

jurisdicciones, que señalar reprobatoriamente.⁴³ Después de todo, podría ocurrirles lo mismo.

En mi opinión, sería simplista descartar a *COMMISA v PEP* como resultado de jingoísmo. Si bien dista de reflejar una tendencia,⁴⁴ encuentra sus raíces en la conjugación entre derecho arbitral y derecho administrativo. Ante ello, una reprobación genérica perdería la oportunidad de *entender*; más aún, de *mejorar*. Deviene de una cuestión tan compleja como arraigada. Si lo que se busca es mejorar nuestro régimen arbitral, lo que este tema requiere no es reprobación sino comprensión. Una *prognosis* que asimile las causas de lo acontecido a efecto de hacer una *diagnosis* adecuada.

Es lo anterior lo que deseo proponer ante el Grupo Latinoamericano de la CCI en el contexto de la reunión anual de 2012: que seamos constructivos y propositivos en nuestra evaluación de *COMMISA v PEP* a efecto de implementar una solución útil—resistiendo la tentación de la crítica superficial y peyorativa, que de nada sirve.

IV. COMENTARIO FINAL

2012 presencié una enorme y plausible cantidad de desarrollos en materia de arbitraje en México, tanto legislativos como judiciales. Dentro de dicha avalancha de progreso existió un problema, cuya remediación requiere de análisis profundo y constructivo, so pena de invitar su perpetuación o contagio a otros países latinoamericanos. Pero la tendencia pro-arbitraje en México continúa. Resalta por su importancia:

⁴³ Para abundar, véase González de Cossío, ARBITRAJE EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ¿UN VASO MEDIO VACÍO O UN VASO MEDIO LLENO? visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje, adjunto a esta nota.

⁴⁴ Nótese que la nulidad fue rechazada, lo cual fue confirmado en amparo. Fue hasta que llegó al colegiado que se suscitó esta cuestión. Una postura similar fue adoptada por el juez de distrito del primer amparo (descrito en la sección III.E.1.(a) de esta nota).

1. Que el nuevo régimen legal (adoptado en enero de 2011 y comentado en mi Crónica de Arbitraje en México de 2011) ha servido para mejorar la ejecución de acuerdos y laudos arbitrales y el apoyo judicial al arbitraje con sede en México;
2. Las decisiones judiciales han sido en su contundente mayoría positivas, reflejando un ánimo pro-arbitraje, además de una incremental mejoría en su dialéctica arbitral; y
3. Se observa una creciente apertura al arbitraje en legislación administrativa diversa, así como una política gubernamental deseosa de utilizar el arbitraje para fomentar inversión en infraestructura.