

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y ARBITRAJE EN MÉXICO

*Julieta Ovalle Piedra**

Sumario: I. Introducción. II. Régimen de los Contratos Administrativos en el Derecho Mexicano. A. Naturaleza jurídica del Contrato Administrativo. B. El contrato administrativo en nuestro sistema legal. III. Arbitrabilidad de los contratos administrativos. IV. Rescisión administrativa. A. Naturaleza jurídica de la rescisión administrativa. B. Interpretación de Poder Judicial de la Federación. C. Sentencia de 25 de agosto de 2011 dictada dentro del amparo en revisión 358/2010 por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. V. Conclusiones.

I. Introducción

El ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en 1986 no sólo tuvo un impacto a nivel económico en nuestro país. Desde entonces nuestro sistema jurídico se ha adaptado para interactuar en un mundo globalizado. En 1988 el entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal fue reformado para introducir normas de conflicto de leyes y permitir la aplicación del derecho extranjero en nuestro país. Asimismo, se modificó el Código Federal de Procedimientos Civiles para introducir el Libro Cuarto “De la Cooperación Procesal

Internacional”. Posteriormente, en 1989 se adicionó el Título Cuarto “Procedimiento Arbitral” al Libro Quinto del Código de Comercio, que en 1993 fue modificado para adoptar la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. A partir de entonces, el arbitraje se ha desarrollado de manera importante en México, no sólo en el ámbito mercantil sino en otros sectores. La lista de materias arbitrables se ha ido ampliando y en la actualidad incluye los derechos de autor¹, la propiedad industrial² y telecomunicaciones³. Sin embargo, hay áreas estratégicas en las que el arbitraje ha tenido un camino accidentado, como es el caso de los contratos administrativos. Gran parte de los problemas derivan de la complejidad que ha revestido el conceptualizar estos contratos, que combinan una institución tradicionalmente de derecho civil con nociones de derecho público. En el presente trabajo se hace un análisis de esta problemática.

II. Régimen de los contratos administrativos en el Derecho Mexicano

A. Naturaleza jurídica del contrato administrativo

El contrato administrativo tiene un origen relativamente reciente. Basta recordar que el propio derecho administrativo, como una rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa, empieza a surgir a partir de uno de los postulados de la Ilustración y la Revolución Francesa, la separación de poderes. En el siglo XIX que el Consejo de Estado en Francia empezó a redefinir las reglas aplicables a los contratos y en la primera mitad del siglo XX empezaron a aparecer obras sobre los contratos administrativos, como la *Théorie générale des contrats de l'administration* de Gaston Jèze⁴.

La doctrina ha cuestionado si existe o no el contrato administrativo. Hay quienes han afirmado que la administración pública no puede contratar, argumentando que en las

* Socia de Bufete Ovalle Favela, S.C.

¹ Artículo 219 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

² Artículo 227 de la Ley de Propiedad Industrial.

³ Artículo 6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

⁴ Frier, Pierre-Laurent, *Précis de droit administratif*, Paris, Éditions Montchrestien, 2001, p. 323.

relaciones que se establecen entre la administración y el particular, aquélla actúa en una posición de supremacía que impide que se considere que pueda haber un vínculo contractual; que la autonomía de la voluntad no es posible ya que la administración pública debe sujetarse a las normas que la rigen y el particular sólo puede aceptar o rechazar los términos fijados por la administración resultantes del orden normativo vigente; y que los presuntos contratos administrativos versan sobre objetos que están fuera del comercio. En lugar de hablar de contrato administrativo, las teorías negativas han propuesto figuras como los “actos administrativos bilaterales”, el “acto administrativo necesitado de coadyuvante”, los “actos condición”, etc.⁵ Por otro lado, están quienes aceptan la existencia de los contratos administrativos, y refutan las teorías negativas señalando que la desigualdad de las partes no es tan importante como para negar la idea contractual, pues esta peculiaridad es la misma que justifica que el contrato sea administrativo y no privado; que la autonomía de la voluntad como elemento esencial del contrato ha sido cuestionada incluso en el derecho civil y mercantil con la existencia de los contratos de adhesión; y que si bien los objetos sobre los cuales versan los contratos administrativos están fuera de comercio para los particulares, este no es el caso para la administración pública quien puede disponer libremente de ellos⁶.

Actualmente, podemos decir que existe una tendencia generalizada a aceptar los contratos administrativos como una categoría y diferente a los contratos civiles. Independientemente del debate teórico, la realidad se ha impuesto y ha llevado a reconocer la existencia de los contratos administrativos.

Se han utilizado diversos elementos para caracterizar los contratos administrativos: la relación de subordinación entre las partes, la licitación, la satisfacción de un interés público, la jurisdicción especial, la existencia de cláusulas exorbitantes... Sin embargo, los elementos que realmente definen un contrato administrativo son en primer lugar, que una de las partes

⁵ Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, vol. I, p. 42-43.

⁶ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10^a ed., Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1992, vol. II, p. 44-45.

es la Administración Pública, en segundo lugar, que son contratos sometidos a un régimen especial y por último, que los mismos persiguen un interés público⁷.

El contrato administrativo se ha definido como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”⁸.

Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que los contratos que celebra la administración pública cuyo objeto o finalidad “no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial”⁹ serán regidos por el derecho civil y por tanto no se consideran contratos administrativos¹⁰. A estos contratos se les ha denominado contratos de la administración.

Es muy importante tener en consideración que si bien los contratos administrativos se distinguen de los contratos civiles y mercantiles y están sujetos a un régimen especial, no por ello no pierden su naturaleza de contratos. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido la existencia de los contratos administrativos precisamente porque derivan de un acuerdo de voluntades. Existe una clara distinción entre el acto administrativo y el contrato administrativo, cuyas diferencias “son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo”¹¹. No es casualidad que en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y en la Ley de Obras Públicas y Servicios

⁷ Escola, Héctor Jorge, *op. cit.*, nota 5, pp. 85-130.

⁸ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, t. III-A, p. 34.

⁹ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 14^a. ed., México, Porrúa, 1971, p. 418.

¹⁰ “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL GOBIERNO, NATURALEZA DE LOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CVIII, p. 17.

¹¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10^a ed., Buenos Aires, F.D.A., 2011, t. 3, pp. IV-23.

Relacionados con las Mismas se recurre como ordenamiento supletorio en primer lugar al Código Civil Federal y posteriormente a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo¹²

B. El contrato administrativo en nuestro sistema legal.

En México desde principios del siglo XIX podemos encontrar normas que regulaban los contratos celebrados con el Estado, como el Decreto del Congreso de 9 de octubre de 1826 y Ley de 29 de Marzo de 1834 relativos al contrato de obra pública¹³.

Fue en la Constitución de 1917 cuando se estableció a nivel constitucional que todos los contratos que el Gobierno tuviera que celebrar para la ejecución de las obras públicas, serían adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presentaran proposiciones en sobre cerrado, que sería abierto en junta pública. Esta disposición fue evolucionando lentamente para sentar los principios que deben de regir la contratación pública. El 28 de diciembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 134 de la Constitución, para introducir el mandato de que los recursos económicos de que dispusieran el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, debían administrarse con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a que estuviesen destinados. El principio de adjudicación del contrato mediante subasta o licitación se amplió para incluir las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes y la prestación de servicios de cualquier naturaleza. Asimismo, se precisó que las licitaciones se harían mediante convocatoria pública, que las proposiciones que se presentasen deberían ser solventes, y que todo lo anterior sería a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Finalmente, se estableció que cuando las licitaciones no fueran idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerían las bases, procedimientos, reglas,

¹² Artículo 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

¹³ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo - Contratos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 111.

requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez, que aseguraran las mejores condiciones para el Estado. El primer párrafo del artículo 134 fue reformado nuevamente mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de mayo de 2008 para incluir la transparencia dentro de los principios bajo los cuales se deben administrar los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales.

A la fecha no se ha expedido ninguna ley que tenga como objeto regular los contratos administrativos. La regulación de los mismos se encuentra dispersa en distintas leyes y reglamentos.

Entre los contratos administrativos que se encuentran regulados están los de adquisición, arrendamiento y servicios del sector público (Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público), los de obras públicas y servicios relacionados con las mismas (Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas), y el contrato de suministro de energía eléctrica (Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica)¹⁴:

Asimismo, en nuestro derecho se regula la concesión que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia es un acto jurídico administrativo mixto que contiene cláusulas de orden contractual y otras de naturaleza regulatoria. En las primeras se materializan las ventajas económicas a favor del concesionario y en virtud de ello, el Estado no puede variarlas sin concurrir la voluntad de aquél porque podría afectar su esfera jurídica y patrimonio. Por su parte, las cláusulas regulatorias son aquellas estipulaciones que determinan las condiciones de la concesión y se encuentran vinculadas al marco legal que regula los términos generales de las concesiones a los que deberán sujetarse los concesionarios y los cuales podrá modificar el Estado, atendiendo a decisiones que importen intereses de la colectividad, de modo que cuando se reforma la legislación relativa, se modifican también los términos de las

¹⁴ “Derecho Administrativo”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, 2002, t. VII, pp. 797-801.

condiciones reglamentarias del título de concesión, sin que para ello sea necesario el consentimiento del concesionario¹⁵.

En el artículo 2º de la recientemente aprobada Ley de Asociaciones Público Privadas se dispone que los proyectos de asociación público-privada regulados por dicha ley son aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el País. Si bien esta ley habla de “esquema para establecer una relación contractual de largo plazo” sin precisar si la misma sería de derecho público o privado, el hecho de que una de las partes del contrato sean instancias del sector público podría implicar que estos contratos sean considerados administrativos.

Por otro lado, el Poder Judicial Federal en diversos criterios ha hecho un análisis de los contratos administrativos. En una tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito se precisan como caracteres distintivos del contrato administrativo el interés social y el servicio público, la desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado, la existencia de cláusulas exorbitantes y la jurisdicción especial¹⁶.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación vincula la naturaleza administrativa de un contrato a la finalidad de orden público que persigue, concluyendo que “cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes

¹⁵ “CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. LAS MODIFICACIONES A SUS CLÁUSULAS REGULATORIAS EN VIRTUD DE REFORMAS A LA LEGISLACIÓN RELATIVA, AL NO AFECTAR DERECHOS ADQUIRIDOS DEL CONCESIONARIO NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LEYES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 297.

¹⁶ “CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL O MERCANTIL. DIFERENCIAS”, Tesis VI.3o.A.50 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 1103.

que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público”¹⁷.

III. Arbitrabilidad de los contratos administrativos

Es posible incluir acuerdos arbitrales dentro de los contratos administrativos. Las ventajas del arbitraje en éste y otros ámbitos han sido ampliamente reconocidas, pues como señala Héctor Jorge Escola, en las controversias derivadas de contratos de obra pública “la jurisdicción arbitral aparece como la más adecuada y conveniente para resolver conflictos de esta clase, por la simplicidad de sus procedimientos, el hecho de que pueda integrarse un tribunal más específicamente capacitado para cada caso y la mayor celeridad que puede imprimirse a sus tramitaciones”¹⁸.

En México, la introducción de cláusulas arbitrales en contratos administrativos es un fenómeno relativamente reciente que coincide con la apertura económica y jurídica que vivió nuestro país a partir de la segunda mitad de la década de los ochentas y en concreto con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1993 se contempló la posibilidad de que se pactaran cláusulas arbitrales en contratos respecto de aquellas controversias que determinara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial¹⁹. Posteriormente tanto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público publicadas en el Diario Oficial de la

¹⁷ “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS”, Tesis P. IX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 324.

¹⁸ Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1979, vol. II, p. 300.

¹⁹ Artículo 15 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Federación el 4 de enero de 2000 retomaron esta posibilidad, con la diferencia de que ahora sería la Contraloría quien mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, debía determinar las controversias que podrían someterse a compromiso arbitral ya fuera en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente²⁰. Las reglas de carácter general a las que se referían ambas leyes nunca se emitieron.

Por otro lado, el 22 de diciembre de 1993 se publicó un Decreto que reformó diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. El artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios se reformó para que tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, dicha entidad o sus organismos subsidiarios pudieran convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto. Las mismas facultades se otorgaron a la Comisión Federal de Electricidad al reformar el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía, con la diferencia que no se limitaron únicamente a actos jurídicos de carácter internacional.

La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo se reformó mediante Decreto publicado el 28 de noviembre de 2008 que adicionó un párrafo artículo 6º en el cual se establece que los contratos de obra y prestación de servicios en territorio nacional y en las zonas donde la Nación ejerce soberanía, jurisdicción o competencia podrán incluir acuerdos arbitrales conforme a las leyes mexicanas y los tratados internacionales de los que México sea parte.

Posteriormente, el 28 de mayo de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto que reformó la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, adicionando en ambos ordenamientos todo un capítulo dedicado al arbitraje, otros

²⁰ Artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

mecanismos de solución de controversias y competencia judicial. Esta reforma conlleva un importante avance, ya que se estableció que en los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas y en los de prestación de servicios a largo plazo se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Sin embargo, con la reforma se introdujo una limitación a la arbitrabilidad de los contratos regidos por estas leyes: la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos así como aquellos casos que disponga el Reglamento de la Ley.

Esta limitación se ha hecho extensiva a contratos celebrados por Pemex-Exploración y Producción en un precedente del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito²¹.

Siguiendo esta misma tendencia, el artículo 139 la Ley de Asociaciones Público Privadas incorpora la posibilidad de convenir procedimiento arbitral, sin que pueda ser materia del arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad. Agrega esta disposición que la solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.

Entre los motivos que han llevado a la incorporación de estas limitaciones se encuentra la interpretación que el Poder Judicial Federal ha hecho de ciertos actos relacionados con los contratos administrativos, los cuales ha caracterizado como actos de autoridad o actos administrativos, como es el caso de la rescisión administrativa. Al excluir del arbitraje a la rescisión administrativa y a la terminación anticipada de los contratos, se frustra en gran medida el objetivo que se buscaba originalmente al incluir cláusulas arbitrales en los contratos administrativos. Si lo que se busca es dar certeza a los inversionistas y hacer que los recursos se utilicen de la manera más eficiente solucionando los conflictos que puedan surgir con el menor costo y en el menor tiempo posible, es indispensable que exista

²¹ Amparo en Revisión 358/2010, 25 de agosto de 2011.

una sola vía para la solución de controversias. Y lo anterior no sólo es importante para los contratistas, sino también para el Estado, quien de acuerdo al artículo 134 de la Constitución deberá administrar los recursos económicos con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados. Si en un contrato administrativo, como lo es el de obra pública, no se resuelven eficientemente los conflictos que surjan, no sólo pierde el contratista, sino que también pierde el Estado. El tener que litigar las controversias ante un órgano jurisdiccional y un tribunal arbitral, y tratar de desentrañar las partes del conflicto que deberán plantearse ante uno y otro foros, frustra completamente el objetivo inicial de proporcionar un método de solución de controversias adecuado, por lo que es imperioso que se revise la política legislativa que está detrás de las reformas que limitaron el arbitraje en los contratos regulados por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Asociaciones Público Privadas.

IV. Rescisión administrativa

A. Naturaleza jurídica de la rescisión administrativa

La rescisión administrativa es un modo de extinción anormal del contrato administrativo, que tiene como causa el incumplimiento del contratista²². Al ser el contrato administrativo una fuente de obligaciones sinalagmáticas, es aplicable el principio general contenido en el artículo 1949 del Código Civil Federal: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que no de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”. Cuando es el particular quien incumple, la Administración Pública puede ejercer la facultad de rescindir el contrato sin que sea necesaria declaración judicial²³. En caso de que sea el contratista quien busque la rescisión del contrato, tendrá que demandarla ante los tribunales competentes.

²² Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, nota 6, pp. 103-105.

²³ Artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y artículo 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Tradicionalmente se ha considerado la rescisión administrativa como una de las llamadas cláusulas exorbitantes que son aquellas que “desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público”²⁴. Sin embargo, un análisis detallado de la manera en que funciona la rescisión administrativa nos lleva a concluir que no es sustancialmente distinta a la rescisión de un contrato civil o mercantil. El origen de la rescisión tanto en materia administrativa como en civil o mercantil es el incumplimiento de obligaciones. La posibilidad de decretar la rescisión ante sí y por sí sin la intervención judicial existe no sólo en materia de contratos administrativos, sino también en los contratos civiles y mercantiles con el simple hecho de pactar expresamente esta facultad²⁵. Tal y como se encuentra regulada en nuestro derecho, la rescisión administrativa no puede considerarse una cláusula exorbitante y por ende su ejercicio no debería ser considerado un acto de autoridad o administrativo.

B. Interpretación del Poder Judicial de la Federación

La naturaleza jurídica de la rescisión administrativa ha variado a lo largo de los años pues no siempre se le consideró acto de autoridad. Existe una tesis aislada de la Quinta Época en la que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia sostenía que “el incumplimiento de lo estipulado para rescindir un contrato celebrado con una autoridad puede dar apoyo al ejercicio de un acción del orden civil ante los tribunales competentes, pero no para acudir a la vía de amparo contra dicha rescisión”²⁶. En otro criterio, la misma Segunda Sala consideraba que si la autoridad administrativa rescindía el contrato, el

²⁴ “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS”, Tesis P. IX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, página: 324.

²⁵ “PACTO COMISORIO EXPRESO. OPERA DE PLENO DERECHO, SIN QUE SEA NECESARIO QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL DETERMINE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)”, Tesis 1a./J. 23/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, junio de 2001, p. 165.

²⁶ “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXXVII, p. 901.

particular contratante debía previamente someter el punto a las autoridades ordinarias, para que lo decidan de conformidad con las leyes que rigen el contrato, y sólo cuando se dictara sentencia en su contra, podría ocurrir al amparo, alegando que se violaron en su perjuicio garantías individuales, por falta de fundamento legal²⁷.

En junio de 1994 en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/94 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la rescisión administrativa era un acto de autoridad de naturaleza administrativa de la cual debían conocer los Jueces de Distrito en Materia Administrativa de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación²⁸. Sin embargo, en una tesis aislada posterior el mismo Pleno estableció que la competencia para conocer de un juicio ordinario civil en el que se ejercen acciones con motivo de la rescisión de un contrato de obra pública corresponde a un Juez de Distrito en Materia Civil²⁹. Existe también un precedente del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito en el cual se afirma que no es procedente conceder la suspensión de la rescisión administrativa de un contrato de obra pública celebrado por Pemex Exploración y Producción, ya que “es indudable que en este caso la citada descentralizada no actuó como autoridad sino como ente de derecho privado”, y la suspensión sólo se puede otorgar contra actos de autoridad y no de particulares³⁰.

Posteriormente, la rescisión de contratos celebrados con dependencias pasó a ser competencia del Tribunal Fiscal de la Federación. En la Tesis III-PS-II-49 la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal determinó que el mismo era competente dirimir las controversias sobre la rescisión administrativa de contratos de obra pública, atento a lo

²⁷ “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, RESCISION DE LOS, POR LA AUTORIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXVII, p. 3784

²⁸ “CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISION, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA”, Tesis P./J. 20/94, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. 78, junio de 1994, p. 18.

²⁹ “COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN JUICIO ORDINARIO CIVIL EN EL QUE SE EJERCEN ACCIONES CON MOTIVO DE LA RESCISION UNILATERAL DE UN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CORRESPONDE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL”, Tesis P. XLV/94, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. 81, septiembre de 1994, p. 43.

³⁰ “SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE. CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA CELEBRADOS POR PEMEX”, Tesis 1327, *Apéndice 2000*, Novena Época, t. III, p. 1149.

dispuesto por el artículo 23 fracción VII de su Ley Orgánica, el cual se refería a resoluciones sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obra pública celebrados por dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada³¹.

En 2007 se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y se incluyó dentro de su competencia las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Anteriormente, el Tribunal tenía competencia únicamente respecto de resoluciones definitivas que se dictaran sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada. La tesis de jurisprudencia por contradicción 2a./J. 4/2010 de la Segunda Sala confirmó la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa respecto de la rescisión administrativa decretada por entidades o dependencias de la Administración Pública Federal³². La procedencia del juicio contencioso administrativo implicaba también la del recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo³³. No obstante lo anterior, existe una tesis aislada en la que se afirma que si la rescisión administrativa se emite con base en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y no con base en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, entonces no procedía el juicio contencioso administrativo³⁴.

³¹ “CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. CONTROVERSIA SOBRE RESCISIÓN DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN PARA CONOCER DE LAS”, Tesis III-PS-II-49, *R.T.F.F.*, Tercera Época, No. 112, abril de 1997, p. 7.

³² “RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA”, Tesis 2a./J. 4/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 312.

³³ “OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS. LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA”, Tesis 2a. LV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 231.

³⁴ “RESCISIÓN DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. LA EFECTUADA POR EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS NO ES IMPUGNABLE EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN XIII, DE LA

Además de la competencia que en un momento tuvieron los Juzgados de Distrito y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la rescisión administrativa se podía impugnar en vía de amparo de acuerdo a lo dispuesto por la tesis P. XXVII/97 “AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO” que establece que “el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de amparo, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades”³⁵.

Durante cierto tiempo no fue claro si la posibilidad de acudir al juicio contencioso administrativo excluía la posibilidad de acudir a las demás vías. Mientras en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo los requisitos para conceder la suspensión fueron mayores que los previstos en la Ley de Amparo, fue posible acudir al juicio de amparo sin agotar el juicio contencioso administrativo³⁶. El 10 de diciembre de 2010 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas a los artículos 24 a 28 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo para eliminar los requisitos

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, SI DICHO ACTO NO FUE EMITIDO EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”, Tesis I.7o.A.480 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 1086.

³⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, febrero de 1997, p. 118.

³⁶ “RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS”, Tesis 2a./J. 56/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1103. .

adicionales que se solicitaban, por lo que se excluyó la posibilidad de acudir directamente al juicio de amparo, tal y como ya se ha establecido en diversos precedentes³⁷.

Al resolverse la contradicción de tesis 422/2009 de la cual surgió la tesis jurisprudencial 2a./J. 4/2010 “RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA”, la Segunda Sala determinó que la tesis que establecía la competencia de los jueces de distrito en materia administrativa para conocer de la rescisión administrativa tenía como fundamento el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1995, cuando aún no existía una jurisdicción especializada para dirimir este tipo de contiendas. El 6 de diciembre de 2007 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en cuyo artículo 14, fracción VII, se establece que ese órgano jurisdiccional conocerá de los juicios promovidos contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos dictados en materia administrativa, sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la

³⁷ “RESOLUCIONES IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE DICIEMBRE DE 2010, EN VIGOR A LOS NOVENTA DÍAS DE SU PUBLICACIÓN (10 DE MARZO DE 2011), ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO RELATIVO ANTE EL MENCIONADO ÓRGANO JURISDICCIONAL, EN FORMA PREVIA A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE GARANTÍAS, AL NO PREVERSE MAYORES REQUISITOS QUE LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE AMPARO PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS RECLAMADOS”, Tesis VI.1o.A.6 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, p. 4603; “JUICIO DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. DEBE PROMOVERSE PREVIAMENTE AL AMPARO, PORQUE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE LO REGULA, NO EXIGE MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO QUE LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE MARZO DE 2011)”, Tesis I.15o.A.6 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VI, marzo de 2012, t. 2, p. 1229.

Administración Pública Federal, supuesto en el cual se ubica la rescisión administrativa de un contrato público. En virtud de lo anterior, la Segunda Sala determinó que una “revisión histórica-progresiva de la cuestión demuestra que sobre el tema en análisis, actualmente los artículos 14, fracción VII, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y 1º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, establecen reglas posteriores y específicas que atribuyen precisamente a este órgano jurisdiccional indicado en último término la atribución para conocer de ese tipo de controversias a través de la tramitación del juicio contencioso administrativo federal, lo cual torna inaplicable el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en casos como el que se analiza, al haber sobrevenido la expedición de reglas especiales y posteriores que regulan el supuesto en análisis”.

Una conclusión que podemos derivar de los variados criterios que ha tenido el Poder Judicial Federal respecto de la rescisión administrativa, es que no ha sido fácil determinar su naturaleza jurídica. La idea de que la rescisión administrativa es un acto administrativo de autoridad deriva principalmente de la tesis P./J. 20/94 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la cual se hizo referencia en párrafos anteriores. En esta tesis, sin hacer un mayor análisis el Pleno se limita a afirmar que la resolución mediante la cual una autoridad rescinde unilateralmente y en forma imperativa un contrato de obra pública, por causas que se dicen imputables al contratista, con apoyo en los artículos 43 de la Ley de Obras Públicas y 58 de su Reglamento, así como una de las cláusulas del propio contrato, constituye un acto de autoridad de naturaleza administrativa, relacionado con un contrato también administrativo y con disposiciones de naturaleza administrativa. En esta conclusión parece dejarse de lado completamente que la rescisión administrativa es un acto jurídico que tiene como fundamento inmediato un contrato, a pesar de que esté regulada en una ley administrativa, y que además no tiene una gran diferencia con la rescisión de los contratos civiles y mercantiles.

En párrafos anteriores, se habló sobre el contrato administrativo y su naturaleza. A pesar de que en el pasado existió un debate sobre su existencia, actualmente se reconoce que efectivamente hay una categoría distinta de contratos celebrados por la Administración

Pública. Pero es importante no dejar de lado su naturaleza consensual. La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los contratos administrativos como acuerdos de voluntades. Al ser un acto consensual, los actos que se dan dentro de la ejecución de los mismos no deben considerarse como actos de autoridad o actos administrativos.

Existe una tesis por contradicción reciente en la cual la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió abandonar el criterio sostenido con anterioridad en el sentido de que el aviso recibo por concepto de suministro de energía eléctrica expedido por la Comisión Federal de Electricidad era un acto de autoridad en contra del cual procedía el recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y eventualmente el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. La Segunda Sala determina que el aviso recibo no tiene naturaleza de acto de autoridad “pues la relación jurídica entre los particulares usuarios del servicio de energía eléctrica y la Comisión Federal de Electricidad no corresponde a la de una autoridad y un gobernado (de supra a subordinación), sino, como ya lo definió la propia Segunda Sala en las jurisprudencias 2a./J. 112/2010 y 2a./J. 113/2010, de rubros: **"COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AVISO RECIBO POR CONCEPTO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, INCLUSIVE CUANDO CONTENGA UNA ADVERTENCIA DE CORTE DEL SERVICIO, NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO"** y **"COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL CORTE O SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO"**, a una relación de coordinación entre dicho organismo descentralizado y aquél, originada mediante un acuerdo de voluntades donde ambas partes adquieren derechos y obligaciones recíprocos³⁸. El contrato de suministro es al igual que el contrato de obra pública un contrato administrativo. Si en el contrato de suministro se acepta que existe una relación de coordinación entre la entidad y el particular, de igual modo debería considerarse

³⁸ **"COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AVISO RECIBO QUE EXPIDE POR CONCEPTO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO CONSTITUYE ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN O DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA"**, Tesis 2a./J. 167/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, t. 4, p. 3217.

que hay una relación de este tipo en los contratos de obra pública, lo que nos llevaría a concluir que la rescisión administrativa no es un acto de autoridad. Esperemos que este criterio oriente las futuras interpretaciones que se hagan respecto de la rescisión administrativa.

C. Sentencia de 25 de agosto de 2011 dictada dentro del amparo en revisión 358/2010 por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil

El 25 de agosto de 2011 el Décimo Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil resolvió el amparo en revisión 358/2010, en el cual se anuló un laudo dictado dentro de un arbitraje derivado de ciertas disputas surgidas de un contrato de obra celebrado con una entidad. En esencia, el laudo se declaró nulo con base en lo que dispone el artículo 1457, fracción II del Código de Comercio, por considerar que había violado el orden público al haber decidido cuestiones relativas a la rescisión administrativa que se declaró respecto del contrato de obra. Dejando de lado el tema de la cosa juzgada refleja que fue una cuestión que también se analiza en dicha sentencia, hay razonamientos del Tribunal Colegiado que vale la pena analizar a la luz de lo que ha dicho en párrafos anteriores.

En su argumentación, los magistrados del Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil afirman que el cumplimiento del contrato e inclusive la rescisión administrativa decretada por su incumplimiento, son de orden público e interés general. La jurisprudencia ha definido el orden público como “las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social”. Este orden público no es una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley, sino que corresponde al juez el examinar su presencia en cada caso concreto³⁹. En materia de arbitraje, al hacer el análisis de lo que debe considerarse o no orden público, deben tomarse en cuenta además otros elementos. El Tercer Tribunal

³⁹ “SUSPENSION, NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y DE INTERES SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA”, Tesis I.3o.A. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, enero de 1997, p. 383.

Colgado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis I.3o.C.953 hace referencia al principio proarbitraje que debe aplicarse en México al ser signatario de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. En este sentido, en dicha tesis se afirma que “la noción de orden público tiene como marco de referencia, nacional e internacional, la institución de arbitraje a la que no puede frustrar, alterar u obstaculizar en su misión y exige una precisión en cuanto a su definición, alcance y contenido, porque sólo de esa manera puede establecerse en qué casos y bajo qué condiciones resulta pertinente su aplicación”⁴⁰. Si en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas existe la posibilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos de obras públicas, no es factible considerar que “el cumplimiento del contrato e inclusive la rescisión administrativa decretada por su incumplimiento, son de orden público e interés general” a efecto de excluirlos del ámbito de la cláusula arbitral.

Uno de las premisas principales en las cuales el Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil basó su decisión es la de considerar que la rescisión administrativa es un acto administrativo y por tanto es un acto de autoridad que no puede ser materia de arbitraje. Esta conclusión debe revisarse atendiendo a la naturaleza jurídica de los contratos administrativos y de la rescisión administrativa. Si bien los contratos administrativos se sujetan a un régimen especial de derecho administrativo, no por ello dejan de ser contratos y los actos que se ejecutan para su cumplimiento no son actos administrativos. Por otro lado, la teoría de la doble personalidad del Estado para actos de naturaleza privada y de naturaleza pública desde hace muchas décadas ha sido superada. El Estado tiene una personalidad única y la posibilidad de que celebre contratos ya sea administrativos o civiles ya ni siquiera es un punto en discusión. Al rescindir administrativamente un contrato, el Estado ejerce una facultad que tienen también los particulares, quienes pueden incluir en sus contratos pactos comisorios expresos que les

⁴⁰ “ORDEN PÚBLICO. PRINCIPIO PROARBITRAJE Y RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA PONDERAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO V, PUNTO 2, INCISO B), DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS)”, Tesis I.3o.C.953 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1241.

permiten rescindir un contrato ante sí y por sí sin necesidad de declaración judicial. Por último, la afirmación de que los actos de autoridad no pueden ser materia de arbitraje en México es incorrecta. En los Capítulos XI, XIX y XX del Tratado de Libre Comercio se prevé el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, las cuales derivan de un acto del Estado que viole diversas obligaciones previstas en el Tratado. En el caso *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, fue materia del arbitraje el determinar si el Decreto Ecológico emitido el 23 de septiembre de 1997 por el Gobernador del Estado de San Luis Potosí que declaraba reserva ecológica la zona donde se ubicaba el confinamiento de desechos peligrosos, constituía una expropiación indirecta de la inversión de Metalclad⁴¹. Lo anterior demuestra que en nuestro derecho existe la posibilidad de someter a arbitraje actos de autoridad, lo cual implica que para el Estado Mexicano el escrutinio de los mismos por tribunales mexicanos no es una cuestión de orden público.

Por último, la sentencia del Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil es un ejemplo de las confusiones que han provocado las varias posturas respecto de la naturaleza jurídica de la rescisión administrativa, pues en ella se afirma que “la única vía y que era la idónea para someterla a análisis, era el juicio ordinario administrativo federal, cuya competencia radica en un Juez de Distrito en Materia Administrativa”, cuando de acuerdo a la reforma publicada el 6 de diciembre de 2007 y a lo determinado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 422/2009, quien tendría competencia para conocer sobre la rescisión administrativa sería el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

V. Conclusiones

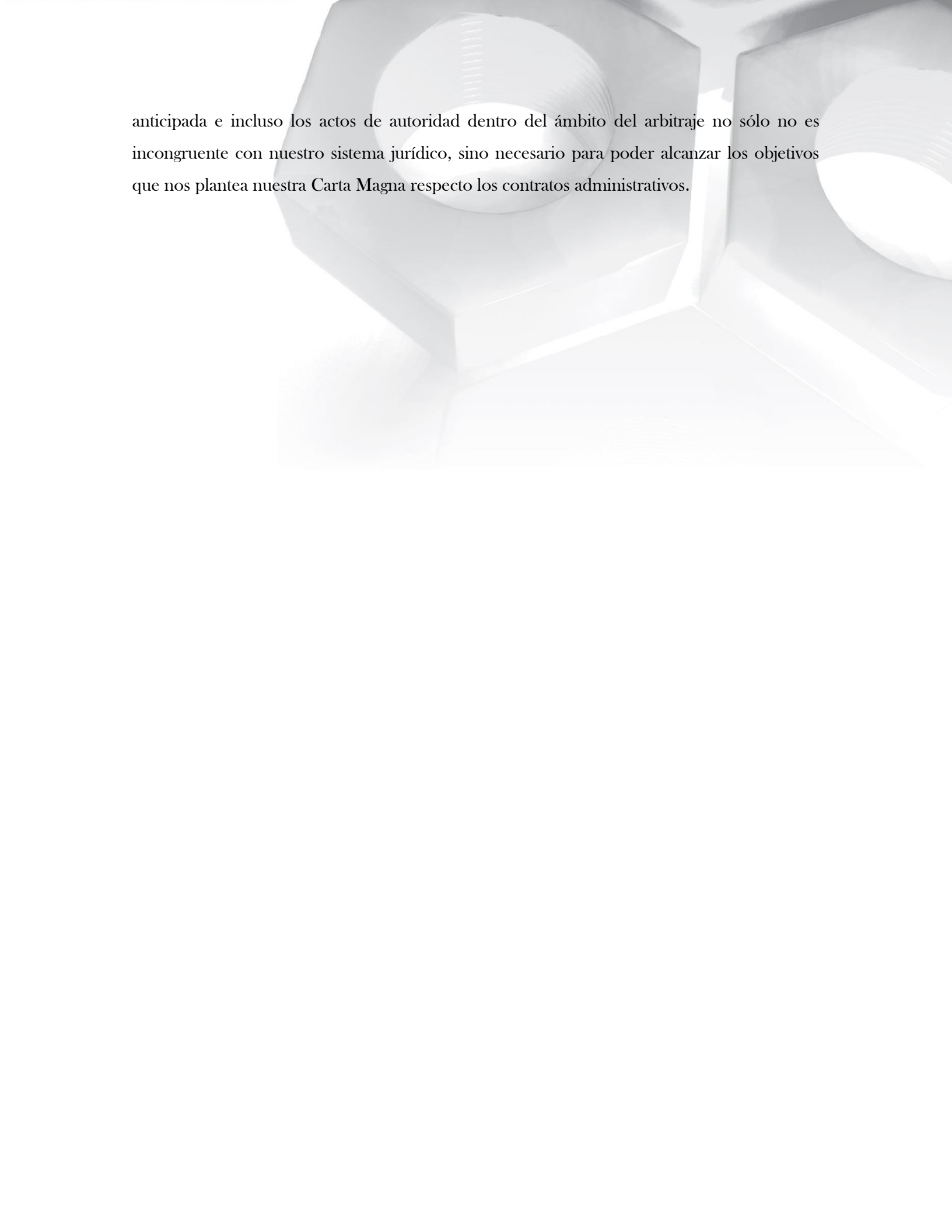
Los contratos administrativos en México son arbitrables. Así se ha establecido en las leyes que regulan diversos contratos administrativos, lo cual obedece a la tendencia proarbitraje que ha adoptado el Estado Mexicano a partir de la apertura económica y jurídica que comenzó hace más de veinte años en nuestro país. Pero para alcanzar los propósitos que se buscaban desde un inicio con esta apertura y para cumplir con el mandato

⁴¹ Caso CIADI No. ARB (AF)/97/01.

constitucional del artículo 134, es necesario que el arbitraje en los contratos administrativos tenga limitaciones que realmente sean cuestiones de orden público, tal y como se ha definido por la jurisprudencia nacional e internacional. La rescisión administrativa y la terminación anticipada de un contrato no pueden considerarse como asuntos de orden público, en primer lugar, porque ha sido precisamente el Estado Mexicano el que ha promovido que los contratos administrativos sean arbitrables; en segundo lugar, porque excluir estos temas le quita coherencia al sistema que se intenta implementar y aumenta exponencialmente los riesgos tanto de los contratistas y la Administración Pública, al tener que dividir las controversias y litigar en tribunales jurisdiccionales y arbitrales; y por último, porque un análisis más a fondo de estas figuras, sobre todo de la rescisión administrativa, nos lleva a la conclusión de que son actos ejecutados dentro de un contrato administrativo, y no necesariamente actos de autoridad.

Las vías de impugnación que tradicionalmente ha ofrecido nuestro sistema jurídico no son claras ni adecuadas para resolver controversias derivadas de contratos administrativos. Para ilustrar lo anterior, basta con recordar que el juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene como objetivo impugnar resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos de la Administración Pública. A pesar de que en los últimos años se ha pretendido ampliar la competencia de dicho tribunal, no se han hecho las adecuaciones suficientes a la legislación adjetiva a fin de que se puedan dilucidar todo tipo de controversias derivadas de contratos administrativos, sobre todo aquellas que pretendan únicamente hacer valer prestaciones económicas, y no impugnar la validez de resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos. En el caso de los juicios ordinarios ante los tribunales federales, su rigidez y exceso de formalismo impiden que se puedan abordar adecuadamente las controversias que plantean contratos complejos como los de obras públicas, que además requieren de un alto grado de especialización por parte del juzgador.

El derecho debe responder a una realidad y ser un instrumento para mejorar las condiciones prevalecientes. La contratación administrativa es un motor importantísimo para la economía de un país, que exige un sistema de solución de controversias flexible, expedito, especializado, lo cual ofrece el arbitraje. Incluir la rescisión administrativa, la terminación



anticipada e incluso los actos de autoridad dentro del ámbito del arbitraje no sólo no es incongruente con nuestro sistema jurídico, sino necesario para poder alcanzar los objetivos que nos plantea nuestra Carta Magna respecto los contratos administrativos.