

LA APLICABILIDAD DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL CASO DE MÉXICO

Sylvia SÁMANO BERISTÁIN*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Definición de los métodos alternos de solución de controversias.* III. *Aplicabilidad de los métodos alternos de solución de controversias en materia de contratación pública.* IV. *Conclusiones.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

En los últimos años, la regulación de los métodos alternativos de solución de controversias (MASC) (también conocidos como mecanismos alternos de solución de controversias) se ha robustecido conllevando a la certidumbre de la aplicación de los mismos. La aplicabilidad de los MASC en relaciones jurídicas entre particulares (principalmente comerciales) ha tenido aceptación a nivel internacional; no obstante, la aplicabilidad de estos métodos en actividades en las que interviene el Estado ha sido objeto de un análisis y regulación más estricto.

A fin de abordar el tema objeto del presente análisis, es menester referir tanto el contexto como las características de los MASC, y así posteriormente contar con el antecedente que permitirá percatarse de la aplicabilidad que los mismos tienen en materia de contratación pública.

II. DEFINICIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El término MASC es utilizado para agrupar a todo procedimiento distinto a juicio mediante el cual se resuelve una controversia. “La expresión MASC

* Secretaria general del Centro Arbitraje México.

se refiere a la serie de mecanismos destinados a la resolución de conflictos, diferentes a los garantizados por el Poder Judicial o por el Poder Ejecutivo”.¹

Existen una variedad de MASC, cada uno con sus características para llevarse a cabo, pero en todos estos procesos hay dos elementos coincidentes: a) que la resolución del conflicto no es determinada por un órgano judicial o del Estado, y b) que la aplicabilidad de los mismos deriva del consentimiento de las partes.

Ello significa que en principio una controversia deberá ser resuelta mediante un proceso judicial, salvo que las partes involucradas manifiesten expresamente su consentimiento para resolver un conflicto a través de uno o más MASC. Es por ello que para la aplicabilidad de un MASC es trascendental contar con el consentimiento de las partes involucradas.

Tomando ello en consideración, se afirma que el resolver una controversia a través de un MASC no es obligatorio; pero esta situación cambia cuando se otorga el consentimiento, pues se opta por abandonar la vía judicial y elegir una vía distinta para obtener una resolución.

Partiendo de que en un MASC la resolución no la emite un representante del Estado, en la teoría se ha desarrollado una categorización de estos mecanismos tomando en consideración el sujeto que emite la resolución al conflicto.

Dichas categorizaciones son MASC autocompositivos y MASC heterocompositivos; en la categoría de autocompositivos se agrupan todos aquellos procedimientos en los que la resolución a la controversia deriva de la decisión de las partes, es decir, las partes determinan no sólo si habrá resolución al conflicto, sino aunado a ello determinan los términos de dicha resolución.

Otra característica de este tipo de MASC es que el hecho de que las partes inicien o agoten dichos procedimientos no forzosamente implica que se llegará a una resolución en el mismo, pues es posible que las partes involucradas en el conflicto no acuerden una resolución al conflicto.

Como ejemplos de los MASC autocompositivos se encuentra la negociación, la conciliación y la mediación. Es importante destacar que si bien en los últimos dos mecanismos mencionados es indispensable la participación de un tercero ajeno a las partes, el fin de la intervención del tercero ajeno es promover el diálogo entre las partes para que se acuerde una solución a la controversia, mas no imponer una resolución al conflicto.

Por otra parte, los MASC heterocompositivos son los mecanismos en los cuales necesariamente interviene un tercero, quien a su vez tiene la facultad

¹ Azar Manzur, Cecilia, “Métodos alternos de solución de controversias”, en Flores Rueda, Cecilia (ed.), *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*, México, Themis, 2011, p. 198.

exclusiva de determinar la resolución para el conflicto. A diferencia de un MASC autocompositivo, en el que la participación de todas las partes involucradas es necesaria (de lo contrario no se podría llegar a un acuerdo), en los MASC heterocompositivos, una vez que se verifica que las partes brindaron su consentimiento para someterse a dicho procedimiento, aun cuando alguna de las partes opte por no participar en el procedimiento, el tercero emitirá una resolución para el conflicto en cuestión, que será obligatoria para las partes.

El arbitraje es el procedimiento de MASC heterocompositivo que ha tenido mayor auge; consiste en un procedimiento con etapas procesales similares a un proceso judicial, con la salvedad de que se nombra a un árbitro, quien no es parte de un órgano jurisdiccional, quien emitirá una resolución al conflicto, que será obligatoria para las partes.

Si bien en ambas categorías de MASC el consentimiento de las partes es de existencia indispensable, en los autocompositivos, son las partes quienes asumen la responsabilidad de emitir una resolución para su conflicto; por otra parte, en los heterocompositivos las partes elijen delegar a un tercero la facultad de emitir la resolución al conflicto.

1. *Características de los MASC*

Partiendo de que hay distintos tipos o modalidades de MASC, por regla general este tipo de mecanismos comparten características que los convierten en procedimientos idóneos para la resolución de cierto tipo de controversias. Como proceso, los MASC se caracterizan por ser procedimientos eficientes en cuanto a dos aspectos importantes: i) tiempo y ii) dinero. Estos dos aspectos guardan relevancia para las partes involucradas en una controversia, y es por ello que en los MASC se propicia que la resolución se dicte en el menor tiempo posible y de igual manera implicando una menor erogación para las partes.

Es posible lograr estos objetivos derivado de las propias características de los MASC, toda vez que son las partes quienes impulsan el procedimiento, y en el caso de que se contemple la participación de un tercero imparcial (como un mediador o un árbitro), su labor se enfoca en dar una atención cercana y pronta al asunto, de manera que el procedimiento se agote en el menor tiempo posible.

Al respecto, es importante destacar que una de las grandes ventajas de los MASC es que son procedimientos flexibles que se rigen por las reglas procesales que las propias partes pactan; aunado a ello, en los MASC se

hace uso de medios de comunicación tales como correo electrónico, para agilizar el intercambio de comunicaciones, y así permitir que las partes involucradas en la controversia participen en el procedimiento de manera más sencilla, accesible y económica.

Aunado a ello, en los MASC se hace uso de otras herramientas tecnológicas, como las videoconferencias, toda vez que ello permite que se puedan llevar a cabo mediaciones o audiencias arbitrales sin que las partes tengan que estar físicamente en el mismo lugar. Si bien hay quienes tienen sus reservas respecto a la idoneidad de optar por estos medios para llevar a cabo un MASC, la realidad es que en la práctica resulta una opción atractiva y eficiente en costos y tiempo.

Otro aspecto de gran valía en los MASC es la confidencialidad por la que éstos se rigen; en la mayoría de los procesos de MASC, ya sea por acuerdo entre las partes o bien por disposición del marco normativo aplicable, todas las partes involucradas tienen la obligación de salvaguardar la confidencialidad de los procedimientos.

2. *Regulación de los MASC*

La aplicabilidad de los MASC tiene su sustento en el reconocimiento y regulación en el marco normativo de cada país. Si bien derivado de la iniciativa de la comunidad internacional se ha creado un parámetro normativo con la finalidad de homogeneizar la aplicabilidad y efectos jurídicos de los MASC,² no obstante, lo que acontece es que cada país regula los MASC de manera propia fijando las características, limitantes, consecuencias y aplicabilidad de los mismos.

En el caso particular de México, el reconocimiento a la validez y aplicabilidad de estos mecanismos se contempló desde 2008 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el artículo 17, actualmente en el párrafo quinto, con el siguiente texto: “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”.

Partiendo del texto de la Constitución, se destaca lo siguiente: i) se reconoce la posibilidad de que se apliquen los MASC, no obstante, se determina que los mismos se regularán en cada ley individualmente, y ii) lo anterior

² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

conlleva a una falta de uniformidad en la regulación de los MASC en el sistema jurídico nacional.

Es menester hacer hincapié en la importancia que tiene el reconocimiento de los MASC a nivel constitucional; sin duda, ello ha sido un parteaguas en la aplicabilidad de estos, pero sobre todo ha sido un pilar fundamental en la confianza que genera el contar con el respaldo de reconocimiento constitucional a quienes optan resolver sus controversias a través de estos mecanismos.

Al respecto, cabe destacar que previo a la reforma constitucional, ya había leyes que preveían la posibilidad de dirimir controversias a través de arbitraje, tales como la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios y la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica, ambas de 1993.³ Partiendo de que en el texto constitucional existe referencia expresa a los MASC, actualmente éstos son expresamente reconocidos en distintas leyes a nivel estatal y federal como opciones alternas a la vía judicial para resolver controversias; lo importante a destacar en este tema es que en cada ley se fijan las características y el proceso que los mecanismos pueden tener bajo esa normatividad, y un aspecto importantísimo es que en cada ley se determina qué aspectos pueden o no ser objeto de resolverse a través de un MASC, especialmente en materia de arbitraje es de suma importancia tener presente que no toda controversia se puede resolverse a través de dicho mecanismo, toda vez que puede haber disposición expresa en la ley que determine que ciertos actos jurídicos no pueden ser dirimidos mediante arbitraje aun cuando las partes hayan dado su consentimiento para ello.

3. Arbitrabilidad

“La arbitrabilidad se refiere a las controversias que pueden ser sometidas al arbitraje. Prácticamente todos los conflictos pueden ser resueltos mediante arbitraje, sin embargo, cada Estado a través de su legislación establece las materias o los conflictos que nos son susceptibles de arbitraje, para lo que toma en consideración su política social y económica”.⁴

Tomando en consideración lo anterior, es importante tomar en cuenta que la posibilidad de someter una controversia a arbitraje está supeditada

³ El artículo 14 de la Ley Orgánica de Pemex de 1993 refería: “Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán... celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto”.

⁴ Flores Rueda, Cecilia, “Arbitrabilidad”, en Flores Rueda, Cecilia (ed.), *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*, México, Themis, 2011, p. 15.

a que no haya prohibición o limitación expresa en la ley aplicable a la controversia.

Toda vez que la arbitrabilidad es un elemento que puede ser modificado a través de reformas a la propia ley, es decir, es un elemento modificable, y sus modificaciones atienden a los intereses del Estado que emite la legislación.

Consecuentemente, la arbitrabilidad es un elemento que se regula en lo particular por cada Estado; la posibilidad de que la controversia derivada de un acto jurídico pueda ser resuelta mediante arbitraje, es decir, su arbitrabilidad cambia entre países, y en un mismo país cambia derivado de reformas legislativas.

Referente a este tema, Francisco González de Cossío describe la arbitrabilidad objetiva como “*ratione materiae* es una norma protectora de algún interés general o público”.⁵ El arbitralista mexicano refiere que en el caso de México, para que una materia sea arbitrable es el resultado de satisfacer cuatro criterios: i) que no sea un área expresamente excluida; ii) que no verse sobre derechos que son de libre disposición; iii) que no afecten el interés público, y iv) que no involucre derechos de tercero.⁶

El tema de la arbitrabilidad tiene una importancia trascendental en la práctica de arbitraje, y sobre todo en la materia de contratación pública, que es el objeto de análisis del presente documento.

III. APLICABILIDAD DE LOS MASC EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. *Previsión de los MASC en contratación pública*

Si bien el arbitraje y otros tipos de MASC ya habían sido contemplados en leyes previo a la inclusión en el texto constitucional, en ocasiones la redacción de la ley generaba dudas o cuestionamientos respecto a la posibilidad de que las controversias en materia de contratación pública pudieran resolverse mediante algún MASC.

Esta situación resultaba conflictiva, toda vez que para el tipo de controversias en materia de contratación pública, dada su complejidad y especificidad, el optar por un MASC era una vía idónea para el conflicto, pero la incertidumbre derivada de la regulación en la ley conllevaba a la falta de confianza en el mecanismo.

⁵ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 245.

⁶ *Ibidem*, p. 249.

Dicha situación fue eliminada mediante la reforma de 2009 a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas (“Ley de Obra Pública”), en la cual en el capítulo tercero, del título séptimo de la ley, prevé expresamente que las controversias derivadas de la aplicación de esa ley podrán ser dirimidas mediante arbitraje u otros mecanismos de solución de controversias. Es decir, del texto de la ley se interpreta que todo tipo de MASC (autocompositivo o heterocompositivo) pueden ser elegidos por las partes contratantes para resolver los conflictos que deriven de esa relación contractual.

Es importante destacar que los MASC derivan del contrato de obra pública; consecuentemente, las etapas previas a la firma del contrato en el procedimiento de contratación pública no pueden ser resueltas a través de un MASC.

2. Arbitraje en materia de contratación pública

En el texto de la Ley de Obra Pública hay referencia expresa al arbitraje en varios artículos de la misma.⁷

Para efectos de este análisis, se hace hincapié en el artículo 98 de la Ley de Obra Pública, en el que se refiere lo siguiente:

Artículo 98. Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.

Este artículo refiere expresamente a la facultad que se les otorga a los contratantes de pactar mediante cláusula expresa su decisión de someter las controversias que deriven del contrato a ser resueltas mediante arbitraje; ello deja fuera de cuestionamientos la arbitrabilidad de los contratos que se rigen bajo la Ley de Obra Pública.

No obstante, es trascendental referir al último párrafo de dicho artículo, pues contiene una mención expresa a la no arbitrabilidad tanto de la rescisión

⁷ Artículo 99. El arbitraje podrá preverse en cláusula expresa en el contrato o por convenio escrito posterior a su celebración. En las políticas, bases y lineamientos deberá establecerse el área o servidor público responsable para determinar la conveniencia de incluir dicha cláusula o firmar el convenio correspondiente.

sión administrativa como de la terminación anticipada de los contratos que deriven de esta ley.

Al efecto, se entiende a la rescisión administrativa como “el acto por medio del cual una de las partes disuelve la relación jurídica surgida de un contrato por circunstancias que injustamente le lesionan”. El ordinal 61 de la Ley nos menciona que las dependencias y entidades de la administración pública rescindirán solamente en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Es preciso acudir al Reglamento de la Ley en cita para conocer los supuestos en los cuales tiene cabida la rescisión administrativa de los contratos; en el cardinal 157 del mencionado Reglamento se enumeran las causales en las que puede incurrir el contratista, así como también se apertura el espectro para consignar otras causas de rescisión en el clausulado del mismo contrato.

Sobre el derecho que le asiste al contratista de rescindir del contrato, poco se ha dicho; lo único derivado de la lectura del artículo 61 de la Ley es el hecho de que deberá acudir ante la autoridad judicial federal y obtener la declaración correspondiente. Es sumamente criticable el hecho de la inequidad que existe para con las entidades y dependencias de la administración pública, en el sentido de ser claramente visible la existencia de causales de rescisión administrativa consignadas en el Reglamento más las estipuladas en las cláusulas de los contratos, que podrían ser tan variadas que sin duda dejan en una no muy grata situación de desventaja al contratista.

Ahora bien, en el caso de la terminación anticipada de los contratos, debemos acudir al ordinal 60 de la Ley en su segundo párrafo, en el que señala los motivos por los cuales pudiera presentarse esta posibilidad. Sin ahondar tanto en el tema, por la estrechura del presente, podemos aducir que la primera causal en el rubro refiere al interés general, lo cual es un concepto jurídico indeterminado que se encuentra abierto a múltiples interpretaciones; por impedimentos en la continuación de los trabajos que cause un perjuicio grave al Estado; por determinación judicial, o por resolverse la instancia de inconformidad, también por intervención de oficio de la Secretaría de la Función Pública, y por la indeterminación en la temporalidad para la conclusión de los trabajos.

Ello implica que en materia de obra pública existe una arbitrabilidad limitada o restringida, pues toda controversia que se rija por esta ley es susceptible de dirimirse mediante arbitraje, con la salvedad de la rescisión administrativa y la terminación anticipada, aun cuando en un contrato de obra pública se constate la existencia de una cláusula de arbitraje.

Artículo 100. El pago de los servicios a la persona que funja como árbitro no será materia de la presente Ley.

Los costos y honorarios del arbitraje correrán por cuenta de las partes contratantes, salvo determinación en contrario en el laudo arbitral.

Artículo 101. El procedimiento arbitral culminará con el laudo arbitral, y podrá considerarse para efectos de solventar observaciones formuladas por quienes tengan facultades para efectuarlas, sobre las materias objeto de dicho laudo.

Ello no podrá resolverse mediante un arbitraje, pues por disposición expresa de ley no son arbitrables. Sería una mejor opción someter estos aspectos al mecanismo de arbitraje para ahorrar principalmente recursos económicos y tiempo a las partes.

Al respecto, es importante referir el comentario que el doctor Herfried Wöss ha expresado al respecto “...bajo las leyes de obra y adquisiciones no es claro si la no-arbitrabilidad está limitada a cuestiones de validez del acto de autoridad o si también incluye cualquier efecto contractual de dicho acto, sino su conformidad o inconformidad con el contrato y los daños que pudieran surgir”.⁸

Esta situación conlleva a que si una controversia tiene varias aristas, dentro de las cuales una de ellas es la rescisión administrativa o la terminación anticipada; en caso de que haya una cláusula arbitral, las controversias podrían dirimirse en distintos foros, pues la parte interesada deberá acudir al arbitraje para dirimir todas aquellas controversias que no sean las excluidas expresamente por la ley, y a su vez deberá acudir a la vía judicial administrativa para que se dicte una resolución respecto de la validez de la rescisión administrativa o terminación anticipada del contrato.

La arbitrabilidad o la limitación a la misma materia de contratación pública es una situación que implica consecuencias importantes dadas las características de las controversias que pueden derivar de este tipo de contratos, y, sobre todo las empresas involucradas en dichos contratos. Puede generarse pérdida de recursos económicos significativos al Estado, y con ello afectar a la población que necesita de obras y servicios públicos, pero también a los empresarios que se dedican a dichas actividades.

⁸ Herfried Wöss, *Solución de controversias al amparo de la nueva Ley Mexicana de Asociación Público-Privadas*, p. 5, disponible en: http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos_de_apoyo/otros/Woss,Herfried_SolucionControversias-LeyAPPMexico_02-Jul-12.pdf.

3. *Otros métodos alternativos en materia de contratación pública*

La Ley de Obra Pública también contiene referencia expresa a la posibilidad que tienen los partes contratantes de pactar que las controversias que deriven del contrato sean dirimidas a través de mecanismo de solución de controversias. Ello está contemplado de la siguiente manera:

Artículo 102. 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.

Respecto a esta disposición, es importante destacar el hecho de que la posibilidad de referir una controversia a algún MASC se encuentra sujeta a dos condiciones: 1) que sea una controversia referente a la interpretación o ejecución del contrato, y 2) que el procedimiento elegido como MASC aplicable deberá contar con la aprobación o reconocimiento del Estado.

Ello implica una situación similar a lo que acontece con la figura del arbitraje, toda vez que la posibilidad de referir a un mecanismo alterno a juicio se encuentra condicionada o limitada a través de la intervención del Estado como supervisor del proceso. Esto tiene una razón de ser lógica, toda vez que en este tipo de contratos una de las partes contratantes será el Estado y, por ende, se tiene especial precaución en proteger como fin último el interés general.

Esta disposición jurídica se torna loable que de manera tímida aperturiza someter a otros medios alternativos de solución aspectos tales como la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos. Aunque siempre deberá observarse lo expresado por la Secretaría de la Función Pública, que esperemos sea en un sentido favorecedor a la arbitrabilidad de los contratos públicos.

IV. CONCLUSIONES

La contratación pública tiene un rol muy importante en los programas de política pública de un país; es por ello por lo que las controversias que derivan de los mismos deben ser resueltas de la manera más eficiente y equitativa para las partes, y en consecuencia, que la aplicabilidad de los MASC en estos procesos tiene relevancia, toda vez que a través de estos mecanismos es

posible no sólo contar con una resolución en un menor plazo, sino también contar con un mecanismo que permita a las partes pactar las reglas procesales que aplicarán a su procedimiento.

La aplicabilidad de los MASC en contratación pública guarda especial relevancia en casos en los que se encuentran involucradas empresas internacionales, toda vez que estos mecanismos son acordes con la práctica y la normatividad internacionales que conllevan una mayor confianza en el procedimiento.

Sin lugar a duda, la referencia y uso de los MASC continuará desarrollándose en el corto plazo; en el caso de México se cuenta con un marco normativo sólido que lo respalda.