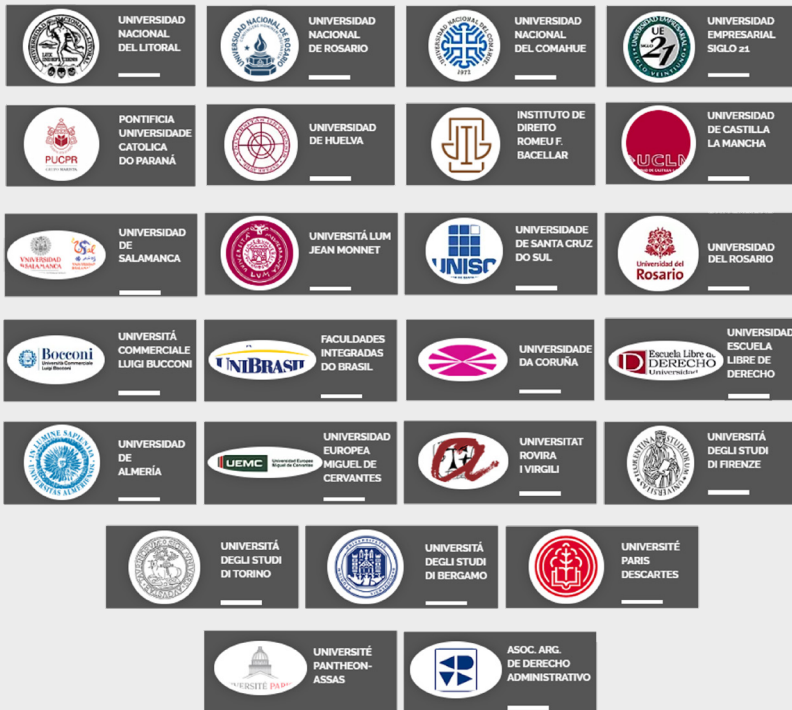


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 8 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2021 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



La solución de controversias en la contratación pública internacional (CPI)

Dispute resolution in international public procurement

RODOLFO CANCINO GÓMEZ I,*

^IUniversidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)

rcancino@derecho.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0002-4883-3293>

Recibido el/Received: 10.09.2021 / September 10th,2021

Aprobado el/Approved: 22.11.2021 / November 22nd,2021

RESUMEN:

Una cláusula de solución de controversias dentro de un contrato público, otorga certidumbre a las partes y seguridad jurídica para el cumplimiento o ejecución en las condiciones y término, s pactados. Dentro del ámbito internacional de la contratación pública, se ha intensificado el arbitraje en consonancia con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para resolver conflictos donde intervengan entidades estatales, incluyendo empresas productivas del estado, así como en las leyes en la materia. El objetivo de este artículo es delimitar la cobertura y alcance de un acuerdo arbitral, cómo y cuando se pacta una cláusula de esta naturaleza y principalmente si se fundamenta en un contrato, en una ley interna o en un tratado internacional.

Palabras clave: contratación pública; derecho indicativo; solución de controversias; arbitraje; inversión.

ABSTRACT:

A dispute settlement clause within a public contract, grants legal certainty for compliance or enforcement under the agreed conditions and terms. Within the international scope of government procurement, arbitration has been intensified in line with article 17 of the Political Constitution of the United Mexican States to resolve conflicts involving state entities, including productive enterprises of the state, as well as in the laws in the matter. The objective of this article is to define the coverage and scope of an arbitration agreement, how and when such a clause is agreed and mainly if it is based on a contract, an internal law, or an international treaty.

Keywords: government procurement; indicative law; dispute resolution; arbitration; contract award; investment.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* CANCINO GÓMEZ, Rodolfo. La solución de controversias en la contratación pública internacional (CPI). **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 5-26, jul./dic. 2021. DOI 10.14409/redoeda.v8i2.10650.

* Profesor-investigador de la Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México). Doctor en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del sistema nacional de investigadores nivel II. E-mail: rcancino@derecho.unam.mx.



SUMARIO:

1. Conceptualización de la CPI; **2.** La internacionalidad del contrato público como un factor para deslocalizar la controversia comercial; **3.** El arbitraje un medio ad hoc para solución de controversias; **4.** La cláusula de solución de controversias en la contratación pública internacional; **5.** Arbitraje sobre contratación pública en los tratados; **6.** Conclusión; Referencias.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CPI

En el lenguaje de los expertos, el fallo o veredicto que se dicta al final del procedimiento de contratación es el contrato. En la mayoría de las legislaciones nacionales se conoce como la adjudicación del contrato. El contrato surte efectos jurídicos para las partes, aun cuando el mismo contrato ya adjudicado quede pendiente de ser aprobado por otra autoridad u otra instancia oficial de la dependencia o entidad gubernamental convocante.

A partir de la adjudicación del contrato, es donde se presentan los grandes problemas o las grandes disputas comerciales que requieren de grandes soluciones. Todos sabemos que después de la adjudicación, viene la formalización y finalmente la ejecución del contrato. En este tramo, que corre desde la adjudicación a la terminación de las obligaciones por parte del proveedor se pueden dar toda una serie de vicisitudes, modificaciones o alteraciones en los términos y condiciones pactados en el contrato, que pueda llevar a un incumplimiento por cualquiera de las partes o, o bien porque la autoridad realice una interpretación ad hoc del contrato adjudicado en el sentido de declarar una rescisión administrativa o una terminación anticipada del mismo.

La interpretación de los contratos consiste en tratar de conocer la cobertura y alcance del objeto del contrato, incluyendo el consentimiento de los contratantes, conforme a los principios rectores, los términos pactados y el contenido de las cláusulas para identificar los efectos del contrato. Al respecto Moreno Molina establece que:

En la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos públicos, tanto a nivel nacional como internacional, los principios generales desarrollan en la actualidad un papel muy relevante. Estos principios, basados en reglas de naturaleza constitucional como la igualdad, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.¹

¹ MORENO MOLINA, José Antonio. **Contratación Pública Global: Principios generales del derecho de la contratación pública internacional.** Madrid, Editorial Tirant Le Blanch, 2020, p. 19.



La correcta interpretación cae en los órganos adjudicadores y los juzgadores, para resolver ambigüedades del texto, falta de claridad en la redacción en algunas cláusulas del contrato, así como imprecisiones de las obligaciones y derechos de las partes. Un contrato debidamente redactado con técnica legal suficiente, sin cláusulas patológicas facilita la solución de controversias. De ahí la importancia de la formalización del contrato, para delimitar sus efectos y las fechas en que nace a la vida jurídica, mediante la firma del contrato por el proveedor o contratista interesado y la entidad adjudicadora.²

Es muy importante para iniciar el análisis de este tema delimitar el concepto de contratación pública internacional (CPI). El nuevo cuño de la CPI sirve para entender mejor e interpretar la cobertura y alcance del contrato público, debido a que la mayoría de los doctrinarios en el tema lo encasillan dentro del derecho administrativo global, o en algunos casos dilucidan sobre la transnacionalidad de los contratos públicos sin criterios o parámetros objetivos para su encuadre dentro del escenario internacional, aún menos determinar sus propios efectos conexos que producen en legislaciones nacionales.

Para evitar mayor despiste o confusión puedo afirmar que en los contratos públicos de carácter internacional, las partes tienen una nacionalidad diferente (entidad adjudicadora y/o proveedor) en relación directa al lugar donde se lleva a cabo el procedimiento de contratación; convergen el derecho doméstico inspirado en mayor o menor medida por Mejores Prácticas y las reglas establecidas en los tratados comerciales del que sea miembro.

Un contrato es internacional cuando presenta vínculos o contactos con dos más Estados en razón de la nacionalidad de una de las partes, de su domicilio, del lugar de celebración, del lugar de ejecución del contrato o de la ubicación de la cosa, o bien por la voluntad de las partes, cuya ley aplicable se acuerda entre las partes o conforme a las reglas de un tratado internacional. De este modo, Enrique Díaz y Aníbal Rodríguez señalan que,

(...) tanto en los ordenamientos nacionales como en ordenamientos supranacionales,, se reconoce una serie de principios que forman parte del acervo de la contratación pública internacional que en la actualidad se incorporan a los Estados ya no solo como aspiraciones, sino que con valor positivo, de manera que generan una obligación para las Administraciones y que debe ser aplicado por la justicia administrativa para resolver las contiendas que surjan por la aplicación de las normas de contratación pública.³

² De acuerdo con la ONU. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública**, 2011. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/procurement/modellaw/public_procurement, artículo 20.8 *“Si el proveedor o contratista cuya oferta sea aceptada no firma la escritura del contrato adjudicado al ser invitado a hacerlo, o no presenta la garantía de cumplimiento del contrato que le sea requerida, la entidad adjudicadora podrá cancelar la contratación o podrá decidir que adjudicará el contrato a la siguiente oferta que conserve su validez con arreglo a los criterios y procedimientos enunciados en la presente Ley y en el pliego de condiciones”.*

³ DÍAZ BRAVO, Enrique; RODRÍGUEZ LETELIER, Anibal. **Contratos Administrativos en Chile**. Santiago de Chile, Editorial, RIL Editores, 2016, p. 96.



2. LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO PÚBLICO COMO UN FACTOR PARA DESLOCALIZAR LA CONTROVERSA COMERCIAL

Es muy importante calificar el carácter internacional de un contrato para que la autoridad determine e identifique las herramientas jurídicas aplicables, cuando exista una violación a los compromisos determinados en el contrato adjudicado. Cuando esto es así, los órganos convocantes deben observar cuerpos normativos supranacionales, donde el procedimiento de contratación queda expuesto y sujeto a normas nacionales, pero también a disposiciones y lineamientos de carácter internacional, ya bien sea de Derecho Indicativo (*soft law*) en razón de la naturaleza del mismo contrato o a compromisos internacionales establecidos en los tratados comerciales internacionales (*hard law*), cuyos eventuales incumplimientos se traducen en represalias comerciales que producen costos políticos y financieros. En ese sentido, para describir este mecanismo de operación, se expone lo siguiente:

Derecho Indicativo (*soft law*). La contratación pública se rige por una serie de principios, normas y reglamentaciones que cumplen una función y satisfacen un objetivo. Los organismos internacionales tales como la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), el Banco Mundial entre otros emiten una serie de pautas para que los distintos países tengan sistemas jurídicos armonizados con directivas o normas internacionales en materia de contratación pública, asimismo tengan a su disposición parámetros jurídicos referenciales que puedan ser visualizados y analizados para su eventual incorporación a su derecho doméstico que mejore el ciclo de las contrataciones públicas. Se trata de una serie de guías, lineamientos o recomendaciones que permiten una mayor transparencia dentro de los procesos de contratación gubernamental e intensifican el grado de eficacia y eficiencia en la adjudicación de los contratos. Todo este nuevo cuerpo normativo se conoce como las “Mejores o Buenas Prácticas Internacionales”, que son resultado de procesos largos de investigación y análisis que no tienen carácter vinculante con los países miembros, sino más bien son referenciales para una probable aplicación e incorporación en sus legislaciones nacionales.

Tratados Comerciales Internacionales. En estos instrumentos internacionales se pretende la adopción de normas uniformes, equitativas aplicables a los contratos públicos respetando las leyes domésticas de los países miembros del mismo, introduciendo reglamentaciones para combatir el conflicto de interés y un largo catálogo de prácticas corruptas que contaminan los procedimientos administrativos. Aquí las variables de análisis de los contratos públicos cambian de un tratado comercial a otro, dependiendo de la cobertura de los productos, las dependencias que pueden participar



en las licitaciones y los umbrales de valor. En los tratados es donde se llevan a cabo licitaciones de mayor valor, mayor volumen y mayor contenido tecnológico, porque están en juego grandes intereses comerciales de poderosas empresas o consorcios internacionales. De ahí que cualquier violación, transgresión o incumplimiento de las reglas acordadas tienen un alto costo comercial y financiero.

Una organización internacional es la CNUDMI, que produce una serie de directivas que caen en el campo del Derecho Indicativo, donde destaca la Ley Modelo de la CNUDMI que recomienda algunos lineamientos para resolver las controversias que se presentan durante el procedimiento de contratación, lo cual es muy diferente a la resolución de diferencias después de la adjudicación del contrato, cuyo mecanismo es pactado por las partes en el contrato, donde se determina si se puede recurrir a los tribunales internacionales de arbitraje, o a los mecanismos de solución de controversias de los tratados comerciales internacionales (hard law).

En consecuencia, lo que propone dicha institución (CNUDMI) es que cualquier proveedor pueda interponer un recurso de reconsideración ante la entidad adjudicadora sobre cualquier decisión o medida que se presente en el curso del procedimiento, en tal sentido deberá dar aviso de su interposición en tres días hábiles y en su caso si lo admite a trámite se suspende el procedimiento de contratación.⁴ Asimismo, sugiere que exista en las legislaciones domésticas un recurso de revisión ante un órgano independiente, en el caso de México se trata del Tribunal de Justicia Administrativa y en otros países latinoamericanos se encuentran los Tribunales de Cuentas, los cuales deberán reconsiderar el hecho de que una entidad adjudicadora haya sido omisa en lo planteado en el recurso de reconsideración.

Tratándose de la resolución de controversias a nivel internacional de un contrato público, si las partes pactan resolver una controversia bajo el mecanismo arbitral de la CNUDMI, deberán anotarlo de manera clara y precisa en el acuerdo arbitral o en la cláusula de solución de controversias, tal como se aprecia más adelante.

Por otro lado, existe el ACP de la Organización Mundial de Comercio que es un Acuerdo Plurilateral que tiene todo un cuerpo normativo y obligatorio para todos sus países miembros. México no es parte del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), a pesar de que diversos Estados han aceptado dicho instrumento, en virtud de que ven en él, normas para mejorar el estatus actual de la Contratación Pública, creciendo más el número de países que se someten a él. El ACP prevé dos mecanismos independientes para solucionar diferencias relacionadas con la contratación pública: los procedimientos internos de revisión a nivel nacional y el mecanismo de solución de diferencias de la

⁴ Ver: ONU. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública**, 2011. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/procurement/modellaw/public_procurement Artículo 66. Recurso de reconsideración presentado ante la entidad adjudicadora.



Organización Mundial de Comercio (OMC). En términos generales, impone a todas las partes en el Acuerdo la obligación de establecer al igual que la CNUDMI sistemas internos de revisión oportunos, eficaces, independientes, transparentes y no discriminatorios. Se faculta a los proveedores la posibilidad de impugnar infracciones a las normas del ACP conforme a sus legislaciones nacionales, que puede ser una autoridad administrativa o un tribunal, los cuales deben estar facultado para aplicar medidas correctivas o asegurar la compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos por un proveedor. Asimismo, debe ser posible establecer medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en actividades de contratación pertinentes, cuando proceda.⁵

Por tanto, estamos a un contrato público internacional, cuando existe la posibilidad de deslocalizar el conflicto o controversia de la jurisdicción que le corresponden a las entidades nacionales para trasladarlos a un ámbito internacional, donde se regirán bajo otros procedimientos o lineamientos de resolución de conflictos contractuales. Esto se confirma si en la cláusula de solución de controversias del contrato, se estipula que ante cualquier conflicto o disputa comercial se resolverá mediante mecanismos alternativos de solución de controversias, en el cual el arbitraje es el más recurrible: i) ya sea a través de instituciones internacionales especializadas que administran estos mecanismos, o ii) conforme a los mecanismos de solución de diferencias que están dentro de un tratado comercial internacional.

3. EL ARBITRAJE UN MEDIO AD HOC PARA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El arbitraje puede definirse como “una institución que nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver las controversias que surjan o hayan surgido, mediante un procedimiento legal o específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, como si hubiera resuelto un Juez del Estado”⁶

La naturaleza del arbitraje estriba en el desarrollo procesal de un convenio que se basa en el orden jurídico positivo, encargando la solución de la controversia a un privado o un tribunal arbitral, los cuales se someten a las reglas dictadas por las partes para dirimir el conflicto.⁷ En México, la institución del arbitraje se contiene en el Título

⁵ OMC. **Acuerdo sobre contratación pública**. Solución de controversias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/disput_s.htm

⁶ MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Tesis arbitraje. Es una institución convencional para resolver litigios mediante un laudo**. Tesis: I.3o.C.934 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Mayo de 2011.

⁷ MEDINA, R. Cláusula y acuerdo arbitrales. *In* PEREZ NIETO, Leonel (comp), **Arbitraje comercial internacional**, 2ª ed., México, Fontamara, 2006, p. 15.



Cuarto, del Libro Quinto del Código de Comercio, el cual establece las reglas para llevar a cabo este procedimiento como medio de solución de controversias. Cabe resaltar el hecho de que en caso de rescisión de los contratos administrativos y por terminación anticipada de los contratos el arbitraje no resultante precedente.

Se podrá convenir compromiso arbitral en lo atinente a la interpretación del clausulado de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución⁸, que se sustanciará en términos del Código de Comercio señalado en el párrafo que antecede. El arbitraje se establecerá en cláusula expresa en el mismo contrato o en convenio posterior a éste⁹; además, “el servidor público facultado para determinar la conveniencia de incluir cláusula arbitral o firmar el convenio por el que se da lugar al arbitraje, deberá tener nivel jerárquico de director general en las dependencias o su equivalente tratándose de entidades distintas, lo cual se tendrá que hacer conocer en las bases, lineamientos y políticas”.¹⁰ El procedimiento de arbitraje culminará con el laudo arbitral, susceptible de formularse observaciones por quien resulte facultado para ello, respecto de las materias objeto de dicho laudo.¹¹ Es de recordar que las partes podrán optar por otros mecanismos de solución de controversias en lo que refiere a la interpretación o ejecución de los contratos.¹²

En sí, el arbitraje como medio de solución de diferencias tiene dentro de sus límites el que la materia objeto de la disputa pueda ser arbitrable. La arbitrabilidad como efecto tiene el determinar qué tipos de disputa pueden ser convenidas para celebrarse en árbitros. En este sentido, no todas las materias y conflictos pueden ser resueltos mediante este mecanismo. A pesar de que las partes puedan convenir la celebración de un arbitraje se debe considerar si dichas personas cuentan con la facultad de comprometer en árbitros, ya que en caso contrario, no se podrá llevar a cabo el procedimiento arbitral.

⁸ Cfr. Numeral 80 de MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm>; y art. 98 de la MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lpsrm.htm>

⁹ Cfr. Numeral 81 de MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm>; y art. 999 de la MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lpsrm.htm>

¹⁰ MORENO MOLINA, José Antonio; CANCINO GÓMEZ, Rodolfo, **La contratación pública internacional: Unión Europea-México**, Reino Unido, Chartridge Books Oxford, 2018, p. 76.

¹¹ Numeral 83 de MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm>; y art. 101 de la MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lpsrm.htm>

¹² Numeral 84 de MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm>; y art. 102 de la MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lpsrm.htm>



Se ha generado un gran interés por utilizar el arbitraje en las compras gubernamentales, de tal forma se encuentran reguladas por diversas normas que regulan la contratación pública en México. En la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) se faculta a las partes adoptar un 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, siempre y cuando no se trate de una rescisión administrativa o terminación anticipada. En el caso, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma (LOPSRM) se establece en su artículo 98 que:

“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.”¹³

Por otro lado, también tenemos plasmado en la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP) la utilización del arbitraje y otros mecanismos, lo cual se advierte en el 139 de la LAPP que establece que:

“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.”¹⁴

¹³ Artículo 98 de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma.

¹⁴ Artículo 139 de la Ley de Asociaciones Público-Privadas.



Nuevamente en el penúltimo párrafo de este artículo se establece la inarbitrabilidad, es decir, lo que no puede ser resuelto mediante un arbitraje.¹⁵

La arbitrabilidad es entendida como “la ausencia de una prohibición del Estado de someter una controversia a un procedimiento arbitral, o de manera positiva, la autorización del Estado de resolver definitivamente una controversia fuera de los tribunales judiciales.”¹⁶ Es decir, para que un acuerdo arbitral sea válido es necesario “que la materia sea arbitrable. No todas las materias pueden someterse al arbitraje. Existen algunas que, dada la existencia de una norma protectora de algún interés general/público, impide que una controversia que surja de la misma pueda someterse al arbitraje.”¹⁷ Para determinar que controversia puede llevarse a cabo mediante un arbitraje es necesario satisfacer los cuatro criterios que se indican a continuación: “1) No versar sobre un área expresamente excluida; 2) Versar sobre derechos de libre disposición; 3) No afectar el interés público; y 4) No involucrar derechos de terceros.”¹⁸

Es claro que por disposición legal no todas las controversias serán solucionadas mediante un arbitraje, es decir existirán determinadas áreas que quedan excluidas de este medio alternativo de solución de controversias. En este entendido, la arbitrabilidad puede ser entendida desde dos perspectivas, arbitrabilidad subjetiva y arbitrabilidad objetiva:

a) Arbitrabilidad subjetiva

La arbitrabilidad subjetiva se refiere a la capacidad de las partes para someter determinada(s) controversia(s) a arbitraje, es decir, que las partes cuenten con la legitimidad, la autorización o la facultad de ventilar sus controversias en arbitraje. Un tema por demás interesante relacionado con este punto es la posibilidad de que los organismos públicos celebren pactos arbitrales. Al respecto existen diversas tendencias que por supuesto también son reflejo de la política del país en materia de mecanismos alternativos:

- Prohibición absoluta de pactar arbitraje.
- Permiso de pactar arbitraje irrestricto.
- Posibilidad de pactar arbitraje sujeto a determinados requisitos establecidos en ley.
- Posibilidad de pactar arbitraje sujeto a autorización.

¹⁵ Lo mismo sucede en Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en su artículo 80.

¹⁶ PEREZNIETO, L. y Graham, James A., **Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano**, Limusa, México, 2009, p. 65.

¹⁷ GONZÁLEZ De Cossío, F., **Arbitrabilidad de controversias en Materia de Sociedades Mercantiles.**, p. 2., Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>.

¹⁸ GONZÁLEZ De Cossío, F., **Arbitrabilidad de controversias en Materia de Sociedades Mercantiles.**, p. 2., Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>.



b) Arbitrabilidad objetiva

Gimeno Feliú aboga por un esquema de buenas prácticas en las compras públicas que comprendería “los sistemas de arbitraje en cuestiones de ejecución” además reconoce que el arbitraje resuelve con rapidez las incidencias surgidas en la ejecución de estos contratos, y que debería incorporarse su utilización principalmente en los contratos más complejos.¹⁹

En sí esta postura encuadra dentro de la arbitrabilidad objetiva, que se refiere estrictamente a la materia que puede ser sometida a arbitraje, sin dar importancia a quien lo acuerde sino sobre qué se acuerde.

Es difícil separar la arbitrabilidad bajo dos acepciones, ya que una noción te lleva a la otra en el sentido de que generalmente las limitaciones al sujeto de la relación jurídica están íntimamente ligadas con su actividad. Por ejemplo, si consideramos que PEMEX es un sujeto regulado por criterios de arbitrabilidad subjetiva, ello se debe a la actividad que realiza y a la regulación de ésta, por lo que en realidad en ese caso tendríamos que referirnos a ambas perspectivas de la arbitrabilidad. En otros casos como en el derecho penal, la división es más clara ya que el estudio se centra en la materia y no en los sujetos.²⁰

En ese orden de ideas, tenemos que la arbitrabilidad se refiere a la posibilidad de someter alguna controversia a un procedimiento arbitral, es decir, que no exista alguna norma o disposición legal que impidan la realización de un arbitraje a partir de la materia o sujetos involucrados en el conflicto.

4. LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL

Calvo Caravaca y Carrascosa González mencionan que un contrato internacional debe tener cláusulas claras y precisas, principalmente la relativa a la resolución de controversias, en la que se debe determinar por las partes contratantes el órgano competente para resolver los eventuales conflictos que puedan surgir derivados de la firma del contrato, y la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto, las cuales son dos cuestiones que deben quedar previamente fijadas antes de la firma. Aquí es donde las partes determinan si se sujetarán a las leyes nacionales donde se adjudicó el contrato, o podrán recurrir a los tribunales internacionales, es decir que expresen su voluntad de recurrir al arbitraje administrado por una institución internacional quien conduce el procedimiento arbitral conforme a un reglamento propio o a un mecanismo

¹⁹ GIMENO Feliú J.M., **La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017**. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones, Universidad de Zaragoza, pp. 150-200.

²⁰ AZAR Manzur, Cecilia., **El Arbitraje Comercial**, Disponible en: <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/ediciones/el-arbitraje-comercial>



de solución de diferencias de un tratado comercial internacional, cuando el proveedor sea extranjero y su gobierno forme parte de dicho Tratado.

La existencia de contratos que traspasan las fronteras nacionales o regionales, nacen a la vida jurídica por convenio de las partes o derivado de un compromiso internacional conforme a tratados en razón de la nacionalidad o domicilio diferentes de las partes involucradas, por el lugar de ejecución o por la voluntad de las partes lo que permite calificar a un contrato de internacional. A posteriori surge la imperiosa necesidad de especificar por las partes el derecho aplicable al contrato.

Las prácticas contractuales que realice el Estado deben estar reguladas y definidas dentro de una norma que permita brindar seguridad y certidumbre jurídica²¹, ya que este tipo de contratos no comparte la misma naturaleza que la de un acto celebrado entre particulares. Un rasgo distintivo dentro de los contratos públicos es la nacionalidad, que se reconoce conforme a las leyes de cada Estado, con base alguno de los siguientes criterios:

- *En función de la nacionalidad de los socios será la de la persona moral.*
- *De acuerdo con la norma bajo la cual se constituyan.*
- *El lugar de domicilio.*
- *Donde se encuentre su centro de control y/o establecimiento comercial.*²²

Para la redacción de un contrato internacional hay que definir las responsabilidades y riesgos, delimitar el objeto del contrato y todo el clausulado necesario para que su operación y ejecución sea sin mayores contratiempos. En este sentido, reviste una importancia trascendental la definición de la cláusula de solución de las controversias ante un eventual incumplimiento o violación de los compromisos pactados en el cuerpo del contrato.

La cláusula de solución de controversias puede formar parte del contrato o en su caso estar de forma separada, lo que en la práctica se conoce como acuerdo arbitral que para los efectos jurídicos correspondiente producen jurídicamente lo mismo. Por lo regular cuando se celebra un contrato público, aunque las nacionalidades de los países miembros pertenezcan a uno de los países miembros del tratado y puedan recurrir a su mecanismo de solución de diferencias establecido dentro del mismo, siempre trataran de resolver de fondo la controversia en la mayoría de los casos mediante el arbitraje pactado entre ellos mismos.

²¹ De conformidad con el Principio de Legalidad el ejercicio de poder por parte de las autoridades está constreñido únicamente a lo que la ley les ha concedido facultad.

²² En el marco jurídico mexicano, la ley de nacionalidad en su artículo 8 nos indica cuando una sociedad mercantil se ha de considerar como nacional. MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de nacionalidad**. 23 de abril de 2012. Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/53.pdf> "Artículo 8o.- Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal".



4.1. CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AL AMPARO DE LA CNUDMI

ENI MÉXICO, S. DE R.L. DE C.V. Y COMISIÓN NACIONAL HIDROCARBUROS

El presente contrato se rige e interpreta bajo leyes mexicanas, en lo referente a la cláusula de solución de controversias del presente contrato, el cual se rige bajo el esquema de producción compartida, se establecen los siguientes mecanismos:

- **Conciliación.** - Es llevado mediante el reglamento de **la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI)**, en caso de no resolverse por este medio alternativo se resolverá bajo otra modalidad como lo establece la cláusula 25. 5 (Arbitraje).
- **Arbitraje.** - Estará compuesto por un tribunal arbitral el cual constara de tres jueces, los cuales serán nombrados de la siguiente manera:
 - » Uno nombrado por Comisión Nacional de Hidrocarburos.
 - » Uno nombra por el Contratista.
 - » El tercero será nombrado de conformidad con el Reglamento de IA CNUDMI.
- **Tribunales Federales.** - Las rescisiones de contrato por causales administrativas, deberán ser resultas exclusivamente en tribunales mexicanos.

Con base a la Cláusula 25.7 establece que salvo la CNH rescinda el contrato, el contratista no podrá suspender las actividades petroleras mientras se resuelve cualquier controversia.

Con base al presente contrato en la cláusula 25.6 se establece que existirá una **consolidación**, respecto a los arbitrajes, cuando un arbitraje iniciado conforme a la cláusula 25.4 (Tribunales Federales) y un arbitraje iniciado conforme a lo previsto en la Garantía Corporativa involucren la misma Litis, dichos arbitrajes serán, a solicitud de la CNH **consolidados** y tratados como uno mismo arbitraje.

Son contemplados los tratados internacionales de los cuales México forme parte así como la renuncia de la empresa y sus filiales a formular reclamos por vía diplomática, respecto al contrato.²³

Se trata de una cláusula escalonada, donde las partes agotarán primeramente en forma obligatoria la conciliación. Si no se llega a un acuerdo conciliatorio se pasará al arbitraje donde se revisarán por el tribunal arbitral las solicitudes del reclamante, siempre y cuando se trate de un incumplimiento del contrato. Será inarbitrable cuando refiera a situaciones o vinculaciones a una rescisión administrativa o terminación anticipada del contrato, ya que este tipo de situaciones no son susceptibles de dirimirse por arbitraje según lo estipula las leyes nacionales en la materia.

²³ MORENO MOLINA J.A.; CANCINO R., La Contratación Pública Internacional, Chartridge Books Oxford, 2018, Pag. 222



Dado que la CNDMUI es el que administra el arbitraje conforme a su Reglamento, se establecer que la parte demandante deberán comunicar a la demandada (s) la notificación del arbitraje. El procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado, la cual contendrá información sobre la solicitud de someter a arbitraje; nombre y los datos de contacto de las partes; una especificación del acuerdo de arbitraje que se invoca; una especificación de todo contrato u otro instrumento jurídico que haya suscitado o al que se refiera el litigio o, a falta de ese contrato o de otro instrumento jurídico, una breve descripción de la relación controvertida; una breve descripción de la controversia y, si procede, una indicación de la suma reclamada; la materia u objeto que se demandan; la propuesta acerca del número de árbitros, el idioma y el lugar del arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.²⁴

Toda vez que se trata de un contrato energético, se deberá respetar a cabalidad lo que establece la Ley de Hidrocarburos en el sentido de que la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) designe o proponga un árbitro, el procedimiento arbitral tenga como lugar sede sea la Ciudad de México, el derecho aplicable sea el mexicano y el idioma sea el español.²⁵

²⁴ Ver. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Artículos 1,2,3.

²⁵ Ley Nacional de Hidrocarburos. Artículo 21. Tratándose de controversias referidas a los Contratos ... se podrán prever mecanismos alternativos para su solución, incluyendo acuerdos arbitrales en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y los tratados internacionales en materia de arbitraje y solución de controversias de los que México sea parte. La Comisión Nacional de Hidrocarburos y los Contratistas no se someterán, en ningún caso, a leyes extranjeras. El procedimiento arbitral en todo caso, se ajustará a lo siguiente: I. Las leyes aplicables serán las leyes federales mexicanas; II. Se realizará en idioma español, y III. El laudo será dictado en estricto derecho y será obligatorio y firme para ambas partes.



4.2. CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONFORME A UN ARBITRAJE INSTITUCIONAL

EJEMPLO DE ACUERDO ARBITRAL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LONDRES

Todas las desavenencias que surjan en relación con el presente Contrato, distintas a las controversias que de conformidad con la Cláusula 30.2, deban ser resueltas, serán decididas exclusivamente y definitivamente de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (London Court of International Arbitration), por 3 (tres) árbitros; uno elegido por cada una de las Partes; el tercer arbitro será nombrado por las Partes o por los árbitros ya nombrados y a falta de acuerdo por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (London Court of International Arbitration , en adelante LCIA). Los árbitros preferentemente conocerán derecho mexicano. La sede del arbitraje será la ciudad de México, Distrito Federal, y se conducirá en idioma español.

La Ley Aplicable al fondo del arbitraje, y por supletoriedad al procedimiento en lo que fuere omiso el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, será la estipulada en la Cláusula 30.1. En cuanto al procedimiento, si el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres es omiso, se aplicarán las Normas que las Partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral, determinen. El Proceso arbitral será confidencial y cualquier Persona que participe en el mismo deberá guardar reserva. La confidencialidad anterior deberá mantenerse siempre y cuando una Autoridad competente no exija la publicidad conforme a la Ley Aplicable. Se entiende que el Tribunal Arbitral deberá aceptar como obligatorias las determinaciones -si las hubiere- del Experto respecto de aspectos técnicos o administrativos dentro de los límites del mandato de dicho Experto.

Los arbitrajes institucionales son aquellos que se llevan a cabo por organismos internacionales especializados en materia arbitral que cobran por sus servicios para administrar el procedimiento, se pagan los honorarios de los árbitros y las costas que se originen durante el arbitraje que va desde la solicitud a la expedición del laudo que pone fin a la controversia o controversias sometidos al tribunal arbitral. Destacan varios mecanismos arbitrales en el mundo, pero algunos son más acreditados y cuentan con mayor experiencia y prestigio, lo cual les ha permitido posicionarse en el mercado de la justicia alternativa por su efectividad y la eficacia de sus normas procesales para agotar el procedimiento arbitral contenido en un Reglamento para resolver controversias de alta cuantía, en tiempos cortos. Sobresalen los esquemas arbitrales administrados por la Cámara de Comercio Internacional con sede en París Francia, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, la Asociación Americana de Arbitraje (AAA por sus siglas en inglés), entre otras.



4.3. CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADO (CIADI)

CLAUSULA MODELO ANTE EL CIADI

El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y nombre del inversionista (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el “Convenio”).

En los contratos públicos de carácter internacional, realizados por empresas internacionales, transnacionales y multinacionales que contienen elementos de inversión extranjera, según la ley mexicana en una primera instancia deben resolverse conforme a las leyes nacionales. Ahora en el ámbito internacional, dado que México suscribió el Convenio Constitutivo del CIADI en enero de 2018, del cual forma parte a partir del 26 de agosto del mismo año, el gobierno mexicano tiene que seleccionar y consentir por escrito el o los casos en que procederá el arbitraje respecto a determinada o determinadas inversiones se traslade su resolución a través de un tribunal internacional.

El consentimiento respecto a futuras controversias puede manifestarse en tres vías a) la contractual, mediante una cláusula contenida en un contrato, b) la del derecho interno, en una ley sobre inversiones, y c) la del derecho internacional, en un tratado internacional.²⁶ México ha expresado su consentimiento en someter una controversia inversionista estado al arbitraje del CIADI en diversos tratados internacionales, tales como el T-MEC y en los 32 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIs), suscritos con 33 países.²⁷ De tal forma que el Estado receptor de la inversión someta una controversias de manera directa a la jurisdicción internacional sin agotar los recursos internos. Esto significa expresar un consentimiento anticipado con respecto a diferencias futuras dentro de una cláusula de solución de controversias, que

²⁶ VIVES CHILLIDA, Julio A., **El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 69.

²⁷ Secretaría de Economía, **Tratados y Acuerdos que México ha firmado con otros países**, hasta el 12 de abril del 2018. Consultado el 14.05.2020 <https://www.gob.mx/se/articulos/tratados-y-acuerdos-que-mexico-ha-firmado-con-otros-paises?idiom=es>



representa una característica ordinaria de los contratos de inversión celebrados entre Estados Contratantes e inversionistas que son de una nacionalidad distinta.

5. ARBITRAJE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS TRATADOS

El marco jurídico de la contratación pública no sólo se encuentra previsto en leyes y reglamentos nacionales, sino también por diversos tratados y acuerdos internacionales que establecen obligaciones y derechos a los Estados al licitar un contrato. De conformidad con el inciso a, del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se define que un tratado internacional es:

"2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

1. se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular [...]";²⁸

En consecuencia, un tratado internacional es un acuerdo entre Estados²⁹, que se rige por el derecho internacional, mientras que la Ley Sobre la Celebración de Tratados es más específico, ya que en su artículo 2, define al tratado internacional como:

Tratado: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.³⁰

Dentro del Derecho Internacional, el Estado es el que tiene facultades en la celebración de tratados, sin embargo, dado actualmente la proliferación de organismos y su creciente participación en el escenario internacional ha impedido determinar el rol específico de cada uno de los sujetos de derecho internacional.

La incorporación directa de los tratados internacionales en el marco jurídico mexicano, se da cuando:

²⁸ Cfr. Artículo 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²⁹ Cabe precisar, que no sólo los Estados pueden ser sujetos para efectos de la celebración de un tratado internacional, sino también Organismos Internacionales y otros entes que dentro del Derecho Internacional se les reconoce con tal calidad para celebrar acuerdos internacionales.

³⁰ Cfr. Artículo 2, de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha: 02/01/1992.



Una vez que el Ejecutivo firma un tratado, lo presenta a la aprobación de dos terceras partes del Senado y, en su caso, se ordena su publicación en el Diario Oficial de la Federación, su cumplimiento es obligatorio en todo el territorio nacional.³¹

La Convención de Viena inculca a los Estados ajusten sus procedimientos internos para la adopción de un tratado internacional, los Estados Parte deberán cumplir las obligaciones establecidas en el Tratado, ya que subyace en dicha relación jurídica el principio “pacta sunt servanda”, el cual responde a que “lo acordado en un tratado debe ser fielmente cumplido por las partes según lo pactado”.³²

En tal sentido, México no puede violar sus compromisos internacionales dentro de un tratado, particularmente en materia de solución de conflictos, por lo que debe ofrecer y garantizar las condiciones necesarias y suficientes para que los proveedores extranjeros puedan recurrir o impugnar situaciones irregulares durante el procedimiento o en la adjudicación del contrato. Existe riesgo de caer en responsabilidad internacional, cuando se infringe las disposiciones de un tratado, o violenta los derechos de reclamación que tendría un proveedor extranjero para inconformarse ante los tribunales nacionales, donde se debe garantizar el mismo trato sin que se constituya en un bloqueo a las impugnaciones mediante criterios unilaterales y arbitrarios, que en algunos casos pueda configurarse la denegación de justicia.³³

La solución de las controversias en un contrato público internacional debe estar delimitado su cobertura y alcance, especificar de manera clara y precisa si se llevará a cabo a través del arbitraje, -si así fuera que es lo más común-, es saber si será administrado por un organismo internacional especializado o dependiente de un mecanismo de solución de los tratados comerciales internacionales. Asimismo, es muy importante que en la cláusula de solución de controversias y/o el acuerdo arbitral se acuerde entre las partes el lugar, el idioma y el derecho aplicable.

El ACP según la legislación mexicana, es un tratado, además de que la Convención de Viena de 1969 también así lo califica ya que cuenta con un cuerpo normativo y un mecanismo de solución de diferencias. Al igual que todos los tratados sus normas y disposiciones son de Derecho Indicativo, porque las reglas que se tienen que aplicar en cada una de las instancias del procedimiento de contratación, adjudicación y formalización de un contrato son las del derecho nacional del país miembro. Las obligaciones de

³¹ SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel. **Comercio internacional. Régimen jurídico económico**, Editorial Porrúa, México, 2017, p. 73.

³² IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, **Control de convencionalidad**, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017, p. 14.

³³ La denegación de justicia es toda falta o irregularidad en la procuración o en la impartición de la función jurisdiccional que implique incumplimiento del estado en su deber internacional de protección judicial de los extranjeros, o en el peor de los casos es la negativa o imposibilidad a los extranjeros de permitirles el libre acceso a los tribunales.



hard law o que se traducen en verdaderos compromisos internacionales, son las listas que las integran donde se especifican los bienes y servicios, las entidades y órganos gubernamentales, los servicios de construcción y los umbrales o niveles de contratación.

“El objetivo fundamental del ACP es la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre sus Partes”.³⁴ Por tanto se puede iniciar un procedimiento contra otra Parte cuando estime que está incumpliendo sus obligaciones en el marco del Acuerdo en cuanto a la adopción y aplicación de obstáculos comerciales a sus sectores productivos, se den actos de corrupción al tratar de evitar los conflictos de interés y aplicar reglas de transparencia durante los procedimientos licitatorios.

Un cuestión sobresaliente en el ACP es que las conciliaciones y el recurso a los procedimientos no se tomarán en el sentido de ser “contenciosos”, ya que de surgir una diferencia los miembros se esforzarán y procediendo de buena fe deberán resolverla.³⁵ De ahí la importancia del sistema de consultas, donde un miembro podrá instar contra otro, en virtud de la aplicación de medidas que le afecten con base en los acuerdos abarcados; además existe obligación de la parte que recibiere una solicitud de consultas deberá contestar en un plazo no mayor a diez días, o en el que se convenga, y de responder a tal planteamiento deberá entablar consultas de buena fe en un plazo no mayor a treinta días, de no ocurrir el supuesto anterior, el requirente estará facultado para solicitar la conformación de un grupo especial.³⁶

Si bien México, no es miembro del ACP, la OCDE ha recomendado que México forme parte porque representaría la armonización de su marco normativo nacional a las mejores prácticas, donde se encuentran casi todos los países desarrollados incluidos sus principales socios comerciales. El no ser miembro, tal como es en la realidad, implica tener un capítulo expreso dentro de los tratados comerciales internacionales de los cuales forma parte. Quizás la suscripción se ha demorado en virtud de que se tiene una política dirigida a proteger a veces a los proveedores nacionales en el ámbito de los procedimientos de licitaciones públicas o más bien en la ausencia de estrategia para la suscripción de los futuros contratos estatales a través de agencias intergubernamentales que propiciaría prácticas monopólicas del estado en detrimento de empresas proveedoras y distribuidoras lo que impediría cumplir con los compromisos internacionales principalmente los del nuevo Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TMEC o TLCAN 2.0).

³⁴ OMC. **Acuerdo sobre contratación pública**. Solución de controversias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/disput_s.htm.

³⁵ Cfr. Artículo 3, párrafos 4 y 10, del ESD.

³⁶ En el artículo sexto del ESD, se establece que las partes podrán solicitar la conformación de un grupo especial, que se llevará a cabo por escrito en el que se contenga si se han desarrollado consultas, la identificación de las medidas concretas en litigio y exposición de los fundamentos jurídicos en que se base la reclamación.



En el capítulo 13 del TMEC la contratación pública abarca todos los productos y servicios que están dentro de los anexos y listas, sin embargo, cuando se trata de un contrato público que cae dentro de la inversión extranjera, se aplica o se podría aplicar el capítulo 14 de dicho tratado, cuando especifica de manera contundente:

“Una inversión podrá incluir:

- a) una empresa;*
- b) acciones, valores y otras formas de participación en el capital de una empresa;*
- c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;*
- d) futuros, opciones y otros derivados;*
- e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;³⁷*
- f) derechos de propiedad intelectual;*
- g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con el ordenamiento jurídico de una Parte*
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y derechos de propiedad relacionados, tales como gravámenes, hipotecas, garantías en prenda y arrendamientos.”*

Por tanto, todos los contratos abarcados en el punto e) se tratan de contratos públicos internacionales con inversión extranjera según el TLCAN 2.0, cuyo tratamiento aplica sólo para Estados Unidos y México cuando se trate de controversias relativas a un sector cubierto, esto es una actividad relacionada con petróleo y gas natural (exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta); suministro de servicios de generación de energía al público; suministro de servicios de telecomunicación al público; suministro de servicios de transporte al público a nombre de una Parte, o la propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, que no sean para el uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno de una Parte.

El mecanismo de solución de controversias de este tratado, tiene cuatro opciones de arbitraje para un inversor demandante. Se puede presentar una reclamación ante el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; o cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje previo acuerdo entre las partes.³⁸

³⁷ Un contrato proyecto “llave en mano” o proyecto integrado significa un proyecto de construcción, suministro o instalación emprendida por una persona de conformidad con el derecho otorgada por entidad respecto de la cual: i) el contratista principal tiene la facultad de seleccionar a los contratistas generales o subcontratistas, ii) el gobierno ni sus entidades fondean el proyecto; iii) la persona asume el riesgo asociado con la no realización y iv) la instalación es operada por una entidad o por un contrato de compra de esa misma entidad.

³⁸ Ver. Capítulo 14 del TMEC. Anexo 14-D. MÉXICO. Gobierno Federal. **Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá**. 30 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.gob.mx/t-mec>.



Se auspicia que en caso de una controversia de inversión calificada, la demandante y la demandada deberían buscar inicialmente resolver la controversia mediante consulta y negociación, que podrá incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante con participación de terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación, sin olvidar que pueden ir directamente a los procedimientos de resolución de controversias de cualquiera de los 33 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), suscritos con 33 países, donde se repiten estas opciones arbitrales (CIADI, Mecanismo Complementario, CNUDMI).³⁹

En cambio, dentro del Capítulo 13 en materia de contratación pública, México tiene la opción de resolver conforme a consultas o negociaciones. Si no se llega a un acuerdo que arroje beneficios a las partes en esa instancia, se tendrá que agotar el mecanismo de solución de controversias del artículo 31 sobre solución de diferencias del mismo tratado que también tiene un carácter arbitral.

6. CONCLUSIÓN

1. Las organizaciones internacionales y los tratados generan recomendaciones o lineamientos operativos de Derecho Indicativo para mejorar su legislación doméstica en materia de contratación pública, así como las fórmulas para resolver controversias a nivel interno. La solución de controversias en los tratados, se puede entender que son procedimientos vinculantes (*hard law*) que obligan a las partes respetar los laudos emitidos por los tribunales arbitrales.

2. La solución de controversias en los tratados y acuerdos internacionales son bajo la figura del arbitraje, lo cuales serían bajo esquemas *ad hoc* de organismos especializados o conforme a los mecanismos de solución de controversias del ACP y de los tratados comerciales internacionales, así como de los APPRI's.

3. En el caso de México ante el TMEC la solución de controversias no está circunscrito sólo al capítulo 13 del TLCAN 2.0 o TMEC sino que también está regulado en el tema relativo a las inversiones, que principalmente refieren a contratos llave en mano y/ contratos energéticos, sin dejar de lado los compromisos adquiridos dentro de los acuerdos bilaterales en materia de inversión o APPRI's.

³⁹ En el T-MEC también se pactó que la demandante puede acudir directamente al arbitraje CIADI, cuando recurrir a los recursos internos sea obviamente fútil; la palabra fútil significa *de poco aprecio o importancia*. Sería conveniente que la condición se refiera a supuestos concretos tales como la no existencia de tribunales que conozcan del asunto o que no se permita el acceso a los extranjeros.



REFERENCIAS

- AZAR Manzur, Cecilia. **El Arbitraje Comercial**, Disponible en: <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/ediciones/el-arbitraje-comercial>
- DÍAZ BRAVO, Enrique; RODRÍGUEZ LETELIER, Anibal. **Contratos Administrativos en Chile**. Santiago de Chile, Editorial, RIL Editores, 2016.
- GIMENO Feliú J.M. **La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017**. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones, Universidad de Zaragoza, 2017.
- GONZÁLEZ De Cossío, F. **Arbitrabilidad de controversias en Materia de Sociedades Mercantiles**, p. 2., Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSAS.pdf>.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. **Control de convencionalidad**, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017.
- MEDINA, R. Cláusula y acuerdo arbitrales. In PEREZ NIETO, Leonel (comp), **Arbitraje comercial internacional**, 2ª ed., México, Fontamara, 2006, p. 15.
- MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de nacionalidad**. 23 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/53.pdf>.
- MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Tesis arbitraje. Es una institución convencional para resolver litigios mediante un laudo**. Tesis: I.3o.C.934 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Mayo de 2011.
- MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lopsrm.htm>
- MÉXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm>.
- MÉXICO. Gobierno Federal. **Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá**. 30 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.gob.mx/t-mec>
- MORENO MOLINA, José Antonio; CANCINO GÓMEZ, Rodolfo, **La contratación pública internacional: Unión Europea-México**, Reino Unido, Chartridge Books Oxford, 2018.
- OMC. **Acuerdo sobre contratación pública**. Solución de controversias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/disput_s.htm
- ONU. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública**, 2011. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/procurement/modellaw/public_procurement.
- PEREZNIETO, L.; Graham, James A. **Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano**, Límusa, México, 2009.



Rodolfo Cancino Gómez

SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel. **Comercio internacional**. Régimen jurídico económico, Editorial Porrúa, México, 2017, p. 73.

VIVES CHILLIDA, Julio A. **El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.