

HACIA UNA DEFINICIÓN MEXICANA DE ‘ORDEN PÚBLICO’

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	FUNCIÓN Y CONFUSIÓN.....	2
III.	CASO MEXICANO	3
A.	Antecedentes.....	3
B.	Casos recientes.....	3
C.	Comentarios	3
1.	Dilucidan la función del orden público	4
2.	Toman un umbral alto	5
3.	Distinguen al orden público del derecho público	6
4.	Parecen distinguir al orden público de las normas imperativas.....	6
5.	Son ambivalentes.....	8
IV.	COMENTARIO FINAL.....	8

I. INTRODUCCIÓN

El contenido del *orden público* como causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales lleva tiempo atrayendo la atención de practicantes y expertos diversos. El motivo: el peligro propiciado por lo amorfo de su definición.¹

Estudios diversos han alertado sobre dicho peligro dando elementos para que, el día que nuestra judicatura lo ponga bajo la lupa, se acuñe una definición apropiada.²

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx). Árbitro y abogado en asuntos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje, Arbitraje de Inversión y Competencia Económica, Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

¹ Un estudio reciente de Jan Paulsson es relevante: EL ORDEN PÚBLICO COMO CRITERIO PARA NEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES, en la obra colectiva EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 Aniversario, Abeledo Perrot, Guido S. Tawil y Eduardo Zuleta (directores), Buenos Aires, 2008, pg. 609.

² PROGNOSIS DE LA SALUD ARBITRAL MEXICANA, JURÍDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 37, pg. 263; ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, número 32, 2008, pg. 361; EL ARBITRAJE Y JUDICATURA: ¿*QUIS CUSTODIET CUSTODES?*, en ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez (coordinadoras), Ed. Porrúa, UNAM, 2007, pg. 93; ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007, pg. 59 *et seq.*

Recientemente dos sentencias lo han abordado, dando origen a lo que puede tildarse como la primera aproximación judicial mexicana sobre el tema. Este estudio comenta el desarrollo, haciendo énfasis en la rectitud de su definición.

II. FUNCIÓN Y CONFUSIÓN

Un laudo puede ser anulado o su ejecución negada en caso de que sea contrario al orden público. Existe consenso que así debe de ser. De otra manera, el arbitraje podría ser utilizado como instrumento de fraude a la ley, o con resultados ofensivos a los valores más caros de ciertas jurisdicciones.

Aunque el *leitmotif* es claro, su *contenido* dista de serlo. ¿Qué es el ‘Orden Público’?

El concepto y alcance de esta causal ha sido el dolor de cabeza de judicaturas diversas.³ El motivo obedece a lo fluctuante y complejo de la noción. Como lo enfatiza el Tribunal Federal Suizo:⁴

El carácter fluido del orden público es inherente al concepto dada su generalidad excesiva; el gran número de opiniones proferidas al respecto tienden a probarlo ... Como lo ha señalado un comentarista, todos los intentos de resolver las numerosas y recurrentes preguntas generadas por la interpretación de dicho concepto simplemente han resultado en generar preguntas más espinosas o polémicas...

La caracterización es compartida por otras judicaturas importantes, a tal grado que lo califican como un ‘potro indomable’:

el orden público es un potro indomable; aun logrando montarlo, no sabe uno adonde lo va a conducir. Puede alejar de buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan.⁵

Y no sólo la judicatura ha alertado sobre ello. Practicantes destacados han alertado sobre los peligros de su nebulosidad. Por ejemplo, un practicante conocido (Jan Paulsson) alerta que dicho ‘potro indomable’ es fácilmente domado por jueces que desean lograr objetivos ilegítimos.⁶

³ Incluso, hay quien lo ha calificado de un ‘dolor de cabeza pandémico’ (ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, número 32, 2008, pg. 361.)

⁴ *Tensaccia S.P.A. v. Freyssinet Terra Armata R.L.*, Tribunal Federal Suizo, 8 de marzo de 2006. El fundamento del análisis no solo fue la noción de orden público bajo el artículo V de la Convención de Nueva York, sino también el artículo 190(2) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado. Literalmente: “The fleeting character of public policy may be inherent to the concept due to its excessive generality; the wide scope of the almost countless opinions proffered in this regard would tend to prove it ... As a commentator has pointed out, all attempts to answer the numerous recurring questions raised by the interpretation of this concept merely resulted in raising further thorny or polemical questions...”. (A la fecha he tenido acceso únicamente a su traducción al inglés.)

⁵ Burroughs J. en *Richardson v. Mellish* (2 Bing. 229 (1824) pg. 303). Sus palabras fueron: “Public policy – it is an unruly horse and when once you get astride it, you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail.”

⁶ Jan Paulsson, ob. cit., pg 610.

Ante ello, a muchos ha interesado conocer el caso mexicano.

III. CASO MEXICANO

A. ANTECEDENTES

México no era ajeno a la confusión. Ante ello, estudios diversos han discernido entre lo que es y no es orden público.⁷ No se repetirán. En este contexto sólo se pondrá bajo dicha lupa el texto arrojado por casos recientes.

B. CASOS RECIENTES

Dos sentencias recientes (las “Sentencias”) han concebido el orden público como:⁸

El orden público determina un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad; esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno.

En sentido técnico se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos, (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero.

De lo anterior se sigue que las leyes de orden público no se refieren necesariamente al derecho público como opuesto al derecho privado. Existen leyes de orden público que regulan instituciones del derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales como el parentesco y el matrimonio.

El orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico, es decir, el orden público es un mecanismo a través del cual el estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

C. COMENTARIOS

El texto citado de las Sentencias merece las siguientes observaciones:

1. Dilucidan su función;
2. Toman un umbral alto;
3. Distinguen al orden público del derecho público;
4. Parecen distinguir al orden público de las normas imperativas; y
5. Son ambivalentes.

⁷ Ver aquellos citados en los pies de página 1 y 2 anteriores, y a los allí citados.

⁸ Por razones de confidencialidad, no se identifican. Sin embargo, se deja constancia que ambas provienen de tribunales federales de primera instancia. Si bien distintos, el texto citado es idéntico.

Abordaré cada uno por separado.

1. Dilucidan la función del orden público

La siguiente oración del texto citado es especialmente atinada:

“... el orden público es un mecanismo a través del cual el estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.”

El motivo del aplauso es que la noción que empieza a perfilarse es consistente con aquella tomada por tribunales extranjeros avanzados. Por ejemplo:

- “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”, como así lo definió la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos;⁹
- “repugna las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución. ... El estándar es alto y rara vez alcanzado”;¹⁰ y
- Una ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez.¹¹

Como se ha indicado en otro contexto,¹² actualmente se está librando una contienda intelectual en diferentes jurisdicciones sobre lo que debe entenderse por ‘orden público’. En esencia, existen dos bandos: quienes abogan a favor de una tesis *maximalista* y quienes defienden una tesis *minimalista*.¹³

⁹ *Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier* (508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974)). Sus palabras exactas fueron “*the most basic notions of morality and justice*”.

¹⁰ *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P., et al*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 06-7058, 25 de mayo de 2007, pgs. 18 - 19. Sus palabras exactas fueron “A judgment is unenforceable as against public policy to the extent that it is “repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought.” (*Tahan v. Hodgson*, 662 F.2d. 862, 864 (D.C. Cir. 1981).

¹¹ *Thales v. Euromissile*, Corte de Apelación de París, 2004 18 de noviembre de 2004. Sus palabras exactas fueron: “*illicéité qui ‘crève les yeux*”.

¹² ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, número 32, 2008, pg. 361.

¹³ El debate ha sido propiciado por ciertas decisiones recientes. Resaltan por su importancia el caso francés *Thalès v. Euromissile* (que se menciona más adelante y que versó sobre pactos de división de mercados entre competidores), el caso holandés *Marketing Displays International v. VR* (Corte de Apelación de La Haya, 25 de marzo de 2005) (que también involucró cuestiones de competencia económica), el caso estadounidense *LJM Industries v. Stolt-Nielsen, SA* (387 F.3d 163 (2nd Cir. 2004)) (que aceptó la arbitrabilidad de un acuerdo de división de mercados); el caso europeo *Eco Swiss* (Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, 1º de junio de 1999 (C-126/97, Rec., I-3055), *Revue de L'Arbitrage*, 1999, pg. 631)) (que también involucró cuestiones de competencia económica), y un caso italiano del 13 de septiembre de 2002 (Milan, *Riv. dell' arbitrato*, 2004.105). Un antecedente más lejano, pero que no puede dejar de mencionarse, es el caso de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (473 U.S. 614, S.Ct. 3346 (1985)) que marcó el inicio de un giro judicial sobre el tema, revirtiendo el paradigma en vigor (*American Safety Equipment Corp. vs. J.P. Maguire & Co.* (391 F.2d 821 (2d Cir.1968)) admitiendo la arbitrabilidad de controversias con aristas de competencia económica

Mientras que los primeros postulan una concepción amplia del orden público internacional, que incluya todas las leyes de policía, así como un control profundo de los laudos para verificar que el orden público aplicable está siendo respetado, lo cual conlleva una revisión de fondo de los laudos;¹⁴ la *minimalista* considera que, aún en presencia de las leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el juez de nulidad o ejecución debe ser mínimo y no puede anular o no ejecutar el mismo más que en casos excepcionales.¹⁵

Las jurisdicciones más avanzadas sobre la materia se empiezan a inclinar por la tesis minimalista. Si bien el desarrollo es apasionante y merece ser profundizado, un caso francés reciente es ilustrativo. En *Thalès v. Euromissile*¹⁶ la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentaba que el mismo era contrario al orden público francés pues el contrato que contenía el acuerdo arbitral incluía una práctica monopólica: dividía el mercado entre competidores. Dada la importancia de la legislación de competencia económica, Thalès sostenía que el laudo no debía ser ejecutado. La Corte de Apelación francesa rechazó el argumento. Sostuvo que la violación al orden público debe ser “flagrante, efectiva y concreta”. La ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez.¹⁷ Al hacerlo, adoptó la tesis minimalista del contenido de orden público, excluyendo del mismo no sólo a las normas imperativas sino también a las de policía.¹⁸

Contextualizado en el debate mundial, la oración citada de las Sentencias parece situar a México del lado de las jurisdicciones que adoptan una noción minimalista del Orden Público.

2. Toman un umbral alto

Las Sentencias toman un umbral alto del género de temas que deben entenderse como ‘orden público’, al decir:

El orden público determina un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad; esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno.

De nuevo, ello es atinado. De lo contrario, podría tomarse con ligereza la determinación de lo que debe considerarse como ‘orden público’.

cuando tengan elementos internacionales. En forma relevante, el caso estadounidense *Baxter Int’l v. Abbott Laboratories* (315 F3d 829 (7th Cir. 2003)) aclara el papel y nivel de revisión de la judicatura en dichos casos.

¹⁴ El trasfondo es que sólo este tipo de control puede garantizar los intereses del Estado imbuidos en la ley de policía en juego.

¹⁵ El razonamiento de fondo es que ésta postura es la única que respeta las exigencias del arbitraje y el contexto de las relaciones internacionales sin poner en riesgo la aplicación de las leyes de policía.

¹⁶ Corte de Apelación de París, 18 de noviembre de 2004, REVUE DE L’ ARBITRAGE, Comité Français de l’Arbitrage, Litec Editions, número 3, 2005, pgs. 529 *et seq.*

¹⁷ Las palabras exactas fueron: “illicéité qui ‘crève les yeux””.

¹⁸ Este caso es considerado por muchos como la victoria de la tesis minimalista. Sin embargo, el debate continúa, en buena medida porque la postura no ha sido avalada por la Corte de Casación.

3. Distinguen al orden público del derecho público

Las Sentencias distinguen el orden público del derecho público:

... las leyes de orden público no se refieren necesariamente al derecho público como opuesto al derecho privado. Existen leyes de orden público que regulan instituciones del derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales como el parentesco y el matrimonio. ...

Ello es un paso encomiable. El motivo: el que una disciplina verse sobre dentro del mundo del derecho público no la torna en 'orden público'. Existe un volumen importante de casos ilustrativos de la aseveración, pero faltaba una decisión que sirviera de fundamento del principio. Ante ello, la asertividad de las Sentencias las hace útiles— además de atinadas.¹⁹

4. Parecen distinguir al orden público de las normas imperativas

Las Sentencias dan un paso importante al decir:

En sentido técnico se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos, (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero.

El orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico ...

El motivo del aplauso es lo controvertido del tema.

Si bien el término 'orden público' es utilizado en diversas áreas de derecho mexicano,²⁰ y algunos casos han litigado su contenido y alcance,²¹ aún no se detecta una tendencia.²²

¹⁹ Para ilustrar, existen áreas diversas de derecho público que expresamente contemplan arbitraje. Por ejemplo, artículo 14 de la Ley de Petróleos Mexicanos, cuya (politizada) reforma reciente (Octubre de 2008) permite el arbitraje en dicha materia (artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos y artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios). A su vez, el arbitraje en materia de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios de sector público (artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y artículo 15 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público). Otro ejemplo importante es el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. La (abrogada) Ley General de Bienes Nacionales del 8 de enero de 1982 y artículo 264 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

²⁰ Artículo 1347-A del Código de Comercio, artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 606 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, artículo 15.II del Código Civil Federal (y los correlativos de los códigos civiles estatales), y los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio.

²¹ Incidente de Nulidad, Laudo Arbitral 213/2005-V, Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, Sentencia 28 de Marzo de 2006.

Existe quien asimila a las normas imperativas con el orden público. Ello es un error. La confusión es natural pues la ley la invita. Para aclarar deseo postular que dentro del género ‘orden público’ existen dos especies: el contractual y el que busca evitar la aplicación en México de instituciones ofensivas a lo que nuestra cultura jurídica considera importante. El primero es asimilable a normas imperativas; el segundo es lo que debe estimarse contenido en el concepto ‘orden público’ como causal de nulidad o no ejecución de un laudo.

Fundamentaré la postura.

El término ‘orden público’ puede encontrarse en diversas leyes. Sin embargo, ello no implica que toda caracterización de una ley como de ‘orden público’ la torna en inarbitrable. La Suprema Corte de Justicia lo ha dejado claro en el razonamiento empleado para dilucidar la arbitrabilidad²³ de ciertas materias de interés social.²⁴

Ello es *in natura* distinto del orden público contractual. Al hablar de ‘orden público’ el artículo 1830 del Código Civil Federal se refiere a normas imperativas.²⁵ Como es sabido, el derecho contractual está diseñado para contener dos tipos de normas: las dispositivas y las imperativas. Mientras que las primeras admiten pacto en contrario, las segundas no. Constituyen un límite a la libertad contractual. Las primeras son derecho **supletorio** (*ius dispositivum*), las segundas **imperativo** (*ius cogens*).²⁶

Pero el término ‘orden público’ en el contexto de nulidad o no ejecución de laudos es distinto.²⁷ Se asemeja más al utilizado dentro del contexto de derecho internacional privado: el mecanismo por virtud del cual puede negarse la aplicación en

²² La (incipiente) jurisprudencia existente es atinada en que toma un criterio elevado, pero definía—sino repetía—el orden público como causal de nulidad o no-reconocimiento/ejecución del laudo.

²³ El que me apoye en una decisión de arbitrabilidad para deslindar el alcance del orden público no es un yerro, dado el razonamiento seguido.

²⁴ ARRENDAMIENTO DE FINCAS DESTINADAS A HABITACION EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON ESE MOTIVO, PUEDEN VENTILARSE ANTE ARBITRO. De una interpretación armónica de las normas jurídicas que regulan el contrato de arrendamiento para casa habitación en el Distrito Federal, se concluye que en ninguna de las disposiciones reformadas o adicionadas en esta materia el legislador precisó que los interesados únicamente debían acudir ante los tribunales jurisdiccionales o instancias administrativas (Procuraduría Federal del Consumidor, conforme a los artículos 57 bis y 59 bis de su ley), para dilucidar las controversias en cuestión y menos aún estableció la prohibición expresa para que este tipo de contiendas puedan dirimirse ante árbitro como puede corroborarse con la lectura del artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Por consiguiente las partes contratantes tienen el derecho de comprometer ante árbitro esta clase de conflictos, el cual deberá respetar los derechos del arrendatario. (Contradicción de tesis 2/89 (entre las sustentadas por Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito), Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de noviembre de 1989.) Si bien el razonamiento no es totalmente dilucidable de la ejecutoria, la sentencia tuvo que aquilatar si está materia, que es de interés social, es por ende no arbitrable. Como puede verse de la ejecutoria, la respuesta fue afirmativa. (Estoy en deuda con Carlos Loperena por haber traído este caso a mí atención).

²⁵ Guardan relación con ello los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

²⁶ Por ejemplo, el pacto de anatocismo (artículo 2397 del Código Civil Federal).

²⁷ Artículo V.2.(b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

México de derecho extranjero.²⁸ El motivo por el que los asemejo es que guardan una misma *ratio legis*: evitar que en México se den efectos legales a instituciones que constituyen una antinomia con los principios más caros de nuestro sistema jurídico.

5. Son ambivalentes

Pero no todo merece aplauso. Es de admitirse que el texto citado es ambivalente. Si bien es plausible en las tres primeras observaciones, lo siguiente puede ser preocupante:

principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos, (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero. ...

Al hacer alusión a las normas y principios que constituyen un límite a la autonomía de la voluntad, las Sentencias pueden estar invitando confusión con las normas imperativas — que deben entenderse fuera de la noción de ‘orden público’.²⁹

IV. COMENTARIO FINAL

El ‘orden público’ es una institución que busca resguardar los principios más caros de un sistema jurídico. Como causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de laudos, es una medida dramática. Un último recurso que rara vez debe materializarse. Los motivos: desestabiliza los cimientos de lo que es el método más aceptado de solución de controversias en los asuntos internacionales, mercantiles y complejos.

Tanto el Derecho escrito como jurisprudencial mexicano va por buen camino. Casos recientes lo demuestran. Sin embargo, para continuar con el prurito sobre el tema, es necesario hacer más angosta y elevada la noción. *Angosta*, en que se reduzca su definición y radio de acción. *Elevada*, en que se debe enfatizar su carácter excepcional.

²⁸ Artículo 15.II del Código Civil Federal.

²⁹ Los motivos fueron descritos en la Sección III(C)(4) de esta nota.