

# ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO

*Francisco González de Cossío*

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO: UN DOLOR DE CABEZA PANDÉMICO.....</b>	<b>2</b>
A.	LO QUE <i>ES</i> ‘ORDEN PÚBLICO’ .....	3
1.	Concepto tradicional.....	3
2.	Orden público internacional .....	4
3.	Orden público intertemporal .....	5
B.	LO QUE <i>NO ES</i> ‘ORDEN PÚBLICO’ .....	6
<b>III.</b>	<b>EL DEBATE MUNDIAL: POR UNA TESIS MAXIMALISTA O MINIMALISTA.....</b>	<b>8</b>
<b>IV.</b>	<b>POSTURA DE LA JUDICATURA MEXICANA .....</b>	<b>9</b>
A.	EL REQUISITO MÍNIMO: BUEN DERECHO ESCRITO .....	9
B.	<i>STATU QUO</i> : JURISPRUDENCIA INCIPIENTE MAS CORRECTA .....	10
1.	Dilucida la función del orden público .....	11
2.	Toma un umbral alto.....	13
3.	Distingue al orden público del derecho público .....	13
4.	Parece distinguir al orden público de las normas imperativas .....	14
5.	Es ambivalente .....	14
<b>V.</b>	<b>COMENTARIO FINAL .....</b>	<b>15</b>

---

GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)). Abogado y árbitro en asuntos nacionales e internacionales. Miembro de la Corte de la *London Court of International Arbitration (LCIA)*. Presidente del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (*CAIC*). Árbitro deportivo del Tribunal Arbitral du Sport (*TAS*). Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx).

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El orden público como causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ha probado ser tan *interesantes* como *problemáticas*. *Interesante* pues se nutre de sensibilidades locales, lo cual la hace variopinta. *Problemática*, pues admite interpretaciones no sólo distintas, sino contradictorias e inclusive peligrosas. Y su contenido está en constante movimiento.

A continuación se comentará la experiencia mexicana sobre esta causal.

## II. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO: UN DOLOR DE CABEZA PANDEMICO

Un laudo puede ser anulado o su ejecución negada en caso de que sea contrario al orden público. El concepto y alcance de esta causal ha sido el dolor de cabeza de jurisdicciones diversas. El motivo obedece a lo fluctuante y complejo de la noción.

El ‘orden público’ es lo que los griegos llaman una ‘*Hendiadys*’: un conjunto de palabras que, unidas, significan algo distinto a su significado individual. No solo eso, es un concepto que ha probado ser difícil y problemático en diversas jurisdicciones. Como dijo un tribunal:

el orden público es un caballo difícil de domar; 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.<sup>2</sup>

En un caso reciente el Tribunal Federal Suizo enfatizó la dificultad del concepto señalando:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Porciones de este ensayo fueron tomadas de la obra ARBITRAJE, Francisco González de Cossío, Ed. Porrúa, México, D.F., segunda edición, 2011.

<sup>2</sup> 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.”

<sup>3</sup> *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

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...

México no ha sido una excepción. Lo que es más, se observa que es la causal 'de cajón' utilizada por las partes que no han prevalecido en un procedimiento arbitral. Y la imaginación del litigante para encontrar una arista de orden público en casi cualquier materia ha mostrado ser envidiable.

La práctica debe ser reprobada, las tácticas rechazadas y la chicana sancionada. Para ello, a continuación se comentará (a) lo que existe acuerdo que es 'orden público', y (b) lo que *no* es.

#### A. LO QUE ES 'ORDEN PÚBLICO'

##### 1. Concepto tradicional

En general, por orden público se entiende 'las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico'.<sup>4</sup> La definición no es académica. Proviene de judicaturas importantes, cuya experiencia vale la pena considerar. Por ejemplo, un caso estadounidense reciente razonó:<sup>5</sup>

Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que "repugne las nociones fundamentales de lo que es decente

---

polemical questions...". (A la fecha he tenido acceso únicamente a su traducción al inglés.)

<sup>4</sup> Como así lo definió la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos en *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*".

<sup>5</sup> *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) (quoting Rest.2d. Conflict of Laws § 117, comment c (1971))). The standard is high, and infrequently met. As one court wrote, "[o]nly in clear-cut cases ought it to avail defendant." *Tahan*, 662 F.2d. at 866 n.17 (citing von Mehren & Trautman, *Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach*, 81 HARV. L. REV. 1601, 1670 (1968); Paulsen & Sovern, "Public Policy" in the *Conflict of Laws*, 56 COLUM. L. REV. 969, 980-81, 1015-16 (1956). In the classic formulation, a judgment that "tends clearly" to undermine the public interest, the public confidence in the administration of the law, or security for individual rights of personal liberty or of private property is against public policy".

y justo en el Estado donde se busca la ejecución”. ... El estándar es alto y rara vez alcanzado. Como lo dijo una corte “únicamente en casos evidentes debe de socorrer al demandado.” ... En su concepción clásica, una sentencia que “tienda claramente” a menospreciar el interés público, la confianza pública en la administración de justicia o la seguridad de los derechos y libertad personal o propiedad privada es contraria al orden público.

Otra jurisdicción ejemplificativa es Francia donde se ha dicho (*Renosol*<sup>6</sup> y *Cargill*<sup>7</sup>) que el orden público es el conjunto de reglas y de valores que no pueden ser desconocidos al ejecutar un laudo. Al analizar su validez, el juez no puede pronunciarse sobre el fondo de la decisión ni la apreciación de los árbitros sobre los derechos de las partes. La nulidad puede proceder cuando su ejecución choque con la concepción francesa del orden público internacional.<sup>8</sup>

## 2. Orden público internacional

Existe una corriente de opinión que distingue entre ‘orden público local’ y ‘orden público internacional’.<sup>9</sup> El primero es más amplio que el segundo.<sup>10</sup> Mientras que el orden público *local* versa sobre las nociones más básicas de moralidad y de justicia *de una jurisdicción determinada*, el orden público *internacional* es aquél aceptado como tal por la *comunidad internacional*. Ello ha motivado que ciertas jurisdicciones prefieran una definición ‘transnacional’ o ‘universal’ del orden público.<sup>11</sup> Pero la postura no es unánime. Hay quien considera que la utilización del derecho internacional como fuente para dar contenido a la noción de orden público es problemática.<sup>12</sup> La discusión no es

<sup>6</sup> Corte de Apelación de París, 15 de febrero de 1996.

<sup>7</sup> Corte de apelación de París, 14 de junio de 2001.

<sup>8</sup> Literalmente: “L’ ensemble des règles et des valeurs don’t l’ordre juridique francais ne peut souffrir la meconnaissance, meme dans des situations à caractere international ... le controle de la Cour, exclusive de tout pouvoir de révision au fond de la décision arbitrale, doit porter, non sur l’appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d’ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige, l’annulation de la sentence n’étant encourue que si son exécution heurte la conception francaise de l’ordre public international”.

<sup>9</sup> Homayoon Arfazadeh, ORDRE PUBLIC ET ARBITRAGE INTERNATIONAL À L’ÉPREUVE DE LA MONDIALISATION, Schulthess, Bruylant Bruxelles, L.G.D.J., 2005.

<sup>10</sup> Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.), FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, The Hague, Netherlands, 1999, pg. 996; Van den Berg, ob. cit, pg. 361.

<sup>11</sup> Por ejemplo, Suiza.

<sup>12</sup> W. Michael Reisman, un prestigiado Profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale, critica la utilización del orden público internacional como causal de no ejecución de laudos arbitrales. Sus motivos son: (1) lo etéreo de la noción, máxime si se toma en cuenta la cantidad de manifestaciones sugestivas contenidas en

sólo académica; diferentes jurisdicciones la repiten en ocasiones aceptando<sup>13</sup> o rechazando la distinción.<sup>14</sup>

El orden público internacional incluye las siguientes áreas:<sup>15</sup> (i) principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aún cuando no esté directamente involucrado;<sup>16</sup> (ii) las reglas designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía o reglas de orden público;<sup>17</sup> y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales.

### 3. Orden público intertemporal

El dinamismo del orden público hace no solo *posible* sino *probable* que varíe en el tiempo. Lo que es orden público en un momento, puede dejar de serlo en otro. Y viceversa. En caso de dicho conflicto de leyes en el tiempo, debe optarse por analizar la validez del laudo bajo el orden público al momento en que se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo. Así lo han hecho jurisdicciones

---

el derecho internacional y el ‘soft law’—cuya obligatoriedad está llena de matices; (2) mientras que el orden público nacional tiene fundamentos y antecedentes que permiten una fácil verificación, ello no ocurre con el internacional; (3) cuando el *ius cogens* internacional se argumenta en el foro arbitral, es imposible cuestionar la obligatoriedad del mismo mediante su cotejo con la práctica estatal y la *opinio iuris*; (4) cuestiona el valor agregado de utilizar el orden público internacional en el contexto arbitral. Después de todo, casi cualquier cuestión alegable bajo de orden público internacional es esgrimible bajo orden público nacional (por ejemplo, corrupción o esclavitud); y (5) la utilización de una noción tan imprecisa y subjetiva puede denostar al derecho internacional, el cual tiene un papel importante. (Conferencia en ICCA (International Council of Commercial Arbitration), Montreal 2006.)

<sup>13</sup> Court of Appeal, *Westacre v. Jugoimport*, [1999] 2 Lloyd’s Rep. 65 (en donde se distinguió de “*English public policy*” de “*English domestic public policy*”); *Revue de L’Arbitrage*, París, 1999, pg. 255.

<sup>14</sup> Tribunal Federal Suizo, SJ 1980, pg. 65; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1998, pg. 754.

<sup>15</sup> La *International Law Association* (ILA) elaboró en 2002 un documento llamado “Recomendaciones de la International Law Association sobre la Aplicación del Orden Público como motivo para Denegar el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales”. Se trata de un estudio profundo que debe influenciar esta polémica.

<sup>16</sup> Como ejemplo de orden público internacional *substantivo* pueden citarse, en general, los ilícitos (v.gr., contrabando). Como ejemplo de orden público internacional *procesal* puede citarse imparcialidad, laudos procurados por corrupción, desigualdad en la designación del tribunal, *res judicata*. Sin embargo, esto no incluye error de hecho ni de derecho.

<sup>17</sup> Por ejemplo, leyes de competencia económica, legislación fiscal, legislación en materia de protección al consumidor, legislación ambiental, restricciones aduaneras, etcétera.

avanzadas,<sup>18</sup> pues es el único momento verdaderamente relevante. Cualquier otra postura sería contraria al principio *favor arbitrandum*.

## B. LO QUE NO ES 'ORDEN PÚBLICO'

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 arbitrabilidad<sup>19</sup> de ciertas materias de interés social.<sup>20</sup> Para que una ley de 'orden público' o 'interés social' se eleve a rango de orden público como causal de invalidez<sup>21</sup> de un laudo, tiene que tratarse de una 'noción básica de moralidad y de justicia' del sistema jurídico relevante.

---

<sup>18</sup> *Société des Grands Moulins de Strasbourg v. Compagnie Continentale France*, Corte de Apelación de Versalles, 2 de octubre de 1989, REVUE DE L'ARBITRAGE 1990, pg. 115.

<sup>19</sup> El que me apoye en una decisión de arbitrabilidad para deslindar el alcance del orden público no es un error. Ello será abordado en la sección III.D.

<sup>20</sup> 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.)

<sup>21</sup> Artículo V.2.(b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

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.<sup>22</sup> 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*).<sup>23</sup>

Pero el término ‘orden público’ en el contexto de nulidad o no ejecución de laudos es distinto.<sup>24</sup> Se asemeja más al utilizado dentro del contexto de derecho internacional privado: el mecanismo por virtud del cual puede negarse la aplicación en México de derecho extranjero.<sup>25</sup> 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.

Es de predecirse que la postura por la que abogo encuentre opositores. Después de todo, se trata de un tema abierto, y pueden citarse ejemplos radicales en apoyo de la postura que el concepto ‘orden público’ como causal de no ejecución de un laudo debe incluir a las normas imperativas.<sup>26</sup> Haría una doble contestación: en primer lugar, contemplar a las normas imperativas dentro de la noción ‘orden público’ implicaría permitir que el juez de nulidad o de ejecución realice un análisis sobre el fondo del asunto. En segundo, lo más probable es que si se está en presencia de una norma imperativa el tribunal arbitral la haya contemplado y aplicado. Podría replicarse que en caso de que el Tribunal no haya actuado así debe existir un mecanismo para impedir que sea ejecutado en México. Contestaría que, dado que el error de derecho no es una causal de nulidad o no ejecución, para que el orden público pueda ser el mecanismo idóneo, será necesario que verse sobre una de las nociones más básicas de moralidad y de justicia de derecho mexicano. De lo contrario, el resolutorio será final e irrecurrible.

---

<sup>22</sup> Guardan relación con ello los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

<sup>23</sup> Por ejemplo, el pacto de anatocismo (artículo 2397 del Código Civil Federal).

<sup>24</sup> Artículo V.2.(b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

<sup>25</sup> Artículo 15.II del Código Civil Federal.

<sup>26</sup> Por ejemplo, podría decirse que, de aceptar la teoría expuesta, un juez nacional tendría que ejecutar en México un laudo cuyo dispositivo monetario fuera en base a un pacto de anatocismo o que considera válido un pacto de retroventa.

### III. EL DEBATE MUNDIAL: POR UNA TESIS MAXIMALISTA O MINIMALISTA

El momento es atinado por otro motivo—y es macro. 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*.<sup>27</sup>

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;<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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,<sup>30</sup> un caso francés reciente es ilustrativo. En *Thalès v.*

---

<sup>27</sup> 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 cuando tengan elementos internacionales. En forma relevante, el caso estadounidense *Baxter Int'l v. Abbott Laboratorios* (315 F3d 829 (7th Cir. 2003)) aclara el papel y nivel de revisión de la judicatura en dichos casos.

<sup>28</sup> El trasfondo es que sólo este tipo de control puede garantizar los intereses del Estado imbuidos en la ley de policía en juego.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Lo cual no realizo dados los objetivos de este comentario, pero haré en otro contexto.

*Euromissile*<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.

Este caso es considerado por muchos como la victoria de la tesis minimalista. Sin embargo, el debate continúa.

#### IV. POSTURA DE LA JUDICATURA MEXICANA

##### A. EL REQUISITO MÍNIMO: BUEN DERECHO ESCRITO

Si bien el derecho mexicano aplicable es apropiado,<sup>33</sup> es tal que permite interpretar ‘orden público’ en forma equívoca. El motivo es doble. Primero, lo que se entiende por dicho término de arte es casuista y se nutre de las sensibilidades de cada jurisdicción.<sup>34</sup> Segundo, dado que existen tantos ‘órdenes públicos’ como jurisdicciones, ¿Qué orden público? ¿Cualquiera? ¿El de una de las partes en el arbitraje? ¿El de ambas? ¿El de ninguna (suponiendo que ninguna sea mexicana)?

Si el lector se plantea dicha interrogante se dará cuenta que el derecho arbitral mexicano no contempla la respuesta. Luego entonces, el terreno es propicio para tomar el rumbo adecuado—o el erróneo.

---

<sup>31</sup> 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.*

<sup>32</sup> Las palabras exactas fueron: “illicéité qui ‘crève les yeux”.

<sup>33</sup> Al respecto, el Dr. José Luis Siqueiros (EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES, JURÍDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 32, 2002, pg. 45, en especial 56) ha observado que, no obstante que la jurisprudencia mexicana sobre el tema es escasa, la legislación civil y mercantil federal y local es acorde con la postura adoptada sobre el tema por los países vanguardistas.

<sup>34</sup> Lo que es más, por los motivos indicados, el tema es apto para ser utilizado como eje para un estudio serio por un Sociólogo del Derecho. Serviría, por ejemplo, como prisma que condensa las distintas sensibilidades culturales, y cómo desembocan en instituciones diferentes, aunque contenidas en un mismo caparazón legal textual.

## B. *STATU QUO*: JURISPRUDENCIA INCIPIENTE MAS CORRECTA

Si bien el término de ‘orden público’ es utilizado en diversas áreas de derecho mexicano,<sup>35</sup> y algunos casos han litigado su contenido y alcance,<sup>36</sup> aún no se detecta una tendencia marcada.<sup>37</sup> Por ende, el momento es propicio para sugerir una que dé un contenido apropiado.

Dos sentencias han concebido el orden público como:<sup>38</sup>

El orden público determina un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad; esta idea esta 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 la 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.

El texto citado de las Sentencias merece las siguientes observaciones:

### 1. Dilucida su función;

---

<sup>35</sup> 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, por supuesto, los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> La (incipiente) jurisprudencia existente es atinada en que toma un criterio elevado, pero no hace más que repetir que el orden público es una causal de nulidad o no-reconocimiento/ejecución del laudo.

<sup>38</sup> 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.

2. Toma un umbral alto;
3. Distingue al orden público del derecho público;
4. Parece distinguir al orden público de las normas imperativas; y
5. Es ambivalente.

Abordaré cada uno por separado.

## 1. Dilucida 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;<sup>39</sup>
- “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”;<sup>40</sup> y

---

<sup>39</sup> *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”.

<sup>40</sup> *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) (quoting Rest.2d. Conflict of Laws § 117, comment c (1971))). The standard is high, and infrequently met. As one court wrote, “[o]nly in clear-cut cases ought it to avail defendant.” Tahan, 662 F.2d. at 866 n.17 (citing von Mehren & Trautman, *Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach*, 81 HARV. L. REV. 1601, 1670 (1968); Paulsen & Sovern, “Public Policy” in the *Conflict of Laws*, 56 COLUM. L. REV. 969, 980-81, 1015-16 (1956). In the classic formulation, a judgment that “tends clearly” to undermine the public interest, the public confidence in the administration of the law, or security for individual rights of personal liberty or of private property is against public policy”.

- Una ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez.<sup>41</sup>

Como se ha indicado en otro contexto,<sup>42</sup> 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*.<sup>43</sup>

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;<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

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,<sup>46</sup> un caso francés reciente es ilustrativo. En *Thalès v.*

---

<sup>41</sup> Las palabras exactas fueron: “illicéité qui ‘crève les yeux”.

<sup>42</sup> ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, número 32, 2008, p. 361.

<sup>43</sup> 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, p. 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 cuando tengan elementos internacionales. En forma relevante, el caso estadounidense *Baxter Int'l v. Abbott Laboratorios* (315 F3d 829 (7th Cir. 2003)) aclara el papel y nivel de revisión de la judicatura en dichos casos.

<sup>44</sup> El trasfondo es que sólo este tipo de control puede garantizar los intereses del Estado imbuidos en la ley de policía en juego.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Lo cual no realizo dados los objetivos de este comentario, pero haré en otro contexto.

*Euromissile*<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

Contextualizado en el debate mundial, el texto citada de los casos mexicanos parece situar a México del lado de las jurisdicciones que adoptan una noción minimalista de ‘Orden Público’.

## 2. Toma 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 esta 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’.

## 3. Distingue al orden público del derecho público

Las sentencias distinguen el orden público del derecho público al decir:

... 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 la cuales son instituciones sociales fundamentales como el parentesco y el matrimonio. ...

Ello es un paso encomiable. El motivo: el que una disciplina caiga dentro del mundo del *derecho público* no la torna en una materia de ‘orden público’. Ya

---

<sup>47</sup> Corte de Apelación de Paris, 18 de noviembre de 2004, REVUE DE L' ARBITRAGE, Comité Français de l'Arbitrage, Litec Editions, número 3, 2005, pp. 529 *et seq.*

<sup>48</sup> Las palabras exactas fueron: “illicéité qui ‘crève les yeux”.

<sup>49</sup> Este caso es considerado por muchos como la victoria de la tesis minimalista. Sin embargo, el debate continúa.

han existido un volumen importante de casos que así empezaban a esclarecerlo, pero no con la asertividad y tino de las sentencias.<sup>50</sup>

#### **4. Parece distinguir al orden público de las normas imperativas**

Las sentencias dan un paso importante al decir:

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 la cuales son instituciones sociales fundamentales como el parentesco y el matrimonio.

El motivo del aplauso es lo controvertido del tema.

Si bien el término de ‘orden público’ es utilizado en diversas áreas de derecho mexicano,<sup>51</sup> de los casos que han litigado su contenido y alcance<sup>52</sup> se detecta una tendencia positiva minimalista.<sup>53</sup> Es de esperarse que la tendencia continúe.

#### **5. Es ambivalente**

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:

---

<sup>50</sup> Para ilustrar, existen áreas diversas de derecho público mexicano que expresamente contemplan arbitraje. Por ejemplo, artículo 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 (al abrir la posibilidad de pactar arbitraje). 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, Ley de Navegación y comercio marítimo y más recientemente el proyecto de Ley de Asociaciones Público Privadas.

<sup>51</sup> 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, por supuesto, los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> La (incipiente) jurisprudencia existente es atinada en que toma un criterio elevado, pero no hace más que repetir que el orden público es una causal de nulidad o no-reconocimiento/ejecución del laudo.

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,

Al hacer alusión a las normas y principios que constituyen un límite a la autonomía de la voluntad, las sentencias *pueden*<sup>54</sup> estar invitando confusión con las normas imperativas — que están (deben estar) fuera de la noción de ‘orden público’.

## V. 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.

---

<sup>54</sup> Admito que la inferencia no es obligada.