

ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Orden público*. III. *Arbitrabilidad*. IV. *Comentario final*.

I. INTRODUCCIÓN

Dos causales de nulidad o no reconocimiento/ejecución de laudos arbitrales han probado ser tan *interesantes* como *problemáticas*: el orden público y la arbitrabilidad. Son *interesantes* pues se nutren de sensibilidades locales, lo cual las hace variopintas. Son *problemáticas* pues admiten interpretaciones no sólo distintas, sino contradictorias e inclusive peligrosas. Y su contenido está en constante movimiento, pero en sentido inverso: mientras que existe una corriente *expansiva* de la *arbitrabilidad*, existe una corriente *restrictiva* en materia de *orden público*.

A continuación se comentarán tomando a México como punto de partida, haciendo hincapié en su contenido y problemas, y abogando por una noción correcta.

II. ORDEN PÚBLICO

1. Concepto de orden público: un dolor de cabeza pandémico

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 judicaturas 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 sólo 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 a dónde lo va a conducir. Puede alejar de buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan.¹

En un caso reciente el Tribunal Federal suizo enfatizó la dificultad del concepto señalando:²

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.

¹ BURROUGHS J. en *Richardson v. Mellish* (2 Bing. 229, 1824, p. 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 form the sound law. It is never argued at all but when other points fail”.

² *Tensaccia S.P.A. v. Freyssinet Terra Armata R. L.*, Tribunal Federal suizo, 8 de marzo de 2006. El fundamento del análisis no sólo 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).

La práctica debe ser reprobada, las tácticas rechazadas y la chicana sancionada. Para ello, a continuación es necesario comentar, primero, lo que existe acuerdo que es “orden público”, y segundo lo que *no* es.

A. Lo que es “orden público”

a) Concepto tradicional

En general, por orden público se entiende “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”.³ La definición no es académica. Proviene de judicaturas importantes, cuya experiencia vale la pena considerar. Por ejemplo, un caso estadounidense reciente razonó:⁴

Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que “repugne 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. 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.

³ 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”.

⁴ *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, pp. 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.

Otra jurisdicción ejemplificativa es Francia donde se ha dicho (*Renosol*⁵ y *Cargill*⁶) 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.⁷

b) Orden público internacional

Existe una corriente de opinión que distingue entre “orden público local” y “orden público internacional”.⁸ El primero es más amplio que el segundo.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹ La

⁵ Corte de Apelación de París, 15 de febrero de 1996.

⁶ Corte de Apelación de París, 14 de junio de 2001.

⁷ 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 française de l'ordre public international”.

⁸ Homayoon ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Schulthess, Bruylant Bruxelles, L.G.D.J., 2005.

⁹ Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Netherlands, 1999, p. 996; VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 361.

¹⁰ Por ejemplo, Suiza.

¹¹ 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 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

discusión no es sólo académica; diferentes jurisdicciones la repiten en ocasiones aceptando¹² o rechazando la distinción.¹³

El orden público internacional incluye las siguientes áreas:¹⁴ (i) principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado;¹⁵ (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;¹⁶ y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales.

c) Orden público intertemporal

El dinamismo del orden público hace no sólo *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 avanzadas,¹⁷

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 un orden público internacional es esgrimible bajo un 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.

¹² 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, p. 255.

¹³ Tribunal Federal Suizo, SJ 1980, p. 65; Yearbook Commercial Arbitration, 1998, p. 754.

¹⁴ 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.

¹⁵ Como ejemplo de orden público internacional *sustantivo* pueden citarse, en general, los ilícitos (por ejemplo, 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.

¹⁶ Por ejemplo, leyes de competencia económica, legislación fiscal, legislación en materia de protección al consumidor, legislación ambiental, restricciones aduaneras, etcétera.

¹⁷ *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, p. 115.

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 arbitrabilidad¹⁸ de ciertas materias de interés social.¹⁹ Para que una ley de "orden público" o "interés social" se eleve a rango de orden público como causal de invalidez²⁰ de un laudo, tiene que

¹⁸ El que me apoye en una decisión de arbitrabilidad para deslindar el alcance del orden público no es un yerro. Ello será abordado en la sección III.4.

¹⁹ ARRENDAMIENTO DE FINCAS DESTINADAS A HABITACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON ESE MOTIVO, PUEDEN VENTILARSE ANTE ÁRBITRO. 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 aun 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).

²⁰ Artículo V.2 (b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

tratarse de una "noción básica de moralidad y de justicia" del sistema jurídico relevante.

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.²¹ 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*).²²

Pero el término "orden público" en el contexto de nulidad o no ejecución de laudos es distinto.²³ 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.²⁴ 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.²⁵ 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

²¹ Guardan relación con ello los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

²² Por ejemplo, el pacto de anatocismo (artículo 2397 del Código Civil Federal).

²³ Artículo V.2 (b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

²⁴ Artículo 15.II del Código Civil Federal.

²⁵ Por ejemplo, podría decirse que, de aceptar la teoría expuesta, un juez nacional tendría que ejecutar en México un laudo cuyo dispositivo monetario fuera con base en un pacto de anatocismo o que considera válido un pacto de retroventa.

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 resolutivo será final e irrecurrible.

2. Postura de la judicatura mexicana

A. *Statu quo: laguna jurisprudencial*

Si bien el término de “orden público” es utilizado en diversas áreas de derecho mexicano,²⁶ y algunos casos han litigado su contenido y alcance,²⁷ aún no se detecta una tendencia.²⁸ Por ende, el momento es propicio para sugerir una que dé un contenido apropiado.

B. *El requisito mínimo: buen derecho escrito*

Si bien el derecho mexicano aplicable es apropiado,²⁹ 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.³⁰ Segundo, dado que existen tantos “órdenes públicos” como jurisdicciones, ¿qué orden

²⁶ 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.

²⁷ Incidente de Nulidad, Laudo Arbitral 213/2005-V, Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, Sentencia de 28 de marzo de 2006.

²⁸ 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.

²⁹ Al respecto, José Luis STQUEIROS (“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, núm. 32, 2002, p. 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.

³⁰ 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.

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.

C. *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*.³¹

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;³² la *minimalista* considera que, aun 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

³¹ 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, 1 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, p. 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 Laboratories* (315 F.3d 829, 7th Cir. 2003) aclara el papel y nivel de revisión de la judicatura en dichos casos.

³² El trasfondo es que sólo este tipo de control puede garantizar los intereses del Estado imbuidos en la ley de policía en juego.

y no puede anular o no ejecutar el mismo más que en casos excepcionales.³³

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,³⁴ un caso francés reciente es ilustrativo. En *Thalès v. Euromissile*,³⁵ 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.³⁶ 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.

D. *Ordre public a la Mexicaine*

Para continuar siendo el (buen) ejemplo latinoamericano, México necesita un *Thalès*: para actualizar la causal de orden público, la ilegalidad del laudo debe *lastimarle los ojos al juez mexicano*, y en forma evidente. Cualquier cosa distinta no es “orden público”.

E. *Resumiendo: propuesta a favor de la tesis minimalista*

Es ante la posibilidad de que la norma sea interpretada en forma *multívoca* que deseo argumentar en oposición a la *equivoca*: por “orden público” debemos entender:

³³ El razonamiento de fondo es que esta 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.

³⁴ Lo cual no realizo dados los objetivos de este comentario, pero haré en otro contexto.

³⁵ Corte de Apelación de París, 18 de noviembre de 2004, *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, Litec Editions, núm. 3, 2005, pp. 529 y ss.

³⁶ Las palabras exactas fueron: “illicéité qui ‘crève les yeux’”.

- a) Aquellas nociones o instituciones más caras de *derecho mexicano*. El orden público extranjero es irrelevante.
- b) Las normas imperativas no son orden público.
- c) El nivel de revisión es mínimo. La ilegalidad debe saltar a la vista del juzgador.

Si es necesario emprender un análisis forzado, exhaustivo, que admite una argumentación alternativa que evadiría la actualización de la causal, no se está en presencia de un auténtico orden público.

III. ARBITRABILIDAD

1. Arbitrabilidad como causal de Nulidad y no Ejecución de Laudos

La validez de un laudo puede ser cuestionada cuando en él se ventilen controversias que no sean susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje.³⁷ Qué materias pueden ser arbitradas es una cuestión dependiente del derecho aplicable.³⁸ De nuevo, y como en el caso del orden público, la arbitrabilidad refleja sensibilidades locales, lo cual hace que el panorama mundial se asemeje al arte oaxaqueño.

2. Leitmotiv de la arbitrabilidad: balance entre el interés público y confianza en el arbitraje

El derecho local, al determinar qué materias son susceptibles de ser resueltas por arbitraje, está influenciado por dos grandes variables, cuyo contenido es nutrido por nociones legales locales, de allí que sea imposible derivar una generalización a nivel mundial. La primera es la trascendencia social de cierta materia. La segunda es el nivel de

³⁷ Artículo V (2)(a) de la Convención de Nueva York, y artículos 1457(II) y 1462(II) del Código de Comercio.

³⁸ Mismo que, según las circunstancias del caso, puede ser uno de muchos (el derecho de las partes, el derecho aplicable al contrato, el derecho de la sede del arbitraje, etcétera). Sin embargo, en la medida en que un juez mexicano tiene que ventilar la procedencia de la ejecución de un laudo en México, éste tendrá que determinar la arbitrabilidad de la materia con base en el derecho mexicano.

confianza que la legislatura y judicatura local depositan en el arbitraje. Analicemos cada una por separado.

Diferentes jurisdicciones otorgan diferentes grados de trascendencia a ciertas materias. Ello impacta su arbitrabilidad. Si se considera, por ejemplo, que una materia tiene ramificaciones sociales importantes, o consecuencias que –aunque no sean importantes– afectan a partes que no han suscrito el acuerdo arbitral, es probable que la materia se califique de inarbitrable. El motivo es claro: el arbitraje es un mecanismo *privado* de solución de controversias. En la medida en que el problema que se busque ventilar deje de ser privado (es decir, implique a terceros o un interés público), el arbitraje dejará de ser el instrumento idóneo.

La confianza en el arbitraje también es una variable importante. El nivel de permisión de arbitrabilidad de ciertas ramas obedece a la confianza legal y judicial que se deposita en el arbitraje como un mecanismo confiable para resolver controversias. Existen diferencias de opinión sobre la postura que debe tomarse con respecto a las aristas o consecuencias que ramas diversas del derecho tienen sobre la sociedad. Y es en dicho momento en que legislaturas o judicaturas distintas adoptan posturas divergentes.³⁹

Es de sugerirse que tanto la judicatura como el legislativo reconozcan la eficacia del arbitraje y le brinden un voto de confianza. El arbitraje ha mostrado ser un mecanismo útil para resolver, no sólo controversias mercantiles e internacionales, sino problemas sociales serios.⁴⁰

3. Arbitrabilidad en México

La regla de derecho mexicano acerca de arbitrabilidad puede ser resumida en que todas las controversias que (1) no estén expresamente excluidas, (2) no versen sobre una materia de interés público, o (3) no perjudiquen derechos de tercero, podrán ser resueltas por virtud

³⁹ Por ejemplo, mientras que el derecho laboral es inarbitrable en México, es una rama frecuentemente mediada y arbitrada en Estados Unidos.

⁴⁰ Los ejemplos abundan. En *Arbitraje y la Judicatura* (capítulo XV) realizo un recuento detallado.

del arbitraje. En términos generales, las controversias que involucran derechos pecuniarios son arbitrables.⁴¹

Como era de esperarse, la aplicación de una regla tan amorfa no ha carecido de problemas. Afortunadamente, no han sido importantes. De nuevo, el momento es propicio para tildar la balanza judicial hacia el camino correcto.

Las hipótesis aludidas pueden ser interpretadas en forma amplia o estrecha. Tomemos la primera: interés público. Bajo el manto de “interés público” podría –de interpretarse en forma laxa– virtualmente considerarse a cualquier materia como inarbitrable. El motivo es claro: es difícil encontrar una materia que, por ejemplo, vista en forma agregada, no tenga *alguna* implicación sobre la colectividad.

Tomemos la segunda hipótesis: derechos de tercero. Dicha causal podría interpretarse como “tener alguna relación con un tercero” o como “que verse sobre un derecho de tercero”.⁴² “Es sólo cuando se *ventila* un derecho de tercero, no cuando se *toca* a un tercero, que la materia es inarbitrable”. De lo contrario, cualquier disputa se interpretaría comprendida bajo dicha hipótesis. El motivo es fácil de entender: es muy difícil encontrar un evento que, de alguna manera, no tenga que ver con un tercero. Dicho razonamiento, que me recuerda la Teoría del Efecto Mariposa, debe ser desechado en materia de arbitrabilidad.

La “prueba de ácido” de la arbitrabilidad de una materia con base en el criterio derechos de tercero debe ser interpretada en forma estricta so pena de cercenar artificialmente el alcance del arbitraje.

Existe una tendencia mundial expansiva de la noción de arbitrabilidad. Ello obedece a la creciente percepción de la utilidad del arbitraje aunado a la creciente confianza en el mecanismo. México no es ninguna excepción, pero puede (y debe) mejorar. Así lo hacía ver un destacado practicante mexicano en una iniciativa que es de esperarse que encuentre eco.⁴³

⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, Porrúa, 2004, pp. 97 y ss.

⁴² No se trata de un juego de palabras. Existen casos y laudos recientes que han puesto el tema en juego. Para abundar sobre ellos, véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, 2007, pp. 65 y ss.

⁴³ Claus VON WOBESER, “La conquista de los particulares frente al Estado en la solución de sus controversias: la dilución del orden público”. Discurso de Ingreso como Miembro de Número de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, *Pauta*, Boletín

4. Arbitrabilidad relevante

A. El problema

El contenido y alcance de la arbitrabilidad es casuista. Depende del derecho local relevante, y difiere atendiendo a quien lo realiza.⁴⁴

No hay una respuesta uniforme acerca de las áreas que pueden ser sometidas al arbitraje. La arbitrabilidad tiene una espacio-temporalidad. Los temas arbitrables varían de jurisdicción en jurisdicción. Más aún, áreas que históricamente se consideraban no arbitrables se han ido abriendo al arbitraje, en la medida en que ha crecido la confianza en dicho mecanismo. Algunas jurisdicciones son liberales, algunas conservadoras, y dentro de estos polos existen posturas intermedias y matices dentro de las mismas. El que una legislación permita que un área pueda ser sometida al arbitraje refleja confianza por parte de su legislatura y judicatura en dicho sistema de solución de controversias.

El que una controversia sea arbitrable lo decide el derecho sustantivo aplicable. Lo anterior invita a problemas de conflictos de leyes en arbitrajes internacionales con una diversidad de puntos de contacto. Piénsese en la (no infrecuente) situación en que las partes provienen de Estados distintos,⁴⁵ el contrato está sujeto a un derecho distinto ("C"), el lugar del arbitraje ("D") es distinto a los anteriores derechos, y el o los lugares de posible ejecución son diversos por contar A y B con activos en países distintos.⁴⁶ En esta hipótesis,⁴⁷ existen seis

Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A. C., núm. 40, mayo de 2003, p. 6.

⁴⁴ Mientras que un tribunal estatal que examine la posibilidad de someter al arbitraje una determinada controversia lo hará aplicando *su* concepción del orden público, los árbitros —al carecer de foro— aplicarán los requisitos de un verdadero orden público internacional, sujeto a consideraciones sobre la ejecutabilidad del laudo.

⁴⁵ Para efectos de este trabajo, llamaré "A" a la parte demandante y "B" a la parte demandada.

⁴⁶ Bautizaré como "E" y "F" a los derechos de cada una de las diferentes jurisdicciones donde las partes cuentan con activos. Sin embargo, podrían ser más de dos.

⁴⁷ Qué, si bien podría parecer exagerada o académica a unos, no lo será para abogados con experiencia en arbitrajes internacionales.

cuerpos normativos relevantes que pueden —y con frecuencia tienen— diferentes posturas en torno a la arbitrabilidad de la controversia.⁴⁸

La pregunta que esta situación obliga es ¿a cuál de las jurisdicciones mencionadas debe dársele más peso a efecto de determinar la arbitrabilidad de la controversia? Más aún, en un arbitraje internacional con nexos a diferentes jurisdicciones, ¿debe considerarse que la controversia no es arbitrable si *cualquiera* de los derechos relevantes considera a la controversia como no arbitrable?, o ¿existirá un "punto de gravedad" que haga más relevante una jurisdicción que otra en lo que a arbitrabilidad concierne?

El tema no está decidido y ha sido debatido académicamente. Resumiendo, las posturas son las siguientes:

1. *Lex fori*. El Dr. Albert Jan van den Berg⁴⁹ y varios autores⁵⁰ sostienen que la arbitrabilidad de una controversia debe ser determinada bajo el derecho del foro del juez que le corresponde decidir sobre la misma. Lo anterior puesto que: a) la "consistencia interna" de la Convención de Nueva York exige dicho resultado; b) las cortes derivan competencia de *su* derecho, y que las cortes deben evitar obstruir las reglas extranjeras de arbitrabilidad, mismas que con frecuencia derivan de casos complejos, más que de derecho escrito; y c) las cortes que han examinado la cuestión de arbitrabilidad lo han hecho exclusivamente bajo *su* derecho.

⁴⁸ Nótese que no he complicado el análisis con factores que en ocasiones se presentan. Por ejemplo, arbitraje multipartes donde las partes están en diferentes jurisdicciones. Además de que considero innecesario complicar la hipótesis con la finalidad de dar respuesta a la presente incógnita, el objetivo al que pretendo arribar me lo impide: el establecer un modelo para solucionar esta situación. Todo modelo es, por definición, una simplificación de la realidad.

⁴⁹ Albert Jan VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, T. M. C. Asser Institute, The Hague, 1981, pp. 152-153.

⁵⁰ E. MINOLI, "L'entrata in vigore della convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere", 24 *Rivista di Diritto Processuale*, 1969, p. 539; J. ROBERT, "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangères", *Revue de l'arbitrage*, 1958, p. 70; F. E. KLEIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangères", 57 *Revue Suisse de Jurisprudence*, 1961, p. 229.

2. *Derecho del acuerdo arbitral*. Existen otros autores que sostienen que la arbitrabilidad debe aquilatarse exclusivamente con base en el derecho aplicable al acuerdo arbitral.⁵¹
3. *Lex fori + derecho del acuerdo arbitral*. Otros autores sostienen que la arbitrabilidad de una controversia debe determinarse haciendo un análisis conjunto tanto del derecho del foro del juez y el derecho aplicable al acuerdo arbitral.⁵²
4. *Presunción en favor de arbitrabilidad salvo la lex contractus y el derecho de la sede del acuerdo arbitral contemplan lo contrario*. Jan Paulsson⁵³ considera que, para efectos del artículo II y V (1) (a) de la Convención de Nueva York, la arbitrabilidad de la materia debe considerarse procedente a menos que la parte que resista el arbitraje, o se oponga a la ejecución del laudo, pruebe sin lugar a dudas que el acuerdo arbitral es inválido (por inarbitrabilidad) bajo a) el derecho que las partes designaron como aplicable al contrato; y b) el derecho de la sede del arbitraje. En caso de no existir sede, la referencia deberá hacerse al derecho del país donde la autoridad encargada de designar al presidente del tribunal arbitral en ausencia de pacto entre las partes al respecto.
5. *Orden público internacional*. En la medida en que los árbitros no cuentan con un foro adecuado, aplicarán lo que consideran que son los requisitos de un verdadero orden público internacional.⁵⁴

⁵¹ Gerald ASKEN, "American Arbitration Accession Arrives in the Age of Aquarius: United States implements United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 3 *Southwestern University Law Review*, 1971, p. 1; Phillippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965, núm. 186.

⁵² Th. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Wintherthur, 1965, p. 38; K. H. SCHWAB, *Schiedsgerechtbarkeit*, 3a. ed., Munich, 1979, p. 342; Peter SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, núm. 312.

⁵³ Jan PAULSSON, "Still Through a Glass Darkly", *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Arbitration in the Next Decade*, Special Supplement, 1999, p. 104.

⁵⁴ Phillippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage commercial international*, Ed. Litec, 1996, p. 345. A su vez, Fouchard, Gaillard, Goldman on *International Commercial Arbitration*, Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE (eds.), Kluwer Law International, 1999, p. 330.

B. La solución mexicana: un vacío

El tema no está resuelto, y no existe aún una tendencia en México.⁵⁵ Podría pensarse que el tema es teórico, pero la realidad es otra. Un ejemplo puede ser ilustrativo. Piénsese en el caso en que una disputa laboral es sometida al arbitraje en México y el laudo es llevado para ser ejecutado en Estados Unidos. Como el lector sabe, las controversias laborales no son arbitrables en México, pero sí en Estados Unidos. ¿Debe, por ello, un juez estadounidense no ejecutar el laudo, no obstante que bajo su *lex fori* la disputa sí es arbitrable?

Y el ejemplo inverso también es ilustrativo. Si se desea hacer cumplir una condena monetaria contenida en el laudo derivado de una controversia laboral que proviene de Estados Unidos, ¿podría el juez mexicano únicamente utilizar como la jurisdicción relevante a Estados Unidos? ¿O tendría que descartar su validez dado que dichas materias son inarbitrables en México?

Conceptualicemos el problema desde la óptica de un juez mexicano: dado que es *en México* donde se ejecutaría el laudo, ¿por qué habría de ponerse en juego una arbitrabilidad distinta a la mexicana?

Pero llevemos el postulado un paso más adelante: ¿por qué habría la arbitrabilidad mexicana de ser el criterio definitorio si los puntos de conexidad relevantes, o los que tienen *in casu* más peso, no involucran a México? ¿Por qué dar peso a un vínculo accidental? Haré una propuesta que resuelva el conflicto de leyes.

C. Propuesta de solución

a) Diferente estándar de revisión, según juez de nulidad o de ejecución

Deseo abogar a favor de la siguiente solución al problema expuesto. Tratándose del juez de *ejecución*, la arbitrabilidad debe ser aquilatada exclusivamente bajo su *lex fori*. Tratándose del juez de *nulidad*, en el juez debe realizar un análisis más exhaustivo. Debe comenzar con

⁵⁵ Durante una interesante conferencia ante el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., una conocida experta (Cecilia AZAR MANSUR) exploró el tema derivando lecciones ilustrativas.

el análisis de arbitrabilidad de la controversia bajo su *lex fori*. Sin embargo, si del caso resulta que ello no es apropiado, debe determinar la arbitrabilidad relevante,⁵⁶ y bajo la misma analizar la validez del laudo. Para encontrar la arbitrabilidad relevante el juez debe palpar el centro de gravedad de la relación, y bajo dicho derecho ponderar la arbitrabilidad de la materia.

b) Justificación

La diferenciación del papel obedece a lo siguiente. Un laudo debe tener el mayor curso legal internacional posible. Ante las diferentes aproximaciones locales con respecto a arbitrabilidad, exigir que un juez que analice el reconocimiento y ejecución del laudo tenga que tomar en cuenta diversos estándares de arbitrabilidad parece sobrado. Después de todo, lo que a dicho juez concierne es la ejecución del laudo *en su jurisdicción*. No la validez internacional del laudo.

Sin embargo, el papel del juez de nulidad es distinto. Ha sido diseñado como el órgano que debe determinar la validez general del laudo (en contraste con su ejecutabilidad en una jurisdicción). Ello es observable en que su determinación puede tener efectos internacionales.⁵⁷ Por ende, es quien está correctamente situado para analizar de una vez por todas el tema, tomando en cuenta todos los elementos de la relación en cuestión.

Dicho de otra manera, *mientras que el juez de ejecución examina la posibilidad de darle efectos a un laudo en su jurisdicción, el juez de nulidad tiene un papel estructuralmente más importante: la determinación de validez global del laudo*. Por ende, dado lo fluctuante del tema de arbitrabilidad, exigir que el juez de ejecución analice la arbitrabilidad *in toto* tendría como resultado no sólo exigirle más de lo necesario, sino decisiones contradictorias. En cambio, si el análisis se centra en el juez de nulidad, se ciñe a un solo foro la determinación de validez *general, global*, del laudo cuando se cuestione con base en la arbitrabilidad. Es la trascendencia de la decisión lo que hace que el examen exhaustivo conflictual propuesto sea adecuado.

⁵⁶ Sea la de las partes o las jurisdicciones en juego.

⁵⁷ Artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York.

c) El examen conflictual

El tipo de análisis que el juez de nulidad realizará es un análisis conflictual.⁵⁸ Es decir, la determinación del derecho que debe ser aplicable ante la concurrencia simultánea de más de un sistema jurídico.

Existen diferentes métodos conflictuales, unos de los cuales tienden a ser mecánicos. Sin que la aproximación sea mala (pues da seguridad jurídica) en ocasiones es subóptima. El motivo es fácil de percibir: la realidad rápidamente rebasa soluciones legales aritméticas. Ante ello, el movimiento a favor de soluciones conflictuales teleológicas es plausible, aunque exige más del juzgador.⁵⁹

Considero que el problema de la arbitrabilidad relevante amerita dicha solución. Después de todo, no es en vano que haya atraído la atención de las mentes más agudas y experimentadas del mundo en arbitraje.⁶⁰ Se trata de un problema de alto relieve.

El ejercicio parece difícil. No lo es. Simplemente se trata de realizar un análisis lógico del caso y de los derechos involucrados.

d) Beneficios

La postura por la que abogo evita que la existencia de un punto de conexidad con una jurisdicción que no tiene peso en la relación y que tiene una aproximación limitada con respecto a arbitrabilidad entorpezca la eficiente solución de la controversia en la misma. Es por ello congruente con el principio *favor arbitrandum*.

5. Arbitrabilidad y orden público

Hay quien asimila la arbitrabilidad al orden público como resultado de lo cercano de ambos conceptos.⁶¹ Ello es un error. Es cierto que hay

⁵⁸ Es decir, de derecho internacional privado, o *choice of law* (como se le alude en jurisdicciones de *common law*) o *droit conflictuelle* (en Francia).

⁵⁹ Al respecto, véase Friederich K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht/Boston/Londres, 1993. La obra de Juenger, quien es uno de los estudiosos más acuciosos que he encontrado sobre esta materia, hace un interesante (y elegante) estudio sobre lo que es y debe ser el derecho internacional privado (confieso que fue mi maestro, y uno de los mejores que he tenido).

⁶⁰ Aquellas aludidas en la sección III.D.I de este estudio.

⁶¹ DERAINS/GOODMAN-EVERARD, *Handbook II*, Francia, Cap. V 10b. A su vez, Jean-Francois POUURET y Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 907.

cierto traslape. Sin embargo, la hipótesis es diversa. Existen temas de orden público que son arbitrables, materias que no son arbitrables por ser de orden público, y materias que son tanto de orden público como inarbitrables. El que existan variables diversas necesariamente implica que no son lo mismo. Ello es no sólo lógico, sino que no sostenerlo así violaría una regla de hermenéutica jurídica: dejaría sin contenido a una de las causales. Las buenas leyes no son tautológicas.

IV. COMENTARIO FINAL

No es ocioso que las causales de orden público y arbitrabilidad sean *ex officio*: resguardan intereses que rebasan a las partes en la controversia. Sin embargo, deben ser interpretadas en forma *restrictiva* y aplicadas en forma *cuidadosa* y *excepcional*. De lo contrario, lo que fue concebido como un régimen de excepción tendría como resultado devorar la regla: la ejecución sumaria de laudos arbitrales.

El orden público y la arbitrabilidad son un dúo dinámico: su contenido preciso es cambiante no sólo en el espacio sino en el tiempo. Ello es sano pues se nutre de las (variantes y mutantes) sensibilidades y necesidades de cada sociedad. Sin embargo, de no adoptarse las políticas de interpretación por las que aboga este estudio, pasarían de ser el *dúo dinámico* al *dúo trágico*.