

Orden público en México: del impresionismo al puntillismo jurídico

Public policy in Mexico: from legal impressionism to legal pointillism

Francisco González de Cossío*

RDP

Cuarta Época,
Año I, Núm. 2,
Julio-Diciembre
de 2012

El concepto de “orden público” como causal de nulidad o no ejecución de laudos arbitrales es una causal interesante y problemática. En México se observaba que, aunque se carecía de una noción *propia*,¹ la tendencia jurisprudencial² era acorde a las corrientes internacionales más aceptadas.³ Recientemente, tribunales mexicanos han emitido decisiones sobre el tema que son dignas de comentar.

1. Los casos

Actualmente, un Tribunal Colegiado de Circuito⁴ definió el orden público de la siguiente manera:⁵

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro y abogado en casos nacionales e internacionales.

¹ Quienes se avocan a explicarlo aluden a las nociones extranjeras e internacionales más aceptadas, tanto jurisprudenciales como doctrinales.

² González de Cossío, *Arbitraje*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 804 y ss. *Orden público en México* (p. 10, en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje) se transcriben las nociones que diversos tribunales mexicanos habían adoptado.

³ Para abundar respecto al porqué, véase González de Cossío, “Orden público y la arbitrabilidad: el duo dinámico del arbitraje”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 32, 2008, p. 361 (en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁴ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en Revisión 195/2010.

⁵ P. 151 de la ejecutoria.

conjunto de reglas que según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad.

En otro caso, un juez del distrito federal lo definió así:⁶ “conjunto de reglas en que reposa el bien común y ante los cuales ceden los derechos particulares porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerarlas”.

Otro Tribunal Colegiado de Circuito⁷ que conoció de una nulidad de un laudo arbitral que ventiló una disputa que involucró una rescisión administrativa de un contrato con un organismo público descentralizado tomó una aproximación diversa. En lugar de *definir* procedió a *discernir*. La cuestión a resolver es si, tratándose de una materia de derecho público, actualizaba la causal “orden público”. Concluyó que sí. Su razonamiento, aunque poco claro, incluyó las siguientes premisas:

1. El contrato público en cuestión (una concesión) deriva del artículo 134 de la Constitución Federal.
2. El tema involucra fondos públicos.
3. La relación contractual *ab initio* privada (de coordinación) se tornó en público (de supra-subordinación) al ocurrir un acto administrativo no arbitrable: una rescisión administrativa. Dicho cambio de situación jurídica tuvo por efecto que, aunque la cláusula arbitral fuera amplia, el tema quedaba *in natura* fuera de su ámbito.
4. Los árbitros privados no pueden conocer de actos de autoridad.
5. Dado que existió un procedimiento paralelo al arbitraje consistente en un juicio de amparo, la determinación del juez constitucional es cosa juzgada refleja *viz* el tribunal arbitral. Por ende, al conocer de ella, el laudo era: a) *extra petita*; b) no arbitrable, y c) contrario al orden público.

⁶ Sentencia del Expediente 596/2011, pp. 8 y 9. Juez Quincuagésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2011.

⁷ Amparo en Revisión 358/2010. Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

2. Comentarios

El cuerpo de casos citado merece ser comentado. Lo haré por tema.

A. Definición

Las definiciones propuestas contienen elementos plausibles y otros perfectibles. Por principio de cuentas, son positivas en que son estrechas y enuncian un estándar alto: *no cualquier cosa es orden público*. Otra virtud es que esclarecen que las normas imperativas no son orden público. Aunque los límites a la voluntad contractual no actualizan la hipótesis normativa “orden público”.⁸ Éste simplemente se refiere a algo distinto. Algo más delicado.⁹

También esclarecen que el *derecho público* no actualiza *orden público*. El que una norma pertenezca a aquella rama del derecho conocida como “*derecho público*” no actualiza la hipótesis “orden público” por el sencillo hecho que se refiere a cuestiones diversas. El primero alude al derecho relacionado con la administración pública. El segundo es una noción protectora de las instituciones jurídicas mexicanas más caras.

El resultado compuesto del desarrollo es tender a situar a México en la corriente internacional de países que adoptan una postura “minimalista”. Ello es digno de notar y aplaudir. Como he explicado en otro contexto,¹⁰ existe un debate mundial sobre cómo debe entenderse dicha norma de textura abierta: en forma amplia (la postura “maximalista”) o en forma estrecha (la postura “minimalista”). El que las dos definiciones sigan la tendencia maximalista confirma una predisposición favorable del Poder Judicial mexicano ante el arbitraje, refleja respeto del principio de finalidad de los laudos,¹¹ y confirma a México como una de las mejores jurisdicciones latinoamericanas para arbitraje.

⁸ La p. 154 de la ejecutoria del Amparo en Revisión 195/2010 hace la distinción.

⁹ La diferenciación es abordada en “Orden público y arbitrabilidad”, *op. cit.*, pp. 5-7.

¹⁰ González de Cossío, *Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 810 y ss. *Orden público y la arbitrabilidad: el duo dinámico del arbitraje*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹ Después de todo, tomar la postura inversa resta dicho principio al acercarse más a la posibilidad de revisar el fondo del laudo.

Deseo, sin embargo, aprovechar el contexto para proponer una definición alternativa. El orden público como causal de nulidad o no ejecución de laudos debe entenderse como continente de las *instituciones jurídicas que reflejan los sentimientos más caros de una sociedad determinada*. Las soluciones a los problemas sociales e históricos más serios que una sociedad determinada ha vivido.

Las definiciones, de suyo plausibles y fruto de un análisis positivo y dirigidas en el sentido correcto, siguen siendo abstractas. Tanto, que una persona con una predisposición distinta al respeto por la finalidad de los laudos, podría pretender utilizar dicha hipótesis amplia para situar en la misma situaciones que deben entenderse como excluidas de la misma. Ante ello, postulo que *necesitamos una definición menos impresionista y más puntillista*. La metáfora es útil: el puntillismo partió del impresionismo buscando sustituir la pincelada espontánea del impresionismo por una racionalización del método pictórico dando lugar a tramas regulares con partículas de color que construyen una obra con rasgos más específicos. Es decir, lo abstracto se sustituye por lo detallado. Por especificidad.

La definición propuesta busca ser más específica. Procura pasar del trazo impresionista a una pincelada con fronteras más claras. Se invita al lector a meditar si se logra. De no lograrse, la retroalimentación y crítica será bienvenida. El objetivo es aterrizar la idea más para seguir cuidando el bien tutelado sin restar certeza.

Esta última aseveración merece un comentario adicional. Dado los problemas que el precepto ha generado, hay quien ha propuesto eliminarlo, pero esta propuesta va demasiado lejos. La noción de orden público tiene una razón de ser, y eliminarla implicaría restar un cimiento de la arquitectura arbitral (local e internacional). El motivo es el siguiente. El derecho arbitral internacional, del cual los derechos arbitrales locales forman parte, busca propiciar la ejecución *mundial* de los laudos arbitrales. Pero como el lector sabe, las sociedades son diversas. Los temas sensibles varían de jurisdicción en jurisdicción. Ante ello, ¿cómo lograr curso legal internacional ante dicha diversidad? No puede pensarse en hacer una lista por el simple hecho que la misma estaría sujeta a matices o contradicciones. Además, sería una labor de Sísifo: interminable y probablemente un foco de diferencias. Resultado: lejos de coadyuvar, el ejercicio sería distanciante. Es ante dicha realidad que el derecho arbitral ha acudido a la técnica jurídica

de legislar “con brocha gorda”: utilizando un concepto jurídico indeterminado. Una norma de textura abierta que se nutre de las peculiaridades locales, permitiendo que cada país pueda ser parte de la infraestructura mundial sin ver comprometidas sus sensibilidades.

Entendido así, el orden público es una institución que no debe verse con una predisposición negativa; constituye la ingeniosa solución del derecho al problema de la diversidad como óbice para construir esquemas en el plano internacional.

Comprendida la *ratio* del orden público, pasemos a cómo manejarlo. La arbitrabilidad de una materia y su caracterización como de orden público es una decisión que efectúa la legislatura y judicatura local. Al hacerlo, permitirán que una materia sea cursada al arbitraje no sólo cuando consideren que la misma no refleja una sensibilidad que lo obstaculice, sino también en la medida en que confía en el mecanismo del arbitraje. Es en dicha coyuntura que se hacen las apreciaciones de este ensayo. Continuemos con la tendencia reduccionista del orden público y expansiva de la arbitrabilidad. De hacerlo, daremos más opciones a los agentes económicos. Más libertades. Si desean canalizar sus disputas al arbitraje, pueden hacerlo, de no ser así, pueden utilizar el método tradicional: el litigio. Vista así, la tendencia expansiva de la arbitrabilidad y reduccionista del orden público es libertaria.

B. *Distinción de normas imperativas*

Un Tribunal Colegiado de Circuito¹² hizo una aclaración importante: distinguió al orden público de las normas imperativas. Ello es útil pues en la mente de algunos aún subsistían dudas al respecto. En otro contexto he realizado una explicación sobre cómo el derecho vigente invita la duda,¹³ y

¹² Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en Revisión 195/2010.

¹³ Después de todo, el término es utilizado en diversos cuerpos normativos y su contenido jurídico es diverso. Mientras que en el contexto de amparo busca evitar que la suspensión del acto reclamado “contravenga el orden público” (artículo 124.II de la Ley de Amparo), en el contexto contractual constituye un límite a la autonomía de la voluntad (artículos 6, 8, y 1830 del Código Civil Federal). En el contexto de laudos arbitrales (artículos 1457, fracción II y 1462, fracción II, del Código de Comercio) se asemeja más al de derecho internacional privado (artículo 15.II del Código Civil Federal): es una norma que busca evitar que se

por qué deben entenderse como distintas.¹⁴ La decisión del Colegiado en cuestión tiene el tino de brindar ya un precedente que sirva para fundamentar el criterio. Es de esperarse que dicho criterio se endurezca (que se convierta en jurisprudencia).

C. *Trasmutación de la naturaleza de la relación*

El argumento consistente en que la relación mudó (“trasmutó”) su naturaleza no sólo no es buen derecho, sino que crea una ironía que, de tolerarse, el afectado será justamente a quien parece beneficiar.

Si el Estado o una entidad estatal (cualquiera que sea su naturaleza específica) celebra relaciones contractuales en su capacidad *iure gestionis*, permitir que (unilateralmente) califique su actuar bajo el contrato como *iure imperii* invita inseguridad. Después de todo, la contraparte privada siempre estará temerosa que la autoridad acuda a su privilegiado arsenal de facultades para tildar su actuar como ‘acto de autoridad’ y unilateralmente extirparlo del ámbito del acuerdo arbitral. Como resultado, los contratos con el gobierno se percibirán como más riesgosos, y las primas (y rentas) para comercial con el gobierno serán más altas. Resultado: aunque en algunos casos el gobierno podrá obtener una ventaja, *toda su contratación será más onerosa*. La ironía es perfecta.

¿Por qué no simplemente concluir que si el Estado (incluyendo cualquier ente estatal) acude al mercado en su capacidad *iure gestionis*, que se atenga al mecanismo más usado en dicho terreno: el arbitraje? De hacerlo, se brindaría más seguridad jurídica, se transmitiría el mensaje correcto,¹⁵ y no se encarecería innecesariamente la contratación gubernamental.

ofendan instituciones jurídicas caras. Pero hay un motivo adicional en el derecho arbitral para entenderlo en forma aún más limitada que su concepción en materia de derecho internacional privado: impacta la finalidad del laudo.

¹⁴ *Orden público y la arbitrabilidad: el duo dinámico del arbitraje*, en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

¹⁵ Pues el mensaje actual que invita la teoría comentada es que algunos tribunales administrativos están prestos a permitir ventajas a entes públicos sobre los agentes económicos.

D. Cosa juzgada refleja

Existen motivos para cuestionar el desarrollo consistente en considerar que existe cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales.

Primero, se trata de *jurisdicciones diversas*. No existe, ni puede existir, cosa juzgada refleja entre distintas jurisdicciones. La teoría de la cosa juzgada refleja tiene cabida y utilidad cuando diferentes tribunales de una misma jurisdicción encuentran un traslape jurídico o fáctico en las disputas que están conociendo. Ante ello, la teoría facilita una resolución congruente de disputas, al evitar contradicciones entre diferentes juzgadores. Pero dicha ratio no existe cuando se trata de jurisdicciones diversas. Y el arbitraje es una jurisdicción distinta. Ejemplificaré porqué utilizando un ejemplo que no verse sobre el arbitraje. Si un juez estadounidense emite un fallo que involucra una cuestión —de hecho o de derecho— que también está siendo litigada en tribunales nacionales, ¿nos atreveríamos a decir que la determinación del primero vincula al segundo? Ante la respuesta evidente, el lector agudo podría desear diferenciar: no es lo mismo. La relación juez mexicano-árbitro es diversa a la relación juez mexicano-juez estadounidense. Contestaría que en su esencia sí. El motivo es doble. Primero, el arbitraje no es parte de la judicatura mexicana—de hecho, no es parte de ninguna judicatura—.¹⁶ Por ende, tiene que ser una jurisdicción distinta. Segundo, cuando las partes acuden al arbitraje, su deseo es que su disputa *in toto* se resuelva mediante dicho mecanismo. Ante ello, permitir que la resolución de parte de ella provenga —aunque sea indirectamente— de otro foro (el judicial) es contrario a lo que las partes pactaron al celebrar un acuerdo arbitral.

Segundo, *el estándar de revisión es diverso*. Por ende, nunca tienen porqué contradecirse. Tomemos como ejemplo el mismo caso que dio origen a la sentencia comentada. Mientras que un tribunal arbitral hace determinaciones en base a un estándar de *legalidad contractual*, el juzgador de amparo lo haría bajo un estándar de *constitucionalidad*. La contradicción es imposible: el tribunal de amparo nunca analizaría la legalidad contractual, y el árbitro nunca analizaría constitucionalidad —ello le

¹⁶ Para abundar sobre dicha aseveración, consúltese *Arbitraje y la Judicatura*, México, Porrúa, 2007.

corresponde sólo a los jueces constitucionales—. Podría contestarse que justamente por ello es cosa juzgada *refleja*: de lo contrario el adjetivo no aplicaría. Se trataría de cosa juzgada *sola*. La teoría de la cosa juzgada *refleja* aplica justamente cuando no hay identidad en la *causa*, aunque sí en las partes y la cosa.¹⁷ Contestaría que permitir contagiar la finalidad de las determinaciones de un juez nacional a un tribunal arbitral siendo que son temas diversos es contrario a derecho arbitral e insostenible como teoría.

La teoría es *contraria a derecho arbitral* por dos motivos. Primero, sería contraria a *kompetenz*. Invade la jurisdicción del árbitro, lo cual es contrario al artículo 1432 del Código de Comercio. Segundo, las partes al acudir al arbitraje desearon que su disputa fuera resuelta por un tribunal arbitral. El que el alcance de la jurisdicción del tribunal arbitral se vea amputado por una decisión de un juzgador local es contrario a dicha intención. Lo que es más, invita chicanas: incentiva que la parte que desea incumplir un acuerdo arbitral tome pasos ante tribunales arbitrales para entorpecer el arbitraje.

Finalmente, es *insostenible como teoría* pues exigiría aceptar la consecuencia lógica inversa: existirá cosa juzgada *refleja* *viz* jueces nacionales cuando un tribunal arbitral haya decidido una cuestión. ¿El lector aceptaría esa conclusión?: que la determinación de un árbitro sobre la legalidad bajo un contrato de conducta de una de las partes debe vincular al juez constitucional que analice la constitucionalidad de un acto de autoridad. Si ello no es aceptable, hace que la teoría no sea sostenible. Quien la postule tendría que acudir a un malabarismo conceptual como argumentar que existe una subordinación entre jueces nacionales y tribunales arbitrales, de tal forma que la finalidad fluya de la judicatura al arbitraje, mas no al revés. Dicha pirueta conceptual chocaría con los paradigmas más acep-

¹⁷ Existen muchas tesis que definen la noción de cosa juzgada *refleja*. Una especialmente clara, es la jurisprudencia contenida en el registro número 182862 (Tesis: I.6o.C. J/43, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2003, t. XVIII, p. 803) que establece “COSA JUZGADA REFLEJA. Se da la cosa juzgada *refleja*, cuando existen circunstancias extraordinarias que, aun cuando no sería posible oponer la excepción de cosa juzgada a pesar de existir identidad de objeto en un contrato, así como de las partes en dos juicios, no ocurre la identidad de acciones en los litigios; pero que no obstante esa situación, influye la cosa juzgada de un pleito anterior en otro futuro, es decir, el primero sirve de sustento al siguiente para resolver, con la finalidad de impedir sentencias contradictorias, creando efectos en esta última, ya sean de manera positiva o negativa, pero siempre *reflejantes*”.

tados sobre lo que es el arbitraje y su relación con la judicatura.¹⁸ Pero además, ¿para qué el circo teórico? ¿Por qué tanto brinco estando el piso tan parejo? ¿Para qué ensuciar lo que es claro? ¿Por qué no simplemente concluir que se trata de jurisdicciones diversas y lo que concluya una es irrelevante para lo que concluya la otra? ¡Punto!

Como puede verse, la teoría no resiste análisis. Descartémosla antes de que haga más daño.

E. El adjetivo “público” como un falso amigo

El adjetivo “público” es lo que los italianos llaman un “falso amigo”. Algo que, aparentando ayudar, confunde. Existen instituciones jurídicas diversas cuyo título lleva la palabra ‘público’ y que no por ello actualizan la hipótesis ‘orden público’. Por ejemplo, el ‘derecho público’ (por los motivos que ya se detallaron en la sección II.A anterior). Otro ejemplo son los bienes públicos, que han sido objeto de laudos arbitrales, y que nuestro Poder Judicial ha aclarado que no por ello se actualiza la causal orden público.¹⁹ Otro ejemplo es un documento público: en un caso en que el autor participó como árbitro, una escritura pública que contenía una fe de hechos fue rechazada como prueba por el tribunal arbitral por estar convencidos que era apócrifa. Estaba cuidadosamente confeccionada *durante litigio* para proveer los elementos que servían a la parte que la ofrecía, y que (convenientemente) refutaban otras pruebas (coetáneas a los hechos) que la otra parte había presentado para soportar su decir. Después del interrogatorio en audiencia del notario que la emitió, el tribunal se convenció que la contradicción indicada, aunada a la actitud que mostró el notario durante la audiencia, era suficiente para restar el valor probatorio del documento público. ¿Pero cómo? se trata de un documento que en litigio nacional haría prueba? El juez que conoció de la nulidad concluyó que, aunque el documento era “público”, ello no actualizaba la causal orden *público*. El actuar del tribunal era acorde con su facultad de valorar el valor probatorio de las pruebas ofrecidas.²⁰

¹⁸ Véase, *El arbitraje y la Judicatura*, op. cit.

¹⁹ Incidente de Nulidad, Laudo Arbitral 213/2005-V, Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, sentencia del 28 de marzo de 2006.

²⁰ Bajo el artículo 1435 del Código de Comercio.

No nos dejemos llevar por el adjetivo; el *falso amigo*: el que la institución contenga la palabra “público” no lo hace “orden público”. Se trata de instituciones distintas.

3. Comentario final

En México, el concepto jurídico de orden público como causal de nulidad y no ejecución de laudos arbitrales está pasando del impresionismo al puntillismo. Los trazos genéricos empiezan a sustituirse por pinceladas detalladas. En su mayoría, los precedentes judiciales han sido acertados. Sin embargo, existen dos teorías *in statu nascendi* que deben ser borradas: la de cosa juzgada refleja y la de la trasmutación de las relaciones privadas en relaciones de supra-subordinación. Extirpémoslas de nuestro acervo jurisprudencial antes de que el plausible panorama puntillista sea calificado como neo o posimpresionista.

Es necesario legislar con un pincel más fino, más puntillista. Y al hacerlo, cerciorarnos que la pintura que se dibuja sea bella por libertaria.