

A close-up portrait of Dr. José Luis Siqueiros Prieto, a middle-aged man with short, light-colored hair, wearing glasses, a white shirt, a red tie, and a grey herringbone suit jacket. He is looking directly at the camera with a slight smile.

**Dr. José Luis
Siqueiros Prieto**

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Ing. Ricardo González Sada
Lic. Juan Luis Prieto Jacqué

Tesorero ICC México.
Lic. Jorge Fernández García Travesí

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. - Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción -sin el permiso escrito de ICC.

Título de la publicación: ICC Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.

Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Av. Insurgentes Sur 950 1er. piso Colonia Del Valle, C.P. 03100, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321, 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628.

web: www.iccmex.org.mx
e-mail: laura@iccmex.org.mx

En este número:
Dr. José Luis Siqueiros Prieto

- 2** Mensaje Ing. Pierre Froidevaux Chavan
- 4** Mensaje Dr. Rodolfo Cruz Miramontes
- 7** Semblanza: Dr. José Luis Siqueiros Prieto
- 10** Acuerdos sobre la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIs) celebrados entre México y Diversos Países
- 19** El arbitraje de naturaleza privada en el marco del NAFTA
- 26** El Arbitraje, marco normativo normativo. Tipos de Arbitraje, Compromiso Arbitral y Cláusula Compromisoria
- 31** El orden público como motivo para denegar el Reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales
- 43** El procedimiento pre-arbitral en casos de emergencia
- 46** La CNUDMI modifica su ley modelo sobre arbitraje internacional
- 51** La jerarquía normativa de los Tratados Internacionales
- 54** La Ley Mexicana en materia de Arbitraje Comercial Internacional
- 57** La persona humana y el arbitraje internacional de naturaleza privada
- 72** Las facultades de los Arbitros no son omnímodas ni inconstitucionales
- 80** La solución de las controversias comerciales en los acuerdos celebrados entre México y la Comunidad Europea
- 91** La solución de controversias en el acuerdo entre los gobiernos de México y el Reino Unido de la Gran Bretaña para la promoción y protección recíproca de las inversiones
- 96** Discurso del Dr. José Luis Siqueiros Prieto

El orden publico como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales*

José Luis Siqueiros**

Sumario.- Este trabajo se circunscribe a la Resolución adoptada por la International Law Association en su Septuagésima Conferencia verificada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002, en la cual se aprobaron un serie de Recomendaciones elaboradas por su Comité de Arbitraje Comercial Internacional, tendentes a establecer Bases Generales, Principios Fundamentales, Reglas Generales sobre el Concepto de Orden Público y de lo que constituyen en este contexto las Obligaciones Internacionales. No obstante que dichas Recomendaciones no son de carácter vinculante para los tribunales de los Estados, se exhorta su atención a las mismas con el fin de facilitar la consistencia y predicción en lo concerniente a la interpretación y aplicación de este concepto.

I. Introduccion.

La International Law Association (ILA) fue fundada en Londres en 1873 y es una de las instituciones jurídicas más antiguas y de mayor prestigio en el mundo. Su objetivo inicial fue y sigue siendo la promoción y el desarrollo progresivo del derecho internacional. En la actualidad tiene constituídas Ramas en sesenta países y veinticinco Comités especializados en distintas áreas de esta disciplina. Uno de los más activos y eficientes es el Comité de Arbitraje Comercial Internacional.

El Profesor Pierre Mayer es el Presidente de dicho Comité y el Profesor Audley Sheppard su Relator (Rapporteur). Son también miembros del mismo el Dr. Nagla Nassar, el Dr. Bernardo Cremades y otros distinguidos juristas de Europa, Asia y América. El Comité se avocó al estudio del concepto de "orden público", de sí impreciso e intangible, desde la LXVII Conferencia de la ILA en Helsinki en 1996. Su estudio se concretó a determinar el significado de aquél referido a un campo específico: su aplicación como excepción o defensa para poder denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

Sus esfuerzos continuaron en las reuniones celebradas en Taiwan (1998) en Londres (2000), París (2002), para finalmente materializar en la reciente (LXXX) Conferencia de la Asociación verificada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de Abril del año en curso.¹

El Proyecto inicial gradualmente enriquecido por comentarios y adiciones de sus miembros durante esos seis años, cristalizó en el Documento aprobado en la Septuagésima Conferencia de la ILA, bajo el título de **"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"**.

* Ponencia de José Luis Siqueiros al XXVI Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C. a celebrarse en la Universidad Iberoamericana, Campus Tijuana, B.C. del 13 al 16 de Noviembre de 2002.

** Fundador y Promotor Vitalicio de la Academia.

¹.- Las Conferencias Plenarias de la International Law Association son actualmente bi-anales. En sus 129 años de existencia la ILA ha celebrado setenta Conferencias, sin perjuicio de frecuentes reuniones de sus distintos Comités.

Las Recomendaciones de la ILA (así como los Informes de su Comité) no están referidas a los complejos problemas que la noción de orden público pueda suscitar en el curso del proceso de arbitraje, orientados a la declinación de competencia del tribunal arbitral. Solo están orientadas a las que se plantean con la posible alegación de dicha excepción (orden público) a la autoridad judicial ante la cual se pide el reconocimiento o ejecución del laudo.

Finalizada esta misión el Comité continúa sus estudios para precisar --y en su caso armonizar-- las doctrinas de "res judicata" y "lis pendens" bajo el prisma del derecho consuetudinario y del derecho de origen romano-germánico.

Las Recomendaciones están contenidas en cuatro capítulos: I. Bases Generales ((ocho recomendaciones); II. Principios Fundamentales (tres); III. Reglas de Orden Público (cuatro) y IV. Obligaciones Internacionales (una).²

Considerando el incremento de litigios arbitrales de carácter comercial internacional que actualmente se advierte, incluyendo los múltiples casos que se plantean ante los tribunales judiciales para reconocer y ejecutar laudos pronunciados fuera de la República, o que deban considerarse "internacionales", porque la sede del arbitraje estuvo situada en nuestro país³, es obvio el interés que debe merecernos el análisis de estas dieciseis recomendaciones a los tribunales estatales, en las que se les exhorta a estudiarlas a fin de facilitar la consistencia y predicibilidad en todo lo concerniente a la interpretación y aplicación de este impreciso concepto.

Procederemos en seguida a analizar las Recomendaciones en cada uno de sus cuatro Capítulos.

II. Bases generales.

1(a) Debe respetarse el principio de finalidad (cosa juzgada) de los laudos dictados en el contexto del arbitraje comercial internacional, a menos que existan circunstancias excepcionales".

En la Convención de Nueva York (1958)⁴, en la de Panamá (1975)⁵, en la de Riyadh (1983)⁶ en la Ley Modelo (1985)⁷ y en otros instrumentos que regulan el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (y en ciertos casos la posibilidad de su anulación), existe una disposición que otorga facultad a la autoridad judicial competente del país donde tal reconocimiento o ejecución se pide, para denegarlos si dicha autoridad comprueba que en una u otra hipótesis, se violaría el orden público de ese país.

Aceptando que los precedentes jurisprudenciales a nivel nacional⁸ y universal, no han sido unánimes en esta materia, puede afirmarse que la tendencia actual favorece la ejecución de la sentencia arbitral. La Corte Europea de Justicia en una sentencia reciente (1999)⁹ decidió:

"... es en el interés de la eficiencia del procedimiento arbitral el que la impugnación de los laudos arbitrales se limite en su alcance y que su nulidad o la denegación para reconocerlos sólo sea posible en circunstancias excepcionales".

²- Ver Resolución No. 2/2002 aprobada por la Septuagésima Conferencia de la ILA celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002; asimismo, el Informe Final del Comité del 10 de mayo de 2002.

³- Artículo 1415 del Código de Comercio.

⁴- Artículo V, 2(b).

⁵- Artículo 5, 2(b).

⁶- Article 37.

⁷- Artículo 36 (1) (b)(ii) .

⁸- Debe destacarse que las Recomendaciones de la ILA sólo se aplicarían a laudos internos que incluyen elementos extranjeros, es decir, cuando son de carácter internacional.

⁹- *Eco Swiss China Ltd. vs Benetton International NV*, Caso c-126/97.

1(b) "Dichas circunstancias excepcionales pueden considerarse que existen si el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral internacional fuera contrario al orden público internacional".

Como anteriormente se expresó la excepción o defensa del orden público está incluida en casi todas las convenciones sobre arbitraje comercial internacional¹⁰ y también en la legislación interna que regula dicha materia.¹¹

Han existido tentativas para definir lo que constituye "orden público". Sin embargo, dicha noción es imprecisa y su connotación puede cambiar en el transcurso del tiempo y en el espacio (país) donde se le conceptúe. Al discutirse en el seno de la CNUDMI (UNCITRAL) la redacción de los artículos 34 (2)(b)(ii)¹² y 36 (1)(b)(2)¹³, algunos de sus autores sugirieron que se excluyera la expresión "orden público" por ser demasiado vago y no constituir un motivo justificado. Al examinar dicho concepto, quedó entendido que el mismo no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado, sino que abarcaba los conceptos y principios fundamentales de justicia. Se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona ese término podría ser interpretado en el sentido de no incluir los principios de justicia procesal. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de "derecho civil" están inspirados en el concepto francés de "ordre public", en el que se consideran contenidos los principios de justicia procesal; igualmente que su inserción en muchos tratados abarca los principios de legislación y justicia, tanto sustantivos como de procedimiento¹⁴. Los propios redactores de la CNUDMI consideraron que era conveniente incluir el término "orden público internacional" para precisar que es más estrecho que el de orden público doméstico.

Por otra parte, en el Informe rendido por la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya se indica que en los trabajos de la misma sobre competencia internacional y efectos de las sentencias judiciales en materia civil y comercial (con las que existe analogía), no se consideró necesario incluir el calificativo de "violación manifiesta" del orden público.¹⁵ El Comité de la CNUDMI fue del mismo parecer excluyéndolo de la Recomendación que se analiza.

1(c) La expresión "orden público internacional" se usa en estas Recomendaciones para indicar el conjunto de principios y reglas reconocidas por un determinado Estado, que por su propia naturaleza pueden impedir el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral dictado en el contexto del arbitraje comercial internacional, cuando el reconocimiento y ejecución de dicho laudo entrañe su violación, sea por razón del procedimiento según el cual fue dictado (orden público internacional procedimental), sea por razón de su contenido (orden público internacional sustantivo).

El sistema de principios y reglas que integra el orden público internacional, debe ser aquél que corresponda al Estado donde se solicita la ejecución. Se ha sugerido que también podrían considerarse: el "orden público" correspondiente al Estado donde se pronunció el laudo, el de la ley aplicable a la cuestión en litigio o el del lugar de cumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, la opinión prevaleciente favorece a la primeramente expuesta.

¹⁰.- Además de las convenciones citadas en el comentario a la Recomendación anterior, deben citarse la Convención de Bruselas (1968), la de Lugano (1988), el Reglamento del Consejo Económico Europeo (2001) y el Proyecto de (1999) de la Conferencia de La Haya sobre una Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias en materias Civil y Comercial. (Ver art. 28 (1)(f).)

¹¹.- Algunas legislaciones nacionales, especifican que la denegación debe operar si la ejecución (de la sentencia o del laudo) fuera manifiestamente incompatible con el orden público del Estado donde se invoca.

¹².- Petición de nulidad como único recurso en contra del laudo arbitral.

¹³.- Motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo.

¹⁴.- Véase "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional." Labor realizada en el 18º Período de Sesiones". (Junio de 1985), páginas 62 y 68.

¹⁵.- Informe redactado por la Prof. Catherine Kessedjian, para. 32, nota al pie 26.

Dicho enfoque es el que adoptan las Convenciones de Nueva York, de Ginebra, de Panamá, de Riyadh y la Ley Modelo, que específicamente se refieren al orden público de ese Estado, ya que no existe un standard universal de tal concepto, mismo que, como antes se anotó, puede variar de una nación a otra. Expresado lo anterior, la ILA recomienda que paulatinamente y a la luz de estas Recomendaciones el concepto se irá haciendo más consistente y generalizado en su significado; no obstante, en tanto se logre tal armonización futura, debe por ahora adoptarse el criterio tradicional que han adoptado los Estados donde se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo.

1(d) El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales, atinentes a la justicia y la moral, que el Estado desea proteger aún cuando no esté directamente involucrado; (ii) reglas orientadas a sostener los intereses esenciales del Estado en materia política, social o económica, conocidos como "lois de police" o "reglas de orden público"; y (iii) el deber del Estado para respetar las obligaciones contraídas frente a otros Estados u organizaciones internacionales.

De la anterior Recomendación se desprende que el orden público internacional puede segregarse en tres categorías:

- i) principios fundamentales;
- ii) "lois de police"; y
- iii) obligaciones internacionales.

1(e) Un ejemplo de los principios sustantivos fundamentales es la prohibición contra el ejercicio abusivo de derechos. Un ejemplo de los principios procedimentales fundamentales es el requisito de que los tribunales sean imparciales. Otro ejemplo de las reglas de orden público son las leyes anti-monopolio. Un ejemplo más concerniente a obligaciones internacionales lo constituiría una resolución de las Naciones Unidas que impusiera sanciones. Algunas reglas, tales como aquellas que prohíben la corrupción, pueden encuadrarse en más de una sola categoría.

Además del ejemplo propuesto de los principios sustantivos fundamentales, podemos mencionar otros como el de pacta sunt servanda, el principio de buena fe, la prohibición de expropiar sin pago de indemnización. Asimismo la prohibición de crímenes de lesa humanidad (contra bonos mores), incluyendo el terrorismo, la piratería, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, tráfico de drogas, etc.

Un ejemplo adicional al propuesto como principios procedimentales fundamentales, sería el que el laudo se hubiese otorgado por fraude o corrupción, la falta de notificación de la demanda a la parte demandada y otros más que atañen a las garantías mínimas en la legal conducción del procedimiento.

1(f) El hecho de que la sede de un arbitraje esté situado dentro del territorio del foro o en el extranjero, no es una razón que deba ser tomada en cuenta por el tribunal que esté examinando la conformidad del laudo con el orden público internacional.

La Recomendación destaca que el orden público internacional no debe ser diferente si la sede del arbitraje está situada dentro del territorio del Estado donde se pide la homologación o en el extranjero; el test debe ser igual en uno u otro caso.

1(g) Si el tribunal deniega el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral, no deberá limitarse a invocar o hacer referencia al Artículo v.2 (b) de la Convención de Nueva York de 1958, o a su propia legislación o precedentes judiciales. Detallar el método de su análisis razonado y las bases para rehusar el reconocimiento y ejecución, ayudará a promover una práctica más coherente y el desarrollo de un consenso sobre los principios y reglas que deben regir el orden público internacional.

La ILA recomienda que los tribunales locales que resuelven sobre la posible ejecución del laudo arbitral, sustentan en sus motivaciones las razones que determinan su decisión; es decir, que analicen los criterios que en otras jurisdicciones se han adoptado en situaciones análogas. A través de este cotejo comparativo se logrará que gradualmente se establezca un consenso internacional sobre las reglas y principios que en forma coherente configuren el concepto en cuestión.

1(h) Si una parte del laudo que es violatorio del orden público internacional puede separarse de la otra parte del mismo laudo que no lo es, esta parte (que no viola el orden público internacional) podrá ser reconocida o ejecutada.

Inspirados los autores de la Comisión de la ILA por el principio del *depeçage* que es una fórmula en favor de reconocer la sentencia arbitral en forma parcial (separando las que no se refieren a controversias imprevistas en el acuerdo arbitral o que se exceden del mismo) y permitiendo su ejecución separada,¹⁶ se propone adoptarla en lo concerniente a no violación del orden público internacional en una parte del laudo, que es separable de la porción que si es ofensiva.

III. Principios fundamentales.

2(a) Al verificar el tribunal la conformidad del laudo arbitral con los principios fundamentales, sean procedimentales o sustantivos, deberá hacerlo refiriéndose a aquellos principios considerados como fundamentales dentro de su propio sistema jurídico y no en el contexto de la ley que rige el contrato, de la ley del lugar de cumplimiento de aquél, o de la ley vigente en la sede del arbitraje.

Como se indicó anteriormente¹⁷ la autoridad judicial del Estado requerido para reconocer y ejecutar el laudo extranjero, deberá aplicar los principios de orden público internacional tal y como este concepto se concibe en tal Estado. En tal virtud debe ignorar aquellos principios que se estiman como fundamentales en el contexto de la ley que regula el contrato, o de la ley aplicable en el lugar de su cumplimiento; tampoco debe considerar la ley vigente en la sede del arbitraje. Estas tres alternativas estuvieron disponibles para el tribunal arbitral que dictó el laudo, pero no son asequibles para el juez que analiza su ejecución.

2(b) Sin embargo, a efecto de determinar cuando un principio que forme parte de un sistema jurídico deba ser considerado suficientemente fundamental para justificar la denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo, el tribunal deberá tomar en cuenta, por una parte, el carácter internacional del litigio y su conexión con el sistema jurídico del foro, y por otra parte, la existencia o no de un consenso en la comunidad internacional respecto al principio en cuestión (las convenciones internacionales pueden constatar la existencia de dicho consenso). Cuando se determinase la existencia de dicho consenso, el término "orden público transnacional" puede ser utilizado para describirlo.

Sin perjuicio del principio fundamental descrito en la Recomendación 2(a), la ILA reconoce la conveniencia de que la autoridad judicial que examina el laudo observe si las materias que resuelve no violan un principio fundamental de la comunidad internacional. Es decir, la posible existencia de un criterio que forma parte de un "consenso" a nivel universal que se haya reflejado en convenciones multilaterales, como pudieran ser aquellas referidas a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. De ahí que algunos comentaristas aludan a un "orden público transnacional" que capta principios de justicia universal, el *ius cogens* del derecho internacional público, los principios éticos y morales prevaletentes en las "naciones civilizadas".

¹⁶.- Arts. 34 (2)(a)(iii) y Art. 36 (1)(a)(iii) de la Ley Modelo y Arts. 1457 y 1462 (incisos semejantes) del Código de Comercio.

¹⁷.- Ver comentarios a las Recomendaciones 1(b) y 1(c).

Esta corriente, sin embargo, no ha tenido hasta ahora, suficiente apoyo en las cortes judiciales.

2(c) Cuando una de las partes pudiera haberse opuesto al pronunciamiento de un laudo con base en un principio fundamental pero no lo hubiese hecho, no tendrá derecho a invocarlo después como un motivo para que se rehuse el reconocimiento y ejecución del laudo ya dictado.

Esta Recomendación no nos parece muy convincente; pretende desechar cualquier defensa fundada en principios fundamentales de orden público, cuando tal excepción no se hizo valer previamente ante el tribunal arbitral. No se puede castigar a una parte que por alguna razón desconocía los hechos que constituyen la violación de un principio fundamental, y no haya externado los mismos con anterioridad al pronunciamiento del laudo.

Puede darse también el caso que el principio fundamental (supuestamente infringido) sólo se aplica en el país donde se pide la ejecución, por no ser de carácter universal.

IV. Reglas de orden público.

3(a) La violación por un laudo de una mera "norma imperativa" (i.e. una norma que es imperativa, pero que no forma parte del orden público internacional de un Estado, en la medida de que no sea obligatoria su aplicación al caso concreto), no deberá constituir un obstáculo para el reconocimiento y ejecución del laudo, aún cuando tal norma sea parte integrante de: la ley del foro, del derecho que rige el contrato, del derecho vigente en el sitio de cumplimiento del contrato o del derecho que rija en la sede del arbitraje.

Por "norma imperativa" debe entenderse una regla de carácter prohibitivo o mandatorio que no puede ignorarse en el acuerdo de las partes.¹⁸ Algunos comentaristas afirman que sólo aquellas normas que constituyen "normas de aplicación inmediata" deben tomarse en cuenta. En cualquier caso, cuando el laudo ordena a una de las partes que realice un acto que está prohibido por la ley local (la del foro que analiza su ejecución), el juez no debería concederla.

3(b) Un tribunal sólo podrá rehusar el reconocimiento o ejecución de un laudo que produzca efectos prohibidos por una regla de orden público de su propio sistema jurídico, cuando:

(i) el ámbito de dicha regla interna tenga el propósito de abarcar la hipótesis en cuestión; y (ii) que el reconocimiento o ejecución del laudo pudieran quebrantar en forma manifiesta los intereses esenciales de carácter político, social o económico protegidos por la norma interna de orden público.

Esta Recomendación destaca en su primer inciso que la regla de orden público (que forma parte del sistema legal del órgano judicial), incluye la hipótesis que se analiza; además, en el segundo inciso, que el reconocimiento y ejecución del laudo quebrantaría en forma manifiesta los intereses esenciales protegidos por dicha regla.¹⁹

3(c) Cuando la violación del orden público del foro se alegue por una de las partes y tal violación no pueda establecerse de una simple revisión del laudo y sólo pueda determinarse a través de un escrutinio de los antecedentes fácticos del caso, el tribunal podrá llevar a cabo un nuevo examen de los hechos.

¹⁸.- Por ejemplo, el artículo 3.19 de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que forma parte del Capítulo Validez de los Contratos y que dispone que las disposiciones del mismo son imperativas, salvo cuando se refieran a la fuerza vinculante del mismo acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

¹⁹.- El Comité Redactor de la ILA consideró que el derecho comunitario en materia de competencia que rige a los países de la Unión Europea, forma parte del orden público internacional de todos sus miembros.

Lo anterior debe interpretarse en el sentido de que si de la mera revisión del laudo en escrutinio, no se desprenda claramente la alegada contravención al orden público del foro, el juez podrá examinar los antecedentes o hechos que propiciaron el litigio y así esclarecer su duda.

3(d) Cuando la regla de orden público del foro hubiera entrado en vigencia después del pronunciamiento del laudo y dicha regla prohíba la solución adoptada por aquél, el tribunal sólo podrá denegar el reconocimiento o ejecución del laudo si es evidente que el legislador pretendió que la citada regla tuviese efectos retroactivos sobre sentencias arbitrales dictadas con anterioridad a su promulgación.

El espíritu de esta Recomendación es negar efectos retroactivos a la nueva norma de orden público, a menos que el legislador, en forma evidente o en disposición transitoria, haya pretendido que así fuera.

V. Obligaciones internacionales.

Un tribunal podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando uno u otra pudieran constituir una infracción manifiesta por parte del Estado del foro, a sus obligaciones frente a otros Estados u organizaciones internacionales.

Puede decirse que ya es axiomático el que un Estado y sus tribunales deben acatar las obligaciones que aquél contrae con otros Estados miembros de la comunidad internacional. Muchas de dichas obligaciones sobretodo aquellas que emanan de tratados, prevalecen sobre el derecho interno.²⁰ Dicho criterio puede hacerse extensivo a las obligaciones asumidas por el Estado frente a organizaciones internacionales como las Naciones Unidas.²¹

La Resolución adoptada por la ILA en Nueva Delhi concluye con un exhorto a los tribunales judiciales de los Estados recomendando un criterio tendente a la consistencia en la interpretación y aplicación del "orden público" cuando tal noción se pretenda utilizar como una defensa o motivo para negar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales.²²

VI. La doctrina internacional.

Uno de los más distinguidos especialistas en arbitraje comercial internacional, el Prof Karl-Heinz Böckstiegel, durante el VIII Congreso del International Council for Commercial Arbitration celebrado en Nueva York en 1986²³, subraya la conveniencia de distinguir entre "orden público", "arbitrabilidad" y "leyes imperativas".

La arbitrabilidad de una determinada materia, es decir, que el objeto de la controversia sea o no sea susceptible de ser sometida al proceso arbitral, está incorporada en algunas legislaciones en la misma fracción (II) que también incluye al orden público, como motivos para que el juez competente compruebe si el laudo extranjero debe ser reconocido o ejecutado (o en su caso anulado).²⁴

Böckstiegel estima que las reglas de derecho que restringen la arbitrabilidad no son necesariamente de orden público; ya que en ocasiones derivan de normas de derecho privado del Estado requerido. Es cierto, dice, que

²⁰.- En el caso de México, ver art. 133 de su Constitución Política y especialmente la reciente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia en el amparo promovido por el *Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo*, Tesis aislada LXXVII/1999 adoptada por el Tribunal Pleno (con unanimidad), que considera la jerarquía superior de los tratados frente al derecho federal y local y sólo debajo de la ley fundamental.

²¹.- Ver Capítulo V, art. 25 de la Carta de la ONU que dispone que los miembros de la Organización convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta.

²².- Informe Final del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA. 20-IV-2002, pp. 15.

²³.- "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration", Kluwer, ICCA Congress Series. No. 3. pp. 177-204.

²⁴.- Ver Código de Comercio de México, Artículo 1457, fracc. II y Artículo 1462, fracc. II. Las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como la Ley Modelo las separan en incisos (a) y (b) de la misma fracc. II.

dichas normas son de carácter imperativo²⁵ y que no pueden ser derogadas por la autonomía de las partes. Las reglas de orden público son siempre imperativas, pero todas las reglas imperativas forman parte del orden público; la misma distinción es aplicable a la arbitrabilidad. El "derecho público", noción también muy similar al orden público, tampoco es un concepto sinónimo del segundo. Este último está referido a principios fundamentales.²⁶ En resumen, afirma el autor, tratándose de laudos arbitrales "extranjeros" (a los que exclusivamente se refiere la Convención de Nueva York), el concepto de orden público debe interpretarse en forma más restrictiva que cuando el mismo se aplica a laudos arbitrales "locales". Sin embargo, la jurisprudencia señala excepciones a este criterio. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en el famoso caso *Scherk vs. Alberto-Culver Co*²⁷ estableció que las controversias que surgieran de operaciones bursátiles no son arbitrables si el contrato es doméstico, pero sí lo son, cuando el contrato es internacional.

Por su parte el Juez H. Holtzmann²⁸ afirma que es estimulante ver que la defensa del orden público para desconocer o anular laudos arbitrales tiene cada vez menos éxito, principalmente cuando se invoca en contra de casos internacionales. El decano de los especialistas en arbitraje comercial internacional, Pieter Sanders²⁹ también coincide en que la noción de "orden público internacional" debe ser más restrictiva que la referida al "orden público interno".

Stephen M. Schwebel, anterior Juez de la Corte Internacional de Justicia, nos narra un caso resuelto por la Suprema Corte de Austria³⁰ que revocó una resolución dictada por un tribunal arbitral constituido según el Reglamento de la CCI y que había aplicado la *lex mercatoria* internacional concediendo daños en favor de una de las partes, en vez de aplicar las reglas locales de conflicto de leyes como lo establecía el propio Reglamento de la CCI. La Suprema Corte estimó que los árbitros se habían excedido en su mandato y violado el orden público internacional.

Pierre Lalive, otra autoridad académica en esta materia, hace incapié en que el concepto de orden público puede tener dos tipos de aplicación. En un primer caso la parte que lo invoca, o el juez *ex-officio*, pueden utilizar dicha noción con el objetivo de hacer prevalecer aquellas normas del foro (*lex fori*) que son imperativas y que no fueron consideradas prevalentes por los árbitros que decidieron la controversia. En la segunda hipótesis la parte que la invoca o el juez, también *ex-officio*, utiliza el concepto como defensa o excepción con el fin de rehusar la aplicación del derecho extranjero, para privar de validez el laudo dictado conforme a la "*lex arbitrii*". Estas dos alternativas las ha considerado, aunque no en forma consistente, la Suprema Corte de los Estados Unidos en los litigios *Zapata*³¹ *Scherk*³² y *Mitsubichi*³³. En el primero de los casos resolvió que la tendencia restrictiva del derecho estadounidense en relación a la selección de foro no podría prevalecer ante los requerimientos del comercio internacional. En el segundo, el máximo tribunal aceptó la validez de la cláusula compromisoria sin atender las restricciones impuestas por la *Security Exchange Act* en materia de arbitrabilidad. El caso *Mitsubishi* resuelve que en el área de anti-monopolios la no-arbitrabilidad de la materia no abarca situaciones de carácter internacional.

La Convención de Roma regulando las obligaciones contractuales (1980) en su Art. VII es un reciente ejemplo de la aplicación positiva de disposiciones legales extranjeras internacionalmente imperativas. El Código federal suizo de derecho internacional privado³⁴ acoge la misma jerarquía. Lalive concluye afirmando que gradualmente los jueces nacionales no han vacilado en otorgar prevalencia a una noción más amplia, más internacional y tal vez

²⁵- "Mandatory rules".

²⁶- *Ibid*, pp. 183, 184.

²⁷- 417 US Supreme Court, 56 (1974).

²⁸- *60 Year On, A Look at the Future* 364 (1984).

²⁹- *Ibid*.

³⁰- *Norsolor S.A. vs Pabalk Ticaret Ltd.*- Yearbook Vol. IX (1984), p. 159.

³¹- 47, US Supreme Court 1, p. 1907 (1972).

³²- 417, US Supreme Court, 506, 94 S.Ct. 2449(1974).

³³- 105, US Supreme Court p. 3346 (1985).

³⁴- Artículo 18 del Código.

supranacional, del orden público. Tal tendencia se ha ido forjando en los intereses vitales, no sólo de la comunidad local sino en una más general, regional o universal de la comunidad global.³⁵

Los profesores El-Kosheri³⁶, Griguera Naón³⁷, F.S. Nariman³⁸ y K. L. Razumov³⁹ coinciden en que, con diferentes matices, en cada uno de sus países el concepto de orden público está regulado por los principios ya expuestos por los citados especialistas y que la jurisprudencia nacional se orienta a restringir el ámbito de dicho concepto.

VII. Derecho mexicano y jurisprudencia.

Además de las convenciones internacionales de las que México es Estado Parte⁴⁰ en las cuales se precisa que el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales podrá denegarse en caso de que la autoridad competente del Estado donde se pide tal exequatur, compruebe que tales laudos (o sentencias judiciales) son contrarios al orden público del mismo Estado,⁴¹ el derecho mexicano ha incorporado tal hipótesis en su legislación positiva, tanto mercantil como civil.

a) Código de Comercio.

En el caso de sentencias y resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, el artículo 1347-A establece que las mismas podrán tener en la República fuerza de ejecución, si cumplen, entre otras, con la siguiente condición: "que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México".

El mismo ordenamiento en su artículo 1462 II, precisa que se podrá negar la homologación, cualquiera que sea el país en que se hubiera dictado el laudo, cuando el juez compruebe que según la legislación mexicana ". el reconocimiento o la ejecución son contrarios al orden público".⁴²

b) Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

En el Libro Cuarto, Título Único, Capítulo VI, de este ordenamiento procesal a nivel federal, se dispone en el artículo 571 que las sentencias, laudos arbitrales privados no comerciales y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las condiciones que fija el mismo precepto en diversas fracciones, en la que se incluye la VII que expresamente dice: "que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contrario al orden público en México".

c) Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF).

En el Capítulo VI del Título Séptimo, de este Código, localizamos el artículo 606 que dispone que las sentencias, laudos y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución en la citada jurisdicción, si se cumplen con las condiciones fijadas en sus distintas fracciones. La VII (siguiendo la terminología del CFPC)

³⁵.- *Ibid* p. 286.

³⁶.- Egipto.

³⁷.- Argentina.

³⁸.- India.

³⁹.- Rusia.

⁴⁰.- Convención de Nueva York (Naciones Unidas, 1958; art. V. 2(b); Convención Interamericana de Panamá (1975) art. V, 2(b); Convención Interamericana de Montevideo (1979) art. 2(h). Además de estas convenciones multilaterales México tiene celebrado un Convenio bilateral con el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil. En sus artículos 10 y 11(i) se establece que no se concederá la homologación cuando unas y otros sean contrarios al orden público del Estado requerido.

⁴¹.- En la Convención de Montevideo se dispone "que no contraríen *manifiestamente* los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución".

⁴².- Idéntica disposición se encuentra en el artículo 1457, II, como motivo para que los laudos arbitrales puedan ser anulados por el juez competente.

establece que la obligación para cuyo cumplimiento, se haya procedido no sea contraria al orden público en México.

En otro dispositivo (Art. 605), al referirse a los efectos que pueden producir en el Distrito Federal las sentencias o laudos extranjeros, se dice que aquellos (los efectos) estarán regidos por el Código Civil, por el propio CPCDF, por el CFPC y demás leyes aplicables.

d) Código Civil para el Distrito Federal (CCDF).

Este ordenamiento que rige en sus disposiciones en el Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en asuntos del orden federal (que es el caso en estudio), establece en su artículo 15, fracción II, que **no** se aplicará el derecho extranjero "...cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano".⁴³

Por otra parte, el citado Código, al legislar sobre el objeto y motivo de los contratos, dispone que el fin determinante de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.⁴⁴

e) Jurisprudencia.

Es desconcertante que en una materia que es tan importante como lo que se analiza, la jurisprudencia mexicana sea tan escasa. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia y algunos de los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Civil han sustentado tesis aisladas o ejecutorias en esta temática, también lo es que la mayor parte de ellas está referida a juicios de garantías promovidos para que la autoridad judicial (juez de distrito) ampare al quejoso cuando presuntamente se han conculcado garantías individuales en su perjuicio.

Se argumenta que el acto que se reclama de la autoridad responsable, i.e., el juez que homologa el laudo arbitral extranjero y concede su reconocimiento o ejecución, no advirtió que el tribunal arbitral se apartó ostensiblemente de los requisitos procesales de todo juicio; cabe decir, que por dicha violación a las normas esenciales del procedimiento no procede el exequatur. Generalmente se esgrimen como defensas la falta de un debido emplazamiento al juicio arbitral, que la parte contra la que se invoca el laudo extranjero no fue notificada del nombramiento del árbitro, que no pudo hacer valer sus medios de defensa o cualquier otra comprendida dentro de los cinco incisos de la fracción I del artículo 1462 del Código de Comercio.⁴⁵

Sin embargo, los Tribunales Colegiados de Circuito han considerado que tales violaciones a las formalidades esenciales del procedimiento **son materia de orden público** o equivalentes a este último. En otras palabras, deniegan la homologación del laudo arbitral por razones diferentes al propio concepto de "orden público", noción independiente a las formalidades procesales y comprendida en la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio.⁴⁶

Para ilustrar lo anterior transcribiremos dos de ellas:

"LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSAR LA EJECUCION DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE EL ARBITRO NO CUMPLIO LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTION ES DE ORDEN PUBLICO.

⁴³- La sentencia o el laudo extranjeros pueden ser el resultado de la aplicación de un derecho externo.

⁴⁴- Artículo 1831, en el Título correspondiente a las fuentes de las obligaciones.

⁴⁵- Mismas que recogen las condiciones que fijan las Convenciones de Nueva York y Panamá dentro de sus Artículo V, fracción I, incisos a), b), c), d) y e).

⁴⁶- Misma que es igual a la fracción II inciso (b) de los Artículos V de las Convenciones de Nueva York y Panamá.

Aunque los Jueces del orden común carecen de facultades para revisar la legalidad del laudo arbitral, en cuanto al fondo, lo que es propio en el supuesto de que tal recurso no haya sido renunciado por las partes, si pueden, en cambio, rehusar la ejecución del laudo, cuando adviertan que el árbitro se ha apartado ostensiblemente de los requisitos procesales estipulados en el respectivo compromiso o cláusula compromisoria, **con evidente violación a las normas esenciales de todo juicio, que son de orden público.**

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 286/77. Etlá, S.A. 23 de septiembre de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos."

"ARBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCION LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES.

..... El Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, para decretar el requerimiento de pago, únicamente debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un procedimiento en el que se han respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y **que no sea contrario a una materia de orden público.**

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1303/2001. Constructora Aboumrand Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez."

VIII. Reflexiones Finales.

1.- No cabe duda que la Resolución 2/2002 adoptada por la International Law Association durante su LXX Conferencia Bienal celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002 ha venido a despejar muchas dudas sobre lo que debe interpretarse como "orden público" en el contexto de esta noción como motivo o defensa para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales mercantiles de carácter internacional.

No obstante de que dicha Resolución sólo adopta Recomendaciones sobre la aplicación de dicho concepto y que las mismas están dirigidas a los tribunales de los Estados, exhortándolos a que las atiendan cuando confronten dicha defensa (el orden público) en casos de homologación de dichos laudos, su prestigiosa autoría deberá persuadir a los jueces a su seguimiento, facilitando así la consistencia en la aplicación de tan impreciso concepto.

2.- La mayor parte de los especialistas coinciden en la necesidad de acotar esta noción, limitando su ámbito a los principios fundamentales atinentes a la justicia y la moral, a los intereses esenciales del Estado requerido en materia política, social y económica. Dichos principios e intereses esenciales no pueden ser violados por la sentencia arbitral, sea por el procedimiento según el cual la última fue dictada, sea por su contenido sustantivo.

3.- La legislación mexicana en materia civil y mercantil ha adoptado una pauta análoga.⁴⁷ Puede afirmarse que nuestros ordenamientos procesales, a nivel federal y local, están con los países vanguardistas en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales procedentes del exterior, cuando unas y otros han alcanzado fuerza ejecutoria.

Nuestra jurisprudencia, aún reducida a tesis aisladas, va orientada a una visión más liberal y más proclive a la cooperación internacional. El Senado de la República no formuló (aún cuando tenía el derecho a hacerlo) ninguna

⁴⁷.- Principalmente después de las reformas al Código de Comercio (en 1989 y 1993) y al Código Federal de Procedimientos Civiles en 1993. Asimismo al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de cooperación procesal internacional, en 1993.

de las reservas permitidas por la Convención de Nueva York de 1958. En tal virtud para reconocer o ejecutar en México laudos arbitrales extranjeros, no se requiere que los mismos provengan de un Estado Parte del citado tratado o se condicionen a la reciprocidad.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, tanto las leyes mexicanas como los precedentes judiciales a nivel federal, conservan la noción de orden público como motivo para denegar la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros cuando unas y otros sean contrarios al orden público. Dicha violación puede ser de carácter procesal o sustantivo. Hasta ahora no hemos encontrado ninguna tesis que utilice este concepto como excepción o defensa para aplicarlo al fondo del asunto resuelto en el exterior.