Arbitrabilidad y orden público

Por el Dr. Hernando Díaz Candia del Despacho de Abogados WDA Legal S.C.

El arbitraje es una institución jurídica inspirada en métodos políticos de resolución de conflictos entre comerciantes, utilizados desde la época medieval y con precedentes en la antigua Grecia, mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, con consentimiento de las partes y en exclusión —al menos parcial— de la jurisdicción estatal, para resolver de manera jurídicamente vinculante una controversia a través de la aplicación de normas o principios preexistentes. El origen del arbitraje fue —en importante medida— ajeno al Derecho y perteneciente a la estricta equidad, razón por la cual, en tales orígenes, los actos que lo concluían carecían de coerción jurídica.

Con su desarrollo histórico el arbitraje pasó gradualmente a ser reconocido por el orden jurídico, inclusive transnacional. En el siglo XXI se le puede ubicar, por tanto, en una paradoja: su actual fuerza se basa en normas jurídicas que en sus orígenes parecía querer escapar. Esa paradoja plantea una cuestión particular: ¿Cómo puede congeniarse la arbitrabilidad, es decir, la disponibilidad o posibilidad para ser resuelto en arbitraje, de un asunto en el que se involucre el orden público? Con el orden público se asocia una rigidez, que en Venezuela ha llevado a reflejar en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial que no son arbitrables, entre otras, las controversias "que sean contrarias al orden público" y las "directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público."

No es obvio entender que el arbitraje tenga flexibilidad —que no arbitrariedad— en la valoración de las pruebas y en el método de razonamiento jurídico empleado para su conducción y culminación, pero que sin embargo puedan arbitrarse conflictos en los que se involucre el orden público. De hecho, muchas veces en los foros jurídicos la imperatividad se justifica con base en el involucramiento del orden público, llegando a decirse: «una norma es de orden público», para concluirse que las cuestiones en las que deban aplicarse normas imperativas no son arbitrables.

Es fundamental recordar, primero, que cuando existen normas de aplicación inmediata o normas imperativas, no necesariamente existen normas que establezcan un orden público; y segundo, que aun cuando efectiva y realmente se involucren normas que establezcan un verdadero orden público, ello no excluye de plano la arbitrabilidad del asunto. El arbitraje —al menos el arbitraje de Derecho— no relaja necesariamente el orden público, ni lo menoscaba. El ius imperium del Estado es importante y está sujeto a reglas especiales de Derecho Público; ello implica que el ejercicio del ius imperium no puede ser juzgado en sola equidad, sino necesariamente en Derecho, y que los árbitros deben aplicar el Derecho con una rigurosidad y minuciosidad científica no menor a la de un juez, aunque el árbitro pueda —y deba— emplear un modo de obrar y razonar distinto al del Poder Judicial.

Debe tenerse en cuenta además, que al menos en materia doméstica los laudos arbitrales siempre estarán sometidos, aunque limitadamente, al recurso de nulidad del laudo ante la jurisdicción judicial. Ello debe atenuar la preocupación de quienes piensan que el Poder Judicial siempre debe controlar las controversias que involucren al orden público.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, además, ha desechado progresivamente la transabilidad —es decir, la renunciabilidad a derechos— como único elemento general para establecer la arbitrabilidad, favoreciendo el denominado principio tuitivo. Bajo el principio tuitivo, el arbitraje es excluible, en general, en ciertas áreas o materias especiales en las que deben tutelarse o ampararse sustantivamente quienes en el arbitraje serían

débiles jurídicos. Asimismo, en lo particular, ciertas cláusulas arbitrales concretas pueden considerarse inválidas si atentan en sí mismas, intrínsecamente, contra el derecho a la defensa y el debido proceso de una parte[2]. Pero no puede excluirse el arbitraje de grandes parcelas, prima facie, con el pretendido objeto de proteger la prevalencia del orden público.

La defensa de la arbitrabilidad de cuestiones de orden público es un asunto que se acerca más a la esfera del ius-naturalismo que a la del ius-positivismo (ciertamente el texto del artículo 3 la actual Ley de Arbitraje Comercial venezolana podría estar redactado distinto); pero, en todo caso, la no arbitrabilidad de dichas cuestiones debe debatirse con argumentos sólidos y no simplemente emocionales, exponiendo generalidades como la de que el Estado somos todos y que no puede privatizarse la justicia. La libertad del individuo frente al Estado debe ser expansiva, y es contrario a esa libertad que al individuo se le limite su facultad de sustraerse de la jurisdicción judicial, para acceder a la justicia sustantiva frente al Estado, con la excusa de proteger a este último y a un etéreo orden público. La función básica y tradicional de toda Constitución es organizar el Estado y disponer las libertades y derechos de los ciudadanos frente a ese Estado, y a partir de los artículos 253 y 258 de la Constitución venezolana de 1999 puede considerarse que acceder al arbitraje y sustraerse parcialmente de la jurisdicción judicial es una libertad de los particulares frente al Estado. Cuando el Estado consiente en el arbitraje está ejerciendo, y no renunciando, su soberanía.

La flexibilidad hace que el arbitraje funcione de manera distinta al Poder Judicial, pero no lo hace absolutamente inaceptable para resolver cuestiones que involucren al orden público. Por el contrario, al acrecentar la separación del Poder Estatal, el arbitraje puede ser particularmente ideal para juzgar objetivamente la legalidad de los actos del Estado. Debe reconocerse, en todo caso, que el arbitraje no es necesariamente una panacea generalizable, pues al ser una institución en la que los árbitros —que no son jueces regulares— ganan honorarios no despreciables, se corre el riesgo de desfigurarlo en un negocio con fines de lucro o al menos rentable. El arbitraje no es ideal para todas las controversias, pues el mismo implica —entre otras cosas— sufragar gastos como honorarios de árbitros y de centros administrativos que no se sufragan en jurisdicciones judiciales, así como la constitución de tribunales ad-hoc o accidentales. Pero el arbitraje debe ser promocionado porque así lo requiere la Constitución y porque es un mecanismo que facilita el acceso a la justicia sustantiva y no formalista.

1. Según el Diccionario de la lengua española, «tuitivo» (del lat. tuĭtus, part. pas. de tuēri, defender) es un adjetivo de uso jurídico equivalente a: «Que guarda, ampara y defiende».
2. Una cláusula arbitral podría atentar intrínsecamente contra el derecho a la defensa, por ejemplo, si bajo ella el nombramiento de los árbitros queda al designio de una sola parte y fuera del control u objeción posterior de la otra parte.
3. Se ha discutido así, por ejemplo, si en materia arrendaticia el principio tuitivo debe o no excluir la aceptación del arbitraje. **Cfr. Guerrero Rocca, Gilberto Alejandro**: «**¿Sigue siendo el arbitraje un medio alternativo para la resolución de controversias en materia arrendaticia: comentarios al tratamiento jurisprudencial**». Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia n.º 18. Caracas Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 101-131.