ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, NORMAS DE APLICACIÓN NECESARIA Y ARBITRAJE DE EQUIDAD

VÍCTOR HUGO GUERRA H.
Doctor en Derecho, Profesor Asociado
de Derecho Internacional Privado

En las siguientes líneas comentamos, procurando adaptarnos al formato de esta publicación electrónica, algunas de las ideas expuestas en el Comité de Arbitraje de Venamcham sobre el orden público internacional (OPI), las normas de aplicación necesaria (NAN), y las soluciones aplicables al fondo de una controversia sometida a un arbitraje de equidad. Sobre estas ideas incluiremos nuestra opinión al respecto.

De esta manera nos planteamos: (i) ¿el árbitro de equidad estaría limitado en las soluciones al fondo de la controversia por el OPI, o más aún, obligado a respetar las NAN? Esta pregunta, nos puede conducir también a otra: (ii) ¿existen diferencias entre el OPI y las NAN? Y, finalmente, para el caso particular venezolano, nos preguntamos toda vez que el OPI y las NAN están previstas en la Ley Venezolana de DIP de 1998 (LDIP), (iii) ¿sí es aplicable la LDIP a los temas de arbitraje en Venezuela visto que el artículo 62 de la misma textualmente señala que "Salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia"?

Sin seguir un orden particular en nuestras respuestas y comenzando por la tercera de ellas, lo primero que hay que señalar es que en el sistema venezolano han existido dos posiciones teóricas y una práctica con respecto a la interpretación que debe darse al alcance del artículo 62 de la LDIP.

La primera de ellas, la interpretación literal, defensora de la autonomía del arbitraje y por lo tanto, considera que la aplicación de la LDIP sólo es pertinente por lo que respecta al artículo 47 de la LDIP (véanse sobre la primera posición: Varios Autores: Ley de Derecho Internacional Privado Comentada. Coordinación Tatiana B. de Maekelt y Otros. Referencias al Artículo 62 por Luis Ernesto Rodríguez. Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CDCH), Caracas, 2005, T. II, pp. 1252 y ss. Y, Ramón Escovar Alvarado en "Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero". En: Derecho Procesal Civil Internacional, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N. 88, Caracas, 2010, pp. 786 y ss.).

La segunda, una interpretación histórica y armónica de la normativa y que patrocina la aplicación subsidiaria de la LDIP al arbitraje comercial internacional, más allá de la sola referencia hecha al artículo 47 de esta ley (véanse German Delgado Soto "Consideraciones sobre Arbitraje Comercial en Venezuela". En: DeCITA. Derecho Comercial Internacional. Arbitraje. Edit. Zavalia, Buenos Aires, 2004. Y, Frank Gabaldón: "Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial. Livrosca. Caracas, 1999).

En tercer lugar, la posición práctica, ofrecida por otros autores venezolanos quienes han optado, simplemente, por citar como aplicables al arbitraje comercial internacional ciertas normas de la LDIP. Por ejemplo, en materia de Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, específicamente los artículos 29, 30 y 31 de la LDIP; y también en la aplicación indirecta de las normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (véanse Eugenio Hernández-Bretón: Algunas Cuestiones de Derecho Internacional Privado del Arbitraje Comercial. Revista de la Fundación Procuraduría. Año 13, No. 21, Caracas, 1999; y Claudia Madrid: El acuerdo de arbitraje

como excepción al ejercicio de la jurisdicción. En: Derecho Procesal Civil Internacional, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N. 88, Caracas, 2010, p. 711).

Nosotros somos partidarios de la interpretación histórica y armónica de ambos instrumentos, la cual al final conlleva a resultados prácticos. En primer lugar, por parecernos que la propuesta histórica brinda una mayor armonía al sistema jurídico venezolano y es la que permite un desarrollo adecuado de las soluciones arbitrales. En segundo lugar, por el conocimiento que nos brindó el haber participado, directamente, en la formación de la LDIP y haber contribuido, tras bastidores, con la discusión de los aspectos del arbitraje comercial internacional que debían asegurarse en el proyecto de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998 (LAC). Así, históricamente, el artículo 62 de la LDIP sólo se incorporó al proyecto de LDIP hacia finales de los años noventa, pues el proyecto original de esta ley (Proyecto 1963-65) no lo incluía. Esta incorporación de última hora sólo fue el reflejo, en nuestra opinión, de la coexistencia que hubo durante la aprobación definitiva de ambas leyes, cuyos proyectos fueron sometidos casi simultáneamente a la revisión y al debate parlamentario. Lamentablemente durante el debate legislativo, la LAC sufrió importantes mutilaciones de su proyecto original, especialmente en aquellas normas referidas a los aspectos propios del DIP, como por ejemplo, la eliminación de una norma similar a la del artículo 28 de la Ley Modelo CNUDMI. Una vez en el Congreso, poco podía hacerse ya para asegurar que los textos definitivos de estas leyes no fueran a contradecirse entre ellos, o a dejar importantes vacíos que dieran lugar a posteriores problemas prácticos, tales como el curioso debate doctrinal que gira hoy en torno al artículo 62 de la LDIP y a sus críticas (véase Tatiana B. de Maekelt: Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres Años de su Vigencia. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2002. p. 130).

Como partidarios de la aplicación de la LDIP al arbitraje, especialmente al comercial internacional, consideramos que ella incluye hoy, por ejemplo, todo lo relativo a la metodología normativa (e.g. aplicación del concepto de NAN contenido en la LDIP) e instituciones generales del DIP (e.g. aplicación de la solución de OPI consagrada en la LDIP) aplicables para la determinación del Derecho o solución aplicable al fondo de la controversia. Lo contrario sería, como bien lo ha dicho nuestra doctrina y, en ausencia de una norma especial sobre la materia que regule determinado aspecto del arbitraje, ignorar la expresión contenida en el propio artículo 62 de la LDIP "se regirá por las normas especiales que regulan la materia" y, además implicaría confinar al operador jurídico a declarar una laguna legal en el derecho venezolano sobre determinados aspectos que encuentran su solución en la LDIP (véase Shirley Sánquiz: El Derecho Aplicable al Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Venezolano. Fundación Roberto Goldschmidt y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 57).

Continuando con las respuestas a otra de las preguntas que nos formulamos al inicio, ¿cómo podemos diferenciar el OPI y las NAN? Más allá de estar simplemente previstas ambas figuras en dos artículos diferentes de la LDIP, (OPI artículo 8 y NAN artículo 10), cuando ambas tienen en común la protección del sistema jurídico. El debate doctrinal acerca del OPI y de las NAN no es novedoso. De hecho, el OPI fue de las primeras instituciones generales aceptadas para la formación científica del Derecho Internacional Privado (DIP) como disciplina jurídica y por su parte, la discusión sobre las NAN tampoco es nueva. La Corte Internacional de Justicia se refirió a ellas en el Caso Marie Elizabeth Boll del 28/11/1958 (http://www.icj-cij.org/), y la doctrina extranjera las viene comentando y fijando sus características esenciales desde los años sesenta (véanse por citar sólo algunos de los clásicos: Henri Batiffol, y Phocion Francescakis: L'arrêt Boll de la Cour Internationale et sa contribution à la théorie du droit international privé, en Revue Critique, V. VII, Paris, 1958; y Guiseppe Sperduti: Les lois d´application nécessaire en tant que lois d´ordre public, en Revue Critique Nº 66, 1977).

Ahora bien, el OPI actúa a posteriori, es decir, como la posibilidad que tiene el juez, o en este caso el árbitro, de desaplicar aquellas soluciones que resulten manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Las NAN por su parte siempre se revelarían en el ordenamiento jurídico como preceptos positivos y conforme a la LDIP son aquellas normas venezolanas de carácter imperativo,

dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos y que se aplican necesariamente, con independencia de la metodología conflictual, es decir, sin importar cuál o cuáles son los derechos aplicables al caso. (véanse Fabiola Romero: La Norma de Aplicación Inmediata o Necesaria. En: Universidad Central de Venezuela. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 112, Caracas, 1999, p. 134. Claudia Madrid: La Norma de Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela. Serie Trabajos de Grado, Caracas, 2004, No. 2, pp. 112 y ss.).

Técnicamente hablando, el OPI es una institución general o valorativa del DIP, mientras que las NAN se corresponden con un tipo normativo dentro de la pluralidad de metodología normativa de éste. Así, mientras los principios fundamentales protegidos por el OPI, generalmente, no están contenidos en normas ya que su concretización dependerá del supuesto particular que se presente, las NAN si lo están (véanse Varios Autores: Ley de Derecho Internacional Privado Comentada. Coordinación Tatiana B. de Maekelt y Otros. Referencias al Artículo 10 por Claudia Madrid. Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CDCH), Caracas, 2005, T. I, pp. 343 y ss. Y, José Alfredo Giral Pimentel: El Contrato Internacional. Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N. 71, Caracas, 1999, p. 249).

En nuestra opinión, cuando la doctrina sostiene que las NAN regulan aspectos atinentes a las políticas económicas, monetarias, control de cambio, transferencia tecnológica, régimen aduanal, normas de protección al consumidor, y en general, las normas que integran el Derecho Económico (véase Tatiana B. de Maekelt: Teoría General del Derecho Internacional Privado. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 243 y ss.), tal afirmación nos lleva a afirmar que éstas pueden encontrarse, incluso, en normas de rango sub-legal, por ejemplo, las que decretan controles como el de cambio o precios; las de ordenación urbanística; las relativas a productos peligrosos; y las referidas a bienes de primera necesidad.

Para finalizar, la respuesta a la tercera pregunta que nos formulamos, ¿están los árbitros de equidad sometidos al OPI y a las NAN? Para la LAC, en su artículo 8, los árbitros pueden ser de equidad, es decir, árbitros que procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Esta posibilidad es reflejo de una de las influencias normativas que inspiró a la LAC, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, la cual en su artículo 28, aparte 3, al referirse a las normas aplicables al fondo de la controversia, señala que el tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. Norma que no fue modificada por las enmiendas aprobadas en el 2006 a esta Ley Modelo (http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

Para nuestra doctrina el arbitraje de equidad es aquel "*…que se resuelve dejando de lado las normas jurídicas en la sustentación del laudo; es decir, es aquel en el que los árbitros resuelven de acuerdo a su criterio y leal saber y entender, guiados por la equidad" (véanse Hernando* ***Díaz-Candia****: El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje). Tesis Doctoral, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2011. Publicado por Editorial Aranzadi, Caracas 2011. Y, Ricardo* ***Henriquez La Roche****: El Arbitraje Comercial en Venezuela, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, año 2000)*.

En nuestra opinión, los árbitros, aun los de equidad están sometidos al OPI y las NAN. En primer lugar porque la Constitución venezolana de 1999, que incorpora por primera vez al arbitraje al sistema de administración de justicia, no hace distinción entre los arbitrajes de derecho y los de equidad. Por lo tanto, tal incorporación trae consigo la aplicación de importantes principios constitucionales como el de la tutela judicial efectiva, no sólo para el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, sino también para el ejercicio de los árbitros en la solución de controversias. Entonces, ¿por qué si un árbitro de derecho está sometido al OPI y a las NAN, uno de equidad no habría de estarlo?

En segundo lugar, cuando la controversia se encuentra conectada con el ordenamiento jurídico venezolano o, el laudo se pretende ejecutar en Venezuela, no hay razón para sostener que el árbitro actuando como "*amiable compositeur*" pueda ignorar las NAN venezolanas o, dejar de asegurar que su solución no viole,

manifiestamente, principios fundamentales del OPI. Ello, con independencia de que su decisión al fondo del asunto la tome de acuerdo a su criterio y leal saber y entender, guiado por la equidad. Sostener lo contrario podría conducir a la ineficacia e inejecutabilidad de su laudo. Para la doctrina relevante incluso el árbitro de equidad debe acatar las NAN de los ordenamientos jurídicos vinculados con el caso, a los fines de proteger la ejecución del laudo, posición que no es pacífica, pues para otros, a diferencia del rol del juez frente al derecho del foro, el árbitro, al carecer de foro, no le corresponde velar por el cumplimento de ningún ordenamiento jurídico y, en consecuencia, salvo por lo que respecta al derecho escogido por las partes para regular el fondo de la controversia, el árbitro no estaría obligado a aplicar las NAN de ordenamiento jurídico alguno (*véase Shirley **Sánquiz**: El Derecho Aplicable al Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Venezolano. Fundación Roberto Goldschmidt y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 98 y ss.)*.

En conclusión, aplicando la LDIP al arbitraje, particularmente al arbitraje comercial internacional y, entendiendo que el OPI y las NAN son dos figuras diferentes, somos de la opinión que aun cuando el árbitro de equidad tiene plena libertad para fundamentar sus decisiones, a fin de resolver el fondo de la controversia según su criterio y sin necesidad de basarse en ordenamiento jurídico alguno, dicha libertad encuentra sus límites en la obligación de procurar que el laudo resulte eficaz y ejecutable y para ello, deberá acatar no sólo las NAN que pudieran resultar aplicables de los Derechos conectados con el caso, en especial las del Derecho del lugar de ejecución del laudo, sino también asegurar que su solución no viole el OPI en los términos que hemos ya comentado.

Prof. Víctor Hugo Guerra Hernández

Caracas, julio de 2012