

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CUBA

Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Antecedentes: la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior de la República de Cuba.* II. *La Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional (CCACI).*

I. ANTECEDENTES: LA CORTE DE ARBITRAJE DE COMERCIO EXTERIOR DE LA REPÚBLICA DE CUBA

El Arbitraje comercial internacional en Cuba, en forma institucionalizada bajo los auspicios de una Corte permanente, cumplió en septiembre pasado 42 años. Efectivamente, la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior, órgano autónomo adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, como se denominaba la Corte cubana hasta la promulgación de la nueva regulación sobre Arbitraje en Cuba, fue creada en 1965, dando cumplimiento al mandato legal establecido desde la creación de la Cámara de Comercio en 1963, ocasión en la cual se dispuso la creación de una Corte de Arbitraje para el comercio exterior.¹

* Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, profesor principal de derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Mercantil, miembro de número del IHLADI.

¹ La Corte de Arbitraje de Comercio Exterior adscrita a la Cámara de Comercio de la República de Cuba fue creada por la Ley núm. 1148, del 15 de septiembre de 1965, la que cumplimentó así lo dispuesto por la Ley núm. 1091 de 1963, tal como quedó modificada por la Ley núm. 1131, del 26 de septiembre de ese propio año, mediante la cual se creó la propia Cámara, que en su artículo 10, había dispuesto la creación de una Corte de Arbitraje para el Comercio Exterior.

Es así que la Corte para el arbitraje comercial internacional en Cuba, durante su existencia de más de cuatro décadas conoció de casi mil procesos arbitrales.

La Corte durante muchos años sirvió, fundamentalmente, de foro permanente para la solución de litigios entre empresas estatales cubanas y otras de países socialistas, en el marco de las relaciones surgidas en el entonces Consejo de Ayuda Mutua Económica,² resultantes de sus relaciones contractuales de comercio internacional o exterior, o de sus vínculos económicos y científico-técnicos, así como de otros litigios de carácter civil derivados de aquellos vínculos o relaciones, tal como dispuso el artículo 2o. de la Ley que le confirmó su competencia.³

Posteriormente, la Corte resultó foro propicio para la solución de los eventuales litigios surgidos en el proceso de inversión extranjera, dado que una de las garantías que concede la Ley de la inversión extranjera (Ley núm. 77 del 5 de septiembre de 1995), como igualmente lo hizo la legislación anterior en materia de inversión extranjera (Decreto Ley núm. 50 de 15 de febrero de 1982), es, precisamente, el derecho de pactar libremente la solución de las posibles discordias, bien aceptando la *litis* judicial en los tribunales nacionales, bien acudiendo a una Corte Internacional de Arbitraje, sea la Corte cubana o a una extranjera, o bien estableciendo reglas de Arbitraje *ad hoc*, según se desprende del articulado de la Ley.⁴

Igualmente la Corte ha conocido de litigios entre sucursales de compañías extranjeras acreditadas en el país y sociedades mercantiles o em-

² Consejo de Ayuda Mutua Económica (por sus siglas, CAME), organización gubernamental que administraba el comercio y las relaciones económicas entre los países socialistas.

³ Ley núm. 1303, del 26 de mayo de 1976, que estableció el Reglamento de la Corte, aún vigente. Sobre esta Corte, su marco legal y funcionamiento, y texto de la Ley, véase: Miranda Bravo, O., *El arbitraje internacional en Cuba*, Cámara de Comercio de la República de Cuba, 1998, Colección Jurídica, núm. 8, pp. 3-26.

⁴ “Artículo 57. 1. Los conflictos que surgen de las relaciones entre los socios de una empresa mixta, o entre los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales partes en contratos de asociación económica internacional o entre los socios de una empresa de capital totalmente extranjero bajo la forma de compañía anónima por acciones nominativas, se resuelven según lo acordado en los documentos constitutivos. 2. Igual regla se aplica cuando el conflicto se produce entre uno o más socios extranjeros y la empresa mixta o la empresa de capital totalmente extranjero a la que aquel o aquellos pertenecen”.

presas cubanas, o entre aquéllas,⁵ por lo que ha mantenido durante estos años un constante trabajo.⁶

La experiencia anterior, unida a la necesidad de acercarse al desarrollo alcanzado por el arbitraje, la conciliación y la mediación, como medios alternativos para el conocimiento y la solución de los conflictos de carácter comercial internacional, especialmente los vinculados a las operaciones de capital extranjero en el territorio cubano, aconsejaron la adopción de un nuevo texto legislativo que actualizara la disposiciones nacionales en materia de arbitraje, lo que se ha materializado mediante el Decreto-Ley núm. 250, del 30 de julio de 2007, “Sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional”, que ha originado una renovación importante en la fuente autónoma del Arbitraje internacional en Cuba.

Es de señalar que Cuba es signataria, desde el mismo año en que entró en vigor, de la “Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional”, suscrita en Ginebra el 21 de abril de 1961, vigente desde el 7 de enero de 1964. Igualmente, es parte de la “Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras”, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958, a la que Cuba se adhirió en 1974, por lo que los dos instrumentos jurídicos internacionales (de fuente convencional) más importantes referidos al Arbitraje Comercial Internacional constituyen fuente de derecho, de origen externo o internacional para el Arbitraje en Cuba, y resultan de obligada aplicación, a instancia de parte o de oficio, por la Corte o los Tribunales del Sistema Judicial, en virtud de los principios y reglas establecidas en la legislación común sobre la vigencia de los acuerdos o tratados internacionales, su aplicación directa por los tribunales y hasta su preferencia frente al derecho interno, en caso de la existencia de reglas diferentes, salvo cuando resulte de apreciación la excepción de orden público.⁷

⁵ Existen unas 420 asociaciones económicas internacionales, entre empresas mixtas propiamente dichas, o sea, aquellas constituidas bajo la forma de sociedades anónimas, y simples asociaciones contractuales, denominadas por la ley como “Contratos de Asociación Económica Internacional”. Hay radicadas en el país unas 750 sucursales de sociedades mercantiles extranjeras.

⁶ En los últimos 7 años (2001-2007) la Corte conoció de 320 procesos arbitrales, por un monto superior a 60 millones de dólares.

⁷ Véase, por ejemplo, artículos 20 y 21 del Código Civil cubano, Ley núm. 59, del 16 de julio de 1987, *Gaceta Oficial* de la misma fecha, que establecen la prioridad a las disposiciones de los Tratados y la excepción de orden público, respectivamente.

Cuba no es signataria de la Convención de Washington del 14 de octubre de 1966, sobre “Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, por la cual se constituyó el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dados los vínculos de este Centro con el Banco Mundial, pues todos los miembros del CIADI son, a la vez, miembros del Banco, además de que su Consejo Administrativo es dirigido por el Presidente del Banco. Cuba tampoco es signataria de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975, en el marco de la Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), auspiciadas por la Organización de Estados Americanos (OEA) en virtud de su peculiar estatus en esa organización.

II. LA CORTE CUBANA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CCACI)

La Corte cambia su nombre, a tono con un contenido más abarcador, ya que el término “comercio internacional” es mucho más amplio que “comercio exterior”. Así a partir del nuevo Decreto-Ley se denomina: “Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional”.

A tono con este nuevo nombre habrá también un nuevo radio de acción en el ámbito de actuación de la Corte, ya que cualquier relación que pueda ser calificada como comercial internacional, con independencia del lugar en que se haya producido y de las partes que intervengan en esa relación, podrá ser sometida al conocimiento de la Corte.

Entendiéndose el término “comercial” en el más amplio sentido, de manera que da cabida a todas las manifestaciones susceptibles de relaciones monetario-mercantiles, o sea, de índole comercial, bien resulten de un contrato o de cualquier otra causa que origine la relación jurídica extracontractual.

1. Régimen jurídico

Según la Ley, la Corte goza de plena independencia funcional para el desarrollo de su actividad jurisdiccional. No depende de ningún organismo de la Administración Central de Estado, sino que es un órgano adjun-

to a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, la que, a su vez, tiene un carácter autónomo, como organismo no gubernamental, dado su carácter de entidad de auxilio al comercio.

La Corte se rige exclusivamente por la Ley que la constituye, sus propios Estatutos y las Reglas de Procedimiento, aprobadas por la Cámara de Comercio de la República de Cuba con fecha 13 de septiembre de 2007.⁸

Los Estatutos establecen, entre otras reglas, que la Corte tiene como funciones principales las siguientes:

a) Asegurar la aplicación de los Reglamentos de Arbitraje, Conciliación y Mediación, disponiendo para ello de todas las facultades necesarias.

b) Actuar como autoridad nominadora.

c) Contribuir a la formación de la conciencia jurídica sobre el arbitraje, la conciliación y la mediación en el ámbito del comercio internacional.

d) Contribuir a la capacitación de los árbitros.

e) Realizar intercambios de experiencias con otras cortes de arbitrajes o centros de mediación de otros países o de carácter internacional.

f) Colaborar con los trabajos de perfeccionamiento en materia de arbitraje, conciliación y mediación comercial internacional que se desarrollen o promuevan por organismos especializados, tanto nacionales como internacionales.

g) Cualquier otra actividad relacionada con el arbitraje, la conciliación y la mediación comercial internacional.

Como es habitual en esta institución, los litigios que se conocen en la Corte son de carácter privado, y tanto los documentos sometidos a la Corte, o al Tribunal Arbitral en su caso, como los resultantes del proceso arbitral, serán tratados con la necesaria confidencialidad.

El nuevo Reglamento que sustituyó al viejo procedimiento arbitral establecido en 1976, fue redactado a partir de la experiencia internacional alcanzada en la materia, y contiene regulaciones modernas sobre el procedimiento arbitral coincidente con las más adelantadas en la materia.

⁸ Resoluciones núms. 11 y 12, 2007, respectivamente, del presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, *Gaceta Oficial*, núm. 072, ed. extraordinaria del 9 de noviembre de 2007, pp. 1184-1190.

2. Integración

En cuanto a la designación de los árbitros, la Corte se afilia al sistema de *numerus clausus*⁹ al poner a la disposición de las partes una lista de veintiún árbitros, designados por el Presidente de la Cámara de Comercio, de entre profesionales de reconocido prestigio y experiencia en la ciencias jurídicas, en la esfera de las relaciones comerciales internacionales y demás especialidades requeridas para abarcar distintas alternativas de materias que puedan ser objeto de debate en la solución de los conflictos que se le someten a su consideración.

El tribunal arbitral al constituirse para la solución de un caso concreto podrá estar integrado por un árbitro único o por tres árbitros, según la elección de las partes; a falta de acuerdo expreso de las partes, actuarán tres árbitros, según disponen las Reglas de Procedimiento, en consonancia con las recomendaciones de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹⁰

3. Jurisdicción y competencia

La Corte conoce y resuelve los litigios de origen contractual y extracontractual, de carácter internacional que le sean sometidos voluntariamente por las partes, y también conocerá de aquellos cuando haya quedado establecida su competencia en virtud de tratados internacionales.

⁹ Como explica la doctrina, en estos casos en que el arbitraje es auspiciado por un centro o institución, cuyo reglamento se afilie a este sistema, el centro de arbitraje provee las listas de árbitros y las partes interesadas designan a los mismos. Boutin, G. I., "Del Arbitraje Comercial", *M & P*, Panamá, 2001, p. 34, y Parra Benítez, J., "El arbitraje en Colombia y su aplicación en un caso de contrato administrativo", *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, p. 4. Véase también artículo 14 del Reglamento de la Cámara de Comercio Argentino-Brasileña de Sao Paulo, o artículo 5o. del Reglamento de Arbitraje del Tribunal Arbitral Permanente de la Cámara Argentina de Comercio.

¹⁰ La Ley Modelo fue aprobada, por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), el 21 de junio de 1985. En su artículo 10 establece que a falta de acuerdo de las partes para determinar el número de árbitros, actuarán tres. Anuario de UNCITRAL, 1985. Sobre UNCITRAL y la naturaleza de las leyes modelos, véase Pérez Nieto, L., "La Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional", *Relaciones Internacionales*, núm. 65, enero-mayo de 1995, pp. 97 y ss.

Quiere esto decir que se trata de una corte, como su propio nombre lo indica, para el “Arbitraje comercial internacional”, por lo que quedan excluidos de su ámbito de actuación los litigios de carácter interno puramente domésticos.

El carácter “internacional” del litigio, contractual o extracontractual, estará dado, según la letra de la Ley, por la presencia de, al menos, uno de los tres requisitos siguientes:

- El establecimiento o la residencia habitual de las partes, se encuentra en países diferentes;
- Se trate de personas naturales o jurídicas de ciudadanía o nacionalidad diferentes, aun en el caso de que las partes tengan su domicilio en un mismo Estado;
- El lugar de la concertación del contrato, o del hecho que origina la obligación, o su cumplimiento, ocurre en un Estado diferente.

De esta manera la delimitación del concepto “internacionalidad de la *litis*”, se asemeja al sugerido por la Ley Modelo, salvo el supuesto, incluido en esta última, que acepta el criterio de las partes para conferir el citado carácter internacional a la cuestión litigiosa objeto del arbitraje, cuando consideren que está relacionada con más de un Estado.¹¹ Se parte así, en la regulación cubana, de un criterio objetivo: las partes no pueden internacionalizar la *litis*; como no pueden internacionalizar el contrato.

El calificativo de “internacional” está dado por la presencia del elemento extranjero que conecta la relación jurídica con más de un sistema jurídico u ordenamiento material. Se trata de relaciones jurídicas de tráfico externo o situaciones privadas internacionales al decir de los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.¹² Otra cosa es que el criterio de las partes, admitido por la Corte, esté basado en algunos de los supuestos anteriores para considerar el contrato objeto de la *litis* como internacional, lo que constituye así una causa objetiva y no subjetiva, basada en el mero acuerdo.

Y es que la calificación de un contrato como interno o internacional reviste una especial importancia desde el ángulo del derecho

¹¹ Supuesto previsto en el inciso c), párrafo 3), del artículo 1o., de la Ley Modelo que establece: “las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.

¹² Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, p. 24.

aplicable,¹³ sin embargo, como bien se ha dicho, difícilmente se encuentra un ordenamiento jurídico que defina con cierto grado de precisión esta distinción, por lo que “ante la ausencia de definición legal lo más que cabe es describirlo y, en todo caso habrá que estar al supuesto concreto para verificar su existencia”.¹⁴ Recordemos que para los profesores Giuliano y Lagarde, estaremos en presencia de un contrato internacional cuando haya en éste al menos un elemento de extranjería, cualquiera que sea su naturaleza —personal, real o local— se trata, por tanto, de una situación privada internacional que debe contener uno o más elementos ajenos a la vida del país, elementos que deberán ser susceptibles de acarrear la aplicación de ordenamientos jurídicos de distintos países.¹⁵

A pesar de este criterio objetivo para determinar la “internacionalidad” de la cuestión litigiosa, se hace una excepción al declararse la competencia de la Corte para conocer de los litigios (contractuales y extracontractuales) que le sean sometidos por las empresas mixtas constituidas en Cuba, alguna de las partes de los Contratos de Asociación Económica internacional, o por una empresa de capital totalmente extranjero, comprendidas las establecidas en Zonas Francas y Parques Industriales, en sus relaciones económicas entre sí o con personas jurídicas o naturales cubanas.

Esta regla merece una reflexión. Desde el punto de vista objetivo, o sea, a partir de la presencia del elemento extranacional, los anteriores sujetos son nacionales, salvo dos:

— La parte extranjera en el Contrato de Asociación Económica Internacional (*Joint Venture*), y

¹³ Sobre la “internacionalidad”, como presupuesto para la determinación del derecho aplicable, véase Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, del 19 de junio de 1980”, *Contratos Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 62-70, y Dávalos Fernández, R., “La regulación jurídica del contrato internacional”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI)*, núm. 16, Madrid, 2003, pp. 12-16.

Sobre la “internacionalidad” para la calificación del Arbitraje, véase Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, A. L., *Derecho mercantil internacional*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 717-721.

Sobre la “internacionalidad” del convenio arbitral, véase el excelente trabajo de la profesora Artuch Iriberry, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 76-96.

¹⁴ Esplugues Mota, C., *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 46.

¹⁵ Giuliano, M., y Lagarde, P., “Informe referente al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”, *DOCE*, C327, del 11 de diciembre de 1992, p. 10.

- Una de las modalidades de la Empresa de Capital totalmente extranjero: la Sucursal; dado que la otra (la Filial) es una sociedad mercantil de capital extranjero pero constituida en Cuba, por lo que resulta nacional jurídicamente hablando, como la Empresa Mixta (*Equity Joint Venture*).

Por lo que estos dos tendrían siempre la posibilidad de acudir a la Corte, sin necesidad de la excepción. Es decir, a partir del elemento extranacional que le confiere a la cuestión litigiosa el carácter de “internacional”.¹⁶

¹⁶ Para mejor comprensión vale la pena comentar brevemente, las modalidades de la inversión extranjera en Cuba.

Las inversiones extranjeras en Cuba, de acuerdo con la Ley, pueden adoptar las siguientes formas:

- a) Empresa Mixta,
- b) Contrato de Asociación Económica Internacional (Asociación Contractual), y
- c) Empresa de capital totalmente extranjero.

Las dos primeras formas de inversión extranjera: “la empresa mixta” y “la asociación contractual” constituyen, a su vez, las formas que adoptan las llamadas por la Ley genéricamente, “asociaciones económicas internacionales”, y por la doctrina internacional como “*joint venture*” (“*equity joint venture*”, cuando surge una nueva sociedad mercantil; en este caso bajo la forma de sociedad anónima, y solamente “*joint venture*”, cuando se instrumenta simplemente mediante un contrato, llamada también por ello, frecuentemente, como “asociación contractual”).

Por su parte, la empresa de capital totalmente extranjero, es aquella en la cual el inversionista foráneo ejerce directamente un negocio determinado en Cuba, sin que para ello tenga que compartir la dirección y los ingresos (y por supuesto los riesgos) con un socio cubano.

En la empresa de capital totalmente extranjero, el inversionista extranjero ejerce la dirección de la misma, disfruta de todos los derechos y responde por todas las obligaciones.

La Ley, como en los demás casos de la inversión extranjera, autoriza al inversionista foráneo para que pueda actuar como persona natural o como persona jurídica (sociedad mercantil). Para el primer caso acude a las dos típicas variantes: la filial y la sucursal.

a) Mediante la Filial, el o los inversionistas extranjeros constituyen en Cuba una empresa mercantil bajo la forma de sociedad anónima por acciones nominativas. Se trata pues de una sociedad mercantil de nacionalidad cubana, “hija” de una sociedad extranjera. Debe apuntarse como dato curioso que, en este caso la sociedad extranjera, aún cuando se trate de una sociedad de personas (colectiva o comandita) deberá constituir en Cuba una nueva sociedad (de la que será titular) pero siempre bajo la forma de sociedad anónima y por acciones nominativas.

b) En el caso de la Sucursal, la propia sociedad extranjera se radica en el país sin necesidad de constituir una sociedad nueva, para lo cual se inscribe en el Registro Mercantil. Se trata pues de la misma sociedad extranjera.

La razón de esta excepcionalidad para determinar la competencia de la Corte, ampliando su ámbito de aplicación a cuestiones litigiosas entre sujetos nacionales, sin la presencia de otro elemento de extranjería en la relación jurídica, está dada como una garantía más a las concedidas por la Ley de la Inversión Extranjera. No se parte entonces, para estos sujetos, de los supuestos de domicilio, nacionalidad, lugar de celebración o ejecución del contrato, sino que se tiene en cuenta que se trata de relaciones jurídicas entre sujetos presentes en el país con motivo de una inversión extranjera. Elemento que, para el Legislador, requiere de una especial protección al conferirle autonomía para elegir el foro de competencia en la solución de los litigios, aún para el caso de contratos internos.

Pero además del carácter “internacional”, que debe revestir la cuestión litigiosa, hay otro criterio delimitador *ratione materiae*, que está dado por la naturaleza comercial de la relación objeto de la diferencia. La Corte es de Arbitraje Comercial Internacional, la cuestión litigiosa debe provenir pues de la interpretación, cumplimiento o ejecución de un contrato mercantil, o de una obligación extracontractual vinculada a esa actividad.

Por último, sentado ya que se trata de una relación jurídica “comercial-internacional” que ciñe la competencia de la Corte a los asuntos de tal naturaleza, se requiere que la Corte pueda ejercer su función mediante las vías que dejan establecida su función jurisdiccional, ya que no se trata de un órgano más de administración de justicia, sino de una institución de auxilio al comercio internacional. Para ello se recurre a tres vías reconocidas en la doctrina y el Derecho positivo: el acuerdo arbitral, la típica sumisión y las disposiciones de los Tratados internacionales.

Surge así el ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte, en primer lugar, de la autonomía de la voluntad de las partes, y la forma por antonomasia de materialización de esa autonomía es el acuerdo o convenio arbitral.

A tono con las exigencias convencionales internacionales que obligan al Estado, y con la tradición del Arbitraje comercial internacional en Cuba, la Ley no hace distinciones en cuanto al valor jurídico y a los efectos que produce entre la cláusula compromisoria y el pacto o com-

Como puede verse sólo la parte extranjera del Contrato de Asociación Económica Internacional y la sucursal extranjera en el caso de la empresa de capital totalmente extranjero, son personas (naturales o jurídicas) *extranjeras*, dado que la empresa mixta o la empresa de capital totalmente extranjero (Filial) son sociedades mercantiles nacionales, bajo la forma de sociedad anónima, con independencia de la nacionalidad de sus socios.

promiso arbitral por separado, como ha sido criticado para otras legislaciones latinoamericanas.¹⁷ Recuérdese que se trata de una vieja distinción resuelta por la Convención de Nueva York de 1958, cuando estableció:

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. Y a continuación dispuso aclaratoriamente: La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmado por las partes o contenidos en canje de cartas o telegramas.¹⁸

Así dejó claro la Convención de Nueva York que el acuerdo o convenio arbitral podía referirse tanto a diferencias anteriores o existentes al momento del acuerdo, como a las eventuales o futuras. Igualmente confirió el mismo valor al acuerdo o convenio que adopta la forma de cláusula formando parte integrante del contrato, como aquel que se redacta y suscribe por separado, antes o después del contrato.

Como bien señala la doctrina el Convenio arbitral es, en su origen, una convención o acuerdo entre las partes, de carácter privado, pero tiene una finalidad y unos efectos de marcado carácter procesal.¹⁹ Pero aún en el caso en que se configura como una cláusula compromisoria, formando parte integrante de un contrato, posee, a su vez, autonomía material e independencia respecto al propio contrato en que está inserta, dado que tiene un fin diferente al contrato a que se refiere, aún cuando sea un complemento para que el contrato, como instrumento por excelencia del tráfico mercantil, pueda lograr el objetivo propuesto.

La ley cubana prevé que el Arbitraje puede surgir también fruto de la autonomía de la voluntad sin la existencia de un acuerdo previo a la

¹⁷ Distinción mantenida en la legislación de Brasil, y que de cierta manera, subsiste aún en la Ley núm. 9307, del 23 de septiembre de 1996. Véase Feldstein de Cárdenas, S. L., “El arbitraje en Brasil”, *Revista Plenario*, edición electrónica, año 4, núm. 40, 1988, p. 2, y Nehring Netto, C. “The new brazilian Arbitration Law”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Suplemento especial, International Commercial Arbitration in Latin America, 1997, p. 11.

¹⁸ Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York 1958, artículo II, párrafos 1 y 2.

¹⁹ González Campos, J., “Sobre el Convenio Arbitral en el derecho internacional privado español”, *A. D. I.*, vol. II, 1975, p. 7, y Artuch Iriberry, E., *op. cit.*, nota 13, p. 28.

presentación de la demanda ante la Corte, es el caso de la típica sumisión, cuando las partes llevan a cabo la realización de determinados actos procesales que denotan, sin lugar a dudas, su voluntad de someterse al Arbitraje. La regulación va más allá de la recomendada por la Ley Modelo, reproducida en la Ley española, ya que en ésta se establece que se entenderá que hay acuerdo cuando exista “un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”.²⁰ Como se desprende de la letra de la norma, se exige que en la demanda se haga referencia a la existencia de un acuerdo previo de arbitraje.

Por su parte, la otra fórmula que sigue la regulación cubana se afilia no a la existencia de un acuerdo previo, aunque fuere solamente una alegación no negada, sino a la realización de actos procesales que demuestren la existencia de la conformidad con el Arbitraje. Se trata por tanto de la típica sumisión que las normas de procedimiento civil suelen aceptar para fijar la competencia de un juez o tribunal en determinados asuntos, sin la necesidad de la presencia de otra regla adicional. Un ejemplo de ello puede encontrarse en la Ley panameña que establece como una modalidad de convenio arbitral una declaración unilateral de someterse a arbitraje por una de las partes, seguida de una adhesión posterior de la otra u otras involucradas en el conflicto; formula que, como afirma Boutin, en definitiva conjuga el principio de la existencia del acuerdo y basado en un acto de espontaneidad bilateral y consensual.²¹

Por último la Corte conocerá también de aquellos asuntos que resulten de su competencia en virtud de haber quedado así dispuesto en Tratados internacionales. Se trata de una regla de marcado carácter práctico, que nada tiene que ver con la discutida naturaleza jurídica del Arbitraje, bien sea contractual, jurisdiccional, mixta o autónoma.²² La regla tiene su origen en determinados Convenios o Tratados internacionales²³ en los cua-

²⁰ Artículo 7o., párrafo 2, Ley Modelo, y artículo 9o., párrafo 5, Ley española.

²¹ artículo 8o., inciso 3, Decreto-Ley 5 de 1999. Véase comentario de Boutin, G. I., *op. cit.*, nota 9, p. 29.

²² Sobre la naturaleza del arbitraje, véase Chillón Medina, J. y Merino Marchán, J., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, España, Civitas, 1979, p. 110 y ss., Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, C., *op. cit.*, nota 13, pp. 709-715, y Artuch Iriberry, E., *op. cit.*, nota 13, pp. 45-60.

²³ Un ejemplo de ello lo eran las condiciones generales de los países miembros del CAME, que establecían como foro competente para dirimir los litigios resultantes de las

les los Estados predeterminan el foro de competencia para la solución de los litigios entre las personas naturales o jurídicas que caen en el ámbito de su facultad soberana.

Más allá de la discusión teórica o doctrinal acerca de la naturaleza del Arbitraje y sin negar los valores académicos y esfuerzos que entrañan los ejercicios doctrinales encaminados a despejar la naturaleza del Arbitraje, o la propia esencia del Convenio Arbitral, que ilustran y permitir comprender mejor la institución objeto de estudio, particularmente, en el caso del Arbitraje Comercial Internacional, y sin querer afiliarme a un marcado pragmatismo, es dable asegurar que la admisibilidad de estos casos, aunque no surjan de la autonomía de la voluntad de las partes, y puedan “asomar la oreja” de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje,²⁴ constituye no sólo una necesidad, sino también un acierto, dado que brinda una garantía más a las partes al no obligarles a dirimir discordias en los tribunales ordinarios, al mismo tiempo que contribuye a brindar una mayor utilización del arbitraje como medio para la solución de los litigios comerciales internacionales.

Una fórmula adecuada parece ser la utilizada con frecuencia en los APRI (Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones) y en determinados acuerdos de integración, aunque en estos casos, si bien está indicado el Arbitraje como una vía para la solución de los litigios, existe cierto margen de acción a la autonomía de la voluntad dado que, generalmente, puede el inversor elegir entre las distintas opciones de Arbitraje que le ofrece el Acuerdo.

4. *Facultad de la Corte para decidir sobre su competencia*

Consecuencia del tan afamado y discutido principio *Kompetenz-Kompetenz*, para muchos la piedra angular del arbitraje comercial internacional, la Corte está facultada para decidir sobre su propia competencia, y sobre la validez de la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral.

relaciones contractuales entre los Estados miembros, la Corte de Arbitraje del país del demandado, con lo que el actor, al interponer la demanda, fijaba la competencia de la Corte.

²⁴ Para algunos el arbitraje impuesto por la ley no es en rigor un auténtico arbitraje, sino un *seudo arbitraje*, Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, C., *op. cit.*, nota 13, p. 712. Habría que preguntarse si el mismo criterio se tiene cuando el arbitraje resulta impuesto por la “ley internacional”, como lo es el Tratado.

A pesar de que se trata de una regla admitida convencionalmente desde 1961, en virtud de su incorporación a la Convención Europea que consagró este principio al establecer que: "...el tribunal arbitral cuya competencia fuere impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso".²⁵ Todavía en 1985, al aprobarse la Ley Modelo de UNCITRAL, se discutía sobre su admisibilidad, y llegó a señalarse que aún no era generalmente admitido.²⁶

Su incorporación a los principales Reglamentos de Arbitraje,²⁷ y sobre todo la aceptación de la Ley Modelo por muchos Estados, le brindó más amplia difusión aún que la propia Convención Europea, la cual durante muchos años no contó con las mismas ratificaciones que su "hermana mayor" la Convención de Nueva York de 1958, instrumentos jurídicos internacionales básicos por excelencia para el desarrollo del Arbitraje Comercial Internacional. Actualmente sin embargo, el principio "competencia-competencia", se encuentra incorporado a las principales legislaciones promulgadas sobre la materia.²⁸

²⁵ Artículo V, párrafo 3, de la Convención Europea, adoptada en Ginebra el 21 de abril de 1961.

²⁶ Véase nota explicativa de la Secretaría de la UNCITRAL referida a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que dice: "El párrafo 1o. del artículo 16 adopta los dos importantes principios (aún no generalmente admitidos) de *Kompetenz-Kompetenz* y de la separabilidad o autonomía de la cláusula compromisoria....".

²⁷ El Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, aprobado el 15 de diciembre de 1976, en su artículo 21 establece: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje por separado". El mismo principio (competencia-competencia) está recogido también en el artículo 6o., párrafo 2 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, y en el artículo 15, párrafo 1, del Reglamento de Arbitraje de la AAA (Asociación Americana de Arbitraje).

²⁸ Véase la clara aceptación del principio "competencia-competencia", entre otros ejemplos, en: la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, artículo 25; y en la más reciente de las leyes de Arbitraje de Latinoamérica, la chilena, Ley-19.971, de 10 de septiembre de 2004, en su artículo 16; es interesante la regulación de la Ley Española en su artículo 22, que incluye no sólo las excepciones sobre la propia competencia de los árbitros y las relativas a la validez del convenio arbitral, sino, también, cualesquiera otras cuya estimación impidan entrar en el fondo de la controversia. En el caso de Brasil, si bien la Ley núm. 9307 del 23 de septiembre de 1996, reconoce, en su artículo 8o., la independencia de la cláusula compromisoria, presupuesto sustantivo

Como bien explica la profesora española Elena Artuch Iriberry, el principio Kompetenz-Kompetenz, “en su formulación general, significa que los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, es decir, en última instancia, para decidir sobre la validez del convenio arbitral considerado como objeto autónomo del análisis. Esto es, si la impugnación de competencia se basa en la propia cláusula, el principio de competencia-competencia permite a los propios árbitros conocer acerca de ella. Si lo que se impugna es el contrato que la contiene, el principio de autonomía aislará el convenio del contrato y también el árbitro puede conocer de su competencia”.²⁹

Es evidente, a pesar de la interrelación de los dos principios (autonomía del Convenio arbitral y competencia-competencia) que el de autonomía es de carácter sustantivo, y el de competencia-competencia tiene un carácter adjetivo. Por ello, en correspondencia con la interrelación de los dos principios, y el efecto complementario de uno sobre otro,³⁰ el proyecto establece que el acuerdo arbitral en cualquiera de sus modalidades, o sea: tanto la cláusula compromisoria como el pacto o convenio arbitral redactado en documento aparte, pero en conexión con un contrato, se considera independiente de las restantes cláusulas del contrato y su validez no se verá afectada por las razones que puedan afectar la validez del contrato.³¹

innegable del principio competencia-competencia, y la fuerza vinculante de la cláusula compromisoria o convenio arbitral, lo cual durante muchos años fue cuestionada en ese país, obstaculizando, según apunta la doctrina, la utilización práctica del Arbitraje Comercial Internacional, todo lo que significa un importante adelanto; por otra parte, la propia Ley establece la intervención judicial cuando aún existiendo cláusula compromisoria hubiere resistencia por una de las partes con relación a la institución del arbitraje. Véase artículos 7o. y 8o. de la Ley 9307, del 23 de septiembre de 1996, y comentarios de Feldstein de Cárdenas, S. L., *op. cit.*, nota 17; y Giusti, G., “La evolución legislativa del arbitraje en Brasil”, Ponencia a la vigésima quinta conferencia de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Guadalajara, septiembre de 2002.

²⁹ Artuch Iriberry, E., *op. cit.*, nota 13, p. 211.

³⁰ La profesora E. Artuch Iriberry ha llamado la atención sobre este particular: “Generalmente, aunque los principios de autonomía del convenio y de competencia-competencia, aparecen diferenciados en un plano teórico, lo cierto es que su interrelación o la sobrevaloración de uno sobre el otro son frecuentes, hasta el punto que no es fácil saber de qué se está hablando”, *ibidem*, p. 213.

³¹ Una interesante disposición emitida recientemente sobre la cláusula compromisoria, que refuerza las posibilidades del Arbitraje ha sido la formulada en Panamá, mediante el acto legislativo núm. 1o., del 27 de julio de 2004, que dispuso el reconocimiento de la

Se otorga así, como ha señalado la doctrina sobre esta controvertida cuestión,³² competencia a la Corte para decidir sobre su propia competencia, con base en un acuerdo potencialmente válido, incluido en un contrato o vinculado a él, que, en virtud de esa competencia, puede luego resultar nulo.³³

5. La excepción de arbitraje

Como lógica consecuencia, de los efectos positivos del convenio arbitral, surge la competencia de la Corte, y, en su reverso, como efecto negativo, la incompetencia de los tribunales, así la Ley establece que los tribunales de la jurisdicción ordinaria se abstendrán de conocer de aquellos litigios contractuales o extracontractuales que se hubieren sometido a arbitraje, siempre que en relación con los cuales exista un acuerdo por el que expresamente se someta el mismo a una solución arbitral, a menos que se considere que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

La disposición es congruente con los principios establecidos en los Convenios de Nueva York y Ginebra,³⁴ que regulan los efectos de la eficacia procesal negativa del convenio arbitral (la excepción de arbitraje

validez de la cláusula compromisoria de Arbitraje cuando es pactada en los contratos con el Estado. Esta reforma libera al Arbitraje con el Estado de la obligación de pasar por la opinión favorable del Procurador tal como lo señalaba el antiguo numeral 4o. del artículo 195 de la Constitución; eliminándose así la discusión del carácter vinculante de la cláusula compromisoria cuando se pacta contractualmente con el Estado. *Gaceta Oficial* 25,176 del 15 de noviembre de 2004.

³² El mayor logro del principio competencia-competencia, como afirma la Profesora Artuch Iriberrí, “es la posibilidad de decidir sobre la validez del contrato en que aparece la cláusula, señaladamente en los casos en que el vicio invalidante sea susceptible de afectar a ambos por igual”, *op. cit.*, nota 13, p. 214.

³³ Formulación clásica de la Ley Modelo: “...una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”, artículo 16, párrafo primero, de la Ley Modelo. Igual regulación contiene la Ley española en su artículo 22, párrafo primero.

³⁴ El Convenio de Nueva York de 1958, en su artículo V, párrafo tercero, establece: “El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo (reconocimiento del acuerdo arbitral) remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

como causa de la falta de competencia judicial), como única vía para dar paso a la eficacia positiva (la competencia de los árbitros), pues de lo contrario la indiscriminada intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje haría ineficaz este medio de solución de diferencias, que, como bien señala Fernández Rozas “no debe ser entendido sólo como una opción jurídica, sino como la aceptación de una práctica consolidada entre los operadores del tráfico comercial, que precisa respaldo normativo”.³⁵

Aunque la nueva norma se limita a establecer (en realidad a reiterar) la incompetencia de los tribunales para los casos sometidos al conocimiento de la Corte cubana, hay que advertir que tal excepción está dispuesta como prohibición general en la legislación cubana a los tribunales para conocer de cualquier asunto sometido a arbitraje obligando así a los tribunales a abstenerse de actuar ante cualquier caso sometido a arbitraje, regulación establecida en la Ley Procesal común, que luego de establecer que la Jurisdicción de los Tribunales cubanos es indeclinable, exceptúa de este principio general las controversias que surjan en el comercio internacional, que sean sometidas expresa o tácitamente, o por disposición de la ley o por acuerdos internacionales, a las cortes arbitrales, con lo que comprende en la excepción de arbitraje no sólo a los asuntos que puedan haberse sometido a la Corte cubana, sino a toda cuestión litigiosa, “comercial internacional”, sometida a arbitraje, incluyendo las Cortes extranjeras o internacionales y, como no especifica (y donde la Ley no distingue no cabe distinguir) queda incluido también el arbitraje *ad hoc*.³⁶

Esta disposición incorporada a la Ley procesal cubana desde 1979, seis años antes de la aprobación de la Ley Modelo por UNCITRAL, trae causa del Convenio de Nueva York, al que Cuba se adhirió desde 1974, y de

Por su parte, la Convención Europea (Ginebra 1961) en su artículo VI, inciso 3, establece: “Si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento antes de recurrirse a un tribunal judicial, de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que este dicte su laudo, sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”.

³⁵ Fernández Rozas, J. C., *Ius Mercatorum, autorregulación y unificación de derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegio Notariales de España, 2004, p. 69.

³⁶ Artículo 3o. de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley núm. 7, del 19 de agosto de 1977, *Gaceta Oficial* del 20 de agosto.

la Convención Europea (Ginebra 1961), a la que Cuba se adhirió desde 1964. Recuérdese que el Convenio de Ginebra remite a la *Lex Fori*, la determinación de la naturaleza y alcance de la excepción de arbitraje como cuestión adjetiva o sustantiva.³⁷ En el caso de la ley cubana fue recogida como una excepción por falta de jurisdicción, la que, según dispone la Ley de Procedimiento, es declarable de oficio en cualquier estado del proceso.³⁸

Así la legislación cubana ley procesal, en relación con la excepción de Arbitraje, resultó adelantada en su época respecto a otras legislaciones latinoamericanas e inclusive a la española.

Hay que decir, sin detenerme demasiado en el tema, que la excepción de arbitraje ha sido un tema polémico doctrinalmente e incluso en las soluciones dadas en el derecho positivo. La ley panameña, por ejemplo, en ese sentido distingue entre los efectos sustantivos y procesales del convenio arbitral, explica en qué consiste cada uno de ellos, y califica la excepción de Arbitraje como “declinación de competencia” por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada (tribunal arbitral), y dispone la inmediata remisión del expediente a éste.³⁹

Por su parte, la Ley Venezolana se limita a calificar al acuerdo de arbitraje como exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, aunque otorga al tribunal arbitral la facultad para decidir sobre su propia competencia, incluso a las excepciones relativas a la existencia o a la validez de la cláusula compromisoria.⁴⁰

³⁷ El artículo VI, inciso 1 del Convenio de Ginebra, establece: “Toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal, ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo”.

³⁸ Artículo 4o. de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral.

³⁹ Artículo 11 del Decreto Ley núm. 5 de 1999, y comentario explicativo en Boutin G. I., *op. cit.*, nota 9, pp. 31-33.

⁴⁰ Artículos 6o. y 7o. de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Venezuela, *Gaceta Oficial*, núm. 36430 del 7 de abril de 1988. Sobre las características de la Ley venezolana y su comparación con la Ley Modelo de UNCITRAL, véase De Maekelt, T. B., “Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano”, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, vol. II, Panamá, 2001, pp. 495-511.

La ley Modelo de UNCITRAL se abstuvo de calificar de una u otra manera a la excepción de arbitraje y dispuso una regla de carácter práctico para que el tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remita a las partes al arbitraje siempre que lo solicite una de ellas, a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del asunto, a menos que el propio tribunal considere que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, como dispuso el artículo II, inciso 3 del Convenio de Nueva York.⁴¹

Y es que mucho se ha discutido si la excepción de arbitraje es una cuestión de competencia o de jurisdicción, si debe ser una declinatoria o inhibitoria; si debe sustanciarse como dilatoria o perentoria, o hasta como artículo de previo y especial pronunciamiento, por lo que resulta de obligada referencia en este importante y complejo aspecto el autorizado criterio de la profesora Elena Artuch Iriberry, cuando, en su documentada monografía sobre el Convenio Arbitral, luego de un pormenorizado análisis sobre la excepción de arbitraje, concluye:

No es una declinatoria porque no hay cuestión de competencia alguna, sino que constituye un supuesto de no ejercicio de la jurisdicción. No hay cuestión de incompetencia, sólo una abstención en su ejercicio. Ni jurisdicción ni competencia, ni, por lo tanto, declinatoria: la excepción de arbitraje es un supuesto autónomo y único, que configura una vía procesal de defensa igualmente autónoma.⁴²

Con sentido práctico la ley cubana, como lo hizo antes la ley española, de diciembre de 2003, eludió ese problema calificativo, y estableció una prohibición categórica que impide a los tribunales conocer de los litigios sometidos a arbitraje,⁴³ y siguió después en su articulado el reclamo de la doctrina, que había llamado la atención sobre el particular, advirtiendo que: “El arbitraje comercial internacional precisa, únicamente, por parte de las legislaciones nacionales, una regulación de auxilio y colaboración por parte de los jueces estatales y de control de la legitimidad para garantizar los derechos de las partes”.

⁴¹ Artículo 8o. de la Ley Modelo, véase también nota explicativa de la Secretaría de la UNCITRAL, Anuario de la UNCITRAL 1985, véase texto del artículo V, inciso 3 del Convenio de Nueva York en nota 38.

⁴² Artuch Iriberry, E., *op. cit.*, nota 13., pp. 249 y 250.

⁴³ “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”, artículo 7o. de la Ley 60 del 23 de diciembre de 2003.

6. *El auxilio judicial*

En materia de medidas de apoyo se establecen en la nueva regulación fundamentalmente tres:

A. *La práctica de pruebas*

El tribunal arbitral, en su actuación, está facultado para solicitar a los tribunales ordinarios su intervención a los fines de ordenar la práctica de pruebas requeridas. Lo que viene a llenar un vacío legislativo de consecuencias prácticas importantes.

B. *La adopción de medidas cautelares*

El tribunal arbitral, a instancia de parte, podrá ordenar directamente la adopción de medidas cautelares cuando la misma recaiga sobre bienes que se encuentren en posesión de las partes o referidas a su actividad, y si lo entiende procedente podrá solicitar la prestación de la garantía que estime conveniente.

La solicitud de medidas cautelares, por las partes ante los tribunales ordinarios y su adopción por estos, con antelación al proceso arbitral, o durante su sustanciación, no impide la continuidad del proceso ante la Corte.

Es éste uno de los aspectos que tal vez más agradezcan los abogados en ejercicio, la falta de coercibilidad para asegurar el posible resultado futuro del proceso ha sido causa, más de una vez, de que el actor o demandante se decida por la interposición de la demanda ante los tribunales, a pesar de la existencia de un acuerdo o convenio arbitral, dado que la legislación establecía para el caso de las medidas cautelares la obligatoriedad de presentar la demanda en el término de ley ante la propia jurisdicción, transcurrido el cual la medida dispuesta quedaba sin efecto.⁴⁴

⁴⁴ Artículo 461 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, que autoriza el embargo, al interponer la demanda o en cualquier estado del proceso, y preventivamente, mediante prestación de fianza, pero en este caso quedará sin efecto si en el término de 30 días no se interpone la demanda, en proceso ordinario o sumario.

C. La ejecución forzosa del laudo

Se hace justicia así al principio de que el juez es el actor principal de la fase post-arbitral. En caso de incumplimiento del laudo, la parte interesada, o sea, aquella a cuyo favor el laudo se haya dictado, podrá solicitar directamente ante los tribunales ordinarios su ejecución forzosa, conforme al procedimiento de ejecución. En este sentido el laudo se equipara a la sentencia judicial como título declarativo de un derecho reconocido legalmente, sin más posibilidad para el tribunal ante el cual se solicita la ejecución para autorizar el despacho ejecutivo, que la excepción de orden público, o cuando considere que la diferencia objeto del proceso no es materia arbitrable.

En cuanto a las medidas de control, se establecen las siguientes:

- Se reconoce la facultad de los tribunales de no declinar su jurisdicción cuando consideren que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Es la contrapartida del mandato que establece el párrafo tercero, del artículo II del Convenio de Nueva York. El Tribunal al que se le someta un litigio respecto al cual las partes hayan concluido un acuerdo de Arbitraje, debe remitir a las partes al Arbitraje pactado, a menos que considere que dicho acuerdo o convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Por lo que el tribunal posee, lógicamente, la facultad de examinar el acuerdo o convenio arbitral y pronunciarse sobre su validez.

Ahora bien, aunque el mandato está claro en la Convención de Nueva York, de la cual como se ha dicho, Cuba es parte, y, por ende, resulta de obligatorio cumplimiento por los Tribunales, está requerido de regulación por la legislación nacional. No por gusto la Ley Modelo estableció reglas al respecto.⁴⁵ ¿Debe el tribunal arbitral suspender sus actuaciones en un proceso por el hecho de que una de las partes haya establecido ante los tribunales una acción de nulidad sobre el convenio arbitral, o puede, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales, y dictar un laudo, mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal?

Se trata del viejo problema de la relación entre el acuerdo o convenio arbitral y la impugnación de su validez, bien ante la Corte (la que podría resolverlo, en virtud del principio competencia-competencia, lo que no

⁴⁵ Artículo 8o. de la Ley Modelo, y comentario en nota explicativa de UNCITRAL, pp. 20 y 21.

plantearía entonces ningún problema), o bien ante los tribunales al amparo de la tutela judicial que, paradójicamente, requiere la institución para su propia independencia y supervivencia. Como bien se ha dicho el reconocimiento del Arbitraje no implica su desvinculación del orden jurisdiccional estatal.⁴⁶

Recuérdese que la Convención Europea (Ginebra, 1961), reguló este problema,⁴⁷ que bien puede calificarse, como lo ha hecho la doctrina, de litispendencia arbitral.

— Se deja claro la posibilidad de establecer ante los tribunales la acción de anulación del laudo.

Como consecuencia del principio de intervención judicial en la fase post arbitral, que alcanza dos modalidades, según el objetivo previsto: el no cumplimiento del laudo, en el caso del ejercicio de la acción de anulación (llamada “recurso” por la Ley Modelo), y lograr su cumplimiento obligado, en el caso del reconocimiento y ejecución, y que, en ambos casos, representa una expresión más de la tutela judicial a la institución.⁴⁸

La Ley no establece los motivos por los cuales procede el ejercicio de la referida acción de nulidad; no obstante debe recordarse que como país signatario de las Convenciones de Nueva York 1958 y Ginebra 1961, las razones o motivos establecidos por éstas resultan incorporados como fuente de Derecho al ordenamiento material aplicable y de obligatoria aceptación por los tribunales.⁴⁹

i) que las partes estén afectadas por alguna incapacidad para celebrar el convenio arbitral o éste no sea válido;

ii) que no se haya notificado a una de las partes la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos;

⁴⁶ Fernández Rozas, J.C., *Ius Mercatorum*,..., *op. cit.*, nota 35, p. 69.

⁴⁷ Artículo VI, sobre competencia de los tribunales judiciales estatales, de la Convención Europea (Ginebra, 1961).

⁴⁸ Se trata de la llamada intervención patológica del juez, véase Cuartero Rubio, M. V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, EUROLEX, 1997, p. 23, y nota 9 al pie de página.

⁴⁹ Artículo V del Convenio de Nueva York de 1958, sobre los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Artículo IX del Convenio de Ginebra, sobre la declaración de nulidad del Convenio arbitral, y artículo 4o. sobre la Organización del Arbitraje.

- iii) que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje;
- iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo a la Ley Modelo;
- v) que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje (no arbitrabilidad de la diferencia), y
- vi) que el laudo sea contrario al orden público.

Como se sabe, existe un paralelismo entre los motivos de nulidad, establecidos en la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra 1961) y las causas para la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo del Convenio de Nueva York de 1958, que alcanzó su consagración convencional cuando el artículo IX, párrafo segundo, de la Convención de Ginebra vinculó ambos convenios. Paralelismo que no es absoluto, pues, como bien apunta la doctrina,⁵⁰ la Convención de Ginebra al referirse solamente al párrafo 1 del artículo V del Convenio de Nueva York, no incluyó dos motivos (el orden público y la arbitrabilidad de la diferencia) que son, precisamente, causa frecuentes de anulación de los laudos, y que sí constituyen causa suficiente para la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo, apreciables incluso de oficio por el tribunal, según dispone el párrafo segundo del citado Artículo V del Convenio de Nueva York.

No es ocioso recordar que, como bien explica la nota de la UNCTRAL a la Ley Modelo, que aunque los motivos de nulidad coinciden, casi exactamente, con los motivos para denegar su reconocimiento y ejecución que recoge la propia Ley, habría que señalar dos diferencias prácticas:

La primera, es que los motivos relacionados con el orden público y la arbitrabilidad de la diferencia, pueden diferir en su contenido y regulación en las legislaciones de los distintos países, o sea que la presencia de la variedad legislativa entre los distintos ordenamientos materiales hace que estos dos motivos resulten propios de cada país y no se trasmitan de uno a otro, dado que lo que es de orden público en un Estado puede no serlo en otro, e igualmente sucede con la arbitrabilidad de la diferencia.

La segunda, y más importante aún, es que los motivos alegados y hasta reconocidos por un Tribunal, para denegar la ejecución de un laudo en un país determinado sólo son válidos en ese país, mientras que el laudo

⁵⁰ Cuartero Rubio, M. V., *op. cit.*, nota 48, p. 158.

declarado nulo en el país donde el tribunal arbitral lo ha dictado será de imposible ejecución en todos los demás Estados, según establece el Convenio de Nueva York, en su artículo V, párrafo 1, inciso e).

Todo lo que hace que no sea ocioso insistir, como concluye la Profesora Cuartero Rubio, en que estos extremos sólo podrán verse defendidos en tanto coincidan con lo que se entienda por arbitrabilidad de la diferencia y orden público en el Estado requerido, con lo que se evita un injustificado doble control, en la sede del reconocimiento.⁵¹

Como puede verse la complejidad del tema de la nulidad del laudo arbitral y su vínculo con el reconocimiento y ejecución, justifica sobradamente un tratamiento más desarrollado en la normativa nacional, de lo contrario se puede correr el riesgo de que los tribunales pretendan asumir la revisión de fondo de la decisión arbitral. Pienso que razones como estas justificaron, que el elenco de causas para la anulación del laudo arbitral y su apreciabilidad de oficio, o sólo a instancia de partes, recogido en la Ley española de 2003, se inspirara en la Ley Modelo, como explica la exposición de motivos de la propia Ley.⁵²

7. Derecho aplicable

El proyecto, en claro reconocimiento al principio de autonomía de la voluntad, establece categóricamente que la Ley aplicable al fondo de los litigios de carácter comercial internacional será la acordada por las partes, y acude una regla subsidiaria para los casos en que fuere necesario determinar la ley aplicable a falta de elección por las partes, para lo cual se remite a la ley del lugar del foro.

Todo el andamiaje del Arbitraje Comercial Internacional descansa básicamente en la autonomía de la voluntad, en sus dos vertientes: material y conflictual. Se trata de un presupuesto legal imprescindible, de un requisito *sine qua non*. Es esta, tal vez, la razón fundamental de muchos de los obstáculos y tropiezos que el Arbitraje ha encontrado en Latinoamérica, fundamentalmente en el cono sur americano.⁵³ Es este, hoy en día,

⁵¹ *Idem*, y nota 44 al pie de página.

⁵² Artículos 41 de la Ley 60 / 2003 y comentarios en p. 12 de la exposición de motivos.

⁵³ Las Convenciones de Montevideo, vigentes, en materia de contratos, para Argentina, Paraguay y Uruguay, no admiten la autonomía de la voluntad, y establecen como ley rectora del contrato la del lugar de su cumplimiento. Sin adentrarnos en las discusiones

un obstáculo tal vez mayor, que la desconfianza que durante años se ha tenido hacia la institución, por algunos sectores, tradicionalmente considerada intrusista en al ámbito jurisdiccional.⁵⁴

Puede afirmarse categóricamente que en Cuba este problema no ha estado presente; desde Bustamante, el principio de autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable a los contrato goza de general aceptación. Para Bustamante la autonomía de la voluntad es la piedra angular del régimen jurídico de los contratos. Por ello el Código que lleva su nombre, establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (autonomía material); la interpretación debe efectuarse de acuerdo a la “*lex contractus*” y esta puede resultar de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, incluso de forma tácita (artículo 184). Otra clara referencia a la consagración de la autonomía de la voluntad como derecho de las personas (más que facultad) para escoger la ley aplicable es la recogida en el artículo 3o. del Título Preliminar del Código, en la clásica división tripartita de las leyes (de influencia manciniana) en: personales o de orden público interno; territoriales o de orden público internacional, y voluntarias o de orden privado (fruto de la autarquía personal o autonomía de la voluntad), que son “las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes”.⁵⁵

teóricas levantadas en la doctrina sobre las razones por las cuales las Convenciones de Montevideo rechazaran o no dieran cabida a la autonomía de la voluntad respecto a la elección de la ley aplicable a los contratos, lo cierto es, como ha señalado el profesor argentino Ciuro-Caldani, que “los Tratados de Montevideo de 1889 no admiten la autonomía conflictual y el Protocolo Adicional de los tratados de 1940 la rechaza de manera expresa (artículo 5o.) Los dos grupos de tratados, señala el profesor Caldani, remiten enérgicamente a la ley del lugar del cumplimiento (artículo 32 y siguientes y 36 y siguientes en los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, respectivamente), “llegando a calificar ellos mismos el lugar del cumplimiento para evitar que las partes ejerzan autonomía a través de la fijación de ese lugar”. Ciuro-Caldani, M. A., “El derecho internacional privado ante los procesos de integración, con referencia a la Unión Europea y el MERCOSUR”, *XX Congreso del IHLADI*, anuario, núm. 14, p. 106.

⁵⁴ Fernández Rozas, J. C., *Ius Mercatorum...*, *op. cit.*, nota 35, p. 69.

⁵⁵ A pesar de estas claras referencias, existen posiciones doctrinales diferentes en cuanto a aceptación por el Código de la autonomía de la voluntad como principio rector para la determinación de la ley aplicable a los contratos, aunque la mayoría de los que han terciado en este tema se inclina a favor de la aceptación de dicho principio. Un factor determinante para asumir esta posición, que sostenemos, lo constituye, sin duda, lo expresado por el propio Bustamante en sus comentarios al Código, cuando dice: “en cuanto a la esencia misma de los contratos y a sus estipulaciones y efectos, debe preva-

En el plano del ordenamiento jurídico interno el artículo 17 del Código Civil de 1987 establece: “A falta de sumisión expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato”. La letra del precepto, inserto entre las Disposiciones Preliminares, deja clara la posibilidad de elección de la ley aplicable al contrato, incluso sin distinción del carácter internacional de éste, o sea, sin exigir la presencia de un elemento de extranjería en la relación jurídica contractual.

En materia de legislación especial, específicamente de arbitraje, el artículo 56 de la Ley vigente que establece el Reglamento de la Corte actual, reconoció también la facultad de los contratantes de convenir las normas que deberán ser aplicables en la decisión de sus controversias.

No obstante la consagración legal del principio de autonomía de la voluntad en las fuentes internas e internacionales apuntadas, la inclusión de la norma en el proyecto y su redacción categórica, es necesaria para ratificar tan importante principio, en cuanto al derecho de las partes para elegir la ley aplicable a la diferencia objeto de arbitraje.

El precepto está inspirado, en su redacción (ya que en cuanto al principio de autonomía de la voluntad, como explicamos, está claramente admitido en la legislación nacional y en la doctrina) en el artículo VII de la Convención Europea (Ginebra 1961) y en el artículo 28 de la Ley

lecer el criterio de la autonomía de la voluntad ...el legislador debe inclinarse en materia de contratación ante la ley que las partes se dan a si mismas”. Este criterio debió resultar suficiente para poner fin a la polémica, ya que puede considerarse prácticamente como una “interpretación auténtica”, al ser realizado por el propio autor del Código. Como bien apunta el profesor panameño G. Boutin, tal vez el exceso de territorialismo que envuelve el Código ha facilitado interpretaciones atrofiadas con respecto a la presencia de la autonomía de la voluntad en el artículo 184 del Código, pero sin duda alguna el precepto recurre a la ley aplicable resultante de la elección realizada por las partes, fruto de la autonomía de la voluntad. Artículo 3o. del Título Preliminar y artículo 184, del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), suscrito en La Habana el 13 de febrero de 1928, en el marco de la Sexta Conferencia Internacional Americana.

Bustamante y Sirven, A. S. de, *Manual de derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S. A. 1943, p. 257.

Sobre la polémica doctrinal en cuanto a la recepción de la autonomía de la voluntad en el Código Bustamante, véase entre otros G. Boutin I., *Derecho internacional privado*, Panamá, Mizrachi y Pujol, S. A., 2002, pp. 583 y 584, y De Maekelt, T. B. “La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana”, *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, 2001, p. 368 y nota 25 al pie de página.

Modelo,⁵⁶ sin embargo, llama la atención que no hace referencia a la *lex mercatoria*, o usos del comercio internacional, cuando, precisamente, es el arbitraje el foro propicio para la aplicación de estas normas, que, cada vez con mayor aceptación en el contexto de las relaciones económicas internacionales, pues, como bien apunta el profesor Fernández Rozas, el vertiginoso desarrollo del comercio internacional ha originado no sólo nuevas prácticas de contratación y nuevos modelos de estructuración de las empresas, sino que surgen también nuevos procedimientos de producción jurídica, a partir de la labor realizada en el seno de las Organizaciones internacionales de cooperación económica y comercial. Sus notas más relevantes, destaca el Catedrático de la Complutense, son el carácter diverso y flexible de sus normas y el arbitraje internacional institucionalizado como procedimiento de arreglo de controversias.⁵⁷

Precisamente es el arbitraje la vía para la posible aplicación de los Principios de UNIDROIT en la contratación comercial internacional, cuya primera forma de utilización es: “cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos”. Lo que levanta así el primer problema que plantean en su utilización, que no es otro que el discutido tema de los “contratos sin ley” y de los límites de la autonomía de la voluntad, cuestión sobre la cual las cortes de arbitraje han tenido una interpretación más flexible que los tribunales ordinarios, de ahí que se haya considerado que el uso de los Principios en razón de la voluntad de las partes podrá darse en aquellos casos en que la decisión sobre el eventual litigio contractual quede sometida al arbitraje.⁵⁸

Tal vez el criterio de los autores del Proyecto radique en que, el Código de Comercio vigente en Cuba,⁵⁹ en su artículo 2o. establece el carác-

⁵⁶ Aunque con diferente redacción, tanto el artículo VII del Convenio de Ginebra, como el artículo 28 de la Ley Modelo, establecen el derecho de las partes para determinar, según su criterio, la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia, y como regla subsidiaria para la determinación de la ley aplicable a falta de elección se remiten a las reglas de conflicto que los árbitros consideren apropiadas o aplicables. Véase artículo VII del Convenio de Ginebra y artículo 28 de la Ley Modelo.

⁵⁷ Fernández Rozas, J. C., *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 38.

⁵⁸ Olavo Baptista, L., en “Os projeto de principios para Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT, aspecto de direito internacional privado”. Véase “Principi per i Contratti Commerciali Internazionali e il sistema giuridico latinoamericano”, p. 31.

⁵⁹ Código de Comercio de España, 22 de agosto de 1985, hecho extensivo a Cuba por Real decreto del 28 de enero de 1886, y vigente desde el 1o. de mayo de ese año.

ter supletorio de los usos del comercio por lo que no resulte necesario su incorporación a la nueva Ley, dado que gozan entonces de sustantividad conferida por la Ley para su aplicación por cualquier tribunal, más aún el arbitral que conoce de relaciones jurídicas de carácter comercial, a las que resulta aplicable el Código. Sin embargo, pienso que actualmente no sólo se trata de la aplicación de usos del comercio de la plaza contractual (a los que se refiere el añejo Código de Comercio), sino que debe tenerse presente que existen hoy en día nuevas fórmulas de producción jurídica en la compleja Comunidad internacional actual.

Es innegable que existe una tendencia en los operadores del comercio hacia las respuestas materiales, de carácter internacional, por lo que la autonomía de la voluntad va más allá del marco conflictual, en busca muchas veces ya no de una ley aplicable, ni siquiera “supuestamente imparcial”(cuando las partes acuerdan remitir sus diferencias a la ley de un tercer país), sino de normas materiales de carácter profesional, idénticas para todo los supuestos, que, como bien se ha dicho, ofrecen el resultado de una unificación privada que pone en manos de los contratantes normas eficaces, específicas, detalladas que se ajustan a los intereses y requerimientos de las partes, y que muchas veces adoptan una forma dúctil capaz de adaptarse a las exigencias de la legislación cualquiera que sea la que resulte aplicable.⁶⁰

Y es que, tal vez, como bien dice Sixto Sánchez Lorenzo, estamos asistiendo, al nacimiento de una nueva *lex mercatoria*, caracterizada ya no por ser fruto de las prácticas y usos comerciales de la plaza contractual, sino por su elaboración detallada, por el codificador privado, generalmente en forma de “*soft law*”, al estilo de los *Restatement* norteamericanos, con conceptos abiertos y flexibilidad suficientes para que constituyan una opción en busca de la equidad, frente a la estricta “legalidad”.⁶¹

Pienso que se impone incorporar al proyecto una norma en ese sentido, reclamada por la modernidad y la internacionalización de la economía,

⁶⁰ Dutrey Guantes, Y., “La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado: de la tradicional reciprocidad a la universalidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 251, enero-marzo de 2004, pp. 271-289.

⁶¹ Sánchez Lorenzo, S., *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 308 y ss.

como, paradójicamente tiene la Ley vigente sobre la Corte actual, que se pretende derogar.⁶²

8. *Otras regulaciones*

A. *Lugar*

Las partes podrán elegir expresamente el lugar del arbitraje, cuando no lo hicieren lo será la sede de la Corte. El tribunal arbitral puede también proponer a las partes un lugar diferente al de su sede, en atención al lugar en que hayan ocurrido los hechos o deban practicarse las pruebas. Surge así un interesante problema: las normas de conflicto que aplica el tribunal arbitral para determinar la ley aplicable a falta de elección expresa de las partes, serán las establecidas por el sistema de derecho internacional privado del foro, y éste puede radicar, en un proceso determinado, en un país distinto al de la sede de la Corte, por lo que el sistema de derecho internacional privado que utilizará el tribunal arbitral para determinar la ley aplicable a falta de elección será el del país donde se haya constituido o radicado el tribunal para su actuación y no el de la sede de la Corte que le confiere a esta una nacionalidad.

B. *Nacionalidad del laudo*

Cualquiera que sea el lugar del arbitraje, el laudo se reputará como nacional. Por lo que su ejecución forzosa en Cuba, en caso de incumplimiento, no requiere del procedimiento de exequátur. Se trata de una sentencia arbitral nacional, con independencia del país donde fuere dictado.

C. *Arbitraje ad hoc*

Los procesos de arbitraje comercial internacional celebrados *ad hoc*, de conformidad con los procedimientos acordados por las partes, en los que se hubiere pactado la celebración del Arbitraje en territorio cubano, tendrán iguales garantías a las que se le reconocen a los procesos de ar-

⁶² La Ley 1303, en su artículo 56, establece que los árbitros deben tener en cuenta, además de la ley que resulte aplicable, las costumbres y usos comerciales. Artículo 56 de la Ley 1303, del 26 de mayo de 1976, ya citada.

bitraje institucionalizado ante la Corte. Lo que incluye, lógicamente el auxilio judicial, la adopción de medidas cautelares, la práctica de pruebas, la ejecución forzosa del laudo y demás de apoyo y control por parte de los tribunales. La norma se aviene a lo dispuesto en el artículo IV de la Convención Europea (Ginebra, 1961), que reconoció igual valor al arbitraje institucionalizado que al *ad hoc*, de la cual, como se ha dicho, Cuba es signataria desde la fecha de su entrada en vigor. De esta manera, las reglas que dispone el propio artículo⁶³ para las cláusulas patológicas, deberán ser instrumentadas cuando corresponda por el presidente de la Cámara de Comercio.

D. Conciliación y mediación

Como método alternativo a la solución de controversias, el proyecto prevé que la Corte pueda prestar servicios de conciliación y mediación a las personas naturales o jurídicas que así lo interesen, bajo los principios de neutralidad, equidad, confidencialidad y eficacia, en cuyo caso, los árbitros actuarán como conciliadores o mediadores, según proceda. Podrán someterse a conciliación o mediación todas las controversias sobre la materia competencia de la Corte, o sea, comercial internacional, que sea susceptible de transacción, desistimiento y negociación.

⁶³ Párrafos 1 b) y siguientes del artículo IV del Convenio de Ginebra de 1961.