

PANEL: “TUTELA CAUTELAR Y CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL”

Narciso Cobo Roura¹

Agradezco mucho la intervención de Hierro pues justo donde el termina es donde yo empiezo, y de hecho nos ha colocado una agenda para otro congreso.

El tema de la tutela judicial al arbitraje era un vacío legislativo en nuestro sistema. Justamente lo que haré en mi intervención es exponer la forma en que de alguna manera ha quedado resuelto este vacío. Los demás aspectos a los que me referiré quedarán abiertos en forma de interrogante pues no quiero perder la oportunidad del intercambio.

Tuvimos la suerte de que en el proceso legislativo discurrieran en paralelo los dos decretos leyes que se adoptaron: sobre el arbitraje internacional y sobre el ordenamiento procesal. Eso permitió de manera armónica congruente y bastante satisfactoria, llenar ese vacío de la tutela judicial al arbitraje. Siempre puede haber espacio para algo más pero esto permitió una plataforma de la cual estamos partiendo y que voy a caracterizar.

En esencial, lo que quisiera poner de relieve es que a los tribunales ordinarios cubanos les está dada la obligación preceptivamente de prestar asistencia al arbitraje, este es un punto de partida. Con esto no estoy haciendo ningún activismo judicial, simplemente refiriendo lo que es la dirección de nuestra normativa. Esta asistencia se refiere al arbitraje comercial internacional en cualquiera de sus modalidades, tanto *ad hoc* como institucional. ¿Cuál es el alcance de esa asistencia hoy en nuestros tribunales? En primer lugar la cláusula compromisoria, esa tutela indispensable de respeto al pacto arbitral. En segundo lugar, la medida cautelar -a la que se ceñirá mi exposición-, la asistencia en materia probatoria y fundamentalmente en materia de control del laudo. En particular esto tributa a la autonomía, al respeto de la autonomía del arbitraje y cuando hablo puntualmente de respeto a la autonomía me estoy refiriendo a la posibilidad de materializar el principio *Kompetez -Kompetenz* en los marcos de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.

Yo he tenido la posibilidad de seguir relativamente de cerca durante algún tiempo ya el caso *West Tankers*. Este caso arranca hace diez años atrás, se acelera en los dos últimos años y hay una excelente decisión en mi opinión que lo que hace de alguna manera es reconocer la posibilidad que tiene un tribunal de apreciar y declarar la inexistencia, la ineficacia o la nulidad de una cláusula compromisoria, lo cual se vio en este caso interferido por una *injunction* que fue emitida. Este caso puede dar lugar, e incluso vale pena hacerlo, a un taller únicamente referido a él, por la riqueza de matices y por el hecho de haber dividido posiciones, creando dos bandos,

¹ Presidente de la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

pues independientemente que haya tenido lugar en el marco europeo irradia en todas las direcciones. A la vez que se produjo esa colocación de la tutela al arbitraje, se reforzó la función cautelar en nuestro ordenamiento judicial, que estaba bastante endeble y se vio enriquecida de manera significativa tanto en lo relativo al catálogo de medidas, en cuanto a la posibilidad de medidas innominadas, de introducir el principio *audita parte* - dar la posibilidad de que tenga lugar aún sin previo conocimiento cuando las causas lo justifiquen-, la posibilidad de los supuestos cuatelables, ... y también puntualmente la posibilidad expresa de adoptar medidas cautelares en auxilio a los procesos de arbitraje. En esta línea es que discurre el fortalecimiento de lo que es la función cautelar de nuestros tribunales.

La medida cautelar como concepto jurídico, si es que podemos decir que lo es, es un poco difícil de asir, tiene contornos problemáticos, por lo que terminológicamente nosotros apuntamos un poco más a la función. En el caso de los franceses las *mesures provisoires* apuntan un poco más hacia la transitoriedad, al igual que en el caso norteamericano y el mundo anglosajón con las *interim measures* que la utilizan también con un carácter transitorio. O sea, se toma en cuenta más bien el carácter de la medida. La medida cautelar abarca un universo a veces demasiado amplio, porque hay medidas cautelares convencionales –quizás el embargo, el depósito, etc.-, pero hay medidas mucho más intrusivas como la que puede ser una acción de cese o interrupción de una actividad; y las puede haber como las que fueron caracterizadas aquí por el profesor Hierro. Pero todas tienen casi un mismo tratamiento judicial ¿debe ser así?, no estoy muy seguro de ello. Puede que en un futuro tengamos que repensarlo.

Hay una regla común y con ello me voy acercando a la afirmación que quiero hacer y es que el juez del proceso principal lo es normalmente de la medida cautelar. Pero eso no es siempre así y el ejemplo pudiéramos tomarlo en materia de embargo de buques, donde suele ocurrir que la medida cautelar, el embargo preventivo de un buque, tiene lugar aquí y el proceso principal esté allá. En el arbitraje sucede igual y es normal. Ya en la Convención de Nueva York había esa previsión y sobre esa base incluso nosotros hemos venido trabajando. Las salas de justicia cubanas han venido aplicando casi que directamente aquella Convención en ausencia de un precepto legal que nos lo respaldara y siendo consecuentes con esta posibilidad de adoptar medidas cautelares que no comprometieran en lo absoluto, o no conllevaran, el conocimiento del proceso, de lo que son los méritos del asunto. Esta es quizás la única afirmación que voy a hacer, de aquí en lo adelante podrán ser todas interrogantes: según el artículo 799... “*en Cuba, ante los tribunales cubanos se podrá solicitar medida cautelar por todo actor que lo sea en un proceso de arbitraje ante Corte Cubana*”. Esa es una primera colocación que nos puede sugerir una restricción: “*ante Corte cubana*”. Quiere decir esto que cuando se inicia un proceso ante la Corte Cubana de Arbitraje, las salas de lo económico, que es el espacio al que habitualmente se recurre en estos casos para pedir la medida cautelar, privilegian el hecho de tener este respaldo preceptivo. Eso es afirmativamente, y es explicable pues cuando la corte cubana conoce, está en sede de Cuba, los tribunales son cubanos, hay un elemento de territorialidad. Hay, vamos a decir,

casi que una sede necesaria predeterminada y están todos los elementos derivados o asociados a la elección de una sede.

Ahora bien, nos tenemos que preguntar: ¿y cuando el arbitraje no es ante la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, cuando es un arbitraje *ad hoc* o institucional con sede en Cuba? Y aquí empiezan las interrogantes ¿Qué interpretación harían entonces las salas de lo económico? Si hacen una interpretación literal, restrictiva, tendrían que decir que no procede la adopción de la medida cautelar en apoyo a un proceso arbitral *ad hoc* con sede en Cuba. Si, por el contrario, interpretan con flexibilidad, quizás partiendo de la afirmación de lo que preceptivamente está establecido en cuanto a la asistencia al arbitraje, habría probablemente una interpretación más permisiva y pudiéramos llegar a un "sí", pudiera adoptarse esa medida de manera natural. Habría dos circunstancias que tendríamos que tomar en consideración. En primer lugar, en el artículo 3 de nuestra norma anteriormente había una restricción que refería toda la excepción de sometimiento al arbitraje, a cortes arbitrales. Eso fue eliminado de nuestra ley lo cual nos hace suponer que siempre el legislador ha estado pensando en asistencia al arbitraje comercial internacional en sentido amplio, por lo tanto no habría que entenderlo limitadamente. Por otra parte, habría, pienso yo, que entender que se trata de bienes o de intereses que se encuentran en Cuba, ese sería un elemento adicional. Y quizás hay un tercer criterio y es que el espacio natural de la adopción de una medida cautelar es allí donde debe desplegar sus efectos. Sobre estos tres criterios es que en la práctica la sala de lo económico, más allá de esta aparente restricción, sí ha venido adoptando medidas cautelares en apoyo a procesos de arbitraje *ad hoc* con sede en Cuba y de carácter institucional.

Pero esto nos deja afuera algo, nos deja abierta una nueva interrogante: hemos hablado de arbitraje comercial internacional pero ¿los arbitrajes de inversión quedarían fuera de esta posibilidad? Yo particularmente no lo creo, pero pudiera ser que sí. En este último caso habría dos elementos a considerar. El primero la latitud del término, cuando se habla de arbitraje comercial, se habla en línea general del arbitraje privado con todo un amplio espectro, no se está queriendo discriminar. Y por otra parte, el llamado arbitraje de inversión o inversionista – Estado que tiene ya una connotación un poco pública en realidad viene configurándose de manera muy incipiente desde los años 90, independientemente de que el Convenio de Washington ya data de algunos años, de los 60, su verdadera materialización ha estado en los 90. Y creo que ha sido una materialización bastante unipolar por demás. Por lo tanto no creo que exista la intención de exclusión, de hecho puedo afirmar que en uno de los casos de arbitraje *ad hoc* relacionado con inversión, se trabajó sobre estos principios con toda naturalidad, con todo desenfado, transparencia y fundamento.

Lo anterior nos lleva de la mano a otra interrogante. Aquí se mencionó algo, en relación a la medida cautelar que se nos pide antes, siempre hay un plazo legal para interponer la demanda, para justificar que se ha interpuesto. En el arbitraje institucional quizás la solicitud me sirve, allí hay una institución a cargo, que yo he promovido, pero ¿cómo funciona esto en el arbitraje *ad hoc*? Puede ser un problema interpretativo nuevamente. Si yo interpreto que el momento fundado

para apreciar la voluntad real del actor es el momento en que el tribunal ya se ha constituido y ha notificado el inicio de su actividad pues prácticamente equivale a anular, a echar por tierra la posibilidad de medidas previas. Sin embargo, si se examina el actuar de la parte que está solicitando la medida cautelar y vemos en la forma en que se conduce, la secuencia y analizamos esto integralmente sin detenernos en un elemento puramente formalista que nos determine el punto de inicio de ese arbitraje, podremos pensar que hay una interpretación más flexible, más permisiva pero, sobre todo mucho más racional, que puede efectivamente garantizar la eficacia de estas medidas cautelares. Siempre hay espacio de cualquier manera posteriormente para corregir, modificar y dejar sin efecto aquella medida cautelar que no haya tenido un verdadero proceso. Lo que quiero decir es que no puede haber un mecanismo a la hora de apreciar el momento de inicio en un arbitraje *ad hoc*.

Hay otro tema que nos preocupa cuando se nos pide una medida cautelar. Asumamos que ya fue pedida en tiempo, que vamos a proceder a considerarla ¿tendría que ver algo la arbitrabilidad del proceso principal, de la materia del proceso principal? ¿Se va a considerar únicamente la medida cautelar en el momento o tiene relevancia para el tribunal judicial, para la sala de justicia, el fondo del asunto, la arbitrabilidad de la materia allí? Yo no creo que debamos ser absolutos ni anticiparnos, pero juiciosamente pudiera ser que nos afectara y el principio de eficacia del proceso nos obliga a considerar que si es una medida cautelar que de alguna manera va a ser ejecutada después como anticipativa de la decisión, y aquella materia está afectada por esa otra razón, indudablemente es improcedente. O sea, no creo que sea tan ajeno el tema de la arbitrabilidad, dependerá también del tipo de medida cautelar por supuesto.

La arbitrabilidad me conduce a otros aspectos que no quiero dejar de compartir. ¿Cómo se aprecia la arbitrabilidad, siempre tendría que ser a instancias de alguien, a instancias de parte o de oficio? Puede ser un problema porque de alguna manera me hace pensar en la comparecencia. Por ejemplo, en el caso nuestro el principio es *audita parte*, si vamos tomar una medida cautelar se tendrá en cuenta los efectos que esta pueda tener sobre terceros, pero también en primera instancia cuál es la parte que está afectada y quiere oírla. Si se plantea que hay una urgencia que impide traer a esa persona, pues de acuerdo no se trae, pero habrá que oírla después. Esto plantea dos problemas. Uno, el hecho cierto de que si yo estoy obligado a transitar como tribunal al fin por todos los canales para emplazar a aquella parte, para requerirla, para que asista, para oírla aún cuando ya se haya tomado la medida cautelar, ciertamente eso atenta contra el principio de celeridad y puede implicar la ausencia de mecanismos efectivos de colaboración judicial internacional, de los cuales muy especialmente padece nuestro país en particular. El otro problema que está asociado es lo que Hierro mencionaba de alguna manera: cuando se trata de una medida cautelar que ha sido adoptada *ex parte* -no ha sido oída la otra parte-, y se pide la ejecución porque por ejemplo fue adoptada en un tribunal extranjero, y se quiere en apoyo a un proceso arbitral ejecutar aquí, ello es sumamente complicado. Qué sucede por ejemplo con la ejecución de sentencias cuando se dictan en rebeldía. ¿Cuál es el principio? Realmente hay

principios que al juez le llaman la atención y duda si realmente puede en esos supuestos importar y ejecutar aquella medida cautelar que fue adoptada por un tribunal extranjero.

He tratado de resumir algunas de las preocupaciones que tengo. Queda un último aspecto al que quiero referirme y es el caso de una medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral cubano -o sea, no se adopta en sede judicial ni en Cuba, ni en el exterior, sino en un tribunal arbitral- y se pide su ejecución ante el tribunal cubano porque está resistida la medida cautelar y perfectamente puede ser que la medida cautelar adoptada por el tribunal arbitral se resista. Hay muchas medidas cautelares cuya ejecución puede ser dispuesta por un tribunal, digamos, las asegurativas de medios probatorios. Pero cuando no se trate de esas medidas, sino de otras adoptadas por el tribunal arbitral, creo entonces que sería otro el pensamiento y caminaríamos en otra dirección, no estaríamos tan seguros de que pudiera ser así.

Quisiera cerrar con una observación relacionada con el proceso de nulidad. Cabría preguntarse si en el caso de un proceso de nulidad pueden ser adoptadas medidas cautelares. La suspensión cómo la tomamos. La suspensión puede ser solicitada al tribunal cubano y eso sería en el caso en que el laudo es estimativo, donde en el laudo hubo una condena, donde se quiere que esa condena no sea efectiva. Pero cuando se trata de un laudo desestimativo me parece que no fluiría igual. Son casos que tendríamos que entrar a considerar.

Si Delio tuviese que cerrar esta exposición lo haría tal vez con una frase o un adagio latino, en este caso correspondería quizás *“ad cautelam”* pues el propósito de mi intervención ha sido precisamente el de alertar, en este caso sobre la función cautelar. Pero, distante yo de tanta erudición y más cerca quizás de lo cotidiano, me voy a limitar a citar a “Buena Fe”. Buena fe el dúo musical cubano, no el principio que aquí se ha traído a colación. Es un dúo de mucha sinceridad y transparencia y de alguna manera hay una canción muy peculiar, muy significativa para todos los cubanos que es “Catalejo” y dice así: *“Tengo un catalejo. Con el la Luna se ve, Marte se ve, hasta Plutón se ve. Pero el meñique del pie, no se me ve. Tengo un catalejo, cuando lo pongo al revés no sé entender y lo pongo otra vez en su lugar porque así es como único sé mirar...”*. Creo que esta sería quizás la mejor manera “musical” de terminar, llamándonos a mirarnos por dentro.

Muchas gracias a todos.