

La proyectada Corte de Arbitraje de la OHADAC.

Dr. Rodolfo Dávalos Fernández¹

Sumario:

I.- La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC).
II.- Algunas consideraciones sobre la situación actual del Arbitraje en América Latina y el Caribe. III.- El Arbitraje de Inversiones. La solución de controversias en el seno del ALBA.
IV.- La sede del Arbitraje: su importancia. V.- Un lugar para el Arbitraje. Factores determinantes para la determinación de la sede. VI.- La Corte de Arbitraje de la OHADAC.

1.- La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC).

La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC) por sus siglas en francés), es un proyecto que se inspira en experiencias regionales de armonización jurídica, especialmente en las de su semejante, la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA)², así como en otros procesos regionales de integración. Tiene su origen en la Declaración adoptada en la conferencia de Pointe a Pitre, Guadalupe, el 15 de mayo de 2007, y adoptó, en la Segunda Conferencia celebrada en Puerto Príncipe, Haití, los días 17 y 18 de junio de 2008, una lista de campos jurídicos para su trabajo, entre los cuales se incluye al Arbitraje comercial internacional³.

¹ Profesor Principal de Derecho internacional privado de la Universidad de La Habana. Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Mercantil. Miembro de Número del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

² La OHADA surge con el Tratado Relativo a la Armonización del Derecho Mercantil (de los Negocios, siguiendo la terminología francófona) en África suscrito en la Zona Franca de Port-Louis, Islas Mauricio, el 17 de octubre de 1993, por representantes de 14 países africanos: Benin, Burkina Faso, Camerún, Comores, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea Ecuatorial, Malí, Níger, República Centro Africana, Senegal, Chad y Togo. Posteriormente se incorporarían Guinea Bissau, Guinea Conakry, y la República Democrática del Congo, que hacen lo diecisiete estados africanos que constituyen la organización. Ver “*La Armonización del derecho mercantil en África, impulsada por la OHADA*”, de José María Cueto Álvarez de Sotomayor, Sergio Esono Abeso Tomo y Juan C. Martínez García, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

³ La OHADAC sigue así el estilo de la OHADA, pues el Tratado Relativo a la Armonización del Derecho Mercantil en África dedica un título (IV) al Arbitraje. Ver *OHADA, Tratado, Reglamentos y Actos Uniformes*, Instituto de Cooperación Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Lisboa, ALMEDINA, 2008.

La OHADAC parte del criterio de que el Caribe es un mosaico de Estados en el que coexisten ordenamientos materiales o sistemas jurídicos internos provenientes de distintas familias de Derecho como son el *common law* y el sistema (o familia) romano germánico (también llamado romano francés) que le llega de las antiguas metrópolis, según sean países angloparlantes o de Derecho continental europeo (español, francés y holandés), lo que originó diferencias en los ordenamientos internos, que están requeridos de normas de interpretación común, en beneficio del flujo del comercio y la inversión en la región. Es evidente que para los países del entorno geográfico latinoamericano y caribeño resulta conveniente un acercamiento en sus relaciones mutuas y de interés común, a través de procesos de armonización jurídica que contribuyan a reforzar la posición internacional de la región en los foros internacionales de unificación y armonización del Derecho internacional privado y del Derecho mercantil.

No puede perderse de vista que los procesos de integración regionales constituyen una vía para avanzar en un proceso universal de globalización debidamente equilibrado y respetuoso con los intereses de todos los Estados que constituyen la Comunidad Jurídica Internacional; y, por otra parte, de que la armonización del Derecho mercantil es un instrumento eficaz para dotar al comercio internacional y regional de mayor seguridad jurídica y minimizar sus costes, facilitando los intercambios comerciales, el desarrollo de las economías nacionales y su progresiva integración.

A partir de estas premisas la OHADAC ha iniciado ya sus pasos con la celebración del Congreso Latinoamericano y Caribeño celebrado en La Habana a finales de junio pasado, destacando la promoción del Arbitraje, como institución paradigmática en el auxilio al comercio internacional, y como un pilar fundamental para el inicio del desarrollo del proceso de armonización del Derecho mercantil en el área latinoamericana y caribeña,

El Congreso celebrado en La Habana, culminó con una Declaración⁴ en la cual se solicita a la OHADAC, que promoció y diseñó un sistema de arbitraje comercial internacional institucional, dotado de una reglamentación moderna y eficiente, que tenga en consideración las aportaciones más recientes del Derecho comparado, colme sus lagunas y se oriente hacia un procedimiento arbitral que atienda a la autonomía de las partes, respete la soberanía de los Estados, facilite una labor eficiente de los árbitros y garantice el dictado de laudos arbitrales que optimicen la calidad de la justicia, la seguridad jurídica y la eficacia de sus pronunciamientos.

La Declaración reclama también de la OHADAC la promoción en el ámbito caribeño de estudios de Derecho comparado que, con una perspectiva amplia, permitan un conocimiento mutuo de sus respectivos sistemas jurídicos que facilite una labor de armonización jurídica del Derecho mercantil, y la introducción en su agenda de un catálogo de materias de Derecho sustantivo, cuya armonización se considera conveniente para alcanzar los objetivos propios de la integración jurídica, singularmente en los ámbitos de la contratación comercial, el transporte, los registros mercantiles, las sociedades mercantiles, las garantías y medios de pago, los derechos de

⁴ Ver Declaración del Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional celebrado en La Habana entre los días 23 y 26 de junio de 2010, en www.ohadac.com

propiedad industrial, el Derecho concursal, y los procedimientos de ejecución transfronteriza de créditos.

Todo ello, por supuesto, como bien expresa la Declaración, con respeto absoluto a la soberanía de los Estados, a la diversidad de culturas, valores y concepciones políticas en busca de una cooperación leal que haga factible la armonización jurídica cuyo fin último, y principal interés común, es promocionar el progreso y el crecimiento económico de los países de la región, en aras de coadyuvar a la mejoría de las condiciones de vida de los pueblos, que conforman la Comunidad Latinoamérica y Caribeña.

II.-Algunas consideraciones sobre la situación actual del Arbitraje comercial internacional en América Latina.

➤ Antecedentes:

Hasta hace apenas unos pocos años la doctrina, tanto española como latinoamericana, era bastante crítica respecto al panorama del Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica., una importante fuente apuntaba: “...late un clima, tanto legislativo como interpretativo, de desconfianza hacia una institución tradicionalmente considerada intrusista en el ámbito jurisdiccional. Este clima, además ha ejercido una perniciosa proyección en otros países, principalmente en América Latina...”⁵.

Los criterios y análisis sobre las causas de la peculiar situación del arbitraje en Latinoamérica han sido expuestos por numerosos autores⁶, basta citar un comentario: “*Tal situación se relaciona con nuestra historia, con el abuso de la protección diplomática extranjera, con la intervención foránea, con el origen de la doctrina Calvo⁷, con las causas de la doctrina Drago,*

⁵ J.C. Fernández Rozas, “*Ius Mercatorum*, Autorregulación y Unificación de Derecho de los Negocios Transnacionales”, Colegio Notariales de España, Madrid, 2004, Pág. 68.

⁶ JC Fernández Rozas, “Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina”, IUSTEL, Madrid, 2007; F. Mantilla Serrano, “Nouvelles de l’Arbitrage en Amérique latine”, *Revue de l’arbitrage* 1995, Pág. 552, y “Le traitement législatif de l’arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes)”, *Revue d’arbitrage*, 2005 No. 3, Pág. 561

⁷ La llamada “Cláusula Calvo”, tiene su origen en la Doctrina desarrollada por el Profesor argentino Carlos Calvo (Uruguay 1824 -Argentina 1906), que postula que los Estados no pueden intervenir en protección de sus nacionales por posibles daños causados a su personas o sus patrimonios, más allá de lo que señale la ley local en igualdad de la población nativa. Como cláusula contractual consiste en una estipulación en un contrato entre un Estado y un extranjero, mediante la cual el extranjero conviene en considerarse como nacional respecto de bienes y concesiones, y en no invocar la protección de su gobierno; fue una lógica y congruente reacción a la injusta intervención bélica que, bajo una supuesta “protección diplomática” de intereses de sus súbditos, realizaron determinados estados europeos y los Estados Unidos en países de América latina recién independizados de sus respectivas colonias. Esta política se conoce como ‘diplomacia de las cañoneras’. Sus elementos fundamentales son tres: uno, los extranjeros deben renunciar a la protección diplomática y a cualquier otro derecho emanado del Derecho internacional; dos, la ley aplicable será única y exclusivamente la ley del Estado en cuyo territorio desarrollen sus actividades; tres, los tribunales nacionales (del estado de la inversión) es la única jurisdicción exclusiva para el conocimiento y la

con las razones que originaron la introducción de la llamada cláusula Calvo en muchas constituciones latinoamericanas, con el rechazo del principio Kompetenz-Kompetenz, con la permitida y propiciada inmisión de las cortes locales para intervenir en el arbitraje antes, durante y después del laudo, con la autorización de una amplia panoplia de situaciones para atacar su validez, con la falta de autonomía de la cláusula arbitral y la imposición de las rígidas formas que nuestra normativa impone al proceso arbitral”⁸

Razones todas ciertamente valederas, a las que habría que agregar, como apunta también la propia fuente⁹, que muy pocas regulaciones de países latinoamericanos establecían expresamente la posibilidad de que el procedimiento arbitral pudiera continuar adelante, cuando una de las partes se resiste a cumplir el acuerdo o convenio arbitral y recurre a los tribunales estatales, para pedir la nulidad del acuerdo por considerarlo nulo, ineficaz o de imposible cumplimiento, o, a veces, simplemente, para interponer su reclamación ante el tribunal haciendo caso omiso del pacto arbitral existente, a pesar de las regulaciones establecidas al respecto por la Convención Europea (Ginebra, 1961)¹⁰. Y qué decir de la falta de regulaciones que establezcan el apoyo y control judicial tan necesario, o mejor dicho, la obligada intervención del juez tanto en la fase arbitral (práctica de pruebas, embargo preventivo y auxilio judicial), como en la fase post arbitral, cuando en esta última ha existido, muchas veces, una manifiesta vocación intrusita con marcada tendencia a ejercer un doble control, al cuestionarse, frecuentemente el fondo o contenido del laudo, más allá de la obligada arbitrabilidad de la diferencia y de la excepción de orden público, y muchas otras deficiencias más que han sido expuestas críticamente en la doctrina¹¹.

Este panorama, que en modo alguno resultaba halagador, ha cambiado casi totalmente en los últimos años, en virtud de distintos factores. De manera que puede decirse que el Arbitraje en

solución de sus posibles conflictos con motivo de la concesión o esa inversión. Sobre las Cláusulas Calvo y su influencia en el Arbitraje en Latinoamérica, ver, entre otros, B.M. Cremades Sanz-Pastor, *"Resurgence of Calvo doctrine in Latin America"*, Business Review, vol. 7, enero, 2006, Págs. 53 – 72, y *La participación de los Estados en el Arbitraje internacional*, Conferencia dictada en el Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional, La Habana, junio 24 de 2010, Págs. 3-6.

⁸ A.I. Piaggi, “La vinculación entre UNCITRAL y el Arbitraje Comercial Internacional: Una relación exitosa”, Pág. 2 y 3.

⁹ A. I. Piaggi, Ob. Citada.

¹⁰ Ver Convención de Ginebra, 1961, Artículo VI, “Competencia de los tribunales judiciales estatales”,

¹¹ Ver diferentes análisis críticos sobre legislaciones latinoamericanas de Arbitraje en: J.C. Fernández Rozas, Tratado...O. citada; H. Griguera Naón, “ Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility”, en Arbitration International, Vol. 5 , No. 2, 1989.; “ Países de América Latina como sede de Arbitrajes Comerciales internacionales” , Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento especial, 1995. G. Giusti, Ob. Citada; S. L. Feldstein, Ob. Citada; A. I. Piaggi, Ob. Citada; F. Cantuarias S., “Breve descripción del Arbitraje Internacional en América Latina”, Revista (electrónica) Laudo, Centro de Arbitraje AMCHM, Perú.; ¿Ha sido correcta la decisión de que la Ley General de Arbitraje regule dos tipos de Arbitraje: Nacional e Internacional?, Revista Iberoamericana de Arbitraje, Noviembre de 2004; G. Boutin, I.; Ob. Citada; T. B. De Maeckelt, Ob. Citada; A. M. Garro, “The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America” , American Review of International Arbitration, Vol. 1, No. 2, 1990;

América Latina, que había transitado “desde la hostilidad hasta la tolerancia”¹², ha logrado gran difusión, e ido ganando adeptos, no sólo ya dentro de los operadores habituales del comercio internacional que es su medio propicio, sino aún en sectores profesionales, académicos y abogados litigantes, aunque se aprecia cierta resistencia en la judicatura, pero indudablemente que se consolida y generaliza la noción del Arbitraje como el sistema más eficaz para solucionar los litigios del comercio internacional.

Es cierto que de las leyes aprobadas en los últimos años en los países latinoamericanos¹³, algunas de ellas presentan limitaciones, motivadas por disposiciones localistas, alejadas de estándares internacionales¹⁴ por lo que se plantea que, difícilmente, esos países puedan ser sedes de arbitrajes internacionales, y se afirma que cada vez es mayor la presencia de “partes” provenientes de Latinoamérica en los procesos que auspicia la Corte de Arbitraje de la CCI¹⁵, pero hay que apuntar que el desarrollo del Arbitraje Comercial Internacional en el área no depende, en modo alguno, por el hecho de que cada país establezca un régimen legal que le permita ser considerado como un “paraíso arbitral”. No es eso de lo que se trata. De lo que se trata es, en primer lugar, de fomentar una base legislativa interna y un modo de actuación legal, y judicial que propicie el desarrollo del Arbitraje Comercial Internacional.

No puede haber Arbitraje sin Autonomía de la Voluntad; sin evitar la intromisión de los tribunales estatales en los detalles del proceso; sin el reconocimiento al principio competencia.-competencia; sin lograr el necesario apoyo y control judicial; sin la ejecución forzosa del laudo, o el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros como si se tratara de una sentencia nacional.

Por ello, la búsqueda de nuevas opciones como sedes del Arbitraje Comercial Internacional, es una sana aspiración de muchos especialistas de los países del “Sur”, sin que ello implique que, necesariamente, en la mayoría de estos Estados pueda encontrarse aún esa opción, a través de una sede permanente de Arbitraje institucionalizado al mismo nivel de garantías y profesionalidad que las tradicionales.

¹² G. Martín Marchesini, Conferencia en el II Congreso de Derecho Internacional y del MERCOSUR”, Buenos Aires, julio 1 y 2 de 2004, quien, en la propia Conferencia recuerda que el Arbitraje llegó a ser considerado como *una etapa intermedia entre el ejercicio de la violencia y la aparición de los jueces estatales*”. Revista Iberoamericana de Arbitraje de 7 Septiembre de 2004, Pág.1,

¹³ México (1993), Guatemala (1995), Brasil (1996), Perú (1996), Bolivia (1997), Costa Rica (1997), Ecuador (1997), Colombia (1998), Venezuela (1998), Panamá (1999), Honduras (2000), Paraguay (2000), El Salvador (2002) Chile (2004) y Cuba (2007).

¹⁴ F. Cantuarias, S. Ob. Citada, Pág. 2 y 3.

¹⁵ W. L. Craig, W. W. Park & J. Paulsson, “International Chamber of Commerce Arbitration”, 3era Ed., Ocean Publications, Inc./ICC, Publishing S.A., 2000, Pág.5.

No obstante, bien puede decirse que en Latinoamérica el balance es positivo, pues, siguiendo las tendencias modernas y las recomendaciones de los organismos especializados y la doctrina, se han ido eliminando obstáculos legales¹⁶, que entorpecían o frustraban el desarrollo del Arbitraje Comercial Internacional, todo lo que facilita el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, de manera que se va creando un orden jurídico interno congruente con las exigencias de la institución y con las Convenciones internacionales sobre la materia..

El Arbitraje no es ya desconocido en Latinoamérica¹⁷, ni resulta un elemento extraño al ordenamiento material positivo de la mayoría de los países del área, aunque hay que admitir que hay países en los cuales no ha llegado a establecerse una base normativa adecuada que permita su desarrollo. No obstante en una veintena de países latinoamericanos existen instituciones u organizaciones que con mayor o menor grado de desarrollo auspician el Arbitraje, lo que, evidentemente, contribuye a su divulgación y perfeccionamiento de la institución.¹⁸ Algunos de ellos, tal vez, puede llegar a convertirse en una opción atendible para el Arbitraje Comercial Internacional entre partes pertenecientes a países del área.

En resumen puede decirse que durante años en Latinoamérica hubo cierta reticencia al Arbitraje por distintos factores; sin embargo actualmente, en el orden estrictamente legal puede sostenerse que se han dado pasos a favor del reconocimiento y aceptación de los beneficios del Arbitraje Comercial Internacional, como mecanismo idóneo para la solución de los eventuales litigios que surgen de las relaciones de comercio exterior e inversión extranjera (en el mundo de los negocios internacionales).

Este logro ha sido obtenido mediante la ratificación de los más importantes Convenios internacionales sobre la materia, la inclusión creciente del arbitraje en contratos y tratados de comercio exterior, a partir del avance en una conciencia de los valores del arbitraje, y, más recientemente, la adopción de leyes nacionales modernas que regulan y facilitan el uso del arbitraje comercial internacional.

➤ **¿Qué problemas subsisten en el arbitraje en América latina?**

A pesar de los avances conocidos y antes expuestos en apretada síntesis, la doctrina y los expertos en materia de Arbitraje comercial internacional señalan la existencia de distintos

¹⁶ Una de las últimas aprobadas en Latinoamérica, la de Chile, de 10 de septiembre de 2004, es un ejemplo elocuente de los cambios operados en el aspecto legislativo en el área.

¹⁷ Una muestra de ello es el número de ratificaciones alcanzadas por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá, 1975, en el marco de la CIDIP I, que representa una de las Convenciones que mayor número de ratificaciones ha logrado (18) en ese foro codificador.

¹⁸ Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

problemas, que podrían resumirse, entre otros, en tres grandes frentes: la judicialización del arbitraje, la constitucionalización del arbitraje, y el desconocimiento de la especificidad del arbitraje comercial internacional.¹⁹ De ellos podemos extraer los obstáculos a vencer, los mitos que habrá que dejar atrás y los retos que debe plantearse el Arbitraje Comercial Internacional en América Latina.

- **Obstáculos**

1ª.- La judicialización del arbitraje

La gran mayoría de las leyes de arbitraje de los países latinoamericanos han acogido el principio de intervención limitada de los Tribunales, siguiendo la ruta trazada por la Ley Modelo. Se trata de un principio que, aunque aparentemente simple, resulta muy importante en materia de arbitraje, que consiste en establecer por parte de los Estados que los Tribunales se abstendrán de intervenir en los asuntos de arbitraje, salvo los casos en que la propia Ley de arbitraje así lo prevea, de esta manera puede establecerse el control por parte de los Tribunales, con el objeto de aumentar la certeza para las partes y los árbitros, y extender la causa de la uniformidad, y, junto con ello, la exclusión de cualquier poder residual que pudiese atribuirse los Tribunales de justicia en virtud de otras leyes domésticas²⁰.

A pesar de la importancia de este principio sólo algunas legislaciones latinoamericanas reconocieron esta norma, como *Bolivia, Chile, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y República Dominicana*. Otros países, en cambio, optaron por no reconocer esta dimensión del verdadero rol de los Tribunales en el arbitraje, como sucede en *Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Venezuela*.

Es así que en *América Latina* se ha dado casos en los cuales los Tribunales han intervenido en procedimientos arbitrales en cuestiones muy distintas de aquellas que las leyes expresamente lo autorizan. Algunos advierten que curiosamente, tales intervenciones han tenido lugar, sobre todo pero no exclusivamente, en países que no tienen una norma expresa limitativa de la intervención judicial²¹. Se trata de las denominadas *anti-arbitration injunctions*, u órdenes de paralización de

¹⁹ Sobre la judicialización del arbitraje, la constitucionalización del arbitraje, y el desconocimiento de la especificidad del arbitraje comercial internacional en América Latina, ver Cristian Conejero Roos, “*El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general*”, en “*El Arbitraje Comercial en IBEROAMÉRICA: marco legal y jurisprudencial*”, de Colectivo de Autores coordinado por CUATRECASAS, La LEY, Madrid 2009, Págs. 57 á 108.

²⁰ Ibidem

²¹ Ibidem

arbitrajes en curso. Para muchos uno de los obstáculos más serios para el desarrollo del arbitraje en la región.

2ª.- La constitucionalización del arbitraje

El fenómeno designado como la “constitucionalización del arbitraje”²² presenta características y fundamentos propios en los cuales no vamos a adentrarnos, y que tienen su origen en las causas que originaron la reticencia al Arbitraje que ya se ha dejado expuesta.

Para muchos esta tendencia hacia la constitucionalización del arbitraje es altamente desaconsejable. Se ha dicho con razón, “que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen remedios procesales que aseguren su funcionamiento real”²³. Siguiendo a un joven pero experimentado especialista en la materia²⁴, la pregunta que cabe formularse es “si todas las declaraciones constitucionales deben necesariamente y exclusivamente encontrar los remedios procesales que aseguran su funcionamiento en la propia Constitución o pueden quedar resguardadas por leyes dictadas conformes con aquella”. Si se admitiera la primera proposición (continúa la fuente) ello significaría que en todo aquello que pueda tener una connotación constitucional, la Constitución resultaría siempre una norma de aplicación directa e *inmediata*, dejando desprovista de todo valor a la ley que, dictada de conformidad con ella, regula específicamente un determinado instituto jurídico. Poco sentido tendría entonces dotar a ciertas instituciones como el arbitraje de un estatuto legal propio y específico si de todos modos la Constitución siempre recibiría aplicación directa. Parecería ser, en consecuencia, que la Constitución solo debe entrar en el campo del arbitraje si los propios mecanismos legales que el arbitraje ofrece no son aptos para resguardar ciertos valores básicos constitucionales o no son conformes a la Constitución. Lo cierto es que el régimen legal del arbitraje internacional ofrece soluciones idóneas para sancionar conductas que podrían implicar una violación de la Constitución en sus diferentes esferas, aun cuando tal no sea su objetivo directo y, por otro lado, nada indica que tales soluciones repugnen de algún modo al ordenamiento constitucional”.

22 Ver C. Conejero Roos, Ob. Citada, Pág. 96; E. Silva Romero, “*A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine*”, Pág. 269; A. de Jesús O., “*Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela*”, Pág. 243.

23 P. Calamandrei, cita de J. Colombo Campbell, “*Funciones del Derecho Procesal Constitucional*”, Revista *Ius Et Praxis*, Vol. 8, num.2, 2002, Pág. 11, citado por C. Conejero Roos, Ob. Citada, Pág.96.

24 C. Conejero Roos, Ob Citada, Págs. 96.

La doctrina cita algunos ejemplos que permiten fijar mejor estos conceptos²⁵.

Esto quiere decir que si hay posible afectación a valores constitucionales, éstos pueden ser protegidos por los propios mecanismos que ofrece el arbitraje internacional a través de sus instituciones básicas, como: arbitrabilidad de la diferencia, debido proceso legal u orden público, que se encuentran reconocidos dentro de las causales de nulidad o denegación de la ejecución de un laudo extranjero en los tratados internacionales (Ginebra 1961 y New York 1958) suscritos y ratificados por los países latinoamericanos, por lo que dichos mecanismos de defensa están incorporados al ordenamiento material interno de cada país.

²⁵ (i) El laudo arbitral dictado en un proceso en que no se han respetado ciertos principios básicos o garantías fundamentales de justicia material como el derecho al debido proceso, entendido éste en su globalidad como el derecho a un trato igualitario, el derecho a ser oído y a tener una oportunidad razonable para presentar el caso, podrá ser anulado conforme a las disposiciones de la Ley Modelo (incorporadas en varios países latinoamericanos) que replican sobre esta materia las causales previstas bajo la Convención de Nueva York y de la generalidad de las recientes leyes de arbitraje latinoamericanas. Aún más, se ha entendido que estos derechos son tan esenciales que constituyen parte de un orden público transnacional o realmente internacional que puede ser aplicado por los jueces, aun a falta de texto legal expreso, si su violación es invocada por alguna de las partes. En consecuencia, no parece necesario recurrir al control constitucional, si ello puede ser remediado por los mecanismos que ofrece el estatuto especial que regula el arbitraje internacional.

(ii) En caso que el Estado o una entidad estatal invoque limitaciones constitucionales bajo su derecho interno que le impidan someterse a arbitraje, un árbitro podrá eventualmente declarar que carece de jurisdicción para decidir las disputas surgidas del contrato firmado por el Estado siempre que le corresponda adoptar dicha decisión conforme a la ley —incluida la Constitución— del Estado del cual la entidad estatal forma parte. En este sentido, no debe olvidarse que el análisis de la validez y eficacia del acuerdo arbitral no depende necesariamente del derecho nacional del Estado y, aun cuando así sea, existen ciertas legislaciones que reconocen el principio de que una entidad estatal, una vez firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral y que surgida una disputa del mismo, no puede sustraerse de su sumisión al arbitraje por la vía de invocar su propio derecho interno. Asimismo, aun cuando el árbitro se declare con jurisdicción para resolver disputas que conciernen a una entidad estatal, nuevamente esa decisión —generalmente en la forma de un laudo— podrá ser atacada a través de la acción de nulidad si se estima que no se da el requisito de la capacidad del Estado de someterse a arbitraje o incluso de arbitrabilidad de la disputa. ambas causales previstas en la Convención de Nueva York y en la generalidad de las leyes de arbitraje latinoamericanas. Nuevamente se ve que la injerencia constitucional no resulta necesaria en la medida que, primero, el árbitro solo estará obligado a aplicarla si el derecho escogido por las partes comprende la constitución del país latinoamericano en cuestión y que, en todo caso, siempre existirá la posibilidad de control del laudo bajo las causales indicadas.

(iii) En fin, si se estima *que el árbitro* no es independiente o imparcial durante el proceso, éste siempre puede ser recusado y, si el árbitro incurre en defectos graves en la conducción del arbitraje, por ejemplo por no conducir el procedimiento conforme al acuerdo de las partes o por conducirlo en un modo atentatorio del derecho al debido proceso, o si se excede en los límites de su mandato arbitral, el laudo que resulte de dicho proceso también puede ser anulado. En consecuencia, no se hace necesario recurrir a figuras constitucionales como la queja, la inhibitoria o el amparo para atacar los actos —incluidas las decisiones— de un árbitro que ha incurrido en falta o abuso grave. El propio estatuto especial del arbitraje prevé para ello el reemplazo de un árbitro o la nulidad del laudo dictado por éste. C. Conejero. Roos, Ob. Citada, Págs. 96-98.

La paradoja de esta extremada tutela constitucional, como bien se ha dicho²⁶, es que un resguardo ilimitado de las garantías constitucionales que se pueden considerar afectadas por el arbitraje termina por afectar y socavar de un modo más grave e irreversible la garantía constitucional de libertad de las partes que en forma autónoma han pactado el arbitraje, extrayendo así de la jurisdicción estatal las disputas surgidas del contrato que contiene la cláusula arbitral.

- **Mitos**

3ª.- El desconocimiento de la especificidad del arbitraje comercial internacional

Finalmente, el tercer problema que apunta con frecuencia la doctrina radica en que teniendo en cuenta que las regulaciones de arbitraje comercial internacional en Latinoamérica son todavía relativamente recientes, los operadores de la práctica jurídica —abogados y jueces— no necesariamente conocen a cabalidad sus normas, principios y prácticas, lo que, muchas veces induce a actuaciones inexactas o no propias de esta forma alternativa de solución de diferendos. Por supuesto, se trata de un señalamiento que hay que tomar “a beneficio de inventario”, pues en Latinoamérica existen muchos expertos en materia de arbitraje, por ello prefiero señalarlo como un mito y no como un problema actual, aunque, efectivamente, el desarrollo de la institución no alcance los niveles que pueden encontrarse en Norteamérica o Europa.

- **Retos;**

El desarrollo del arbitraje Comercial internacional, descansa sin dudas en determinados supuestos que le sirven de base, cuya presencia en un determinado país deben permitir la posibilidad de ser escogido como posible sede de arbitraje. Entre estos supuestos necesarios para que el arbitraje pueda desarrollarse con la efectividad que requiere, podemos citar los siguientes:

1º.- La existencia de una Ley acorde con los principios modernos del arbitraje,

2º.- La presencia y vigencia de la autonomía de la voluntad (principio básico sobre el que descansa todo el andamiaje del arbitraje)

3º.- El reconocimiento, apoyo y auxilio judicial, sin exceso de intervencionismo. Sobre una adecuada base legal y jurisprudencial.

4º.- La necesidad de que se vaya creando una jurisprudencia nacional, favorable y concordante con los principios básicos internacionalmente admitidos en materia de arbitraje comercial internacional. Una especie de “*ius cogens*” arbitral.

²⁶ C Conejero Roos, Ob citada, Págs. 98.

5º. - El desarrollo y la multiplicación (o proliferación) de una cultura general favorable al arbitraje.

Actividades como el Congreso Latinoamericano y Caribeño celebrado en La Habana, en junio pasado, y, en mayor medida, este Curso Internacional de Arbitraje Comercial y de Inversiones, contribuyen directamente a lograr el último de estos supuesto, e indirectamente a los demás, pues tanto la base legal y como el desarrollo de una jurisprudencia basada en los principios básicos de la institución, solo pueden ser alcanzados mediante la voluntad y el conocimiento a partir de una cultura favorable al Arbitraje.

II.- El Arbitraje de Inversiones: La solución de controversias en el seno del ALBA.

Como bien se ha dicho, en Latinoamérica el arbitraje comercial internacional está siendo afectado por el cuestionamiento que se hace del arbitraje de protección de inversiones. Tratándose de Estados soberanos, las decisiones de los árbitros tienen un impacto muy serio en la opinión pública. El ambiente de secretismo o de confidencialidad que rodea al arbitraje comercial internacional desaparece cuando se trata de estados soberanos cuyos compromisos deben conocerse por la opinión pública y sobre todo por el control parlamentario en sus respectivos países²⁷.

En materia de inversiones, casi todos los países latinoamericanos acuden al CIADI, salvo Cuba que nunca lo ha aceptado, por su vinculación con el Banco Mundial, y más recientemente algunos de los países del ALBA, como Bolivia, Ecuador y Nicaragua que lo han denunciado. Como explica el Profesor Bernardo Cremades: *“Venezuela, con sus posibilidades económicas está capitaneando una fuerte contestación hacia los sistemas de resolución de conflictos en instituciones, aunque sean internacionales, domiciliadas en los Estados Unidos de América. Bolivia comunicó el 2 de mayo de 2007 su salida del CIADI y, en febrero de 2009, aprobó una constitución, en cuya redacción están muy presentes los postulados de la doctrina Calvo. Ecuador, el 4 de diciembre del 2007, anunció que no aceptará el arbitraje del Banco Mundial en materia de recursos naturales, como petróleo, gas natural y minería. Asistimos a una serie de declaraciones y movimientos de política internacional para la constitución de instituciones arbitrales latinoamericanas. Todos estos estados continúan sometidos a constantes reclamaciones internacionales y siguen participando de forma activa en arbitrajes, tanto de carácter comercial como de protección de inversiones. El tiempo nos dirá si estas discusiones todavía en el terreno de política internacional cristalizan de forma técnica en un centro de arbitraje internacional propio de los países latinoamericanos que, como es lógico, tendrá por primera tarea la de ganarse la confianza de los inversores extranjeros”*.²⁸.

²⁷ B.M.Cremades Sanz-Pastor, “La participación de los Estados en el Arbitraje internacional”, Conferencia dictada en el Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional, La Habana, junio 24 de 2010, Pág. 21.

²⁸ B.M. Cremades Sanz-Pastor, Conferencia...Págs.22 y 23.

A pesar de las denuncias de los países del ALBA, no solo quedan pendientes los casos existentes hasta que entre en vigor la denuncia, sino queda pendiente la situación que se produce cuando el diferendo surge entre uno de estos países y entidades pertenecientes a Estados con los cuales exista un APPRI, y se prevea el CIADI como foro de competencia.

Esta situación llevó a estos países a constituir un Grupo de Trabajo para la creación de una instancia Regional de Solución de Controversias en el marco del ALBA que redactó y acordó el 30 de noviembre de 2009 un proyecto de Acuerdo Marco, que fue suscrito en La Habana el 15 de diciembre de 2009.

La instancia regional de solución de controversias del ALBA-TCP se creará así través de un tratado constitutivo, tendrá personalidad jurídica internacional y los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

La sede de la instancia será acordada por los Jefes de Estado y de Gobierno del ALBA-TCP por consenso.

Esta instancia regional de solución de controversias del ALBA-TCP se guiará en su actuación por los siguientes principios generales:

- a) Respeto y plena aplicabilidad de la legislación interna de las Partes, y a los principios y normas del Derecho internacional, en la solución de sus controversias;
- b) Reconocimiento de la inexistencia de procedimientos pendientes en sede jurisdiccional o administrativa de las Partes como requisito *sine qua non* para la admisión y registro de controversias;
- c) Primacía de los medios no contenciosos de solución de controversias;
- d) Idoneidad de los buenos oficiantes, conciliadores, mediadores y árbitros, así como transparencia en el sistema de elección de los mismos;
- e) Racionalidad de sus gastos;
- f) Imparcialidad;
- g) Amplia vocación multilateral para lo cual estará abierta a todos los Estados de la región;
- h) Respeto a las prerrogativas estatales en la solución de controversias con particulares;
- i) Confidencialidad.

La instancia regional podrá aplicar todos los medios alternativos de solución de controversias, como son los siguientes: Negociación; Buenos Oficios; Mediación; Conciliación y Arbitraje;

La instancia regional de solución de controversias del ALBA-TCP, estará integrada por: el Consejo Ejecutivo; la Secretaría Permanente; el Centro de Asesoría y Defensa Legal, y los demás órganos que sean necesarios para su funcionamiento.

El Grupo de Trabajo ha quedado encargado de la redacción del proyecto de “Tratado Constitutivo de la Instancia Regional de Solución de Controversias del ALBA-TCP”, para su posterior presentación a los Jefes de Estado y de Gobierno del ALBA-TCP para su aprobación.

IV. - La sede del Arbitraje. Su importancia.

Como se sabe, la noción de sede en el arbitraje internacional por una parte designa un lugar elegido por las partes, donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales del procedimiento arbitral como la audiencia de las partes, las pruebas testificales o la firma del laudo arbitral.²⁹ Y, por otra parte, ese lugar habrá de determinar cuál es la ley aplicable a la posible “revisión judicial” de la solución de la controversia, respecto de la cual el árbitro o tribunal arbitral ha recibido la misión de conocer y pronunciarse para poner fin a una determinada disputa. La noción de la sede tiene así un marcado alcance jurídico, más que geográfico.

Para un importante sector de la doctrina internacional en el arbitraje comercial internacional no existe un orden jurídico que se imponga *prima facie* al árbitro, o sea, este carece de foro, de un ordenamiento material al que esté directa y obligadamente vinculado y que le exija el cumplimiento estricto de sus normas.³⁰ Al margen de esta posición que en su lado extremo nos lleva a la “anacionalidad” del laudo, y en vertiente más radical tiene a aquellos que invocan el “laudo flotante”, teoría paralela a la de los “contratos sin ley”, que resulta extrema, (fruto de construcciones teóricas, generalmente rechazadas por los órganos jurisdiccionales), es evidente que no puede desconocerse que la sede del arbitraje ocupa un lugar relevante en las consecuencias que se derivan para el procedimiento arbitral, aunque no llegue a equiparse totalmente al foro del tribunal ordinario.

Hay que admitir, si se quiere que el arbitraje desempeñe su papel de institución de auxilio al comercio internacional, que ese medio alternativo de solución de litigios, descansa en un referente estatal, y este debe ser el del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje, por lo que el lugar del arbitraje habrá de entrañar consecuencias relevantes. Como bien se ha dicho “una cosa es la carencia de foro y otra muy distinta prescindir por completo de una referencia estatal: de una sede del arbitraje. Un procedimiento carente de asistencia judicial produce un grado de inseguridad negativo para el desarrollo de la propia institución, de ahí que sea necesario un cierto nivel de vinculación del arbitraje con el foro”³¹

Igualmente tiene consecuencias jurídicas importantes también el lugar donde se pretenda hacer valer los efectos del arbitraje, o sea, reconocer y ejecutar el laudo. Recuérdese que todos los Estados partes de la Convención de Ginebra de 1961, lo son de la Convención de New York de 1958, por que se intentó evitar duplicidades innecesarias y dobles controles sobre un mismo

²⁹ Ver J.C. Fernández Rozas, “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, Revista Lima Arbitration, No. 2, 2007, Pág. 40.

³⁰ J.C. Fernández Rozas, Ib. Pág. 34 y siguientes.

³¹ J.C. Fernández Rozas, Ib. Pág.37

laudo, aunque se trate de dos momentos diferentes la anulación y el reconocimiento. Por esta razón hay un paralelismo entre las causas de nulidad del artículo IX de la Convención de Ginebra y las de rechazo a la ejecución del artículo V del Convenio de New York. Debe tenerse presente que la arbitrabilidad y el orden público como causas “troncales” de anulación del laudo arbitral decaen a favor del control del reconocimiento.

Pero ese lugar geográfico elegido por las partes como sede del arbitraje, para ser centro o base del procedimiento mediante el cual pretenden resolver sus diferencias no puede elegirse meramente por razones ajenas al proceso arbitral y sus requerimiento, bien sean turísticas, culturales u otras. La elección de la sede solamente por razones turísticas puede traer no pocas sorpresas, generalmente nada agradables, en el orden práctico del procedimiento y más grave aún serios peligros jurídicos³². Su localización determina también consecuencias de competencia judicial internacional, por cuanto habrá de determinar cuál es la jurisdicción del Estado cuyos tribunales deberán resolver las dificultades que se susciten a los árbitros en el ejercicio de su función y ante la cual podrán suscitarse las eventuales acciones contra el laudo.

Como regla general el juez de la sede del arbitraje aplicará su propio Derecho procesal en la determinación del alcance de las intervenciones posibles respecto de un arbitraje.

Desde esta especial perspectiva parece claro que la existencia de una sede arbitral procura la defensa efectiva de los intereses de las partes y sus derechos, al posibilitar la existencia de un juez de apoyo y de medios legales de auxilio.

Es así que al margen de las tendencias hacia la anacionalidad del arbitraje, la determinación del lugar del arbitraje sigue entrañando, consecuencias muy relevantes, como pueden resultar las siguientes:

- La determinación de la ley que sustenta el procedimiento,
- El marco del auxilio que deben prestar los jueces estatales. No es casual que las partes quieran conducir el arbitraje hacia aquellas sedes donde sus leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales se encuentran dispuestos a asistirlos y les garanticen interferir lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.
- La consideración de si un arbitraje es nacional o internacional,
- El lugar en que se considera dictado el laudo,
- La arbitrabilidad de la diferencia.

³² Ver: Y. Derains, “*El Turismo arbitral: ¿realidad o espejismo?*” en *Liber Amicorum*, Bernardo Cremades (libro homenaje), La Ley, Madrid, 2010, Págs. 327- 334.

- El ámbito del control judicial de lo actuado por los árbitros.

En materia de Derecho aplicable, el lugar del arbitraje determina la ley que rige el procedimiento arbitral y ello afecta importantes cuestiones, como:

- La forma y validez del acuerdo de arbitraje;
- la constitución y competencia del tribunal arbitral;
- la sustanciación de las actuaciones;
- el contenido del laudo;
- las causales de nulidad del laudo,
- las causales para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo
- la intervención y a la asistencia de los jueces en el procedimiento arbitral.

V. - Un lugar para el Arbitraje. Factores determinantes para la determinación de la sede.

A partir de la importancia de la sede para el arbitraje comercial internacional, y teniendo en cuenta que la OHADAC se propone constituir una Corte en el entorno latinoamericano y caribeño, habrá que plantearse en los países del área no solo el desarrollo en materia técnica-jurídica sobre arbitraje, y la preocupación por acercar el arbitraje al territorio, (lo que les puede permitir ser elegidos como sedes para determinados procesos entre partes litigantes del área aún cuando estos se desarrollen bajo los auspicios de una Corte internacional ya preexistente), sino, además, que los Estados latinoamericanos y caribeños tengan su propia Corte, y es ello, tal vez, lo más importante a los efectos de la integración en materia comercial internacional.

Este objetivo transita primero por la solución de los problemas planteados que confronta aún actualmente el arbitraje en el área, de ahí surgirá entonces la posibilidad de crear plazas como sede idónea para el arbitraje comercial internacional, lo que supone indiscutiblemente el cumplimiento de los requisitos mínimos para desarrollar un proceso arbitral con celeridad (sin trabas, ni demoras innecesarias), imparcialidad (libertad de actuación de los árbitros) y con las garantías requeridas (actuación dentro del marco de libre disposición, ausencia de revisión del fondo, no intromisión, auxilio judicial y posibilidad de reconocimiento y ejecución del laudo).

Para ello habrá que detenerse, sin dudas, en el análisis, entre otros, de los siguientes factores:

✓ **Sobre el lugar de las actuaciones.**

La dispersión geográfica en las actuaciones, como ha citado la doctrina³³, es importante a la hora de fijar la sede del arbitraje. ¿Qué hacer: llevar la sede al lugar más próximo donde deben realizarse las pruebas periciales, inspecciones oculares u otras, para que sea más barato el proceso, o trasladar el tribunal hacia ese lugar?

El arbitraje brinda la opción de movilidad del tribunal arbitral, sin dudas una de las ventajas sobre la litis judicial. Los jueces no se mueven de sus estrados, mientras que los árbitros pueden desarrollar el proceso en diversos lugares. El artículo 14 del Reglamento de la CCI, por ejemplo, distingue entre el lugar de la deliberación del tribunal arbitral y el de la sede, y no están sometidas a ninguna restricción las audiencias, las reuniones que pueden celebrar los árbitros, aunque sí tiene que haber un lugar para dictar el laudo que tiene que coincidir con el de la sede elegida porque el laudo tiene una nacionalidad y responde a un lugar específico que lo vincula después a la actuación judicial para conocer de una eventual acción de nulidad. Recuérdese que la sede del arbitraje es una noción jurídica más que física³⁴.

✓ **Sobre el acuerdo de arbitraje:**

Habrá que tener en cuenta el criterio de la ley local sobre la validez formal del acuerdo de arbitraje, ¿cómo debe constar el consentimiento?

¿Qué alcance en razón a la materia tiene el convenio o pacto arbitral, bien se trate de una cláusula compromisoria (compromiso arbitral incluido en un contrato) o sea un acuerdo por separado (previo o posterior al contrato).

¿Qué puede ser arbitrable de acuerdo con la Ley? La arbitrabilidad objetiva y la subjetiva juegan un importante papel, precisamente para determinar la actuación de los árbitros en función de una materia sobre la cual hay disponibilidad. Los conceptos sobre la arbitrabilidad de la diferencia y sobre los efectos del arbitraje, y las consecuencias que se van a derivar para los árbitros del pacto o compromiso arbitral, requieren de atención.

✓ **Independencia de los árbitros**

Es obvio que el árbitro es independiente, pero no basta con que lo él lo diga, sino que es necesario que resulte de la Ley y del Reglamento de la Corte. ¿Qué establece la ley, cómo está concebida la independencia o imparcialidad de los árbitros, hasta donde llega la responsabilidad de los árbitros, cómo se puede pedir, exigir, o controlar? Estas son particularidades a las que habrá que prestar atención.

³³ Ver J.C. Fernández Rozas, “*Determinación...*” O. citada, Págs 32-34.

³⁴ Y. Derains, Ob. Citada. Pág. 330.

✓ **Elección y nacionalidad de los árbitros**

La nacionalidad de los árbitros es otro elemento de gran importancia. ¿Pueden ser los árbitros nacionales del mismo país de las partes o no? ¿Debe ser el Presidente de un país diferente? ¿Cómo se deben elegir estos árbitros? La recusación de los árbitros, las causales de recusación. ¿Dónde, cómo, cuando, en qué momento del proceso se dirime la recusación y qué consecuencias tiene para la nulidad esa recusación? ¿Quién será la autoridad nominadora para el caso de falta de elección de árbitro por una parte en el proceso, o para la designación del Presidente del tribunal arbitral, en su caso?

✓ **Impugnación del Laudo.**

La posibilidad de impugnación del laudo arbitral, ¿hay revisión del fondo o no, será la nulidad la única de las vías previstas y establecidas para objetar el laudo arbitral?, ¿Cuáles serán las causales de nulidad, serán las mismas que establece la Convención de Ginebra? ¿Puede haber o no acción de nulidad, qué vínculo existe entre el lugar de la sede con la Convención de New York? Es necesario contar con un vínculo legal entre el lugar del arbitraje y el lugar de la posible ejecución del laudo.

✓ **El auxilio judicial.**

El auxilio judicial, la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda aplicar medidas cautelares, la posibilidad que ofrece la legislación local para acudir al juez de la sede arbitral. No es posible fijar la sede del arbitraje donde no hay auxilio judicial, donde no puedo establecer medidas cautelares. Hay cláusulas compromisorias que fijan una sede arbitral precisamente en un lugar donde no existen los requisitos mínimos para establecer allí una sede arbitral, es algo así como cuando se elige una ley aplicable y no se conoce el ordenamiento material que se está indicando aplicable al contrato.

Todo este “rosario” de particularidades, de especificidades, que puede brindar o no cada legislación local, es parte importante del estudio y de las posibilidades de constituir un lugar determinado en sede de arbitraje, a partir de su consideración como sede propicia o no.

Esa investigación que ha sido iniciada aisladamente por la doctrina es la que habrá que hacer en forma sistemática para determinar la posibilidad de contar con una o varias sede de arbitraje en el entorno latinoamericano-caribeño.

Por último, hay que insistir que la sede requiere de protección legal y protección judicial. No de intervencionismo exagerado pero sí de apoyo y auxilio.

La intervención pre-arbitral, la intervención dentro del desarrollo del proceso y la intervención posterior al proceso. Las tres están admitidas. Recuérdese que el arbitraje requiere de un referente estatal. Los extremos son peligrosos, por ello no comparto los criterios de arbitraje anacional, laudo anacional o laudo flotante. El arbitraje descansa en la autonomía de la

voluntad, aunque una vez admitido o pactado resulte una verdadera jurisdicción que cuenta incluso con el apoyo estatal para hacer cumplir lo resuelto por los árbitros.

Es así que mientras más se pretenda destacar el valor del arbitraje como parte importante de una nueva *Lex Mercatoria*, debe observarse que el arbitraje, existe precisamente porque existe un referente estatal: la Ley y los Tratados. Recuérdese que el arbitraje descansa en la autonomía de la voluntad y que esta no actúa *ex-lege*, fuera del alcance de toda ley.

Se trata de dejar a los árbitros todo lo que es libre disposición de las partes y dejar a los Estados aquello que le compete en el rol de permitir, proteger y apoyar el arbitraje. El Estado no puede renunciar al control que le confieren las propias convenciones internacionales, New York 1958, Ginebra 1961, pero tampoco debe excederse de los ámbitos de ese control que le está conferido. El exceso puede llevar a arbitrariedades y suscitar problemas mayores que los que correspondía resolver, pues al invadir el campo de la soberanía estatal no solo no se resuelve bien el asunto en cuestión, sino se levanta y aumenta la oposición al arbitraje por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado “ofendido”³⁵

Es un reto para poder llegar a contar con una sede.

VI.- La Corte de la OHADAC

Del Congreso celebrado en La Habana se desprende un plan de trabajo encaminado, a dar los pasos ciertos en busca de la armonización o la uniformidad en materia de Arbitraje.

En primer término se impone la recopilación y estudio de las legislaciones vigentes sobre Arbitraje comercial internacional en los países del entorno latinoamericano y caribeño. Posteriormente es de esperar que un Grupo o Comité de Expertos tenga a su cargo la propuesta de recomendación para lograr el propósito planteado: uniformidad o armonía en materia de arbitraje comercial internacional en el área.

Aquí surge la primera disyuntiva: ¿Leyes armónicas, Reglamento común sin Corte o Corte común? Ya Leyes armónicas se han dictado varias en Latinoamérica, a partir de la Ley Modelo

³⁵ Vale la pena reproducir un ejemplo elocuente: “A veces, eso es cierto, los tribunales de arbitraje se pueden extralimitar, desconociendo las consecuencias de la participación de un estado soberano. Pienso, por ejemplo, en la decisión reciente de un tribunal de arbitraje que acepta la solicitud de medidas cautelares efectuada por un inversor. El tribunal, compuesto indudablemente por tres juristas muy experimentados y respetados a nivel mundial, ordena a una república latinoamericana que retire las querellas criminales interpuestas con ocasión de una inversión realizada en su día. ¿Puede un tribunal de arbitraje llegar tan lejos? Me resulta difícil pensar que las autoridades de dicho país puedan retirar los cargos en la jurisdicción penal sin incurrir quien así lo decida en cumplimiento de la sentencia arbitral en una responsabilidad criminal propia. Tal actuación arbitral genera, como es lógico, una encendida crítica por quienes ven agredidas arbitrariamente sus facultades y obligaciones soberanas.” B. M Cremades Sanz-Pastor, Conferencia...Pág. 24 y 25.

de UNCITRAL, aunque se mantienen los problemas enunciados, motivados no tanto por la presencia de la diversidad legislativa, sino más aún por los problemas de interpretación y la mayor o menor amplitud e intensidad del campo de acción del referente estatal, como dejamos expuesto. Para contar con un Reglamento común sin Corte institucional también UNCITRAL brinda los mecanismos suficientes³⁶. La opción radica entonces en la Corte común.

Segunda disyuntiva: ¿Un tratado constitutivo o acuerdos de organismos de auxilio al comercio? O lo que es lo mismo: ¿vía estatal o vía no estatal para la constitución de la Corte de Arbitraje de la OHADAC y su Reglamento?

La vía estatal es el estilo asumido para la Corte Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA y consiste en la uniformidad y no en la armonía en la variedad legislativa, al contrario a lo que expresa el nombre de la organización³⁷.

Para actuar de esta misma forma en la OHADAC, los países del Área tendrían que dotarse de un Derecho común sobre Arbitraje. Las legislaciones actualmente vigentes en la materia tendrían que ser derogadas, o modificadas en gran parte. La incorporación de Estados latinoamericanos se vería dificultada en gran medida por la existencia de legislaciones relativamente recientes sobre Arbitraje. Hay que tener en cuenta que no es el mismo escenario que tuvo la OHADA en África, y que el Arbitraje tiene hoy mayor grado de desarrollo en América Latina que el que tenía en África en 1999³⁸. Por otra parte debe valorarse que existe actualmente una notable influencia de la Corte CCI y del CIADI en muchos países del área. La uniformidad sustantiva mediante una Corte común, establecida por un Tratado internacional en materia de Arbitraje si bien no es imposible resulta, por ahora, un obstáculo difícil de franquear.

³⁶ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobado por la Resolución No. 31/98, de la Asamblea General de la ONU, el 15 de diciembre de 1976

³⁷ “La OHADA procede por unificación más que por armonización. Ella establece los Actos Uniformes que son directamente aplicables y obligatorios para los Estados miembros. Hasta el presente, ocho (8) Actos Uniformes han entrado en vigor. Sobre los Actos Uniformes de la OHADA ver

³⁸ El Acto Uniforme sobre el Arbitraje (AUA) fue adoptado por el Consejo de Ministros de la OHADA el 11 de marzo de 1999 en Ouagadougou. Hace eco al Tratado OHADA cuyo preámbulo pone el acento sobre el recurso al arbitraje estipulando que « *las partes deben promover el arbitraje como instrumento de solución de los conflictos contractuales* ». El AUA entró en vigor el 11 de junio de 1999. Esta institución jurídica es singular por sus innovaciones y por el hecho que deviene el derecho común del arbitraje de diez y siete Estados africanos en cuanto a arbitraje *ad hoc*. El AUA se caracteriza también, por el hecho de que viene a derogar las disposiciones existentes en materia de arbitraje. Según el artículo 35 AUA, El Acto Uniforme de Arbitraje « *tiene valor de ley relativa al arbitraje* ». El artículo 10 del Tratado OHADA enuncia que « *es directamente aplicable y obligatorio*. En el espíritu de los redactores, el AUA está dotado con el alcance abrogatorio del que gozan todos los Actos Uniformes adoptados en el marco de la OHADA. Por lo tanto el AUA viene directamente a derogar las legislaciones internas relativas al arbitraje”. Ver: Y. Franck, ¿La OHADAC, una oportunidad a elegir para el arbitraje en América latina?, en www.OHADAC.com.

Desde el Código Bustamante en 1928, única Codificación Global Regional en materia de Derecho internacional privado, y la más alta expresión de la Codificación del Derecho internacional privado en América Latina, la región ha transitado por distintos esfuerzos codificadores. No es casual que el sistema de las CIDIP (Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado) se encauce, y no sin dificultad, por la vía de la codificación gradual y progresiva, unas veces a través de documentos uniformes, otras a través de la armonía en la variedad legislativa, como técnica codificadora. Pero en materia de arbitraje la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en el marco de la llamada CIDIP I, celebrada en Panamá en 1975, no resulta más que un documento que recoge unas pocas bases ya preexistentes en otras convenciones internacionales (New York 1958, Ginebra 1961). No surge de ella un sistema único de arbitraje (uniformidad), ni exhaustiva reglas para su regulación (armonización) como de hecho se ha realizado después por quince (15) países latinoamericanos, a partir de la Ley Modelo de UNICITRAL³⁹.

Todo ello hace indicar que la vía no estatal, mediante acuerdos de colaboración entre organizaciones de auxilio al comercio, Cortes de Arbitraje, Cámaras de Comercio u otras entidades que participan en la organización y auspicio del arbitraje comercial internacional institucionalizado o administrado puede ofrecer mayores perspectivas y más rápida posibilidades de entendimiento.

Es posible, y no puede descartarse, que este esfuerzo reciba el beneplácito, la aceptación y apoyo de los vínculos de colaboración integracionista de la región latinoamericana y caribeña, como el CARICOM, el ALBA y otros, con lo cual una vía pudiera transitar hacia la otra, al recibir el apoyo estatal. No obstante parece ser la vía no estatal la más práctica para iniciar los trabajos y echar a andar.

Por último se impone también un análisis en cuanto a la vinculación entre la sede de la Corte y la sede del arbitraje, o sea, la del tribunal arbitral en cada caso concreto. ¿La Corte de la OHADAC debe radicar en el país más apropiado para ser sede de arbitrajes o por el contrario la Corte y, por ende, la Secretaría, deberá radicar en un lugar de fácil acceso, equidistante de la mayoría de los otros países, y con posibilidades de recibir el apoyo local no solo para la actuación arbitral, sino también para su función como institución de auxilio al comercio internacional?

Estas interrogantes, estos retos, deberán ser despejados próximamente. Sobre ello habrá que trabajar. No se trata de crear una Corte para competir con otras, hay espacios suficientes en el mundo de los negocios internacionales. De lo que se trata es que el espacio caribeño y latinoamericano cuente con otra alternativa, con su propia Corte para dilucidar “en casa” los eventuales diferendos que puedan surgir en las relaciones mutuas de comercio e intercambio. Este evento resulta una buena oportunidad para ponerlos de manifiesto y contribuir a pensar en ello.

³⁹ Ver listado de países en Nota No.11.