

¿LA OHADAC, UNA OPORTUNIDAD A ELEGIR PARA EL ARBITRAJE EN AMERICA LATINA?

Por YUGONE FRANCK

Doctorante en Derecho público en la Universidad Bordeaux IV, miembro del C.R.D.E.I

El proyecto de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC por sus siglas en francés)¹ está próximo a convertirse en una realidad. Este proyecto nació a raíz de la conferencia del mismo nombre que tuvo lugar el 15 de mayo de 2007 en Pointe à Pitre, Guadalupe.

El mismo se inspira abierta y directamente en el modelo brindado por la OHADA² que es hoy considerado como un ejemplo de integración por la comunidad internacional. La OHADAC pretende por ende retomar los mecanismos y procedimientos que condujeron al éxito de esta organización de integración. Es así que la segunda conferencia OHADAC celebrada en Puerto Príncipe, Haití, los días 17 y 18 de junio de 2008, estableció una lista de campos prioritarios a armonizar³. En esta lista, el derecho del arbitraje figura en primer lugar.

En efecto, los Estados y territorios miembros de esta organización están conscientes de que las medidas comunes en el arbitraje permitirían a las empresas de esta zona, por lo general de pequeña talla, abrirse las puertas de los mercados exteriores. Así como, poder recurrir a un mecanismo de solución de conflictos común, simple, eficaz y directamente ejecutorio en el conjunto del Caribe.

Es en este contexto favorable al recurso al arbitraje, que en septiembre 2009, tendrá lugar en la Habana, la tercera conferencia OHADAC sobre el tema del arbitraje. Conferencia que

¹ La OHADAC (Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans les Caraïbes) agrupa Estados y territorios del Caribe, a saber Antigua y Barbuda, las Antillas Holandesas, Bahamas, Barbados, Belice, Cuba, Dominica, Granada, Guadalupe, Guyana, Guyana francesa, Haití, Jamaica, Martinica, Puerto Rico, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Venezuela. Sobre esta organización ver www.ohadac.com.

² La OHADA (Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique) es la Organización equivalente en África. Ella agrupa 17 Estados africanos. Su vocación es integracionista. Tiene por objetivo armonizar el derecho en los Estados miembros. Sobre esta organización ver. A. POLO, « L'OHADA, Histoire, Objectifs, Structures », *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 9 y siguiente.

³ En esta lista se encuentra el derecho del arbitraje, el cobro de las deudas y las vías de ejecución, el derecho de sociedades, el derecho comercial general, el derecho del trabajo y el derecho del transporte.

reunirá no solamente los Estados y territorios del Caribe, sino que además contará con la presencia de expertos y juristas de toda América Latina⁴.

De donde el interés de preguntarse si a largo plazo, este proyecto no tendrá la vocación de extenderse a los Estados de la América Latina. ¿Cuáles serían las consecuencias de tal extensión?

La integración de los Estados de América Latina en la OHADAC representaría esencialmente dos ventajas, en primer lugar sería una formidable ocasión de uniformizar **(I)**, luego, de mejorar **(II)** el derecho y la práctica arbitral en esta región.

I LA OHADAC: Un instrumento eficaz de uniformización del derecho del arbitraje en América Latina

La historia y el enfoque del derecho del arbitraje sobre el continente latinoamericano están marcados por la fuerte hostilidad de esos países, vis-a-vis este modo de solución de conflictos. Para comprender esta hostilidad, es necesario remontarnos al siglo XIX y al comienzo del siglo XX donde los conflictos entre Estados receptores e inversores extranjeros estaban altamente politizados y eran objeto de un reglamento diplomático cuya salida era frecuentemente el uso de la fuerza⁵. El recurso al arbitraje era en aquella época un medio de presión muy corriente para poner fin a una intervención armada⁶. A ello se suma el hecho de que pocas sentencias se produjeron en favor de los países latinoamericanos. Como resultado, los países de la América Latina han asociado durante decenios, a causa de estas razones históricas, políticas y económicas, la institución arbitral a los actos de intervención armada.

⁴ El proyecto OHADAC suscita el interés más allá del Caribe. En efecto, secciones locales se abren ya en el continente Suramericano, por ejemplo en México y en Colombia.

⁵ Basta recordar las intervenciones armadas de Francia en México en el período que va de 1838 a 1839, los conflictos entre los Estados Unidos y México entre 1835 y 1861, las intervenciones armadas de Francia y de Inglaterra en el Río de la Plata entre 1838 y 1850, la segunda intervención armada de Francia a México de 1861 a 1867 y finalmente la intervención de Alemania, Francia, Gran Bretaña y otros países en China en 1900.

⁶ A modo de ejemplo puede citarse el Tratado de arbitraje firmado entre Argentina y Francia el 3 de julio de 1914 para poner fin a los conflictos de toda naturaleza (ley argentina 10.073).

En reacción a esas intervenciones, dos teorías van a desarrollarse en América Latina: las doctrinas Drago⁷ y Calvo⁸.

En un tal contexto era ilusorio tener en estos Estados legislaciones favorables al recurso al arbitraje así como alcanzar una armonización⁹ o una uniformización¹⁰ de ese derecho. Con todo, estos Estados van a dar un paso hacia el recurso al arbitraje a través de la creación del sistema interamericano de arbitraje¹¹. Sistema que en la base era concebido como un instrumento de armonización. Pero la voluntad inicial de armonizar ese derecho a través de este sistema va a desembocar en un fracaso (A). El modelo de integración que es retomado por la OHADAC puede permitir hoy alcanzar este objetivo (B).

A EL fracaso del sistema interamericano de arbitraje en materia de armonización de las legislaciones suramericanas

El sistema del arbitraje comercial en América latina tal como lo conocemos hoy, es el fruto de los esfuerzos combinados de la Unión Panamericana (que devendrá más tarde la Organización de Estados Americanos) y de la Asociación Americana de Arbitraje¹²

⁷ V. P. DAILLET y A. PELLET, *Droit International Public*, L.G.D.J, Paris, 7ma edición, 2002, p. 936. Esta doctrina tiene su origen en las operaciones de represalias, bloqueos marítimos y bombardeos de puertos ejercidos por Italia, Alemania y el Reino Unido contra Venezuela en 1902. El gobierno venezolano confrontado a una grave crisis financiera luego de un período de guerra civil había tenido que suspender el reembolso de las deudas contraídas ante nacionales extranjeros. Esta situación provocó una viva emoción en América Latina pues la mayoría de esos países confrontaban las mismas dificultades. Drago, ministro de asuntos exteriores de Argentina en aquella época, formuló la doctrina según la cual el cobro coercitivo de las deudas públicas era contrario al derecho internacional público dado que ese cobro es contrario a la soberanía del deudor. Esta doctrina devino una regla del derecho convencional en la segunda Conferencia de la Haya de 1907, convención « *Drago-Porter* ».

⁸ V. C. FRUTOS-PETERSON, *L'émergence d'un droit effectif de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine*, Tesis de Doctorado, Paris I, 1998, p. 15 à 40.

⁹ La armonización es una operación legislativa consistente en conciliar las disposiciones de origen (y a menudo de fecha) diferentes, más especialmente en modificar las disposiciones existentes a fin de ponerlas en coherencia con una reforma nueva. V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, QUADIGE/ PUF, 8va edición, p. 455.

¹⁰ La uniformización es una modificación de la legislación de dos o varios países tendente a instaurar en una materia jurídica dada una reglamentación idéntica. *Ibid.*, p. 942.

¹¹ Entendemos por sistema interamericano de arbitraje el sistema de arbitraje establecido por la Convención Interamericana de Arbitraje del 30 de enero 1975 y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros del 14 de junio de 1980.

¹² Sobre los antecedentes, la organización y el reglamento de arbitraje de la AAA v. F. JOLY, « le Règlement d'arbitrage international de l'Association Américaine d'Arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1993, n° 3, p. 401.

(AAA). Estas organizaciones van a desarrollar conferencias comerciales cuyo objetivo va a ser extender la utilización de ese modo de solución de conflictos¹³. Así, en el marco de la primera conferencia panamericana de comercio, que tendrá lugar en Washington en 1915, la recomendación de la instauración de un sistema de arbitraje es realizada. Su objetivo es resolver los conflictos de naturaleza comercial ligados a los intercambios comerciales entre los países del continente americano. La culminación del proceso interviene en 1933, a raíz de la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos.

La Séptima Conferencia, con la adopción de la Resolución XLI, estableció los principios y las reglas que regulan el sistema actual de arbitraje. La Resolución XLI, tenía por objetivo mejorar¹⁴ y unificar¹⁵ las legislaciones en la materia. Esta resolución inició la creación en 1934 de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); esta última es una institución de carácter privado que tiene por objeto establecer y mantener un sistema interamericano de conciliación y de arbitraje en materia de conflictos comerciales¹⁶.

¹³ Sobre el conjunto de esas conferencias comerciales ver. C. FRUTOS-PETERSON, op.cit., p. 43 s.

¹⁴ La voluntad de mejorar las legislaciones pasará por la adopción de tres recomendaciones: 1) la adopción de acuerdos sobre el arbitraje internacional entre las Cámaras de comercio de los países americanos. 2) la adopción de medidas en materia de normas de arbitraje 3) la creación de una agencia comercial interamericana y la elaboración de sus normas de procedimiento. A este efecto en 1934, tendremos la creación de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). *Ibid.*, p. 45.

¹⁵ Consciente, del hecho de que la disparidad de las normas era un freno al recurso al arbitraje, la Séptima Conferencia va a proponer también medidas teniendo por objetivo una mayor uniformidad de esta materia : a) El compromiso de recurrir al arbitraje para los litigios existentes o por venir .b) Las partes deben tener la facultad de designar árbitros .c) El procedimiento al cual deberán someterse los árbitros *ad hoc* debe ser definido con precisión por las partes o por la asociación que organizará el procedimiento de arbitraje. d) La imparcialidad absoluta del árbitro y los derechos de recusaciones o de destitución deben ser asegurados por la asociación que dirigirá el procedimiento de la manera prescrita por las normas o los reglamentos que están en vigor para el procedimiento. e) Las normas deben estipular un número impar de árbitros. f) Las sentencias arbitrales, en todos los casos, deben ser sometidas a la unanimidad o a la mayoría de los votos. g) Las normas deben estipular la renuncia al derecho de apelación; esta renuncia debe ser obligatoria para las partes y limitará las cláusulas de apelación para las cuestiones de procedimientos o las cuestiones de derecho que las dos partes se comprometen a someter a los tribunales. h) En el caso donde la ley sea insuficiente para asegurar la ejecución de la sentencia arbitral, es de obligación reforzar las medidas disciplinarias contra aquellos de sus miembros que rehúsan someterse a los términos de la sentencia. , *idem*.

¹⁶ La actividad de la CIAC se ha desarrollado considerablemente con la implantación de Secciones Nacionales en la mayoría de los países signatarios de la Convención de Panamá en España y en Portugal. Con la colaboración de la CIAC y de las Cámaras de comercio locales, hasta el presente existen diez y nueve Secciones Nacionales destinadas a promover y desarrollar el arbitraje comercial tanto a nivel interno como a nivel internacional. Sobre las Secciones Nacionales, consultar en Internet : www.ftaa-alca.org ; Sobre la organización de la CIAC, v. L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, « Les conventions interaméricaines sur l'arbitrage commercial et la commission interaméricaine d'arbitrage commercial », *Revue de l'arbitrage*, 1983, p. 411 et s.

A pesar de estos esfuerzos, las reticencias han persistido y, muy pocos países han adoptado esas recomendaciones. De esa forma, la disparidad de legislaciones en la materia no fue atenuada.

En 1956, con el fin de remediar esta situación y de atenuar la disparidad de las legislaciones arbitrales en el continente americano, una ley uniforme (llamada proyecto de México) fue elaborada y propuesta por el Comité Jurídico Internacional (CJI) de la Organización de Estados Americanos (OEA). Ese proyecto venía a atenuar las numerosas dificultades persistentes notablemente aquellas sobre la ley aplicable, sobre la nacionalidad del árbitro, y sobre la ejecución de las sentencias. Ese proyecto fue rechazado por la mayoría de los países americanos a causa de su extrema modernidad. Además, esos países consideraban este recurso legal como un atentado a su soberanía. Al final, el proyecto sólo tuvo impacto en la ley ecuatoriana sobre el arbitraje de 1963.

La idea de una armonización convencional más que una ley de uniformización, ha germinado así. Es sobre esta base que las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP I et II) van a constituir el sistema interamericano de arbitraje. Sistema constituido por la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975 dígame Convención de Panamá, (CIDIP I) y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros del 14 de junio de 1980, dígame Convención de Montevideo (CIDIP II). Ese sistema representa un esfuerzo real en la voluntad de acercamiento de las legislaciones latinoamericanas relativas al arbitraje pero culminará en un fracaso.

En efecto, en la práctica, en los países latinoamericanos la evolución de disposiciones nacionales en la materia, no se ha hecho de manera uniforme. Los países latinoamericanos en su gran mayoría han reemplazado sus antiguas disposiciones sobre el arbitraje, consideradas hostiles a este método de solución de conflictos. Esas disposiciones han sido sustituidas por legislaciones especiales sobre el arbitraje¹⁷. Legislaciones que, en su mayoría como lo afirma Mantilla Serrano¹⁸, se reclaman inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDCI del 21 junio 1985¹⁹.

¹⁷ Sobre el conjunto de esas leyes y decretos consultar en Internet: www.servilex.com.

¹⁸ F. MANTILLA SERRANO, « Nouvelles de l'arbitrage en Amérique latine », *Revue de l'arbitrage* 1995, p. 552, v. también F. MANTILLA SERRANO « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes) », *Revue d'arbitrage*, 2005 n° 3, p. 561 et s.

¹⁹ Sobre la Ley Modelo CNUDCI v. V. S. JARVIN, *Revue de l'arbitrage*, 1986.

Chile a través de su ley del 10 de septiembre de 2004 (ley 199771), Guatemala por su decreto 67-95 de 1995, y México por el decreto del 22 de julio de 1993 modificando los artículos 1415 al 1463 del Código de Comercio²⁰ han retomado la Ley Modelo sin aportar grandes modificaciones. Por ejemplo, la ley chilena introdujo (art 2) la noción de comercialidad contenida de la nota a pie de página de la Ley Modelo. La ley mexicana y el decreto guatemalteco son textos muy próximos del texto original pero contrariamente a la Ley Modelo, ellos introducen la noción de coste del arbitraje.

Por otra parte, Nicaragua por su ley del 25 de mayo de 2005 (ley 540), y Perú a través de la ley 26572 de 1996 han intentado no alejarse demasiado del texto original tras introducir modificaciones. Ciertas modificaciones aportadas son torpes. A modo de ejemplo, la ley de Nicaragua, suprime la disposición de la Ley Modelo (artículo 13) que permitía la continuación del procedimiento arbitral incluso luego de una solicitud de recusación. Ella ordena la suspensión del arbitraje durante el procedimiento de recusación. Esta medida tiene manifiestamente por efecto bloquear el procedimiento arbitral y podrá utilizarse con fines dilatorios.

La explicación de la influencia de la Ley Modelo en esta región, hay ciertamente que buscarla en el hecho de que cuando la CNUDCI adoptó el 21 junio de 1985 este texto, invitó a la Asamblea General de las Naciones Unidas « *a recomendar a los Estados tomar en consideración la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus legislaciones para responder a las necesidades actuales del arbitraje comercial internacional.*»²¹ Lo que la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo a través de su resolución 40/72 del 11 diciembre de 1995²². Resolución que recomienda explícitamente, que « *los Estados tomen debidamente en consideración la Ley Modelo sobre el arbitraje comercial internacional en razón del interés que presenta la uniformidad del derecho relativo a los procedimientos arbitrales y de las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.* »

Hoy, la integración de esos Estados al proyecto OHADAC puede desembocar en una real uniformización del derecho del arbitraje.

²⁰ V. *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 40, con comentario de I. ZIVY.

²¹ V. PH. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996. p. 118.

²² Para el texto de la Resolución 40/72 v. CNUDCI, *La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International sur l'arbitrage Commercial International*, Publications des Nations Unies, New York, 1987.

B LA OHADAC: un modelo susceptible de generar la uniformización de las legislaciones arbitrales en América Latina

Integrando la OHADAC, sería posible alcanzar con éxito una uniformización del derecho del arbitraje de los Estados de América Latina con todas las ventajas que tal operación puede implicar.

En efecto, ya que existe una filiación directa entre la OHADA y la OHADAC podemos entonces afirmar sin rodeos que el modo de integración normativa que será seleccionado va a ser la uniformización.

Contrariamente a su título, 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 Actos Uniformes han entrado en vigor²³.

El Acto Uniforme sobre el Arbitraje²⁴ 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. Este texto 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*

²³ Sobre los Actos Uniformes de la OHADA, v. *La Semaine Juridique*, n° 44 del 28 de octubre 2004

²⁴ Sobre el Acto Uniforme sobre el Arbitraje v. P. MEYER, *OHADA Traités et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2da edición, 2002. Este Acto se inscribe en la lógica de la acción de la OHADA. Según los artículos 5 y 12 del Tratado OHADA, la armonización del derecho mercantil es preparada por el Secretariado permanente en concertación con los gobiernos de los Estados parte que disponen de un plazo de ochenta días para hacer sus observaciones escritas. El proyecto de Acto uniforme es deliberado a continuación y eventualmente, adoptado por unanimidad, por el Consejo de Ministros, luego de un dictamen de la Corte Común de Justicia y de Arbitraje (CCJA). Dictamen, que debe ser emitido en un plazo de treinta días. El Acto uniforme entra en vigor ochenta días luego de su adopción salvo disposición contraria. El Acto es directamente aplicable y obligatorio en el derecho interno de los Estados miembros, lo que es la manifestación innegable de la supranacionalidad del derecho OHADA.

obligatorio en todos los Estados partes no obstante todas las disposiciones contrarias de derecho interno ».

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. De la misma forma será en la OHADAC. Los Estados y territorios miembros van a dotarse con un derecho común sobre el arbitraje. Las legislaciones anteriores en la materia deberán con certeza ser derogadas. La entrada de Estados del continente suramericano en este conjunto tendrá el mismo efecto. Ello con el fin de conseguir una uniformización del derecho del arbitraje en América Latina.

II LA OHADAC: Un instrumento para mejorar la eficacia del derecho y de las prácticas arbitrales en América Latina

En América Latina existen aún prácticas y legislaciones desfavorables al recurso al arbitraje **(A)**. La integración de esos Estados en la OHADAC permitiría adoptar técnicas innovadoras y sobre todo dotarse de un tribunal común competente en el ámbito del arbitraje **(B)**.

A El mantenimiento de legislaciones y prácticas desfavorables al arbitraje en América Latina

A pesar del vasto movimiento de modernización de leyes sobre el arbitraje en América Latina, ciertos Estados han conservado legislaciones y prácticas arcaicas.

En efecto, Argentina y Uruguay han conservado sus antiguas legislaciones. El derecho argentino del arbitraje siempre es regulado por los artículos 736 a 773 del Código de Procedimiento civil y comercial federal. El derecho uruguayo del arbitraje, por su parte, está contenido en el Código de procedimiento civil de 1988 en los artículos 472 a 507²⁵.

²⁵ Para esos textos v. www.servilex.com.

Ciertamente, estos textos reconocen principios generales del arbitraje como la autonomía de la voluntad de las partes y la fuerza obligatoria de los contratos, sin embargo, sobre algunos aspectos sus medidas son desfavorables al recurso al arbitraje.

Así, en estas legislaciones la cláusula compromisoria o arbitral sólo es válida si un compromiso viene a oficializarla. La cláusula compromisoria no tiene así carácter ejecutorio. Corresponde al juez obligar la parte reticente a concluir un compromiso. Esta disposición tiende a alargar considerablemente el procedimiento arbitral.

En lo que concierne al régimen de los recursos contra la sentencia arbitral, el derecho argentino, junto a las vías de recursos clásicas como la anulación o la revisión, opera un control de constitucionalidad de las sentencias arbitrales²⁶.

En efecto, la Corte Suprema argentina ejerce un control de constitucionalidad de las sentencias en casos excepcionales, a saber la violación de la Constitución o de los tratados internacionales. En el caso *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidronor S.A.* de 2004²⁷, a pesar del hecho de que la cláusula compromisoria disponía que la sentencia no podía ser atacada, la Corte Suprema declaró la nulidad de la misma porque contenía disposiciones contrarias a la constitución.

Notemos que Argentina no es el único Estado de América Latina en el que asistimos a un fenómeno de «*constitucionalización del derecho del arbitraje*»²⁸. Ese fenómeno es producido de dos maneras diferentes, sea por la incorporación de disposiciones específicas al arbitraje en las constituciones nacionales²⁹, sea por el reconocimiento constitucional del recurso al arbitraje³⁰.

²⁶ Como nos lo hace notar M.U. SALERNO en *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle*, Société de législation comparée 2008, p. 239. En este artículo el autor cita los casos en los que la Corte Suprema de Argentina ha procedido a un control de constitucionalidad de sentencias arbitrales.

²⁷ *Ibid.* p. 240.

²⁸ Sobre este fenómeno v. E. SILVA ROMERO, «*A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine*», *Ibid.*, p. 269, v. también A. DE JESUS O., «*Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela*», *Ibid.*, p. 243.

²⁹ Por ejemplo en Colombia a través del artículo 116, en Costa Rica a través del artículo 43, Ecuador a través del artículo 191, El Salvador por el artículo 23, Honduras por el artículo 110, Panamá por los artículos 195 y 316, Paraguay por el artículo 248, Perú por los artículos 62, 63 y 139.11y Venezuela a través los artículos 253 y 258.

³⁰ Como en Brasil a través del caso *MBV commercial and Export Management Establishment c/ Resil indústria e Comércio Ltda.*, v. *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 2, p. 529 y s. con una nota de J. BOSCO LEE y C. VALENCA FILHO. En este caso concreto, la sociedad de derecho suizo *MBV commercial and Export Management Establishment* había pedido la homologación de una sentencia arbitral hecha en España en mayo de 1995, condenando la sociedad brasileña *Resil indústria e Comércio Ltda* al pago de una indemnización a la sociedad suiza. La demandada brasileña no se había opuesto a la solicitud de homologación. Sin embargo, por una primera decisión del 10 de octubre de 1996, la Corte Suprema rechaza la solicitud de homologación porque la sentencia arbitral no había recibido el *exequatur* de los tribunales españoles, de acuerdo con las condiciones requeridas por el derecho brasileño en vigor en la época. Reconvencionalmente, la demandante objeta que el *exequatur* de la sentencia en su país de origen no era más una condición previa de homologación de la sentencia desde la entrada en vigor de la ley 9.307. Antes del juicio definitivo, uno de los miembros de la Corte Suprema de Brasil, pidió un dictamen al Procurador general de la República sobre la constitucionalidad de la ley de 1996. Este se pronunció en favor de la constitucionalidad de la ley. El 12 de diciembre de 2001, la Corte Suprema

Inicialmente, ese fenómeno fue interpretado como un planteamiento deseable en el sentido que confirmaba el recurso al arbitraje en un rango de política pública. Pero hoy, la constitucionalización del derecho del arbitraje es una de las principales causas del renacimiento de la hostilidad respecto al arbitraje internacional en América Latina³¹.

Esta nueva forma de hostilidad se manifiesta, de inicio, a través de de la tesis según la cual las constituciones nacionales contienen "leyes de policía" (*lois de police*)³² que deben ser aplicadas imperativamente por los árbitros y por la proclamación del poder del juez constitucional de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las sentencias arbitrales³³.

Ella se manifiesta a través de los actos de naturaleza constitucional contra el recurso al arbitraje (*anti-arbitration injunctions*). Esos actos son resultantes de procedimientos tales como *el amparo*³⁴ que es un procedimiento específico para la protección de los derechos constitucionales y fundamentales.

Por ejemplo, en Venezuela en 2000, la Cámara constitucional intervino por primera vez en un arbitraje internacional, en el caso *Elettronica Industriale c/ Venezolana de Televisión*³⁵. A través de esta intervención la Cámara constitucional estableció por un *obiter dicta*, que los árbitros son supuestos a aplicar la Constitución venezolana a título de "ley de policía" cuando un interés público está en juego. Agregó que para que una sentencia arbitral pueda ser ejecutada en Venezuela, debe mostrar conformidad con el texto constitucional y con los principios del derecho constitucional venezolano. En fin, hace observar que las sentencias

brasileña descartó definitivamente la idea de la inconstitucionalidad de esta ley y por la misma consagró la constitucionalidad y la eficacia de la cláusula compromisoria a Brasil.

³¹ V. B. CREMADES, "Resurgence of Calvo doctrine in Latin America", *Business Review*, vol. 7, enero, 2006, p. 53 a 72. El autor evoca las razones por las cuales asistimos nuevamente en América latina a una hostilidad vis-a-vis del árbitro.

³² *Lois de police* en el sentido extensivo son las leyes cuya observación es necesaria para la salvaguarda de la organización política, social y económica y que excluyen la aplicación de leyes extranjeras. V. G. CORNU, op.cit., p. 561.

³³ Ejemplo de Argentina a través del caso *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidronor S.A.*

³⁴ El recurso de *amparo* permite a toda persona física o moral alegando un interés legítimo, de invocar la no conformidad de actos administrativos o de decisiones jurisdiccionales en los artículos 14 al 30 de la Constitución española de 1978. Se trata entonces de un recurso directo contra un acto. Ese recurso está ampliamente presente en los derechos constitucionales de los Estados de América Latina. Sobre el *amparo* v. *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Ellipses, 2da edición, 2007, p.20. V. también C. RUIZ MIGUEL, « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Cahiers de Conseil constitutionnel*, n°10, 2001.

³⁵ V. A. DE JESUS O., « Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela », op.cit. , p. 250 y siguiente. En este caso *Elettronica Industriale*, había iniciado un procedimiento arbitral CCI en Caracas contra *Venezolana de Televisión*, una sociedad del Estado venezolano, concerniente a un conflicto relativo a la ejecución de una concesión. La *Venezolana de Televisión*, escogió la Cámara constitucional por vía de *amparo constitucional* (contra el acto de misión) a fin de obtener una *anti-arbitration injunction*. La *Venezolana de Televisión* alegaba que el tribunal arbitral era incompetente y que ello constituía una violación al derecho constitucional de ser juzgado por el juez constitucional. Esta acción fue descartada por una decisión del 16 de octubre de 2001, porque antes de que la Cámara constitucional hubiera podido dictar su decisión a fondo, la sentencia arbitral ya había establecido que la *Venezolana de Televisión* ya había acudido a una Cámara del Tribunal supremo de justicia para un recurso de anulación.

arbitrales pueden ser el objeto de un *amparo*. Esta solución va abiertamente contra las disposiciones de la Convención de Panamá que sólo admiten el recurso de anulación contra una sentencia arbitral.

En el 2006, la Cámara constitucional confirmó su posición en el caso *Concorcio Barr SA. c/ Four Seasons*³⁶. Respalda en el marco de un *amparo constitucional*, la Cámara decidió que el procedimiento arbitral en curso no impedía a la sociedad *Concorcio Barr* plantear el asunto a tribunales oficiales con el fin de obtener una decisión sobre la validez de la convención arbitral. Esta decisión va contra la esencia misma de la institución arbitral y del principio de competencia-competencia³⁷.

El fenómeno de constitucionalización de arbitraje corre el riesgo de hacer fracasar los esfuerzos con vista al desarrollo y a la aproximación del derecho del arbitraje en América Latina.

Este estado de cosas ha permitido a autores como Frutos-Peterson o aún Bosco Lee³⁸ de señalar con el dedo el fracaso y la inadaptación del sistema interamericano de arbitraje. Ante este fracaso, ¿el derecho OHADAC no sería un instrumento portador de soluciones innovadoras?

B Las ventajas del derecho OHADAC sobre el arbitraje en América latina

La adopción de un derecho de inspiración OHADA en América latina permitirá poner fin a las prácticas evocadas precedentemente, dotándose de una jurisdicción arbitral. Pero también, permitiendo utilizar técnicas innovadoras tales como la de *exequatur communautaire*.

³⁶ Sobre este caso v. A. DE JESUS O., op.cit., p. 252. Se trataba de un arbitraje internacional bajo la égida de la AAA iniciado por la sociedad *Four Seasons*. Durante este arbitraje, *Concorcio Barra* inició varios procedimientos paralelos ante los tribunales oficiales venezolanos. Esos procedimientos tenían por objeto obstaculizar el procedimiento arbitral.

³⁷ Ese principio es la transposición en derecho del arbitraje bajo forma atenuada del principio procesal según el cual pertenece al juez resolver sobre su propia competencia. Esta norma jurídica implica que sólo el árbitro es competente para pronunciarse sobre su propia competencia y sobre la validez de la convención arbitral. Así, en presencia de una convención arbitral el juez oficial debe declararse incompetente. Sobre ese principio y sus implicaciones v. A. DIMOLITSA, « Autonomie et kompetenz-kompetenz », *Revue de l'arbitrage*, 1998, n° 2, p. 305.

³⁸ V. J. BOSCO LEE, *L'arbitrage commercial international dans les pays du MERCOSUD*, Tesis París II, 2000.

La OHADAC va ciertamente a dotarse de una corte común competente en materia de arbitraje, sobre el modelo de la Corte Común de Justicia y de Arbitraje (CCJA) ³⁹. La CCJA es una institución muy importante en el sistema jurídico de la OHADA.

Se compone de siete jueces elegidos, de un Presidente de la CCJA (sustituido por un vicepresidente en caso de impedimento), de la Asamblea plenaria, de la Formación Restringida, de la Secretaría general y el Control de los ingresos y gastos. Cada uno de esos órganos tiene atribuciones en el contencioso judicial y en el contencioso arbitral.

En efecto, la particularidad de la CCJA se debe a que tiene funciones en el dominio del contencioso judicial y arbitral.

En el marco de sus funciones judiciales, la CCJA es una jurisdicción supranacional única y comunitaria teniendo por objeto, de una parte evitar los riesgos de interpretaciones divergentes de los Actos Uniformes por las jurisdicciones de los diferentes Estados miembros. Por otra parte, permite conseguir una interpretación única de los términos del Tratado OHADA, de sus reglamentos de aplicación y de los Actos Uniformes.

En su cualidad de jurisdicción arbitral la CCJA actúa como un centro de arbitraje organizando el procedimiento, y sobre todo como la autoridad competente para el reconocimiento y el *exequatur* de las sentencias arbitrales.

A partir de la salida del funcionamiento del mecanismo de arbitraje OHADA, esta dualidad de funciones ha sido aprehendida por una gran parte de la doctrina⁴⁰. Las críticas se referían en primer lugar, a la confusión posible entre las atribuciones judiciales y arbitrales de la CCJA. Seguidamente, sobre una contrariedad entre el reglamento de arbitraje CCJA y el derecho común del arbitraje y finalmente sobre una eventual competencia de la CCJA con los centros de arbitrajes de derecho interno. Esas críticas y aprehensiones aumentaron rápidamente gracias a los numerosos textos y coloquios sobre el tema del arbitraje⁴¹ pero también por la práctica arbitral OHADA.

³⁹ La CCJA (Corte Común de Justicia y Arbitraje) tiene su sede en Abidjan. Esta elección ha sido ciertamente motivada por el lugar estratégico y la importancia económica que ocupa esta ciudad de África del Oeste. Si la CCJA lo juzga útil, puede reunirse en otros lugares, sobre el territorio de otro Estado miembro con el acuerdo previo de este Estado. Esta solución es muy oportuna teniendo en cuenta la situación de inestabilidad política que perdura en Costa de Marfil desde diciembre de 1999. Sobre el rol de cada órgano de la CCJA en materia de arbitraje v. J. M'BOSSO, « Le fonctionnement du centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, número especial, octubre 2001, p.42.

⁴⁰ V. J. ISSA-SAYEGH, « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, número especial, octubre 2001, p. 22.

⁴¹ Los textos y coloquios como el coloquio que tuvo lugar el 2 de febrero de 2001 en París sobre el tema del arbitraje OHADA. Para las actas de ese coloquio v. *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, número especial de octubre 2001 y el seminario de perfeccionamiento que tuvo lugar en El Cairo del 14 al 21 de diciembre de 1996 sobre el tema: *justice et développement le rôle de l'arbitrage commercial international*.

Hoy, la CCJA está sólidamente implantada como el centro de arbitraje del espacio OHADA. Un centro de arbitraje que organiza un arbitraje institucional conforme a los estándares del derecho del arbitraje e innovador, que comporta, no obstante, lagunas que deben ser observadas. Un centro de arbitraje que trabaja activamente para la armonización del derecho del arbitraje en este espacio a través de la originalidad de la medida sobre el *exequatur* de las sentencias rendidas bajo su égida.

En efecto, toda la originalidad del sistema de arbitraje CCJA reside en el hecho de que el *exequatur* conferida a una sentencia arbitral tiene un carácter ejecutorio en los Estados miembros de la OHADA. En otros términos, estamos frente a un *exequatur* comunitario. Se trata de un modelo muy raro en el mundo, un modelo que debe ser reproducido en la OHADAC y en América latina, pues permite acrecentar la eficacia de las sentencias arbitrales⁴².

El artículo 25 del Tratado OHADA dispone que las sentencias rendidas bajo la égida de la CCJA tienen la autoridad de la cosa juzgada en el territorio de cada Estado parte, al mismo título que las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado, y agrega que « *ellas pueden ser objeto de una ejecución forzada en virtud de una decisión de exequatur. La CCJA tiene únicamente la competencia para dictar tal decisión.* ».

Dando a la alta jurisdicción común competencia exclusiva para entregar el *exequatur*, el Tratado OHADA indica implícitamente que este *exequatur* va a permitir proseguir la ejecución forzada sobre el conjunto de territorios de los Estados partes del Tratado. Este procedimiento de *exequatur* nos parece muy original en la medida en que la fórmula ejecutoria es de ordinario concedida a nombre del Estado soberano. Asistimos aquí a una transferencia de competencia de las instancias oficiales a las instancias comunitarias⁴³.

Esta solución encierra numerosas ventajas⁴⁴ de las cuales la más importante a nuestro parecer es la realización del objetivo de la OHADA, que es la armonización y sobretodo la unificación del derecho del arbitraje.

En efecto, ese sistema es una proyección innegable hacia la integración jurídica regional ya que estamos frente a un solo *exequatur* para el conjunto del territorio OHADA. Ese

⁴² V. P. FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité des sentences arbitrales », *Revue de l'arbitrage*, 1998 n° 4, p. 653. El modelo OHADA es citado aquí como ejemplo.

⁴³ V. P-G POUGOUE, « Le système d'arbitrage de la CCJA », *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 144 y 145.

⁴⁴ Ese sistema permite innegablemente, una economía de tiempo y de procedimiento para aquel que quiera proseguir la ejecución forzada de la sentencia en varios Estados miembros.

sistema favorece considerablemente la cohesión y la coherencia del sistema de arbitraje CCJA. Exponiendo las sentencias CCJA a la prueba de varios *exequatur* en los diferentes Estados, había que temer que una misma sentencia hubiese sido rechazada en un Estado miembro y aceptada por otro Estado miembro. Ese sistema hace de la sentencia CCJA una sentencia comunitaria que es evidentemente ejecutoria sólo en los países miembros de la OHADA. Si ese tipo de sentencia debe ser ejecutada en un país tercero a la OHADA, se someterá al derecho del *exequatur* de este tercer Estado. Si este tercer Estado es parte de la Convención de New York de 1958, esta sentencia podrá ser exequaturada sobre la base de las disposiciones de esta convención.

Es necesario destacar que si bien el *exequatur* es comunitario, las fórmulas ejecutorias siguen siendo nacionales. El artículo 46 del Reglamento de arbitraje CCJA indica que la fórmula ejecutoria es puesta por la autoridad nacional que el gobierno de cada Estado parte designará a tal efecto. El procedimiento de *exequatur* comunitario tiende a aumentar el alcance de la sentencia arbitral CCJA, lo que contribuye a conferirle una eficacia máxima.

La integración a la OHADAC, representaría así numerosas ventajas para el derecho y la práctica arbitral en el conjunto del continente suramericano.