

## Comité Editorial

Dr. L. Pereznieto Castro  
Dr. J. Bosco  
† Dr. Ph. Fouchard  
Dr. F. Gorjón Gómez  
Dr. J.A. Graham  
Dr. G. Kaufmann-Kohler  
Lic. R. Lobo Niembro  
Dr. A. Mendoza  
Dr. P. Mayer  
Lic. Wayne Fagan

## Directores

Dr. J.A. Graham  
Lic. R. Lobo Niembro

## Secretario General

Dr. F. Gorjón Gómez

## Partnerario Institucional

Universidad Autónoma de Nuevo  
León  
CEDDAL

**2005**

## **Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje**



## **Latin American Journal for Mediation and Arbitration**

***Vol. V – Número 1***

## Comité Editorial

Prof. Dr. Leonel Pereznieta Castro, Universidad Nacional Autónoma de México (Presidente)  
Prof. Dr. João Bosco Lee, Universidad de Curitiba, Brasil  
† Prof. Dr. Philippe Fouchard, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia  
Prof. Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez, Universidad Autónoma de Nuevo León, México  
Prof. Dr. James A. Graham, Universidad Autónoma de Nuevo León, México  
Prof. Dr. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Universidad de Ginebra, Suiza  
Lic. Rafael Lobo Niembro, Centro de Resolución de Controversias, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México  
Prof. Dr. Antonio Mendoza, Universidad Pepperdine, E.U.  
Prof. Dr. Pierre Mayer, Universidad de Paris I Pantheón-Sorbonne, Francia  
Lic. Wayne Fagan, Centro para la Conciliación y el Arbitraje, Facultad de Derecho St. Mary, E.U.

## Comité de Redacción

Prof. Dr. Beatriz Pallarés, Universidad Nacional del Litoral, Argentina  
Dr. Armando Castanedo Abay, Universidad de la Habana, Cuba  
Dr. Markus Junker, PriceWaterCoopers, Alemania  
Lic. Oliver Muñoz Esquivel, Abogado, Panamá  
Lic. Ana Prawda, Mediadora, Argentina  
Lic. Zdenko Seligo, Abogado, Venezuela  
Lic. Manuel Vidal Noruega, Universidad Sergio Arboleda - Bogotá y Santa Marta, Colombia  
Lic. Todd Weiler, LLM, Abogado, Canadá

## Partenario Institucional



## INDICE

|  |               |
|--|---------------|
| <b>DE LA DOCTRINA .....</b>  | <b>4</b>      |
| REFLEXIONES ACERCA DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO PARA SOMETERSE AL ARBITRAJE.                                  | 5             |
| Dr. Beatriz Pallarés, Argentina  |               |
| I - Apuntes elementales sobre el funcionamiento del sistema de protección de inversiones                       | 5             |
| II - El sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI).                       | 8             |
| III - El consentimiento en el sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI). | 9             |
| IV - Los Tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos por Argentina                             | 10            |
| V - Indagación acerca de la voluntad de las partes.  | 11            |
| VI - El consentimiento del Estado Argentino  | 11            |
| VII - La interpretación jurídica de los Tratados.  | 12            |
| VIII - La interpretación judicial y arbitral en el plano nacional e internacional.                             | 13            |
| IX - Legitimidad de los recursos interpretativos   | 14            |
| X - Los precedentes.   | 14            |
| XI - Los límites de la competencia   | 15            |
| XI - Reflexiones finales.  | 15            |
| <br>EL PENSAMIENTO LATERAL EN EL TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS   | <br>18        |
| Manuel Vidal Noruega, Colombia   |               |
| 1.- Introducción   | 18            |
| 2.- El conflicto   | 18            |
| 3.- El pensamiento lateral   | 28            |
| 4.-Esas dicotomías   | 48            |
| <br><b>DE LA PRACTICA</b>  | <br><b>50</b> |
| <br>THE COMMON COURT OF JUSTICE AND ARBITRATION: AN AFRICAN MODEL FOR LATIN AMERICA?                           | <br>51        |
| Dr. Amadou Dieng, France   |               |
| Introduction   | 51            |
| I - Scope of application of CCJA's arbitration   | 52            |
| II - CCJA as an arbitration centre   | 53            |
| III - CCJA's role after the award is rendered  | 55            |
| <br><b>DE LA JURISPRUDENCIA</b>  | <br><b>58</b> |
| <br>PAN LIBERTY NAVIGATION V. WORLD LINK   | <br>59        |
| Court of Appeal, British Colombia  |               |
| ECUADOR V. OCCIDENTAL EXPLORATION & PETROLEUM COMPANY  | 67            |
| Commecial Court, England   |               |

|  |            |
|--|------------|
| CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA SOBRE ARBITRAJE DE ARGENTINA | 68         |
| Maria Blanca Noodt Taquela                             |            |
| Introducción.  | 68         |
| Acuerdo arbitral. Interpretación y extensión.          | 69         |
| Control judicial del laudo arbitral.                   | 76         |
| Inhibitoria judicial del tribunal arbitral.            | 79         |
| Laudo arbitral.  | 81         |
| Materia arbitrable.                                    | 82         |
| Medidas cautelares judiciales.                         | 84         |
| Nulidad del laudo arbitral.                            | 87         |
| Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.       | 94         |
| Tribunal Arbitral. Constitución.                       | 100        |
| <b>BREVES</b>  | <b>103</b> |
| <b>RESEÑA</b>  | <b>104</b> |

## **Reflexiones acerca del consentimiento del Estado para someterse al arbitraje.**

*Dr. Beatriz Pallarés, Argentina*

Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

### **Sumario**

I. Apuntes elementales sobre el funcionamiento del sistema de protección de inversiones. II. El sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI). III. El consentimiento en el sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI). IV. Los Tratados bilaterales de protección de inversiones suscriptos por Argentina. V. Indagación acerca de la voluntad de las partes. VI. El consentimiento del Estado Argentino. VII. La interpretación jurídica de los Tratados. VIII. La interpretación judicial y arbitral en el plano nacional e internacional. IX. Legitimidad de los recursos interpretativos. X. Los precedentes. XI. Los límites de la competencia. XII. Reflexiones finales.

### **I - Apuntes elementales sobre el funcionamiento del sistema de protección de inversiones**

1. Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBIs) ofrecen al inversor de los países suscriptores del tratado, un abanico de garantías a través de diversos mecanismos<sup>1</sup>. Si bien presentan características similares tanto en su estructura como en sus contenidos<sup>2</sup>, cada uno de ellos requiere un detenido análisis para su interpretación y aplicación. Los TBIs contienen cláusulas que garantizan a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo, el mismo tratamiento que reciben las inversiones nacionales (cláusula de trato nacional) y el dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (cláusula de la nación más favorecida), además del derecho a una indemnización en caso de medidas expropiatorias –incluidas las medidas de “expropiación indirecta”- o a la libre transferencia de las rentas obtenidas. Presentan variaciones en la redacción de las cláusulas que determinan los respectivos ámbitos de aplicación material, temporal, personal y espacial.
2. Los TBIs prevén además mecanismos de solución de controversias y, en particular, la posibilidad para los inversores extranjeros de someter las controversias que se susciten con el Estado receptor de la inversión al arbitraje internacional. En el sistema de protección de la inversión extranjera que proveen los TBIs, la protección del inversor frente al Estado receptor de la inversión se independiza de la protección diplomática del Estado de la nacionalidad del inversor y de la discrecionalidad que caracteriza a la misma. En el Derecho Internacional como en la mayor parte de los ordenamientos estatales el ejercicio de la protección diplomática se configura como discrecional, no viéndose además en la necesidad de agotar los recursos

<sup>1</sup> R. DOLZER / M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, 1995.

<sup>2</sup> UNCTAD, “Trends in International Investment Agreements: An Overview”, en: *Series on issues in international investment agreements*, 1999, pp. 44 y ss.

internos disponibles en el Estado de inversión antes de formular una reclamación arbitral contra él.<sup>3</sup>

3. El mecanismo de solución de controversias diseñado en la mayor parte de los TBIs prevé que, transcurrido un determinado plazo durante el cual debe intentar un arreglo amistoso con el Estado receptor de la inversión, el inversor pueda acudir bien a los tribunales internos de aquél bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Sin embargo, algunos tratados no han seguido ese modelo, comúnmente conocido como “*fork-in-the-road*”, exigiendo que el inversor –salvo acuerdo en contrario entre las partes–, someta primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurridos 18 meses, no hubieran dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones.
4. Los tratados para la promoción y protección de inversiones normalmente se limitan a afirmar que las partes promoverán el acceso de inversiones extranjeras y las admitirán conforme a su legislación vigente. Las disposiciones de los tratados bilaterales de protección de inversiones plantearán no pocas dudas en su interpretación y aplicación, entre otras razones por cuanto sus disposiciones presentan una redacción de alta generalidad y será necesario distinguir las distintas vías mediante las cuales se materializa la inversión.
5. La inversión extranjera ha cambiado el rumbo con que se produjera en sus inicios. La inversión extranjera directa en explotación de recursos naturales que solía materializarse en acuerdos de inversión ha sido sustituida por la inversión en otras áreas. Se observa el avance generalizado de inversión extranjera en servicios públicos de países en desarrollo. Y es así como desde la perspectiva de éstos, y concretamente desde la perspectiva de la República Argentina, el análisis del funcionamiento del sistema que se configura con la suscripción de los tratados bilaterales y El Convenio de Washington de 1965 requiere la consideración del contexto. La reflexión sobre el funcionamiento del sistema arbitral en materia de inversión extranjera en servicios públicos requiere considerar que el proceso de aceleración de suscripción de compromisos bilaterales de protección de inversiones se produce en los mismos tiempos en que Argentina inicia el llamado proceso de reforma del Estado y se acentúan los efectos negativos de la globalización de la economía. Toda consideración respecto a las vinculaciones que presentan estas tres cuestiones, excedería las modestas pretensiones de este trabajo. Sin embargo, no es posible prescindir siquiera de una breve mención que permita la identificación de ese contexto en el cual el desguace del Estado y la privatización de los servicios públicos se perpetran en la misma década en que se suscribieron más cincuenta tratados bilaterales de protección de inversiones y se ratificó sin reservas del Convenio de Washington de 1965 que crea el Centro de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) en el seno del Banco Mundial.
6. Los TBIs prevén un sistema propio de solución de conflictos conforme a cual las partes podrán recurrir ante el arbitraje institucional del CIADI, por aplicación del Convenio de Washington o de su Mecanismo Complementario -cuando alguno de los Estados Parte no sea parte del mismo- al arbitraje de un tribunal *ad hoc*, generalmente bajo las reglas de UNCITRAL.
7. El sistema arbitral de solución de conflictos en materia de inversiones, como todo sistema arbitral, está fundado en la autonomía de las partes. La jurisdicción de los tribunales arbitrales que actúan en el ámbito de la protección de inversiones, como cualquier otro tribunal arbitral, deriva su competencia de la voluntad de las partes, que han consentido su jurisdicción para

<sup>3</sup> R. BROTONS, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp. 499 y ss.

resolver los conflictos generados en el mismo sistema. Al referirse al sistema de solución de conflictos, se utiliza, como en el arbitraje comercial, la terminología que es más propia de soluciones jurisdiccionales que de un sistema basado en el consentimiento de las partes. Es así como es común el uso de la expresión *jurisdicción arbitral, tribunales arbitrales*.

8. Los términos son equívocos. Pero nadie se engaña; seriamente, ni los árbitros ni las partes confunden el rol del árbitro con el de un juez. A los árbitros se les realiza una encomienda. Tienen que cumplir una función: la de resolver una controversia particular. Y tienen que actuar dentro de los límites que las partes acordaron. El árbitro no tiene otro poder, otra competencia que las que las partes acordaron otorgarle. Por tanto tiene el deber de examinar cual ha sido la voluntad de las partes. Debe investigar esa voluntad expresa o presunta de las partes. No debe sustituirla. Si sustituye la voluntad de las partes, comete un exceso de poder. En tal caso el sistema se destruye por que se han corrompido sus propios fundamentos. El fundamento de la competencia otorgada a los árbitros, está en el consentimiento de las partes. También los límites de la competencia de los árbitros deberá desprenderse de la voluntad de las partes, de la expresión de su consentimiento.
9. La determinación del ámbito de la competencia de un tribunal arbitral, requerirá examinar los límites y las condiciones bajo los que fue otorgado el consentimiento. La metodología para interpretar los términos acordados en cada caso, o para integrar la voluntad imperfectamente expresada supondrá la consulta del sistema jurídico en el que se inserte el caso planteado. La indagación del alcance del consentimiento otorgado por las partes requerirá examinar las formas de manifestación de ese consentimiento y en muchos casos ello conlleva el análisis de la naturaleza del sujeto que ha prestado el consentimiento. Nada hay de nuevo. La interpretación de cualquier tipo de acuerdo requiere de la indagación acerca de la voluntad de las partes. Ya sea que se trate de una transacción individual o de un contrato predispuesto, la voluntad de las partes debe ser respetada. Interpretada, integrada si es necesario, pero no sustituida.
10. La voluntad de las partes en los pactos es rectora de la actuación del tercero a quien se le ha otorgado competencia para resolver disputas. Es el consentimiento otorgado por las partes, el que posibilita que esos terceros (árbitros) designados por las partes, tengan la facultad de examinar su propia competencia. Siempre en el marco de un acuerdo válido, siempre que haya existido consentimiento válido de las partes involucradas en la controversia. De ese acuerdo válido, que supone la existencia del consentimiento, se deriva la competencia de los árbitros. Las dudas sobre la validez y extensión del consentimiento se proyectan sobre la validez del acuerdo arbitral. La validez y extensión del acuerdo arbitral debe ser examinadas cuidadosamente por los árbitros. La rigurosidad de la interpretación es requerida por el sistema. La lasitud del análisis podría producir *prima facie* la ampliación de la competencia de los árbitros, pero desde otra perspectiva restará credibilidad al sistema.
11. El análisis acerca de la validez y límites del consentimiento marcan sustanciales diferencias del arbitraje con la labor judicial. Los sistemas nacionales de administración de justicia, no sólo son sistemas institucionalizados sino que tienen el marco de referencia de un sistema normativo. Ese mismo sistema que prevé los mecanismos de control de las soluciones adoptadas. Dentro de ese sistema los jueces pueden llevar a cabo operaciones de interpretación e integración de su propio sistema normativo. Los límites de su actuación están dado por ese sistema normativo. Su competencia no deriva de la voluntad de las partes que se someten a su jurisdicción sino del propio sistema normativo que les otorgó competencia para ejercer la función jurisdiccional. Ni la competencia del órgano jurisdiccional, ni los límites de la misma dependen de la voluntad de las partes sino del juego de las reglas del propio sistema nacional. Los árbitros en cambio están limitados en sus competencias por el acto mismo que se las ha otorgado. Por tanto la validez del

acuerdo arbitral, la extensión de las competencias de los árbitros, las reglas de derecho que brindan el marco de su actuación, en fin el sistema íntegro, reposa sobre el consentimiento de las partes involucradas. Si no hay consentimiento válidamente otorgado por las partes para someter una determinada controversia ante un tribunal arbitral, no hay pacto atributivo de competencia del tribunal arbitral.

12. Las partes deben haber manifestado claramente su voluntad de someter la controversia, presente o futura. Si la instrumentación del acuerdo arbitral no es completa, si existen cláusulas oscuras, será necesario recurrir a diversos medios para descubrir la voluntad de las partes. Pero esta es una tarea de indagación, no de creación. La voluntad ausente no puede ser suplida por la creación de la "jurisprudencia arbitral". Los árbitros no son órganos de un sistema que brinde un marco que posibilite la integración de una voluntad ausente. Por el contrario, la indagación acerca de la competencia arbitral y los límites de la misma supondrá en todos los casos la indagación acerca de la voluntad de las partes. De la validez y alcance del consentimiento otorgado.

## **II - El sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI).**

13. La indagación sobre el consentimiento al arbitraje en el sistema del CIADI requiere del recurso a elementos diferentes por que el consentimiento en este sistema se presta en distintas fases. En cada fase los sujetos varían, y varía también la instrumentación de la manifestación del consentimiento de cada una de las partes involucradas. El consentimiento que prestan los Estados para ser sometidos al arbitraje del CIADI, es un consentimiento que -como regla y no como excepción- es prestado en distintos actos. No hay unidad material en el acto, no hay tampoco unidad temporal. Es un consentimiento prestado en secuencias diferentes. Ello proyecta la necesidad de realizar el análisis de la extensión del consentimiento otorgado en cada una de esas fases en que se perfecciona el consentimiento.
14. La primera fase requiere del análisis del consentimiento que prestan los Estados que suscribieron el convenio de Washington. Los Estados prestaron su consentimiento mediante la aprobación y ratificación del Tratado internacional. Se entabla una relación que vincula a los Estados y las reglas de interpretación no son otras que las de la Convención de Viena. Como consecuencia:
  - (a) Por ese medio las Altas Partes se consideran parte del Convenio.
  - (b) Se constituye una relación que vincula a los Estados y las reglas de interpretación no son otras que las que establece la Convención de Viena.
  - (c) El consentimiento prestado por el Estado ratificante del convenio de Washington no supone el consentimiento a someter ninguna controversia ante el CIADI.<sup>4</sup>
  - (d) Para que haya consentimiento de la jurisdicción el consentimiento debe haberse manifestado por escrito.

<sup>4</sup> Así, en el preámbulo del convenio se advierte que "...la mera ratificación, aceptación o aprobación de este convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna determinada diferencia a conciliación, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado".



15. El consentimiento del Estado a someter la controversia al sistema de soluciones del Centro requiere de un nuevo acto. Ese nuevo acto, o manifestación específica de consentimiento, puede producirse en un acuerdo de inversión o mediante la suscripción del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones.
16. Los Estados que ratificaron el Convenio de Washington aceptaron ser partes del sistema de solución de controversias. Por tanto, la aceptación, el consentimiento al sistema requiere del cumplimiento de los requisitos previstos en el Convenio. Los Estados signatarios del Convenio de Washington han otorgado su consentimiento para someter a la jurisdicción del Centro:
- . diferencias de naturaleza jurídica entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante,
  - . que surjan directamente de una inversión
  - . que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.
17. Esto resulta del Artículo 25 del Convenio CIADI la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante y que las Partes hayan consentido por escrito someter el Centro. La recta interpretación de la regla del Artículo 25 (1) de la Convención CIADI supone que se dé cumplimiento a los tres requisitos que delimitan la jurisdicción de sus tribunales arbitrales:
- (a) La existencia de una disputa legal.
  - (b) Directamente surgida de una inversión.
  - (c) Que involucre a un Estado Contratante con el nacional de otro Estado Contratante.
18. La mera suscripción del Convenio no abre por sí la posibilidad de entrar al sistema de solución de controversias del CIADI. Para abrir el sistema la controversia debe reunir las condiciones previstas en el art. 25.1. y, además, las partes deben haber prestado su consentimiento por escrito. Esto significa que la competencia del Centro se abre para las controversias descritas en el artículo 25, siempre que haya consentimiento escrito para someter la controversia a la jurisdicción del Centro. Entonces el consentimiento del Estado a someter la controversia al sistema de soluciones del Centro requiere de un nuevo acto. La manifestación de ese consentimiento puede producirse de modo particular en un acuerdo de inversión o mediante la suscripción del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones. Las disposiciones del Convenio parten de la base de que el consentimiento de las partes en la diferencia constará en una cláusula de un contrato celebrado entre el inversor y el Estado receptor. Sin embargo, la práctica cada vez más extendida vincula el funcionamiento del sistema CIADI a la suscripción de tratados bilaterales de protección de inversiones.

### **III - El consentimiento en el sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI).**

19. Nuevamente estamos ante un pacto entre Estados. Una relación en la cual son los Estados los que prestan su consentimiento en los términos expresados en el instrumento internacional particular. Los inversores de ambos Estados signatarios son los destinatarios/beneficiarios del sistema creado, pero a los fines de discernir la voluntad expresada en un documento legal sigue siendo un tercero extraño a la relación jurídica establecida entre dos Estados soberanos que se obligan en el marco de las normas del derecho internacional público. En teoría los Estados habrían podido aceptar con carácter general la jurisdicción del CIADI respecto a todas las

controversias en materia de inversiones que pudieren surgir con los inversores de los otros estados contratantes<sup>5</sup>. Sin embargo, como señala Vives Chillida:

“Esta posibilidad teórica se enfrentaba a dos obstáculos en la práctica: implicaba una suerte de jurisdicción obligatoria del CIADI y al no ser parte en el Convenio los inversores extranjeros esta jurisdicción obligatoria no podía tener carácter recíproco, quedando siempre en manos del inversor la posibilidad de recurrir o no al CIADI. Además, la solución de graduar la puesta en marcha de las disposiciones del Convenio con un sistema de consentimiento en dos fases era la apropiada para conseguir una mayor aceptación inicial del mismo por los Estados reticentes, argumentándose que la prestación del consentimiento a ser parte en el Convenio no implicaba la obligación de someter ninguna controversia al CIADI, para lo que se requería un consentimiento adicional”<sup>6</sup>.

#### **IV - Los Tratados bilaterales de protección de inversiones suscriptos por Argentina**

20. El consentimiento del Estado argentino para someterse al sistema CIADI, se manifestó en las dos fases descritas. En la primera aceptó que las controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión sean resueltas en el Centro. En la segunda otorgó por escrito el consentimiento para que las cuestiones que se susciten en el ámbito de cada uno de los TBI suscriptos sean llevadas ante el Centro en los términos pactados en cada uno de esos tratados. Como la investigación acerca del alcance del consentimiento de las partes puede presentar blancos (lagunas) o indeterminaciones semánticas se hace necesario interpretar el texto que documenta el consentimiento. La pretensión de existencia continua de los Estados, el carácter contractual de los Tratados y los mecanismos de consulta e interpretación insertos en los TBI que regulan la disputa, hacen que la intención de las partes sea relevante y de referencia obligatoria. El análisis del consentimiento prestado requiere determinar la extensión del mismo, manifestado al ratificar el Convenio de Washington, pero también del consentimiento manifestado al ratificar cada TBI.
21. El consentimiento del particular -que no es parte en ninguno de los convenios- se manifiesta al presentar la diferencia concreta. El particular articula una pretensión de que su diferencia con el Estado receptor de la inversión sea solucionada mediante el sistema previsto por el Convenio de Washington y en los términos que los Estados exportador y receptor de la inversión acordaron en el TBI que invoca. Para analizar si la demanda del inversor abre la puerta del sistema CIADI, hay que examinar si la controversia que plantea ha sido contemplada en el ámbito de aplicación del Convenio. Para que se abran las puertas del sistema CIADI, las controversias deben reunir los requisitos previstos en el convenio ( Art. 25.1). Si el Estado argentino no ha suscripto acuerdos de inversión con la demandante, para que ésta pueda alegar que el Estado argentino ha prestado su consentimiento para dirimir sus diferencias ante el

---

<sup>5</sup> “Sin embargo, la solución técnica adoptada finalmente no era la única posible en teoría porque los Estados habrían podido aceptar con carácter general, respecto a todas las controversias en materia de inversiones que pudieran surgir con los inversores de los otros Estados contratantes, la competencia del CIADI”. J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*; McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 61.

<sup>6</sup> J. A. VIVES CHILLIDA: *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 61.

CIADI, debe demostrar que su acción está contemplada en el ámbito de aplicación de compromisos suscritos en el TBI que invoca. Si el supuesto no entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio y del TBI invocado, no se abrirán las puertas del sistema CIADI.

## **V - Indagación acerca de la voluntad de las partes.**

22. En éste sistema basado sobre el consentimiento, el análisis jurisdiccional, esto es, el análisis de las posibilidades que tiene una demanda de un inversor contra el estado receptor de abrir el sistema, requiere el análisis de la voluntad de las partes. La voluntad del inversor de someter su demanda a la jurisdicción del CIADI se pone de manifiesto en su presentación. El consentimiento del Estado requiere un análisis diferente, aunque esas reglas sean siempre las mismas. Como en todo contrato hay que estar a la voluntad de las partes. La investigación acerca del alcance del consentimiento de las partes puede presentar algunas particularidades. Pero la regla subsiste. En esta indagación acerca del alcance del consentimiento otorgado por las partes para someter sus controversias ante el Centro, no será lo mismo situarse ante la interpretación de un convenio de inversión concreto que ante un tratado bilateral suscrito entre dos estados soberanos en el que han acordado un régimen general de protección de inversiones cuya violación posibilita que los nacionales de esos estados planteen ante el Centro las controversias de naturaleza jurídica, surgidas directamente de una inversión, en los términos contemplados por el TBI que se invoque. Es importante subrayar las diferencias en orden a la invocación de la protección prevista para la regulación de una relación jurídica específica, con relación a la invocación de los TBI. Las particularidades se van a plantear no sólo en orden a la generalidad, imprecisión y extensión en el tiempo de la aplicación de los TBI. Como es obvio hay que tener en cuenta los sujetos que han firmado tales compromisos. Por ende las particulares reglas de interpretación de la voluntad de las partes al otorgar su consentimiento.

## **VI - El consentimiento del Estado Argentino**

23. La República Argentina al ratificar el Convenio de Washington aceptó someter a la jurisdicción del Centro las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro. Como quedó dicho, ese consentimiento del Estado Argentino se manifestó mediante la suscripción de Tratados internacionales. Esencialmente el efecto de un tratado es la creación de normas jurídicas, la generación de derechos y obligaciones. Todo Tratado es obligatorio para las partes que figuran en él y deberá ser ejecutado por éstas de buena fe<sup>7</sup>. Para poder determinar los efectos del tratado se lo debe examinar primero en forma aislada, con independencia de cualquier otra norma jurídica que pueda ser aplicable en una situación determinada (interpretación), primero en relación con las partes y luego en relación con quienes no sean partes<sup>8</sup>. A partir de allí se planteará la posibilidad de poner el tratado en relación con otras normas con las que deba combinarse. El tratado se vincula con el acto jurídico y con la norma creada por medio de ese acto. Los efectos del tratado se relacionan con los autores del acto: emanan de la voluntad de estos y no son nada distintos de esa voluntad. Este es el principio básico que permite formular desde el principio un problema que surge incluso antes de que se aplique el tratado. Esto es: cómo determinar la intención de las partes. Éste es el problema de la interpretación de los tratados. Los Estados que suscribieron el tratado son los mejor calificados para interpretarlo. Si las partes convienen en una interpretación común, ya sea mediante un tratado formal o mediante

<sup>7</sup> Convenciones de Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, artículo 26)

<sup>8</sup> P. REUTER, *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura de México, 2001, p.125.

otro modo, esta interpretación adquiere un carácter auténtico y prevalece sobre cualquier otra. Si el tratado es interpretado y aplicado por otras entidades como un tribunal de arbitraje el principio no es afectado.

24. Lo que cambia es la *amplitud de las facultades del intérprete*<sup>9</sup>. También varían los efectos de su interpretación. El derecho de los gobiernos de un Estado para interpretar un tratado del que son partes, es incuestionable, pero no puede decirse los mismos de otros intérpretes (tales como los tribunales arbitrales). Los Estados no han cedido esa competencia a favor de esos tribunales, que deben acatar los límites impuestos por la voluntad de las partes. Los precedentes de decisiones anteriores no constituyen fuente de derecho suficiente para desplazar la obligación de -en cada caso- indagar cuál fue la voluntad de las partes al celebrar los tratados.

## **VII - La interpretación jurídica de los Tratados.**

25. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 lo refleja en materia de interpretación, derecho consuetudinario y señala también los principios fundamentales de esta rama del derecho:

*“The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties partly reflects customary law and constitutes the basic framework for any discussion of the nature and characteristics of treaties. Certain provisions of the Convention may be regarded as reflective of customary international law, such as the rules on interpretations, material breach, and fundamental change of circumstances. Others may not be so regarded, and constitute principles binding only upon state parties.*

*The fundamental principle of treaty law is undoubtedly the proposition that treaties are binding upon the parties to them and must be performed in good faith. This rule is known in legal terms as pacta sunt servanda and is arguably the oldest principle in international law. It was reaffirmed in article 26 of the 1969 Convention, and underlies every international agreement<sup>10</sup>.*

26. Entre las reglas que incorpora el Derecho de los Tratados están las reglas de interpretación. Estas reglas reflejarían, de acuerdo a Shaw, tres aproximaciones básicas: la primera, que se centra sobre las palabras del documento; la segunda, que está atenta a la intención de las partes; y la tercera, que adopta una posición que enfatiza el objeto y el propósito del tratado. La Convención de Viena lo que ha hecho ha sido interconectarlas:

*“Nevertheless, any true interpretation of a treaty in international law will have to take into account all aspects of the agreement, from the words employed to the intention of the parties and the aims of the particular document. It is not possible to exclude completely any one of these components<sup>11</sup>.*

27. La jurisprudencia internacional ha vinculado el principio de la *interpretación* intencional con el principio de efectividad. Es decir, que a los efectos de darle efectividad a un tratado, lo relevante es discernir la intención de las partes:

<sup>9</sup> Conf. Reuter.126

<sup>10</sup> M. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, 4th. Edition, 1997, p. 633 .

<sup>11</sup> M. SHAW: *International Law*, Cambridge University Press, 4th. Edition, 1997, p. 656.

*“The principle of effectiveness will be used, however, in order to give effect to provisions in accordance with the intentions of the parties”<sup>12</sup>.*

Esta posición es muy razonable. Parte del principio de que los Estados que suscribieron el tratado son los mejores calificados para interpretarlo. Si las partes convienen en una interpretación común, ya sea mediante un tratado formal o mediante otro modo, esta interpretación adquiere un carácter auténtico y prevalece sobre cualquier otra. Ello está vinculado al fenómeno de la desconfianza de los juristas en general hacia la codificación de un sistema de reglas de interpretación, dado que dejarían de constituir la ayuda flexible que es requerida y muchas de ellas serían contradictorias o incluso presuponen la pregunta (question-begging). De allí que, según el profesor Brownlie,

*“The Commission (ILC) and the Institute of International Law have taken the view that what matters is the intention of the parties as expressed in the text, which is the best guide to the more recent common intention of the parties”<sup>13</sup>.*

La interpretación se rige por normas jurídicas, ya que las disputas provocadas por la interpretación de los tratados constituyen precisamente el tipo de disputas jurídicas que puede resolverse por medios judiciales (Art. 36 de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia). Estas normas deben ser aplicadas por quienes interpretan un tratado.

28. La premisa fundamental que debe respetar el intérprete es que debe determinar la intención de las partes a partir de un texto. Si la intención de las partes se ha convertido en un texto por medio de operaciones específicas de negociación, suscripción, etcétera, la interpretación debe seguir el procedimiento inverso. Esto es, partiendo del texto deberá remontarse a la intención inicial. Por ello es que los métodos de redacción y las normas de interpretación son dos aspectos del mismo problema contemplado desde ángulos opuestos: ambos se ocupan de una intención que se ha incorporado en un texto.

### **VIII - La interpretación judicial y arbitral en el plano nacional e internacional.**

29. La *primacía del texto* en el derecho internacional, es la norma cardinal de toda interpretación. Es posible que, en otros sistemas jurídicos, en donde los procesos legislativos y judiciales están plenamente regulados por la autoridad del Estado y no por el libre consentimiento de las partes, se suponga que los tribunales son competentes para hacer que un texto diga lo que no dice, o incluso lo contrario de lo que dice. Pero esas interpretaciones, que se describen a veces como teleológicas, no se pueden separar del hecho de que es obligatorio recurrir a los tribunales, de que el tribunal está obligado a tomar una decisión, y que ese tribunal está controlado por los demás poderes del Estado que pueden frenar los mandatos más audaces en caso necesario<sup>14</sup>. Pero en el ámbito internacional no existe ese control del aparato estatal. Cuando un árbitro se aparta de un texto, lo hace por que cree que debe prevalecer otro texto u otra práctica, es decir otra fuente de derecho. En la interpretación del texto internacional- en virtud del sometimiento a

<sup>12</sup> M. SHAW: *International Law*, Cambridge University Press, 4th. Edition, 1997, p. 658.

<sup>13</sup> I. BROWNIE, *Principles of International Law*, Oxford University Press, 5th. Ed., 1998, p. 632

<sup>14</sup> P. REUTER, *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura de México, 2001, p. 127.

la expresión de la intención de las partes resulta esencial la identificación precisa de la forma en que se expresó esa intención, otorgando preferencia a la manifestación más inmediata.

### **IX - Legitimidad de los recursos interpretativos**

30. De acuerdo con el Art. 31 de las Convenciones de 1969 y 1968, la interpretación de buena fe de los tratados (párrafo 1) deberá basarse simultáneamente en el “contexto” (párrafo 2) y en otros elementos (párrafo 3) que parecen tener menos peso. El “contexto” incluye el texto mismo (incluidos el preámbulo y los anexos) o cualquier acuerdo referente al tratado que haya sido establecido entre todas las partes en relación con su conclusión, así como “cualquier instrumento elaborado por una o más de las partes aceptado por las otras partes como un instrumento relacionado con el tratado. Los otros elementos que “deberá tomarse en consideración” son “cualquier acuerdo ulterior entre las partes” acerca de la interpretación o aplicación del tratado que establezca el acuerdo de las partes en relación con su interpretación” y “cualesquiera normas pertinentes del derecho internacional que sean aplicables a las relaciones entre las partes”. En lo que refiere a los términos usados en estos acuerdos, deberán interpretarse de buena fe, de acuerdo con su significado ordinario a la luz del objeto y el propósito del tratado. Sólo podrá descartarse el significado ordinario de los términos si puede establecerse la intención de las partes en ese sentido. (art. 31.4. Convención de Viena)
31. A partir de estos elementos que incorporan primordialmente la intención de las partes se debe establecer el sentido. Sólo en una etapa posterior se puede admitir el empleo de medios de interpretación complementarios (art. 32), tales como el trabajo preparatorio o las deducciones para reconstruir la intención de las partes, sobre todo por referencia a las circunstancias de la conclusión de los tratados, ya sea para confirmar los resultados de la interpretación o para evitar los resultados ambiguos manifiestamente absurdos o poco razonables, obtenidos sobre la base exclusiva de los elementos primarios. Ahora bien, las reglas de los arts. 31 y 32 establecen los principios básicos de interpretación que deben seguirse tanto en la interpretación del Convenio de Washington como de los TBI. Los principios se podrán aplicar de manera diferente de acuerdo con las características del tratado, pero necesariamente seguirán siendo los mismos.

### **X - Los precedentes.**

32. La casuística del derecho internacional permite observar algo muy interesante, pero sin duda mucho más modesto: que los tribunales arbitrales examinan grupos de tratados que abarcan temas similares. El problema son las conclusiones a que se arriba de esa comparación. El funcionamiento de los tribunales arbitrales en el ámbito del comercio internacional ha manifestado en estos aspectos la tendencia a actuar como tribunales jurisdiccionales. Tratados con ámbitos de aplicación personal, material y espacial determinados son utilizados fuera de esos específicos ámbitos de aplicación, como si los árbitros pudieran funcionar como un tribunal nacional que interpreta las normas del sistema vigente, apoyándose en la jurisprudencia sentada por tribunales que actuaron en casos anteriores. El tratado bilateral de inversiones que otorga determinados patrones de protección a inversiones determinadas, esto es tratado bilaterales con ámbitos de aplicación personal y material muy específicos, sólo puede ser aplicado en esos ámbitos. La práctica arbitral de sustituir la voluntad de las partes, expresada por escrito en los TBI, como exige el Convenio de Washington, es sustituida por una fuente cuya legitimidad sólo encuentra su sustento en la propia opinión de los árbitros o en la doctrina que los mismos árbitros difunden. Como si fuera poco preocupante lo apuntado, hay que tomar en cuenta además la cuestión de la “confidencialidad” de lo actuado en procesos arbitrales.



Como los textos de las decisiones no son publicados, salvo autorización de las partes, suele suceder que árbitros internacionales citan decisiones adoptadas por otros árbitros o tribunales arbitrales que ellos mismos declaran que son inéditas.

33. Cada una de estas observaciones van produciendo la convicción de que una interpretación de buena fe de los tratados no puede dejar de lado el texto expresado por las partes. Que una interpretación de buena fe del tratado bilateral o multilateral no debe apartarse de las reglas de la Convención de Viena.

### **XI - Los límites de la competencia**

34. Los tribunales arbitrales no tienen autoridad para sustituir la voluntad de las partes, para modificar la expresión del consentimiento expresado por las mismas. En suma, los tribunales arbitrales no pueden sustituir el sistema de fuentes del Derecho internacional. Los tribunales arbitrales están integrados por juristas. Es poco probable por lo tanto que la extralimitación se produzca de modo manifiesto. Pero esa extralimitación se produce aun cuando el tribunal exprese "...que sabe que los laudos anteriores no constituyen fuente de derecho...". Sin embargo, de modo reiterado se observa que más y más los tribunales se permiten referirse a cuestiones de hechos diferentes, manifestando "esto ya fue analizado en ...". Cuestiones de este cariz proyectan serias dudas sobre la seriedad y viabilidad de un sistema donde las reglas son conocidas solo por los jueces, a quienes nadie les atribuyó el poder de crear o modificar reglas, ni siquiera de expandir el ámbito de aplicación de las existentes. En el caso de los tratados bilaterales restringidos (como los TBIs) es equivocado afirmar que se ha formado una norma consuetudinaria con la sola base del número y repetición de esos tratados en la práctica de todos los Estados. En la interpretación de los tratados bilaterales restringidos, los tribunales tomarán en cuenta las disposiciones idénticas de una serie de tratados pero en general no llegan a inferir de esa uniformidad la conciencia de una obligación que se extiende incluso a Estados no vinculados por esos compromisos. En el caso "Rights of National of the United States of América in Morocco"<sup>15</sup> se recurrió en vano este recurso.
35. Hay que tener en cuenta que la formación de una norma consuetudinaria que se extienda más allá de las partes del tratado no se determina en primer lugar por el tratado como tal, sino por el hecho de que quienes no son partes han aplicado sus normas o reconocido su carácter consuetudinario, o por lo menos toleran su aplicación por otros, en circunstancias en que normalmente se habría esperado que la objetaran. En tal sentido se ha señalado la escasa relevancia jurídica de conceptos como el de "tratados cuasi universales"<sup>16</sup> que ocasionalmente han surgido en las decisiones judiciales.<sup>17</sup>

### **XI - Reflexiones finales.**

36. El debate sobre la incidencia de las disposiciones de los TBIs en el derecho internacional consuetudinario, toma como punto de partida el número de tratados bilaterales suscriptos, la uniformidad de muchas de sus disposiciones y los países que participan en las redes de tratados. Pero de esos datos, lo único que puede desprenderse es que muchos Estados aceptan el principio de la protección de la inversión extranjera. Lo cierto es que esos tratados se concluyen en el plano bilateral, con ámbitos de aplicación definidos. Para esos ámbitos de aplicación definidos

<sup>15</sup> C. J. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001.

<sup>16</sup> P. REUTER, *Introducción al Derecho de los Tratados*, p.141.

<sup>17</sup> "Barcelona Traction", Second Phase, ICJ Reports, 1970, p.32, par.34

las partes prestaron su consentimiento. De la repetición de cláusulas en los tratados bilaterales de protección de inversiones no puede desprenderse sin más la formación de una regla general. Según O. Schachter en "Compensation for expropriation", de la repetición de las cláusulas no puede inferirse que expresen derecho consuetudinario, sino que es necesario que sean consideradas obligatorias al margen del tratado<sup>18</sup>.

37. Esta posición queda claramente expresada en el apartado IV. 1 del Acta final de la conferencia sobre el Tratado de la Carta de la Energía, que contiene un acuerdo de los representantes de la Conferencia en virtud del cual se advierte que sus disposiciones "...han sido acordadas teniendo en cuenta la naturaleza específica del Tratado, el cual está destinado a establecer un marco jurídico que fomente la cooperación a largo plazo en un sector particular y, por lo tanto, no puede interpretarse que sea un precedente para otras negociaciones internacionales". Tanto en la interpretación del Convenio de Washington como de los TBI no puede perderse de vista que el compromiso ha sido suscripto por un Estado. Ese Estado que suscribió por una parte el convenio y por otra los TBI, ha aceptado ser llevado ante los tribunales arbitrales en el marco de los compromisos suscriptos. El Estado sólo ha renunciado a la jurisdicción de sus tribunales internos para llevar ante tribunales CIADI las controversias identificadas en el Convenio de Washington que caigan bajo el ámbito de aplicación del TBI.
38. La presencia del Estado en el arbitraje exige una mayor "circunspección" a la hora de interpretar una cláusula compromisoria arbitral, toda vez que la renuncia a la jurisdicción de los tribunales internos implica una limitación de los poderes soberanos del Estado y cuando no existe cláusula arbitral o si su existencia es dudosa, "no se pueden entonces ignorar las normas del Derecho internacional público que establecen... que los Estados no se obligan sino mediante las normas de derecho que ellos mismos han aceptado, refiriéndose al conocido principio en virtud del cual las limitaciones de la soberanía del Estado no se presumen"<sup>19</sup>. Si los tribunales que van a aplicar los tratados internacionales no tienen en cuenta el ámbito de aplicación de cada uno de ellos, no están aplicando los tratados conforme al Derecho internacional. Están sustituyendo la fuente internacional *-pacto inter partes-* por la voluntad de un tribunal que no tiene competencia para ello. Esto conduce a indagar respecto de la jerarquía que revista la práctica internacional -a que aluden algunos laudos arbitrales - en el sistema de fuentes del Derecho internacional.
39. Argentina ha sufrido decisiones en las que se sostiene que la práctica de los Estados ha incluido participaciones mayoritarias o no controladoras en la protección acordada. "La práctica contemporánea de los acuerdos de mano alzada, las decisiones del Tribunal Irán-Estados Unidos y las reglas y decisiones de la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas, ...demuestran la flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales"<sup>20</sup>. El mismo tribunal agrega "Aún cuando es correcto lo que afirma la República Argentina que ello es más bien el resultado de *lex specialis* y de arreglo de tratados específicos que lo han autorizado, el hecho es que la *lex specialis* en este aspecto prevalece de tal forma que puede considerarse ahora la regla general, ciertamente respecto de inversiones extranjeras y de las reclamaciones internacionales, como también crecientemente de otras materias. En la medida en que la costumbre internacional o el derecho tradicional de las reclamaciones internacionales

<sup>18</sup> J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill Interamericana de España, S.A.U., nota 144.

<sup>19</sup> J. A. VIVES CHILLIDA, op.cit., p. 4.

<sup>20</sup> "CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina", Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, párrs. 26 y 27. Disponible en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).



podrían haber seguido una orientación diferente – afirmación que está sujeta a discusión-, entonces ese enfoque puede considerarse la excepción”.

40. Esta línea interpretativa conduce a sostener en último término, que los Estados que otorgaron su consentimiento para resolver sus controversias en materia de inversiones por medio del arbitraje, también han consentido que los tribunales arbitrales subroguen las facultades de los Estados y sustituyan el derecho generado en acuerdos *inter partes* por el creado por la voluntad de los árbitros, que interpretan libremente el “sentido”, la “evolución” del derecho internacional de inversiones. La viabilidad del sistema requiere que se tome en cuenta la existencia de una multiplicidad de tratados bilaterales, no un sistema multilateral de protección de inversiones.
  
41. La existencia de una multiplicidad de tratados no autoriza a interpretarlos como si se tratara de una regla general. A lo sumo se podrá decir que de la proliferación de los TBI se puede colegir que la protección de inversiones mediante tratados bilaterales tiende a desplazar otras formas de protección. Pero convertir una regla especial en general no resulta avalada en absoluto por la voluntad de las partes. Las reglas insertas en los TBIs conservan su carácter especial, sin que sea necesario que los Estados vinculados por el tratado deban probar ningún tipo de manifestación para mantener el carácter especial de las reglas de los TBI. Lo contrario equivale a la inversión del sistema basado en el consentimiento de las partes y la destrucción misma del sistema arbitral.

## El pensamiento lateral en el tratamiento de los conflictos

*Manuel Vidal Noruega, Colombia*

Universidad Sergio Arboleda - Bogotá y Santa Marta.

### 1.- Introducción

1. En el título se vinculan tres temas, el pensamiento lateral, el conflicto y su tratamiento. Comenzaré puntualizando qué entiendo por conflicto, seguiré con el desarrollo de una idea que he venido trabajando por largo tiempo y que se sintetiza en una frase: el conflicto no se resuelve pensando de la misma forma que se pensó al crearlo, y pasaré a estudiar algunos instrumentos propios del pensamiento lateral, útiles al tratamiento de conflictos.

### 2.- El conflicto

2. Para referirme al conflicto me remito a un artículo publicado en esta revista<sup>21</sup> en el cual sintetizo en un concepto breve lo que entiendo por tal, y continuaré, sobre esa base avanzando en su comprensión con la referencia al “triángulo del conflicto” de Galtung.

“El concepto de conflicto que utilizaré fue sintetizado por mi, hace unos diez años, tomando como base elementos de Bildung y de otros, no se trata de imponerlo sino de abreviar un paso dada la limitación de espacio que tenemos. Así pues, por conflicto entiendo:

un sistema social en la que participan al menos dos partes que pugnan por la obtención de unos recursos escasos o el logro de unos objetivos mutuamente incompatibles, o así percibidos, tendiendo a escalar por su condición de autopropelencia, siempre con la posibilidad de derivar en acuerdos.

3. De este concepto podemos extraer los siguientes elementos, que relacionados entre sí y cumpliendo cada cual su función nos dan el concepto sistémico recién enunciado:

1. sistema social, por oposición a sistema natural
2. con mínimo 2 actores
3. la relación entre ellos es de pugna
4. condición de escasez, bien objetiva o perceptiva
5. condición de autopropelencia
6. tendencia a escalar
7. tiene fin: bien en acuerdos, bien en violencias”.

Ahora bien, Galtung ve al conflicto como la conjunción de tres partes, actitudes (puede ir a la violencia si a la actitud hacia el otro se le agrega el odio), conducta (en inglés behaviour, por eso la b como esquina del triángulo abc, que se expresa como violencia, entendiendo por esta todo acto intencionado de hacer daño a la contraparte, y entendemos daño, dentro de la concepción de

<sup>21</sup> Vidal Noguera, Solución de conflictos: diez tesis al respecto, *RLMA*, 2003.146.

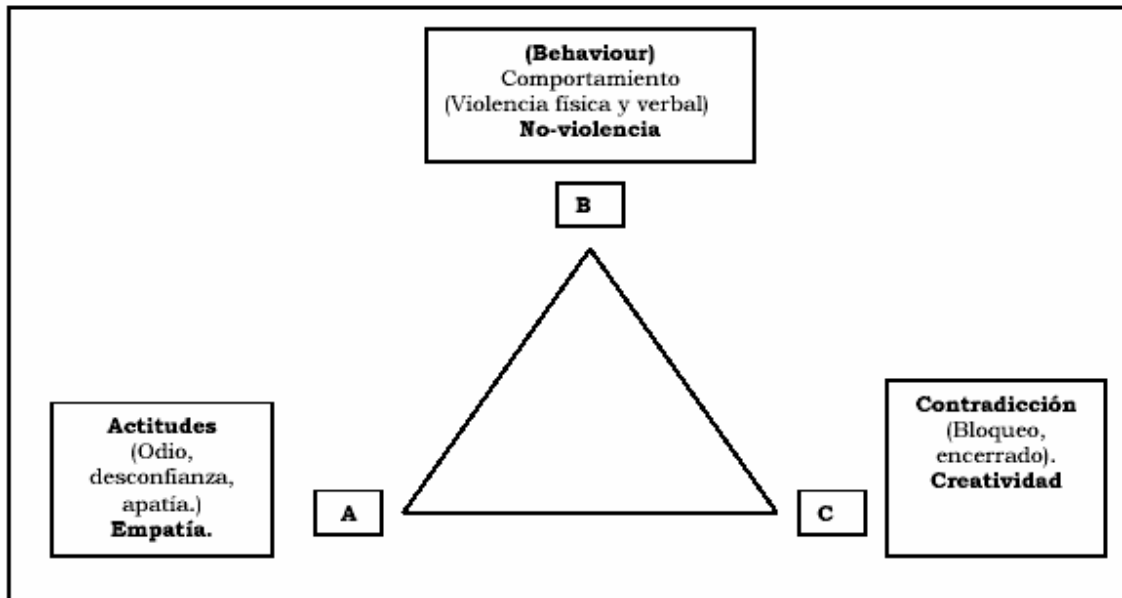
Galtung, como el impedir, por acción u omisión, que otro (o más) ser humano pueda satisfacer sus necesidades humanas, es decir, que no llegue a ser cuanto puede ser como humano, debido a ese impedimento causado por voluntad ajena) y contradicción (asunto del conflicto). El daño puede ser de orden objetivo (cosas que van desde el cuerpo hasta las instalaciones), subjetivo (relacionado tranquilidad, bienestar psíquico de la persona agredida, por insultos, amenazas) y normativo (relacionado con principios, valores, convicciones, cultura, derechos, deberes). De esta manera el

---

<sup>187</sup> *Teoría de la acción comunicativa*, T. I, Taurus, Madrid, 1987.27.

conflicto opera en el desarrollo de las tres esquinas del triángulo abc, las cuales lo hacen sobre las tres esquinas del triángulo de Mundo de la Vida de Jürgen Habermas (1987)<sup>187</sup> (Mundo Objetivo, Mundo Normativo, Mundo Subjetivo).

Cuadro 1: El triángulo de Galtung se ve así (GALTUNG, 1996):



4. Tratando de entender un poco más el conflicto, este se realiza (se da) en la relación de pugna entre las partes que están rodeadas por las demás condiciones que describen la situación de conflicto, en su presencia catalítica y se reconoce en las actitudes de odio, desconfianza o apatía (la última aparece cuando los conflictos son muy prolongados, y a las partes deja de interesarles lo que ocurra con las demás, o con los actores de la violencia directa, llegando a convertirse los pueblos en espectadores de la violencia entre partes, como las guerrillas, los paramilitares y los militares, y la población civil violentada por cualquiera de ellos, caso colombiano). Las actitudes de las partes se refuerzan porque les llegan dos caudales que las nutren: por una parte acciones en las cuales se concreta la conducta, el comportamiento de la otra parte, que bien puede ser violenta, o agresiva, y por la otra le llega a cada parte el caudal de la contradicción que hay entre ellas, la cual se radicaliza e intensifica por efecto de las conductas y actitudes que se dan entre ellas, y las actitudes y la contradicción, animan a las partes a ser progresivamente (degenerativamente) más agresivas, buscando en forma escalonada un mayor daño a la contraparte, con mayor intensidad y frecuencia, de manera que esta quede, a medida que pasa el tiempo, con cada vuelta que da el conflicto, menos capaz de responder, es decir, más destruido en sus defensas y en su capacidad de ataque. En este momento pueden sentir que me equivoqué de revista, con todo derecho. Pero no es así. Lo anterior aplica en conflictos entre Estados, entre grupos sociales o étnicos, y –de la misma forma- dentro de familias, vecinos o desconocidos que se relacionaron por un negocio ocasional. Solamente varían los instrumentos (utensilios) a la mano (cañones, cacerolas, escobas, piedras, argucias legales, asaltos morales, insultos, difamaciones, armas químicas, nucleares o convencionales).

5. En las tres esquinas del triángulo abc hay palabras que no tienen que ver con el proceso de degeneración del conflicto en violencia (VIDAL NOGUERA, 2.003), por el contrario, con su escalamiento hacia la integración de las partes. Estas son respectivamente: Empatía (para la esquina de las actitudes), no violencia (para la esquina de las conductas) y creatividad (para la esquina de las contradicciones). Esas palabras son nada menos que las claves para trascender (de nuevo un término de Galtung) el conflicto, es decir para salir del vértice de opciones en el que está el conflicto por la opción de la integración, o transcendencia. La anterior afirmación es trivial. Pero mirando por los negativos no tanto. El conflicto tiende a degenerar en violencia cuando no hay empatía (cuando hay antipatía entre las partes, esa palabra refleja el disgusto de la una por –o ante la presencia de- la otra), la no-violencia encuentra su antónimo en las acciones con que una parte busca lastimar a la otra, y la creatividad encuentra sus antónimos en la estupidez o en la banalidad (uso la disyuntiva o, porque no se puede ser estúpido -incapaz de pensar- y banal -aquel que siendo capaz de pensar no lo hace- a la vez). Y así hemos llegado al punto interesante de este artículo: la creatividad para Galtung, el pensamiento lateral (abarca mucho más que la creatividad, pues para Edward de Bono, además de la creatividad el lateral incluye los aspectos constructivo, de diseño y operativos del pensamiento) (v. infra). No siempre que se piensa se es creativo, no siempre que se piensa creativamente se piensa lateralmente. Siempre que se piensa lateralmente se usa el pensamiento y se incluye la creatividad, más otros ingredientes que veremos más adelante. Pero pensar ya es un inicio que nos aleja de la banalidad y de la estupidez, colocadas como factores causales de la degeneración de conflictos en violencias, o de la incapacidad de superar las violencias iniciadas por otros para conducirlos al *eudesarrollo* (VIDAL NOGUERA, 2.003<sup>a</sup>) de los conflictos, como en el caso colombiano. Lo último nos deja en el umbral de la Justicia Restaurativa, cuya puerta de ingreso es el pensamiento lateral, si se quiere la creatividad.
6. Ampliando la referencia al Mundo de la Vida, escenario en el que ocurren los conflictos, se encuentran varios asuntos interesantes relacionados con la evolución del conflicto, ya sea en forma de eudesarrollo o de manera degenerativa hacia la violencia. “Los seres humanos, cada uno de nosotros, vive en *el mundo de la vida*, en el cual ocurren los fenómenos reales, y a este mundo nos referimos cuando hacemos referencia a la realidad. Este mundo de la vida, a su vez, está conformado por tres mundos y sus relaciones recíprocas: el mundo objetivo, o mundo de las cosas duras, el cual explicamos a través de leyes duras u objetivas, y en el cual apostamos a la verdad, pues la pretensión de validez de un argumento levantado en este mundo, siempre ha de ser la verdad, entendida como dato o hecho verificable empíricamente; el mundo social o normativo, el cual está formado de principios, valores y creencias, y que expresamos a través de acuerdos, de los cuales algunos que han hecho carrera se han convertido en norma, y dentro de este mundo apostamos a la legitimidad, es decir, la pretensión de validez de un acuerdo es la legitimidad del mismo, o aceptación y acatamiento por parte de los pactantes, quienes suponemos, pactan sobre la base del entendimiento de los acuerdos logrados; en tanto que la tercera esquina, y no por ello menos importante, del mundo de la vida o mundo subjetivo, está hecha de lo que nos hace sujetos diferenciados de los demás, es decir, de nosotros mismos: de pura subjetividad, de *yoidad*, si pudiéramos decirlo, y este mundo lo expresamos a través de nuestras emociones y sentimientos, por lo tanto él la pretensión de validez de nuestros argumentos es la autenticidad, de otra manera, en este mundo apostamos a la sinceridad del otro, y de los propios sentimientos.

Cuadro 2: Los mundos del mundo de la vida

| <i>Mundo</i>     | <i>Hecho de</i>      | <i>Expresado en</i>     | <i>Se le apuesta a</i>      |
|------------------|----------------------|-------------------------|-----------------------------|
| <i>Objetivo</i>  | Cosas duras, hechos  | Leyes objetivas         | La verdad                   |
| <i>Normativo</i> | Principios y valores | Leyes positivas         | La legitimidad              |
| <i>Subjetivo</i> | Uno mismo            | Sentimientos, emociones | La autenticidad, sinceridad |



Cuadro 3. El triángulo del Mundo de la Vida.

- Es evidente, cada perspectiva de ubicación del conflicto aporta sus propios componentes, los cuales en cada conflicto específico se combinan de diferentes maneras, lo cual se entenderá mejor una vez definamos un conflicto. Es mucho lo que podemos sintetizar de estos elementos básicos.

### 2.1 Todo conflicto es social<sup>188</sup>

- En primer lugar, todo conflicto está inscrito dentro de un orden social, pues solamente sucede entre dos o más actores, para lo que nos interesa, pues nos centramos en lo que es susceptible de ser negociado o conciliado. Los conflictos pueden originarse en diversas esferas del mundo social. En segundo lugar, y dentro de la perspectiva de lo que constituye el mundo social,

<sup>188</sup> Pudiera concluir que los conflictos son artificiales, en la medida en que no son naturales al ser humano dado que ocurren en la esfera social, y esta con su complejidad, es creación del Hombre. Para ampliar este punto es interesante ver la introducción y el primer capítulo de “La Condición Humana” de Hannah Arendt. Allí saca a la luz un grave error de Aristóteles, que hemos mantenido por esa reverencia propia de nuestra forma de pensar en occidente, sin mayores cuestionamientos: el Hombre no es un zoon politikón (ζῶν Πολιτικόν) Nadie, viviendo solo –como único de su especie- hubiera buscado poder, ni hubiera hecho política, leyes, organización, esto solamente lo hacemos al encontrarnos entre –y ante- otros y crear un orden –el orden social- diferente al orden natural (estado salvaje, estado ferino o estado natural para Hobbes). Sobre esto puede verse “The causes of violence”, publicado en 1981 por UNESCO.

pueden desarrollarse conflictos por motivos económicos, políticos o culturales; es decir, por la obtención de un determinado bien o recurso económico, por obtener el - o a propósito del empleo del poder público, o quizás por motivos de creencias, por asuntos religiosos o por determinadas prácticas inaceptables para otros y generar o revelar conflictos en otra u otras esferas de la vida social, o simplemente trasladarse o expresarse a o en ellas.

#### 2.1.1. Conflictos por cosas duras o hechos o en torno de la verdad

9. En tercer lugar, los conflictos pueden generarse y desarrollarse a propósito de la definición de cosas duras o la precisión de hechos objetivamente demostrables y se resolverán cuando se demuestre y compruebe la verdad, por ejemplo la determinación del valor de la aceleración de la gravedad o el cumplimiento de las leyes de la mecánica o la hidráulica; o en el caso de las relaciones forenses cuando se demuestre con toda objetividad quién cometió un delito determinado.

#### 2.1.2. Conflictos en torno de la legitimidad o por definiciones del orden social o la interpretación de normas

10. En cuarto lugar, también los conflictos suceden en el desenvolvimiento normal de una sociedad y se resuelven cuando se construye un acuerdo socialmente aceptado en torno de algún fenómeno y se aplica el poder público con legitimidad, o cuando se constituyen normas que para unos son legítimas y para otros no, o que dejan de serlo para una generación diferente de la que las promulgó. También puede tratarse de conflictos más hondos, como los que se dan cuando un orden social determinado es considerado ilegítimo por un grupo social: caso de los movimientos separatistas y los grupos insurgentes, quienes pudieran expresar y plantear el conflicto pacíficamente - y ojalá así lo hicieran- o bien por vías violentas, como lo hacen, generando así más cerrazón y violencia en sus propias sociedades. También pueden darse conflictos que podemos ubicar en esta esquina del mundo de la vida, originados por la interpretación de normas, pues dependiendo de una u otra interpretación la consecuencia de la aplicación del derecho tendrá una consecuencia favorable o no a mis intereses.

#### 2.1.3 Conflictos en torno de lo afectivo - sentimental

11. Una cosa es *meterse* con lo mío, otra más grave es *meterse* con lo que yo creo, pero, una muy distinta, es *meterse* directamente conmigo. A ese mundo interno de sentimientos y emociones quienes llegan amorosamente sacarán lo mejor, y si lo conservan y cuidan tendrán las mejores satisfacciones causadas por el otro, pero si le traicionan, sacarán los más duros sentimientos.

Lo sentimental adjudica valores no objetivos, enteramente subjetivos, a cosas materiales haciéndolas prácticamente únicas e irremplazables; por ejemplo el jarrón que regaló la abuela, que era de la suya, en el día del matrimonio, y lo reservaba para el nieto preferido, y su esposa, en un acto de ira lo quiebra. ¿Con qué podrá reponerlo? Si es hurtado por ladrones, y reconocido su valor material por la compañía de seguros, ¿cuándo dejará de doler? Normalmente, los valores que desde este mundo asignamos a las cosas, a las palabras, a los gestos o a los hechos, hacen que los conflictos escalen o desescalen, como lo veremos.” (VIDAL NOGUERA, 2003b)

## 2.2 Los factores causales de los conflictos

### 2.2.1 *Esfera interpersonal*

12. Por esfera personal entiendo, en esta parte, el involucramiento de la persona en la generación de conflictos. Para comprender los factores causales de conflictos en éste nivel, en el personal, conviene leer con detenimiento “Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones<sup>189</sup>” y “Conflicts, a better way to resolve them”<sup>190</sup>, libros que sigo estrictamente a continuación por su valor para aproximarse a las conductas que tienen mayor, y más evidente, incidencia en el surgimiento y escalamiento –combustible de la autopropelencia- de los conflictos en éste nivel.

¿Por qué se originan los conflictos? Es una pregunta que nos formulamos una y otra vez. Si exploramos entre los elementos que lo conforman podemos encontrar algunas respuestas. En primer lugar, los conflictos se presentan porque hay, al menos, dos personas que perciben la realidad de maneras diferentes, o porque esperan de las demás algo que éstas no están en condiciones, o no tienen intenciones de dar; o porque esas personas quieren la misma cosa, y ésta no alcanza para todos, real o aparentemente; o bien porque, debido a las causas anteriores, las personas comienzan a pugnar. Examinemos las razones y veamos qué condiciones podemos modificar, para ver cómo empezamos a detectar causas que pueden cambiar, ¡y cambiarlas!, y así cambiar el panorama del conflicto. Estos factores causales, no excluyentes entre sí, al contrario sincrónicos, tampoco se excluyen de lo que ocurre en los conflictos internacionales, pues sí bien hay una clara y determinante existencia de “instituciones políticas” con ingerencia en todos los niveles, esas instituciones son conducidas e interpretadas por hombres y mujeres nada ajenos a la condición humana, quienes además no están alejados de sus intereses, convicciones y creencias personales cuando tratan temas internacionales, sociales, comunitarios, etc.

#### 2.2.1.1. *Malos entendidos*

13. Los malos entendidos, son eso, una interpretación *inocente* y errónea de las palabras, gestos o comunicaciones en general, de la otra persona, tienen que ver más con la percepción de quien recibe el mensaje que con la intención de quien lo emite. Un conflicto surgido de un malentendido se resuelve aclarando la intención de la comunicación o su contenido.

#### 2.2.1.2. *Miedo*

14. El miedo está en la base de casi todos los conflictos porque nos hace colocarnos a la defensiva o al ataque. Puede tratarse de miedo a la pérdida del empleo, miedo a la pérdida de prestigio, miedo al otro, miedo a la situación o miedo a lo desconocido.

#### 2.2.1.3. *Falta de demarcación de límites*

15. Muchos conflictos se generan porque no marcamos adecuada y oportunamente los límites de tolerancia en el trato, en las bromas, en la demarcación de la diferencia entre lo social, lo

<sup>189</sup> Andrew Floyer Ackland. Paidós. Barcelona, 1993.

<sup>190</sup> Edward de Bono. Penguin Books. New York, 1985.



privado y lo íntimo, y si estos límites no están claramente marcados es muy posible que los demás los traspasen, aun sin saber que lo están haciendo. Es normal en el comienzo de cualquier relación, cuando se llega nuevo a un puesto de trabajo, cuando se conocen personas, etc. Si surgen roces o molestias por esta causa, la mejor manera de evitar que los conflictos escalen, es tratando directa y cortésmente el tema con el involucrado.

#### *2.2.1.4. Falta de sinceridad*

16. La falta de sinceridad es una frecuente fuente de conflictos porque genera la sensación de que *hay gato encerrado*. Mina la confianza y resulta provocativa de suspicacia. No somos sinceros cuando no expresamos nuestros sentimientos o emociones ante algo o alguien, o cuando expresamos sentimientos que no corresponden a lo que genuinamente sentimos, entonces desconcertamos a la otra persona y deterioramos la comunicación, pues no sabrá si estamos alegres cuando sonreímos. La falta de sinceridad se resume en una sola acción: fingir.

#### *2.2.1.5. Negligencia o descuido al hablar*

17. Ocasionamos conflictos cuando descuidamos el hablar, el uso de expresiones inadecuadas, cuando somos impertinentes, groseros o simplemente descuidados de lo que puede lastimar los sentimientos o creencias de otra persona.

#### *2.2.1.6. Reacción errónea al conflicto*

18. Este encuentro trata, entre otras muchas cosas, de lograr que nos familiaricemos con el conflicto y su manejo adecuado. Por ahora diremos que es inadecuado huir del conflicto, ocultar o negar su existencia, o agredir a la persona con quien se entra en conflicto. De aquí podemos derivar tres reacciones, o acciones adecuadas que podemos aprender, ante el conflicto: aceptarlo, enfrentarlo como tal, y no atacar ni agredir a la otra persona, sea por miedo o como estrategia de ablandamiento.

#### *2.2.1.7. Segundas intenciones*

19. Las segundas intenciones siempre salen a la luz, y cuando esto sucede, tarde o temprano, se generan conflictos porque no se esperaba la situación que se presenta, generan desconfianza porque dan la sensación de tener cartas ocultas bajo la manga, y lo que siente la persona objeto de la segunda intención es que se la toma por tonta o que se hace burla de ella.

#### *2.2.1.8. Fundamentalismos*

20. Los fundamentalismos o asignación de un valor fundamental a una creencia, ideología u opinión determinada cierra la posibilidad de comunicación en un sentido diferente del de la creencia de la persona en ese respecto, por una parte, y por otra, eleva su sensibilidad en el tratamiento de esos asuntos. Los fundamentalismos religiosos llevaron a atrocidades como las cacerías de herejes y de brujas, la inquisición, el exterminio de judíos, el genocidio de kosovares albaneses, el asesinato de sacerdotes egipcios a manos de cristianos, las purgas leninistas o stalinistas, la persecución de comunistas durante el macarthysmo, o el asesinato de liberales o de conservadores (en Colombia), por el solo hecho de ser una u otra cosa, entre muchos ejemplos, lamentablemente. En menor escala puede llevar a terminar relaciones, a evitar personas, a obrar sobre prejuicios o estereotipos antes que a tratar con personas.

2.2.1.9. *Mal manejo del conflicto*

21. Manejar mal un conflicto es parecido, pero diferente, a reaccionar mal ante un conflicto. La reacción es más espontánea. El manejo es más preparado, o por lo menos intuitivamente planeado. Se cometen errores de manejo cuando no se prepara bien la intervención, cuando nos dejamos llevar por primeras impresiones y no verificamos la información o nuestras percepciones, cuando no identificamos con claridad las opciones, cuando no tratamos de conocer a la otra persona o el caso, con mayor profundidad. Cuando se decide a atacar a la persona y no al problema.

2.2.1.10. *Intención de crear un conflicto*

Creo que todos hemos experimentado, en mayor o menor grado, la necesidad de casarle pelea a alguien, sin que expresamente tenga que ver con esa persona. En realidad tiene que ver más con nosotros mismos. Si bien es cierto es una causa difundida, no es menos cierto que es molesta. En ocasiones estas provocaciones no obedecen a impulsos, más bien son calculadas y tienen una intención concreta, que hay que tratar de descubrir, o pueden ser formas equívocas de pasar mensajes, de llamar la atención.

2.2.2 *Esfera internacional*

22. En ésta esfera, como en las demás, es imposible atribuir a una sola causa la generación de conflictos y guerras, ellas se combinan sin seguir un patrón uniforme, así que tratar de hacer una tipología por causas o manifestaciones es, más que complejo, inútil. Sin embargo, saltando la categoría solamente internacional y ubicándonos también en el espacio intraestatal pudiéramos hablar de 3 grandes tipos de acuerdo con el estudio de “Project Ploughshares del Conrad College”<sup>191</sup>: las luchas por el control del estado, los conflictos debidos a la formación del estado y los conflictos que obedecen al fracaso del estado, especialmente en la capacidad de ofrecer un mínimo de seguridad a los ciudadanos, peor aún si ésta situación se junta con la extrema pobreza ampliamente extendida, como es el caso de Somalia, y el camino, que con aparente distancia, recorre Colombia.

2.2.2.1 *Crisis resultantes de la colonia*

23. Dadas las dificultades de descolonización, y las características propias de ella, pues los europeos con dificultad consideraron la vida en las colonias como algo importante, tanto que muchas fronteras en África y Oriente Medio son rectas arbitrarias dividiendo a etnias y dejándolas del lado contrario, han generado “disputas fronterizas y conflictos por posesión de tierras” como los casos India-Pakistán por Cachemira, Nigeria, Togo, Cuerno de África, Cáucaso, etc.

<sup>191</sup> Vicenç Fis as, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria Antrazyt UNESCO, Barcelona, 1998.

2.2.2.2. *Herencias de la guerra fría*

24. Como tales son llamados “intratables” por Vicenç Fisas Armengol, entre otras porque los países involucrados tienen una gran cantidad de armamento acumulado. Angola, Mozambique, Camboya, Vietnam, Afganistán, Corea).

2.2.2.3. *Conflictos de identidad*

25. Los conflictos de identidad, en la clasificación que emplea Fisas, están ubicados principalmente en Europa Central y la antigua URSS debido a las disputas entre etnias por control de territorio, casos de la exYugoslavia.

2.2.2.4. *Secesiones*

26. Siguiendo la misma pauta de Fisas el 40% de los conflictos actuales son de éste tipo, entre ellos Sudán, India (Cachemira), Sri Lanka (tamiles), Indonesia (Filipinas) y antigua Yugoslavia. “Los conflictos por la formación de Estados generalmente implican a regiones situadas dentro de un Estado, que luchan para lograr un mayor grado de autonomía o una secesión”

2.2.2.4. *Esferas social – comunitaria*

27. Las esferas social y comunitaria pueden estar referidas a espacios casi parroquiales, si se permite el coloquialismo, o supranacionales, pues la etnicidad rebasa límites políticos – estatales y estatales- que no hacen parte de lo propio de esas etnias, entendiendo propio por oposición a impuesto. Muchos de esos conflictos han tenido incentivos extra-étnicos. El conflicto étnico puede rebasar los límites del Estado, de uno, pero es eminente social en la medida en que se asocia con factores culturales, etnia es una palabra que viene del griego *ethnos* -ἔθνος- con la cual designamos el conjunto de características que distinguen a una agrupación humana de las demás.<sup>192</sup> Los conflictos étnicos degenerados en violencia por diversas razones son “la manifestación violenta de los sentimientos etnonacionalistas”. Aponte ve en la posguerra fría una tendencia a organización de Estados con una sola identidad étnica, lo cual origina la movilización de grupos étnicos en pos de mayor autonomía, lo que a su vez hace que aparezcan nuevas formas, y yo agregaría que nuevas localizaciones, de “violencia religiosa, étnica, nacionalista, por parte de algunas agrupaciones humanas, que buscaron desahogar las tensiones étnicas por mucho tiempo reprimidas, fenómeno conocido como el *surgimiento del etnonacionalismo*.”<sup>193</sup>

2.2.3. *Conflictos en la sociedad y en las democracias*

28. En una sociedad hay una gran variedad de conflictos, y de mezclas entre ellos, cosa que no es rara porque la sociedad es un sistema autocreado y autorregulado, conformado por tres subsistemas relacionados entre sí: el político, el económico y el cultural, dentro de los cuales, dentro de sus relaciones y por las funciones que cumplen (o que deben cumplir) se dan los conflictos y se concretan en los campos en los cuales se espera la expresión de la democracia.

<sup>192</sup> Jairo Alfonso Aponte Prieto, *Los conflictos étnicos*, Ecoe, Bogotá, 1998.1.

<sup>193</sup> *Idem*, p. 12

### 2.3 La pugna es la relación entre las partes en conflicto

29. En las 10 tesis sobre el conflicto había dicho (VIDAL NOGUERA, 2003<sup>a</sup>) que la tercera característica de los conflictos es la pugna (v. supra) entre las partes como forma de relación. Sobre esto es necesario recalcar varias cosas: Primero, no es obligatoria, no es inevitable. Segundo, por su dinámica, las partes concentran sus energías y pensamientos en dos tipos de estrategias, casi exclusivamente, en el logro de sus objetivos y metas y en el bloqueo de la contraparte respecto del logro de lo pretendido, por supuesto esta acción es alternadamente sucesiva para las partes y desencadenante de ira y sentimientos de odio debidos a la frustración permanente que se encuentra en cada intento de logro de algo al ser respondido por un bloqueo, que si resulta exitoso para el bloqueador es frustrante para el bloqueado, si no lo es, resulta frustrante para este porque es el logro de quien lo pretendía a costa de la frustración del bloqueador en turno, y así sucesiva y alternadamente cambia la posición de los actores permanentemente mientras dura el conflicto, pasando de *intentadores* de logro a *intentadores* de frustración cíclicamente. Así las cosas el pensamiento se dirige casi exclusivamente a construir fórmulas invulnerables para obtener lo mismo que se planteó como pretensión en la presentación del caso, y simultáneamente a construir frases demolidoras de la pretendida invulnerable pretensión de logros propuesta por la contraparte, insisto, alternada y sucesivamente. El pensamiento es lineal, va dirigido solamente al logro de lo pretendido, en el mejor de los casos en doble vía la de logro y la de frustración, pero son, digamos, dos carriles de la misma vía. Y se convierte en reformulaciones de lo mismo, generalmente de la validez de la pretensión, y cada vez esta parece más sólida, única. Para cada parte, claro está. A medida que pasa el tiempo se admiten menos alternativas porque se admite en forma decreciente la relatividad de la propuesta presentada, cada vez hay más argumentos que la soportan y que la presentan como la mejor, hasta ser la única. Esto en el campo de la *razón*. En el de los sentimientos y emociones, lo que se percibe es que la contraparte solamente busca destruir mis argumentos con los suyos para salirse con la suya, y logra, con suma validez lógica, desbaratar lo que yo he construido con pulcritud absoluta. Entre absolutos no hay conciliación, se trata de monólogos de dioses. La única forma de salir de la pugna es pasar a la cooperación (VIDAL NOGUERA, 2003<sup>a</sup>) entre partes, viendo que tienen entre manos una posibilidad (o muchas formas) de mejorar sus condiciones vida en lo que depende de cada uno respecto de la relación que los une. En síntesis, la única forma de trascender de la situación de conflicto a la de eudesarrollo de la relación es cambiar la forma de pensar las cosas respecto de aquella con la cual se generó y/o se planteó el conflicto. Si se mantiene la pugna en un conflicto, sin hacer el salto a la cooperación entre partes el conflicto degenerará en violencia, hay para escoger entre varias clases y formas; si se da el salto se eudesarrollará en integración (VIDAL NOGUERA, 2003 a).

### 3.- El pensamiento lateral

30. Pensamiento lateral es una expresión acuñada por Edward de Bono, adoptada como tal por el diccionario de la lengua inglesa de la Universidad de Oxford. Pero es más que eso. Siguiendo el marco propuesto por Edward de Bono, pensar “es la habilidad operativa con la cual la inteligencia actúa sobre la experiencia (para lograr un propósito)”<sup>194</sup>. Nótese que en el acto de pensar intervienen tres elementos: la habilidad operativa, la inteligencia y la experiencia. El pensamiento, como tal, nunca ha sido enseñado explícitamente en los sistemas educativos, en los que se ha enseñado conocimiento como algo primordial, sin embargo, los aspectos creativo, constructivo, de diseño y operativos del pensamiento deben hacer parte de la educación, al menos al mismo nivel que la educación en conocimientos. Muchos de los problemas que

<sup>194</sup> De Bono's thinking course, Facts on file, New York, 1994. 4.

vivimos hoy en el mundo que derivan en violencia como método de aproximación a y de solución de los conflictos se deben, en parte, al error de dejar el pensamiento, prácticamente, reducido al análisis, el juicio y la argumentación. Hay una diferencia importante entre creatividad y pensamiento lateral, por la cual de Bono explica que debió crear el término (*lateral thinking*, que fue incluido por el Oxford English Dictionary) porque ibas más allá: no basta con idear algo nuevo y tener éxito, sino que se busca ver las cosas, aún las ya existentes desde diferentes perspectivas o abrirse a las múltiples percepciones. La creatividad es importante, pero no suficiente ni única pues no supone la apertura a otras percepciones. También ha llegado a convertirse en un juicio de valor, mientras que el pensamiento lateral es un proceso neutro. “Pensamiento lateral puede definirse precisamente como una pauta de conexión dentro de un sistema de pautas” o de establecimiento de pautas... “En términos ordinarios podemos describirlo como la habilidad de mirar a las cosas de diferentes maneras.”<sup>195</sup> El pensamiento lateral consiste en una actitud y en un número definido de métodos de pensar y de actuar atravesados por la voluntad de mirar a las cosas de diferentes maneras; involucra la apreciación de que cualquier manera de observar las cosas es solamente una manera entre muchas de hacerlo. “Involucra una comprensión de cómo la mente usa pautas y la necesidad de escapar de una pauta para conectarse a una mejor. No hay mística al respecto.”<sup>196</sup>

El pensamiento lateral y el vertical –lineal, lo he llamado antes- son complementarios, conocemos el uso del segundo, al primero le tememos porque nos llama a cambiar- desde la percepción.

Cuadro 4. Algunas características y diferencias del pensamiento lateral y del vertical.<sup>197</sup>.

| Pensamiento vertical   | Pensamiento lateral  |
|--|--|
| Selectivo  | Generativo   |
| Solamente se mueve si hay una dirección dada al movimiento                               | Se mueve para generar una dirección                        |
| Es analítico   | Es generativo  |
| Es secuencial  | Puede –y debe- dar saltos                                  |
| Dentro del marco del pensamiento vertical se tiene que estar en lo correcto en cada paso | Dentro del pensamiento lateral no se exige esto            |
| Se emplea la negativa para bloquear ciertas pautas                                       | No hay negativa  |
| Se concentra y selecciona porque excluye lo irrelevante                                  | El pensamiento lateral se abre y acoge a las intrusiones   |
| Las clasificaciones y etiquetas son fijas  | No las hay como tales                                      |
| Sigue pautas fijas   | Explora, al menos, las pautas que parecen más convenientes |

<sup>195</sup> *Op. cit.*, p. 59.

<sup>196</sup> *Idem*, p.60.

<sup>197</sup> Lateral tinkling. Edward de Bono, Harper & Row, , N. Y. N. Y., 1990, pp. 38-45.

|   |   |
|---|---|
| Es un proceso finito  | Es un proceso probabilístico                                      |
| La verdad es lo más importante y reside en la coherencia interna del argumento, entre las palabras y su empleo correcto, no en los hechos | La verdad no reside necesariamente en la coherencia del argumento |
| La información se usa por sí misma para llegar a una solución   | La información se usa provocativamente para traer una reputación. |

31. El pensamiento lateral -con el uso- deja de ser un instrumento para pensar y se convierte un modo de pensar. Aprendido, sí. Desarrollado por la persona que lo vive, también es personalizado. En una palabra, se convierte una forma personal de pensar, que da nueva forma a la personalidad de quien así piensa, y a una cultura si quienes le dan vida –a esa cultura- piensan así. Suena pedante, pero es real. Es curioso (como toda paradoja), no homologa, al contrario incita a la diversificación aumentando simultáneamente las posibilidades de acuerdo entre quienes por virtud del crecimiento de la diversidad, menos fácilmente construirían uno duradero.

### 3.1 Comparación de características de estilo de pensamiento aplicadas al tratamiento de conflictos

32. Tradicionalmente nuestro estilo de pensar –el occidental- es lineal, vertical, aplicado al tratamiento de conflictos es dialéctico. Es lógico, avanza deductiva o inductivamente, necesita de precedentes –antecedentes, principios, afirmaciones validadas-, necesita de autoridades a las cuales acudir para legitimar, de marcos que definan –pongan límite, fin- a los campos de pensamiento, necesita de marcos que encuadren la explicación y la predicción de lo que se trata. Necesita de categorías para clasificar, y de una regla de clasificación aplicada al momento, ojala con pretensión de validez universal, esas categorías “deben” ser mutuamente excluyentes (o –o subrayada por excluyente- esta afirmación pertenece a esta caja, o pertenece a esta otra), “deben” excluir la paradoja (o hay que ideárselas para resolverlas a toda costa). Es derivativo, de afirmaciones amplias sacamos concluimos las particulares, en ocasiones dejando de lado las circunstancias del caso en ciernes, o avanzamos de particularidades aglutinadas a la construcción de una generalidad, es decir, o deducimos o inducimos para concluir dentro de un marco de teorías cerrado o general. Lo anterior es válido dentro de las ciencias formales, y absolutamente válido dentro de ellas si los principios son universales y el procedimiento es irreprochable, no así necesariamente, ni aun cumpliendo con lo dicho dentro de las humanas o sociales debido a la gran cantidad de variables intervinientes en un caso dado –es decir, en todos los casos, tomados de uno en uno- sin poder afirmar que las conocemos todas, que tenemos en cuenta a la totalidad de ellas en el diseño de la *metodología*, que cada una ha recibido el peso específico que tiene *realmente*, que –quizás- no estamos confundiendo a *una* variable interviniente con *la* independiente, en fin, los riesgos son muchos. Cuando se está en situación de tratamiento de conflictos, a menos dentro de los marcos legales derivados del derecho romano y del sajón, se usa ets proceso de pensamiento para confrontar pretensiones con hechos y ambos con normas para sacar una conclusión derivada de este. Negociando se cae fácilmente en la dialéctica aplicada por dos partes enfrentadas. Cuidado, la dialéctica es la oposición de una antítesis a una tesis para concluir en una síntesis. De ora forma, es el mismo pensamiento lineal de antes pero avanzando en pares enfrentados de líneas en zigzag, sabiendo que lo que para una parte es tesis para la otra es antítesis, y viceversa, para confluir al final en una síntesis que



involucra elementos de la una y de la otra, con el respeto de los lógicos me atrevería a afirmar, que siendo un procedimiento valioso para algunos, termina siendo un elegante regateo conducente a promedios con algo de margen de concesión aceptable, pero la situación inicial sigue presente, siguiendo las reglas del juego que he descrito, pues está contenida en cualquier síntesis a la que se llegue en cualquier momento, pues la primera síntesis, será la segunda tesis, y así sucesivamente.

33. No quiero detenerme en aplicar este estilo de pensamiento a cualquier conflicto real o hipotético porque no es necesario. Sabemos hacerlo, y bien, por demás decirlo. Recomiendo hacer este ejercicio partiendo de cualquiera de los puntos de origen someramente descritos en las subdivisiones del numeral 2.2.2, dentro de los espacios descritos en el numeral 2.3. La situación no mejorará mucho. El sistema de pensamiento aplicado al tratamiento del conflicto es paralelo (por no decir idéntico) a aquél dentro del cual (por no decir, debido al cual, ya que no siempre es así) se originó. ¿En dónde reside la causalidad de conflictos y escalamiento con vocación de violencia del pensamiento occidental tradicional? En su linealidad, en la estrechez que causan varias de sus características respecto del futuro, entre otras, que este es consecuencia del pasado, no una posibilidad que se abre en base de probabilidades creadas por las partes en conflicto, potencialmente, y que solamente se actualizan si estas las generan, pero para hacerlo hay que renunciar antes a la fatalidad (cualidad de fatal, perteneciente al hado, inevitable. Dícese del plazo o término que es improrrogable. Dos de siete acepciones del DRAE). Además, hay determinismo. Hay rigidez, por oposición a flexibilidad.

### 3.1.1 Una lectura del cuadro 4

#### 3.1.1.1 Selectividad vs. Generatividad en el tratamiento de conflictos

34. Siendo *selectivo* el pensamiento lineal propone, de entrada a las partes, llevar a la mesa de negociación una propuesta (por no decir unas, pues cada una se ve obligada a llevar la mejor opción, lo que en regateo o negociación posicional se llamaría la opción inicial) para escoger la mejor. ¿Cuál es la mejor? Para no enemistarme con ninguna de las partes simplemente respondo, con toda honradez, las dos: depende desde dónde se miren, para cada parte la suya es la mejor o no la hubiera llevado. Ya el conflicto comienza a convertirse en metaconflicto, pues origina uno nuevo sobre la condición de mejor de cada solución (nótese la palabra, solución, es decir, punto final al conflicto. Esto redundará en que el pensamiento sea finito, pues busca ponerle fin al objeto del pensamiento, al conflicto, en vez de desarrollarlo como una mejor forma de provisión recíproca entre las partes). Comienzo la breve reflexión sobre la generatividad propia del pensamiento lateral por la experiencia personal e inducida, las cuales me llevaron a concluir que es mejor no llevar propuestas a las mesas de negociación, sino construirlas conjuntamente allí, entre las partes, y los mediadores, si los hay, debieran fungir como estimuladores de la generatividad. La condición de generatividad (es generativo) permite, por no decir que induce, mucho menos que exige, no llevar propuestas a la mesa de negociación. Generarlas allí. Al liberarse del peso del pasado, sin desconocer su importancia, entre otras cosas porque este es convocador de la reunión de las partes en el presente (gestación y gestión del conflicto), estas pueden dedicarse -en el presente- (también puede leerse: dedicar el presente a...) a imaginar y diseñar futuros en lo que le compete a ambas dependiendo de ellas, y de allí derivando, deduciendo (aquí cobra importancia esa función del pensamiento lineal) las acciones que deben emprender en el presente para llegar al futuro en el que ven plasmado su futuro con buenas posibilidades de realización, y modificable en el camino que hay desde aquí hasta allá, o desde el ahora hasta después, al fin y al cabo el presente -cada presente- solamente es un instante que media entre el pasado y el futuro. El presente no es definitivo, ni definición. Más efímero no puede ser. Para concluir este párrafo: ¿qué se espera del

pensamiento, como función, dentro de un proceso de tratamiento de conflictos? Solamente se me ocurre responder: futuros. Futuros mejores que el presente. Opciones de futuro mejores que el pasado actual, que la vida de hoy, en lo que depende las partes involucradas. Si dejo la función de escoger, seleccionar, al pensamiento en este proceso, la situación quedará reducida a decidir cuál es la mejor opción –la de A o la de B-, pero mejor que ambas para cada otra será algo así como  $(A+B)/2$ .

### 3.1.1.2 Predeterminación del resultado desde el comienzo Vs. Objetivo abierto en el tratamiento de conflictos

35. En cursos tradicionales de planeación, incluso en los *tradicionales* de prospectiva, se nos enseñó que se tiene que tener un objetivo determinado cualitativa y cuantitativamente. Ese procedimiento es válido si se está solo determinando el futuro. De allí se derivan sandeces tan grandes, peligrosas y difundidas como el “proyecto de vida” (por el cual me han llegado a preguntar psicólogos en reuniones de “selección de talentos”). Otra frase interesante en esto, cliché también, es aquella que dice que hay que saber para dónde vamos. Depende. En ocasiones hay que saber además de eso, por dónde se va a ese sitio, dependiendo de varias cosas. En situación de conflicto, no. Al menos no hay que saberlo de antemano sin contar con el otro. La definición de ese punto debe ser producto de la primera negociación, o de la primera fase de la negociación. Esa incertidumbre de vida, ya que depende de los dos, debe ser definida por los dos, o por el n número de partes involucradas. Por lo tanto, no puede estar predeterminada si no se quiere generar un metaconflicto adicional, como lo decíamos en el numeral anterior. El objetivo que las partes deben tener claro, eso sin lugar a dudas, es simple: cada una quiere sacarse de encima la molestia derivada de la conducta de la otra sobre sí, con respecto de lo que depende de la relación de ambas. Para llegar a un acuerdo, primer acuerdo, deben hacer el relato de lo que *ven* que sucede, dejando así el valor de sus afirmaciones en el remojo de la relatividad. En el proceso se va cerrando el objetivo en la medida en que se abren las posibilidades, opciones de acción hasta concretarse en actividades que han de cumplir las partes como resultado del acuerdo. Para poder cerrar un acuerdo hay que tenerlo abierto... una vez cerrado ¡cumplirlo! En el pensamiento lateral las partes se mueven por el futuro y por los datos y hechos que definen las posibilidades de este, generando justamente eso: los futuros posibles, y de entre ellos, generando de nuevo, los criterios de selección para luego aplicarlos, conforme con las reglas del pensamiento tradicional, para escoger el más factible dentro de los posibles, con riesgos razonables y un mínimo posible de incertidumbre. Pero antes de eso, hay que andar por ahí despreocupado. Hasta ahora he visto que “el proyecto de vida” a mucha gente le cuesta la vida. Ya van dos instancias en la cuales el pensamiento lineal es útil, de las dos tratadas hasta ahora, pero en los dos casos en posición subsiguiente al pensamiento lateral, y las dos subordinadas a este para ordenar y concretar, no para crear ni para idear. En realidad no para pensar, solo para concluir. Veamos qué pasa en la tercera instancia.

### 3.1.1.3 El poder analítico vs. el poder generativo del pensamiento en el tratamiento de conflictos

36. Indudablemente analizar es importante. Descomponer algo en sus partes para concluir cómo funciona, qué pasa, por qué funciona ahora como funciona y no de otra manera (mejor o peor). Se analiza para establecer relaciones causa-efecto, lineales, y qué hacer para reparar lo decompuesto, es decir, para devolverlo a su estado original, incluso para mejorarlo. En otras palabras, todo el esfuerzo se hace para restaurar. Es importante en muchos campos, como la restauración de monumentos. En la justicia restaurativa, por ejemplo, mediante la cual se busca restaurar la condición de la víctima al estado anterior a la agresión del ofensor, me quedan



dudas. ¿No se puede aprovechar la ocasión, con todo el dolor que a veces trae consigo, para generar un *nuevo* estado, diferente, mejor si es posible, para la víctima en cuanto dependa del ofensor y del equipo de mediadores? Me lo pregunto en casos de violencias prolongadas en las que han ocurrido crímenes atroces, como el caso colombiano. ¿Bastará con restaurar las casas que fueron destruidas por los actores violentos a su estado anterior a la destrucción? Y si eran casas derruidas por la pobreza extrema de sus habitantes, ¿será satisfactorio *dejar las ruinas en el estado de descomposición previo a la destrucción*? Creo que no. Ese estado venía de otra serie de violencias que ahora se pueden sacar a la luz, es la *oportunidad* para hacerlo, y remontarse a ellas, no para restaurar, sino para generar nuevas condiciones de vida (mejor calidad de vida), y aquí, como en muchos más conflictos, hay que convocar a otro actor para que se haga cargo de lo suyo, en este caso al Estado colombiano. aquí también se aplica la ley transitiva, como en muchos otros casos. Pudiera aplicar esta transitividad a pospleitos que surgen entre los pagadores morosos convertidos en ello ante sus acreedores por la mora de quienes debieron pagar a ellos y no lo hicieron según lo previsto. La diferencia, la asimetría de poder que hay entre la capacidad analítica propia del pensamiento lineal y la generativa del lateral radica en que la última permite crear otras posibilidades, al menos reconocerlas entre los haces que vienen del futuro, sin tener que remitirse solamente al pasado, en ocasiones para volver a él, como si fuera la única o la mejor posibilidad, o la alternativa forzada. El pensamiento lateral, aquí, por su poder, nos deja en la libertad de hacer el mundo que queramos, entendiendo por mundo ese espacio que está entre nosotros, aquí el alcance dependerá de quiénes seamos nosotros en el conflicto que nos convoca.

*3.1.1.4 La secuencialidad de pensamiento tradicional vs. La discontinuidad del pensamiento lateral en el tratamiento de conflictos*

37. Si se sigue el mismo se llega al mismo sitio, con seguridad, pero al mismo. Por lo tanto no hay escapatoria de las condiciones que llevaron –trajeron a las partes- al conflicto. Si se admite la posibilidad de dar saltos de un campo a otro, por ejemplo, del mundo de la vida, o de cortar conductas agresivas sin tener que contar con el gesto de la contraparte como antecedente para hacerlo, las cosas pueden cambiar *súbitamente*, sin querer decir con esto que es equivalente a decir *gratuitamente*. Es el equivalente de decir “se hace camino al andar”.

*3.1.1.5 La continuidad típica del pensamiento tradicional vs. Los saltos propios del pensamiento lateral en el tratamiento de conflictos*

38. La validez lógica de los argumentos reside en la corrección de cada paso y de la validez propia de cada argumento, desde el comienzo hasta el final. El pensamiento lateral se remite a la lógica solamente al final del proceso para ordenar y conectar los elementos de la idea producida. Hay sentencias judiciales perfectamente lógicas pero perfectamente injustas, solamente por desestimación de hechos considerados como irrelevantes o circunstanciales. Hay acuerdos entre partes lógicamente coherentes, no por eso óptimos. No hay avances en muchos “procesos de paz” porque no se quiere perder la secuencialidad, continuidad, entre principios del derecho y las necesidades y condiciones actuales, como el principio es el sostén del andamiaje entonces no se puede prescindir de él, así el mundo actual sea diferente aquel en el cual se formuló el principio. No vivimos en Roma, el derecho romano, siendo excelente, no puede seguir regulando la vida del mundo de hoy. El derecho penal ha sido importante, pero no tanto como para cerrar el paso al restaurativo. El derecho es importante, las consideraciones legales lo son también, pero no deben subyugar hasta el sofoco a las decisiones políticas pues estas son supraordinadas a las primeras y las deben reconstituir cuando no son suficientes para abarcar la realidad del mundo actual. Los saltos son necesarios en situaciones en las cuales. Por ejemplo,

es principio del derecho penal la proporcionalidad entre el delito y la pena. Cuando hay crímenes atroces ¿cómo se hace para mantenerla si solamente se tiene una vida para pagar 20, 100 o 200 asesinatos? En cambio, ¿qué pasaría si se acudiera al marco, dando el salto, de la justicia restaurativa? Lo primero sería la respnsabilización del ofensor por sus actos ante los deudos de las víctimas, en segundo lugar la petición de perdón, el otorgamiento de este, con el consecuente alivio de los deudos, el ofrecimiento de lo que esté al alcance del ofensor para restaurar, la aceptación, o no, de estos, la vigilancia de cumplimiento de lo acordado por parte de las comunidades involucradas y del Estado. No concluyo por nadie. Dejo la conclusión a cada quien. Frente a esto solamente puedo decir: No vivimos en Roma (hay siglos, kilómetros, culturas y millones de eventos de distancia). La frase típica del salto es algo así como esto: "... sí es cierto. Y qué le parecería si..."

*3.1.1.6 La capacidad de la negativa del pensamiento tradicional vs. La inexistencia de la negativa en el pensamiento lateral en el tratamiento de conflictos*

39. Las negativas generalmente aparecen como producto de un análisis costo-beneficio de las propuestas presentadas. Hay que hacer varias preguntas ¿aceptable o no a quién y por qué, para qué? Al no rechazar una propuesta no se quiere decir que se la acepta como decisión final, sino como elemento que sirva de apoyo para saltar a otras ideas, o para usar algunas, alguna, de sus partes para elaborar una nueva o para hacer parte de otra. Al rechazar, negar, se desestima todo lo que pueda resultar de su consideración, al aceptarla, así sea como actitud solamente y no como decisión, se generan nuevas ideas. Por esto el pensamiento lateral es una actitud también. Si lo hubiéramos desarrollado en la edad media nunca hubiéramos tenido las inquisiciones propias del oscurantismo, hubiéramos mejorado nuestra percepción de la divinidad (por no decir que hubiéramos mejorado a los dioses). Me atrevo a pensar cómo hubieran sido la Summa Theologica, o la Summa contra gentiles, en su extensión y con la potencia de Tomás de Aquino, si su pensamiento solamente hubiera sido lógico (corrigiendo los errores de Aristóteles que no quiso ver por conveniencia) al final, y hubiera dedicado esa potencialidad a imaginar para proponer y no a preguntar para "pillar" por el error al hereje, a la bruja, al anatema para castigar. Si en vez de castigar hubiéramos pensado durante diez siglos en educar.

*3.1.1.7 La exclusión de lo ajeno propia del pensamiento tradicional vs. La bienvenida a la intromisión propia del pensamiento lateral en el tratamiento de conflictos*

40. El valor de la inclusión propia del pensamiento lateral es el reconocimiento de la continuidad en las líneas –cualesquiera que sean, y como quiera que se vea el *degradé* de ellas- que unen los vértices del triángulo del mundo de la vida. Me limito a decir que basta con leer el sombrero rojo del libro "Seis Sombreros para pensar de Edward de Bono". ¿Qué es ajeno a una negociación? Creo que solamente aquello que no se pueda conectar siquiera como ejemplo para sacar enseñanzas y de ellas, bien por el camino de las analogías o de las metáforas, algún detonador de la imaginación que provoque ideas que permitan mirar desde otros ángulos, pensar en otros espacios y luego dar el salto y regresar con algo nuevo al campo en que se trabaja el conflicto. Estas reflexiones parecen áridas, lo son, sin ejemplos. Los ejemplos reales en situación de negociación o de mediación abundan pero son aburridos porque parecen lugares comunes una vez que se producen, son emocionantes mientras se gestan y uno ve cómo. Pero no me equivoco al decir que las obras de Dalí, olas de Escher son provocativas de lo que evocan... la transformación de una imagen en otra, el paso de lo visto a lo inesperado, el descubrimiento de lo que había y no se veía, la percepción de algo o de su complemento, o del complemento pero no del algo simultáneamente, como se pierde mientras se acostumbra el cerebro a la obra.

Sé que su efecto es sorprendente solamente con mostrarlas justamente antes de negociaciones prácticas en talleres dirigidos, y al recoger la experiencia los estudiantes explicitan el proceso de provocación, salto y sistematización para traer a la situación concreta que negociaban. Creo que lo verdaderamente ajeno a una negociación es lo que no se trae a colación.

3.1.1.8 *La necesidad de clasificar propia del pensamiento tradicional vs. Lo innecesario de hacerlo propio del pensamiento lateral en el tratamiento de conflictos*

41. Clasificar y rotular es una destreza propia del pensamiento occidental –se la debemos a Aristóteles- y lo vemos en discusiones, y en conversaciones, propias de las personas de nuestra academia. Claro que es importante clasificar y poner el rótulo para evitar confusiones pero no es lo más importante, no es requisito de nada y en ocasiones, cuando no hay las categorías para clasificar algo, hay que crearlas, pero eso ha causado problemas, uno de los más celebres es aquel correspondiente a los tres reinos de la naturaleza, mineral, vegetal y animal cuando aparecieron los *protista* quienes ya tienen su propio reino, o los hongos que no son vegetales. Los abogados tienen marcada esta tendencia porque hay necesidad de tipificar las conductas para comparar con los catálogos, códigos, y deducir la sentencia. Los científicos sociales también. Obviamente, es útil para no tener que pasar por todo el proceso para llegar a la conclusión, pero no siempre aplica, menos cuando se trata de crear situaciones nuevas. Tampoco en lo que se refiere a pensamientos. El caso que mejor lo ilustra es una conversación entre Hannah Arendt y la *intelligentsia* de las ciencias políticas de los Estados Unidos y el Canadá en la década del 70, durante el Congreso “La obra de Hannah Arendt”, la cual tuvo lugar en noviembre de 1972. Reproduzco sin comentar la parte de esa tertulia en la cual Hans Morgenthau, nada menos, la interpeló después de algunas preguntas suyas, y de otros participantes<sup>198</sup>, bastante interesantes (Arendt, 1995)<sup>199</sup>.

*Hans Morgenthau:* ¿Qué es usted? ¿Es conservadora? ¿Es liberal? ¿Dónde se sitúa usted entre las perspectivas contemporáneas?

*Arendt:* No lo sé. Realmente no lo sé y no lo he sabido nunca. Supongo que nunca he tenido una posición de este tipo. Como saben, la izquierda piensa que soy conservadora y los conservadores algunas veces me consideran de izquierdas, disidente o Dios sabe qué. Y debo añadir que no me preocupa lo más mínimo. No creo que este tipo de cosas arrojen luz alguna sobre las cuestiones realmente importantes de nuestro siglo.

No pertenezco a ningún grupo. Como saben, el único grupo al que he pertenecido fue al sionismo. Y, naturalmente, se debió a Hitler. Duró desde 1933 al 1943, luego

<sup>198</sup> “En el congreso participaron: C. B. Macpherson, que por aquel entonces era profesor emérito de economía política, Universidad de Toronto; Christian Bay, profesor de economía política, Universidad de Toronto; Michael Gerstein, asesor de Servicios Sociales, Halifax, Nueva Escocia; George Baird, arquitecto y profesor asociado en la Escuela de Arquitectura, Universidad de Toronto; Hans Jonas, profesor emérito de filosofía, The New School for Social Research, Nueva York; F. M. Bamard, profesor de ciencia política, University of Western Ontario, Londres, Ontario; Mary McCarthy, escritora, París; Richard Bemstein, profesor de filosofía, Haverford College, Haverford, Pennsylvania; Albrecht Wellmer, profesor de sociología, Universidad de Constanza, Constanza, Alemania; Hans Morgenthau, profesor universitario de ciencia política, The New School for Social Research, Nueva York; Ed Weissman, profesor asociado de ciencia política, York University, Toronto. (N. de la t.)” (Hannah Arendt, *De la Historia a la acción*, Paidós, 1995).

<sup>199</sup> *De la Historia a la acción*, Paidós, Barcelona, 1995.167.

rompí con él. Para mí, la única posibilidad de defenderse era hacerlo *como judío* y no como ser humano; esta última posición me parecía un gran error, puesto que si se nos ataca como judíos, hay que defenderse como judíos y no podemos decir: «Perdón, no soy judía, soy un ser humano». Esto es estúpido y yo estaba rodeada de este tipo de estupidez. No había otra posibilidad, de modo que entré en la política judía -no era auténtica política-, participé en el trabajo social que, en cierta forma, estaba también conectado a la política.

Nunca fui socialista, ni tampoco comunista, pero provengo de un contexto socialista. Mis padres fueron socialistas, pero yo nunca lo fui; nunca quise nada de este estilo. Por tanto no puedo contestar la pregunta.

*3.1.1.9 El seguimiento de pautas fijas propio del pensamiento tradicional vs. La selectividad de pautas según conveniencia propia del pensamiento lateral en el tratamiento de conflictos*

42. Ni los conflictos, ni su movilidad son iguales, así los objetos en pugna sean iguales, porque las personas, los actores no lo son. Tampoco son iguales aun si las personas son las mismas pugnado por los mismos objetos en ocasiones diferentes, pues ya han pasado por la misma situación y no es de esperar que su comportamiento sea igual al de la primera vez pues ya hay una experiencia aprehendida. Si lo anterior es cierto, como esperamos que lo sea, no cabe la posibilidad de aplicar patrones de comportamiento idénticos en situaciones de mediación o de negociación por similares que parezcan. Lo anterior nos deja en la imposibilidad de escribir manuales de negociación, de mediación o de manejo de conflictos. Lo más que podemos hacer en este sentido es recomendar que no se tenga en cuenta a los existentes, menos entre más detallados sean, y en lugar de esto explorar con las partes qué pautas del abanico existente funcionan mejor en esta ocasión. ¿Toda negociación debe ser deductiva, inductiva o abductiva? Imposible de responder ¿Se debe empezar acordando los valores compartidos y que son comunes a las partes para pasar después a hacer una lista de conductas concordantes con ellos y ordenarlas de mayor a menor grado de consistencia, para identificar las más aceptables éticamente a ambas partes? No lo creo. El pensamiento es como el agua, hay que dejarlo fluir sin cortapisas, mejor, es necesario estar atentos a lo que fluye, tomar nota, considerar, preguntar y abrir nuevos campos de exploración de ideas, colocando la una al lado de la otra, no como secuencias. Por eso este estilo de pensamiento se denomina lateral y no lineal.

*3.1.1.10, 11 y 12 La finitud propia del pensamiento tradicional vs. La estocástica propia del pensamiento lateral en el tratamiento de conflictos*

43. Las tres últimas características vienen ligadas a la finitud de un estilo y a la cualidad estocástica propia del otro. El pensamiento tradicional de occidente busca el fin, por eso es finito. Busca acabar. Tanto, que se busca dar solución al conflicto. No es gratuito, la manera de pensar tiene que ver con la de hablar: solución, resolución, solucionar, resolver vienen de *solvere* (latín): soltar. Se puede ver como poner fin a la relación de las partes (no siempre, solamente a la de pugna que tienen durante el conflicto). En el mejor de los casos se pone fin al conflicto. Si se piensa estocásticamente la situación varía, pues no hay un fin definido, ni siquiera hay un fin, no quiero decir que no haya una finalidad. Veamos. Estocástica viene del griego *στοχαστικός*,

hábil en conjeturar, como adjetivo, para nosotros es lo perteneciente o relativo al azar (DRAE), y conjetura nos llega del latín *coniectura*, el juicio que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones (DRAE). El azar (azar llegó al castellano del árabe *az-zahr*, el dado para jugar) es lo que ocurre fortuitamente, tanto como lo que ocurre con los dados, al lanzarlos solamente hay probabilidades de que algo ocurra, de que se acierte o no, por ejemplo, al predecir el número que va a quedar visible. Pues bien, un procedimiento sencillo de producir ideas en la negociación es ver lo que hay sobre la mesa, posibilidades, datos, hechos, normas, intereses, deseos, temores, necesidades, gustos, preferencias, oportunidades, opciones que se van formando y conjeturar por observación *lo que pasaría si...* se toma x o y decisión en tal o cual escenario. No se trata de poner fin al conflicto sino de desarrollarlo positivamente hacia un futuro mejor para las partes en los que les concierne, lo cual supone desarrollar su relación... puede ser hacia su fin también, o a otras formas, lo que supone el fin de esta actual, pero no cierra la posibilidad de desarrollar otras. Por ejemplo, pasar de clientes a socios. De proveedores solamente, a transportadores de mercancías y proveedores. De empleados a empresa cooperativa contratada para prestar servicios, con posibilidades de expansión, incluso usando la suma de la liquidación de prestaciones de los empleados en retiro como capital de inicio de la nueva empresa. Las probabilidades son infinitas, en la práctica al menos. La vida simple empezó apostándole a las probabilidades... ¡cómo sería de amable el mundo si la forma más compleja lo hiciera más intensa y frecuentemente!

44. Cuando se exploran vías no se trata de producir verdades, ni de descubrirlas. Tampoco de innovar porque sí. Se trata de vivir mejor. Se repauta, se vuelve a pautar, a establecer un procedimiento en cada ocasión, no de hacer manuales de instrucciones. Me atrevería a afirmar que en la negociación lateral se trata de ejercer la libertad con la menor cantidad de condicionamientos posible, incluso, la liberación de los impuestos por la finalidad.

### 3.2 Pensar comunicando

45. Para nadie es secreto que negociar es comunicar. La aplicación del pensamiento lateral a la negociación es comunicar mientras se piensa. Aparece otro obstáculo propio del temor: la ocultación. Se trata de colocar a la vista del otro recíprocamente los recursos y la escasez propios, de manera que se puedan hacer combinaciones de probabilidades, colocando al servicio del otro los elementos del propio sistema. Esto es lo que define Niklas Luhmann (1984)<sup>200</sup> como comunicación de sistemas poniendo en contacto los límites de cada uno, allí el límite no es franqueado, no hay homeostasis, no hay puertas que se abran o se cierren, simplemente hay contacto de fronteras, las cuales cumplen con dos funciones paradójicas: unir y separar sistemas. Hay formas de organizar la comunicación para que esto suceda y por ejercicio se aprehenda el pensamiento lateral. En eso de Bono es maestro, hay gran cantidad de literatura suya con infinidad de ejercicios y recomendaciones, hasta ese punto se puede recomendar, pero no seguir siempre un mismo orden, ni siempre emplear las mismas *técnicas*, por el contrario. Tampoco podemos afirmar que ya estén todas inventadas o descubiertas, parte del ejercicio de la negociación es descubrir, acopiar y compartir. Creo que quienes vivimos entre este mundo debiéramos hacer lo que hacen con frecuencia los aviadores, ir a los simuladores de vuelo y refrescar lo básico, lo crítico, actualizar, corregir. Actualizar una realidad evidente: no lo sabemos todo, no todo se sabe, no se agota el campo. Los detalles van revelando mundos, *reinos*, nuevos. Aquí, aparecen dos temas que confluyen en el tratamiento de conflictos, en la

<sup>200</sup> Niklas Luhmann, *System und Funktion*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Mein, 1980.



negociación. El primero es el uso de la razón, la racionalidad. El segundo, la comunicación de lo pensado puesta en escena.

46. La racionalidad propia de la modernidad puede ser estratégica o comunicativa, la primera busca el logro de objetivos y se vale de estrategias, se evalúa según se logren o no los objetivos planteados. La segunda tiene como propósito lograr acuerdos, no admite la expresión estratégica, es un procedimiento de intercambio de información para lograr acuerdos y cumplirlos. Razonar comunicativamente supone que no hay ambición de imposición de ideas, solamente crear posibilidades, estudiarlas y optar conjuntamente –las partes involucradas– por la que vean como mejor. Hasta aquí me he referido a la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas. ¿Cómo ponerla en escena? Ya en este campo la palabra es de de Bono. Resulta muy difícil (¿imposible?) pensar comunicativamente bajo el estilo tradicional de pensamiento, pero este intento se facilita (¿posibilita?) con la aplicación del esquema del pensamiento lateral, el cual, entonces, le servirá de plataforma operativa a la racionalidad que encontró Habermas como posibilidad de rescate del intento liberador de la modernidad, sin caer en la banalidad propia de la postmodernidad clonada de la estética al resto de dimensiones del pensamiento. El problema, en el plano teórico encuentra una digna salida, en el práctico una propuesta *práctica*, revolucionaria agregaría de Bono. Me limito a presentar tres instrumentos de pensamiento lateral, de entera creación de de Bono, con algunas acotaciones mías, formuladas solamente para adaptarlos específicamente a la negociación, o a uso de los mediadores para ayudar a pensar a las partes.
47. Sigo sosteniendo que es imposible hacer un manual de instrucciones de negociación, por esa razón no lo intento, ni pretendo que se lea como tal la siguiente parte. En realidad es un relato (aparece en voz activa y en forma personal, primera persona singular, cosa que no se acostumbra en artículos tipo ensayo, pero no le puedo quitar la vida que tiene) de mi experiencia de la lectura de algunas obras de de Bono, de la lectura de las experiencias de alumnos de negociación, mediación y tratamiento de conflictos, del relato extraigo y presento algunas recomendaciones, están en modo imperativo, son solamente recomendaciones, este modo reduce la cantidad de palabras necesarias para expresar lo mismo. Espero se entienda así y no como una formulación de instrucciones. Solamente comparto la lectura<sup>201</sup> de experiencias.

### 3.2.1 Para tener en cuenta

48. No todos los negociadores tienen la misma idea de lo que es negociación, algunos ninguna en concreto y pueden orientarse por “tradicción social” a la acción estratégica, otros se orientan a ella como efecto de algún entrenamiento o lectura (V. supra), otros se orientan a la acción estratégica, convencidos de que lo están haciendo hacia la acción comunicativa sin desprenderse del MAAN de Harvard, otros pueden querer orientarse hacia la acción comunicativa, pero estar dirigidos a la estratégica por efectos de la cultura y la experiencia repetida por años. Ante eso tratar de hacer un *seminario* en pleno desarrollo de una negociación, en la cual la confianza es algo que hay construir en medio de la suspicacia general y siendo objeto de sospecha por intento de manipulación... ¡ni intentarlo! En cambio sí se puede ganar confianza ofreciéndola y ejerciendo un liderazgo claro dando ejemplo y ofreciendo la ayuda para tomar nota ordenadamente de los argumentos que surgen en el transcurso de las sesiones. Sin mostrarse *catedrático*.

<sup>201</sup> Leer, lectura (lectio) vienen de legere (lat), recoger.

49. Establezca las funciones que lo anotado en cada cajón de la tabla (V. cuadro 5) cumplen dentro del sistema conflicto. Hay algunos elementos que pueden dar traslado al conflicto del campo meramente objetivo al subjetivo, y hacerlo escalar por la afectación emotiva o sentimental, y por esta afectar la conducta de la parte en referencia manifestada en bloqueos, en agresiones, en asumir posiciones ofensivas o defensivas, cosa que difícilmente cesará en su función autopropelente –y por ende escaladora- si la causa de la conexión no se ha aclarado o resuelto, igualmente puede pasar por la conectividad, aún más fácil de una interpretación de un aspecto normativo que conduzca de este campo de la vida al subjetivo, etc. Revise el apartado (infra) Comunicación entre mundos: estado transiente del conflicto a su eudesarrollo y el siguiente título.

| Enunciados<br>Partes | Sobre el mundo objetivo | Sobre el mundo normativo/social | Sobre el mundo subjetivo/interno |
|----------------------|-------------------------|---------------------------------|----------------------------------|
| Negociador A         | Enunciado 1<br>E2<br>E3 | E1<br>E2<br>E3                  | E1<br>E2<br>E3                   |
| Negociador B         | E1<br>E2<br>E3          | E1<br>E2<br>E3                  | E1<br>E2<br>E3                   |
| Negociador C         | E1<br>E2<br>E3          | E1<br>E2<br>E3                  | E1<br>E2<br>E3                   |

Cuadro 5 para ayudar a la descripción del conflicto

50. Observe las relaciones entre los elementos del conflicto entre sí. Esto le ayudará a hacer un mapa del mismo, útil para reducir su estado de escalamiento sostenido y llevarlo a un estado transiente a eudesarrollo del mismo. Haciendo un mapa del conflicto, planteándolo en su dinámica, siempre versátil, logrará establecer las causalidades, los factores de reproducción y escalamiento de conductas y actitudes, de autocreación (autopoiésis, para Luhmann) de nuevos elementos –fácticos y/o interpretativos y de autopropelencia del mismo.

### 3.2.2.1 El conflicto en estado transiente y la valoración de las ideas

51. Desprovistas de animosidades las partes pueden pensar en dos planos alternada o simultáneamente: la formulación de un problema que merece una solución, y/o el diseño de nuevas y mejores realidades. Hay ocasiones en las que plantear un problema para resolverlo puede hacer escalar un conflicto porque en cada problema, por efecto del establecimiento de causas -y sus respectivas interpretaciones y conexiones con otros mundos de la vida- y sus efectos, puede hacerlo imposible de resolver con participación activa de las partes en recíproca presencia; en caso de que eso suceda y puede suceder, hay que tener siempre en marcha un plan simultáneo en el que diseñar situaciones nuevas mejores y más amables para las partes es más importante que resolver problemas, que difícilmente se pueden plantear. En ese caso el diseñar futuros, y realizarlos, resuelve los problemas sin tocarlos como planteamientos. Este es uno de los aportes más importantes de de Bono al manejo de conflictos especialmente, en otras áreas también. Tome los elementos normativos y objetivos del conflicto y con ellos plantee problemas, estableciendo causalidades y manifestaciones, sucesivamente proponga soluciones y examínelas conjuntamente bajo el modelo propuesto. Esto no es nada nuevo y sigue

conservando su carácter de riesgo de escalamiento ya visto, sin embargo puede servir para analizar ideas-problema e ideas- solución, lo cual a su vez sirve para transformar ideas y tomar decisiones en situación de negociación, más ajustadas a la realidad, y si no se involucran culpabilidades en temas sensibles a alguna o algunas de las partes se convierte en un mecanismo para salir del ciclo autopropelente, propio de la beligerancia argumentativa, solamente si no se involucran susceptibilidades.

52. Un instrumento típico de de Bono es el de evaluación de ideas, es **la tabla NPI** (v. Cuadro 6) sin involucrar la evaluación del proponente de la idea, con ello se reducen roces entre las partes, pues una vez lanzada la idea, esta es del pleno del grupo. Se anota en la columna derecha del cuadro cada idea y una vez haya suficientes se va anotando en las cajas frente a ella, según lo pertinente, lo negativo, lo positivo y lo interesante que tiene esa idea, como regla general en lo de de Bono se anota lo negativo antes que lo positivo, digamos que hay que dar una salida privilegiada a lo negativo pues es más fácil destruir que construir, una vez establecido lo negativo si lo hay, se pasa a lo positivo, y hay aspectos que no son ni lo uno ni lo otro pero pueden ser interesantes para desarrollar más adelante como idea como idea complementaria de la que quede como idea-solución central o como ideas independientes por sí, útiles a la central o útiles a alguien para algo. Es obvio que hay ideas que tienen más de positivo y de interesante que de negativo, no solamente por la cantidad de anotaciones en la respectiva caja, sino por el peso de cada una en su factibilidad/beneficio, ya se puede saber cuál es la mejor por sus cualidades intrínsecas, qué del resto se puede utilizar para completar y trabajar más la idea. **Los componentes de una idea, de acuerdo con de Bono son:** Datos, Emociones, intuiciones y sentimientos, Lo pesimista, Lo optimista, Lo divergente y lo creativo, Lo lógico. Cada componente tiene una función imprescindible. De momento no me detengo en este punto, será tratado en detalle más adelante.

| aspectos<br>idea   | Aspectos<br>Negativos | Aspectos<br>Positivos | Aspectos<br>Interesantes |
|--------------------|-----------------------|-----------------------|--------------------------|
| Descripción idea 1 |                       |                       |                          |
| Descripción idea 2 |                       |                       |                          |
| Descripción idea 3 |                       |                       |                          |

Cuadro 6. La tabla NPI para ver los aspectos de cada idea y tomar decisiones

53. Lo N. P. I. de una idea, esto se refiere a que una idea puede -y debe- ser observada desde diferentes direcciones, ya que la finalidad de este ejercicio en una negociación es dirigir la **atención** hacia la idea para construir un tema, sin desenfocarse de ella por enfocarse en las partes, en la imagen ajena o propia. La eficacia proviene de centrarnos ordenadamente en lo negativo, luego en lo positivo y por último en lo interesante de una idea, y escribirlo. El proceso es sencillo, aunque no es fácil desprenderse de los prejuicios, y justamente a ello ayuda, no se trata de emitir juicios, ni de apoyar un prejuicio en particular sobre una idea, se trata de explorar la idea, proceso en el que las emociones y sentimientos no se anulan, se dejan para el final. No al comienzo, así no impiden la exploración, y considerándolos se logra hallar el valor intrínseco de cada idea conflicto, parte de él, problema o solución. Remítase en situación de negociación o de toma de decisiones al cuadro NPI, recuerde que una negociación no pasa de ser una toma de decisiones en la que más de una persona participa, con todos sus avatares. Haga un cuadro por idea (de conflicto o solución), y en columnas verticales anote lo Negativo, lo Positivo y lo Interesante. Sume los puntos y vea el cuadro de la idea en su conjunto. Pedir a su contraparte



que lo haga, le ayudará a desarmarse de los obstáculos creados por los prejuicios y sentimientos negativos infundados a ver el conjunto de cosas, hechos y principios, valores y juicios que conforman la realidad y el peso y valor que asigna a cada uno a qué costo para usted y los demás cargados a cada campo. El análisis de decisiones por componentes le sirve para ver ideas, toda idea es una unidad compleja, ello supone que toda propuesta debe ser examinada (y presentada) en sus 6 componentes para una mayor comprensión propia y de todas las partes en negociación. Cada componente busca salida por su propio canal y en sus propios términos, separando a sí a los datos de los juicios, a estos de las ideas creativas, a todos de los temores y de los impulsos del optimismo y del pesimismo, y por supuesto, de las rígidas rejillas de la lógica. Estos son componentes de una idea, cada uno, la idea es no confundirlos ni en expresión, ni en valoración, ni reprimirlos por tener un canal de salida cerrado, ni desecharlos desapercibidos, solamente por no tener el canal de entrada abierto y sintonizado. Así que para evitar obstrucciones debe permitirse que cada componente fluya. Recuerde que la paradoja, es parte de la realidad, cuando aparezca una admítala en su pensamiento y obsérvela en los componentes de una idea, esto tiene ventajas: Organiza y dirige su pensamiento. Diferencia las influencias de cada componente en su decisión.

54. Le permite evaluar una propuesta o una decisión sobre la marcha de la negociación. Permite que fluya el pensamiento. Obliga a requerir datos suficientes. Incorpora y evidencia los elementos emotivos profundos. Ayuda a neutralizar riesgos ocultos al evidenciarlos. Ayuda a hacer compromisos y a fijar metas realistas. Induce a innovar, a explorar, a crear. Somete la idea a la crítica de la lógica. Este es uno de los más interesantes trabajos de Edward de Bono, recomendando la lectura, el estudio, del libro "6 sombreros para pensar". Lo usaré más adelante, repito, bajo la referencia banderas para pensar por las razones que doy oportunamente.

### *3.2.2.2 El diseño: una manera de pensar el conflicto en estado transiente a un futuro nuevo*

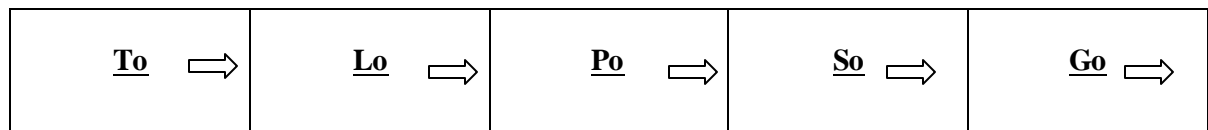
55. Trascender conflictos diseñando. Lo mejor es posible, solamente si se le piensa en paz, es decir, sin ánimo de pugnar, y con ánimo de integrar. Integrar ¿qué? Trato, resultados, beneficios, acciones, partes, trabajo conjunto a futuro, beneficios. Futuros.
56. El futuro viejo –los futuros viejos- estaba más del lado de la ruptura, la imposición o la violencia. El futuro nuevo de la relación de las partes está más del lado de mejor calidad de vida para ellas en lo que respecta a –y depende de- su relación. Otro aporte importante de de Bono al rompimiento de trampas del pensamiento, de las contrapartes y de uno mismo, consciente o inconscientemente tendidas consiste en los cinco pasos inherentes al diseño por vías del pensamiento lateral. El empleo de esta secuencia en sesiones de negociación ha sido altamente beneficioso, y lo he podido constatar empíricamente, y en situaciones controladas lo he podido comparar con las ofertas realizadas hasta el presente por el equipo de Harvard, y no hay paralelo. El tiempo requerido para prepararse para negociar, el tiempo que ha demandado la negociación seguida bajo cada método y los resultados encontrados marcan diferencias enormes, cuantitativa y cualitativamente a favor de la transición hacia de Bono realizada en muy pocas horas de clase al respecto, versus muchas más en entrenamiento en los métodos de Harvard. ¿Por qué? Porque conservan, admitiendo la novedad, la esencia del pensamiento conflictogénico de occidente, el exhibicionismo de ideas y su idea del brillo de la idea, así se le haya querido desmontar. Insisto, el salto que dieron fue alto, no largo y cayeron en el mismo espacio de pensamiento que genera los conflictos, por eso no sirvió para resolver por negociación. De Bono simplificó y dio el salto largo, salió del campo del pensamiento tradicional, y por lo que le he leído, no regresó, ni se le ven intenciones de regresar. Es un viaje que hay que emprender. Veamos los 5 pasos del diseño aplicados a situación de negociación.

57. La negociación no debe entenderse como un proceso de intercambio de concesiones y ventajas, tampoco como una exhibición de argumentos, los cuales una vez expuestos deben resistir los embates de la contraparte para sobrevivir, o ser lo suficientemente demolidores para acabar con los que fueron contruidos como consistentes para resistir cualquier embate. Eso no es negociar. Es lo que hemos hecho durante mucho tiempo buscando el éxito más que el acuerdo y su posibilidad de cumplimiento. Cuando se llega a negociar hay que tener presente que existe un acuerdo previo que generó ese encuentro. ¿Por qué dañarlo? Reconocido el acuerdo previo lo más normal será reconocer el segundo acuerdo, tácito, pero presente: las partes quieren llegar a un acuerdo. Explicitado este acuerdo se puede llegar a otro: diseñemos una situación mejor para todos que la actual. ¿Cómo sin escalar el conflicto?

58. Son cinco pasos progresivos que no impiden regresar a ninguno de los anteriormente recorridos: **(To)** cada parte describa la situación en que quiere verse dentro de un tiempo acorde con la naturaleza de la situación que representa el conflicto/eudesarrollo, en 1 mes, 2 o 3, 1 año, cinco o 20 años. **(Lo)** Luego, viene un trabajo diferente, recoger la información disponible pertinente, suficiente y necesaria para describir la condición en la que se encuentran partes respecto de recursos disponibles y la proporción de disponibilidad de cada uno. **(Po)** Trabajando conjuntamente lo deseado y los datos que describen la situación actual se diseña lo posible de lo deseado, como es diseñado por todos, incluyendo las aspiraciones de todos, por supuesto las que representan soluciones a los problemas causados por alguno o algunos, se limitan las posibilidades de degeneración del conflicto en exclusión u otra forma de violencia; **(So)** para pasar a escoger el mejor futuro de los posibles, entendiendo que se escoge el mejor con más posibilidades de realización de desarrollo futuro... etc. Y una vez escogido, **(Go)** a trabajar en su realización.

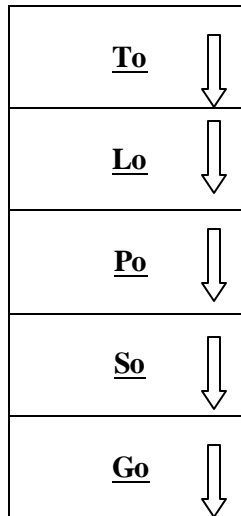
59. Visto con más detalle, sigo a de Bono y lo voy aplicando a situación de negociación, dejando para el final el desarrollo de las banderas para pensar, que hace parte integral de éste proceso de diseño de eudesarrollos. Recomiendo el estudio del libro “Aprende a pensar por ti mismo” de Edward de Bono.

Un esquema tradicional sería el siguiente:



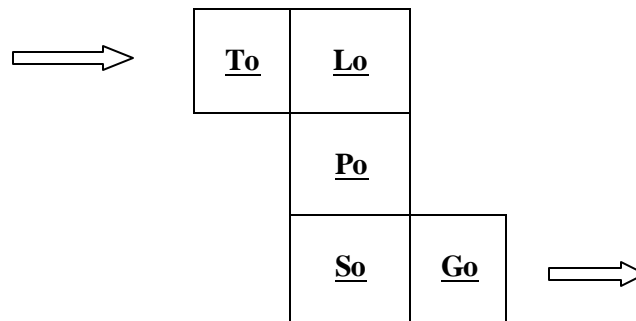
**Cuadro 7. Planeación lineal**

Otro, menos convencional por el no ahorro (desperdicio) de papel sería:



Cuadro 8. Planeación vertical.

Y así pudiéramos seguir hasta encontrarnos con la esquematización inherente al pensamiento lateral<sup>202</sup>:



Cuadro 9. Lateralidad en la planeación

Al leerlo anoté en el libro frente a la gráfica “aspectos del tubo de procesado”, y debajo de esta anotación, frente a:

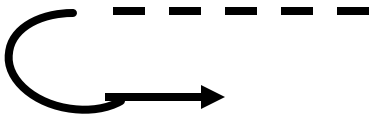
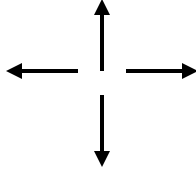
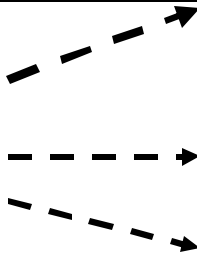
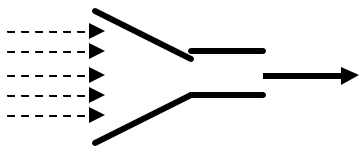
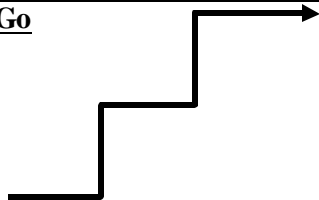
To-lo: aportación de las partes

po: “vínculo entre aportación y procesado”

so-go: resultado.

60. Y más adelante anoté señalando el esquema de de Bono: “Marco formal para el funcionamiento práctico del pensamiento en situación de negociación.” Creo que ha quedado claro de lo que estamos hablando: En una negociación, una vez despejados los malos sentimientos y sus arraigos, los prejuicios (y sus parientes cercanos), que no necesariamente están arraigados, pueden no tener raíz y estar esparcidos y esparciéndose como los hongos, y ser letales (no todos, también los hay deliciosos), ocupación de la primera negociación; el tema de conversación (conservo el concepto habermasiano citado más arriba) se traslada al futuro en primer lugar del diseño, es lo que descubrí en de Bono.

<sup>202</sup> *Op.cit.*, pp. 27 y 28.

|  |   |
|--|---|
|  <p><b>To</b></p> <p>“indica la meta, el propósito u objetivo del pensamiento ¿A dónde vamos? ¿Qué queremos obtener?”</p>                                       | <p><b>Lo</b></p>  <p>indica la información disponible y la que necesitamos. ¿Cuál es la situación? ¿Qué sabemos? Las percepciones también se incluirán aquí.</p>                  |
|  | <p><b>Po</b></p>  <p>es la etapa de la posibilidad. En ella podemos crear soluciones y posibles enfoques. ¿Cómo lo hacemos? ¿Cuál es la solución? Esta es la etapa generativa.</p> |
| <p><b>So</b></p>  <p>reduce, revisa y elige entre las posibilidades. Es la etapa de la conclusión, la decisión y la elección. Es la etapa del resultado.</p> | <p><b>Go</b></p>  <p>indica el paso a la acción. ¿Qué vamos a hacer al respecto? ¿Qué viene luego? ¿Qué sigue a nuestro pensamiento?”</p> <p>203</p>                           |

Cuadro 10. El diseño de futuros

**To** 61. Como bien anotó mi colega, el ingeniero Enrique Arrieta Noguera M. S, cuando estudiábamos este tema: “Es pensar de allá para acá”, en el mismo lugar del libro en que anoté: “HEMOS DESCRITO EL LUGAR EN EL QUE TENEMOS QUE ESTAR EN EL FUTURO...EL FUTURO LLEGA HECHO CUANDO HAYAMOS HECHO LO QUE HAY

<sup>203</sup> *Idem*, p. 30.

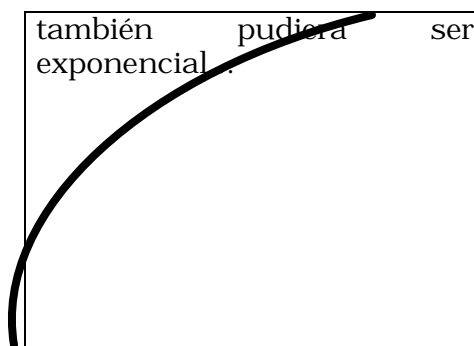
QUE HACER.” Estamos liando el presente con el futuro, en un compromiso de acciones que hay que ejecutar para llegar a él, o hacer que se haga realidad en el presente. Nuestra acción comunicativa, claramente lo es, está estableciendo su propia teleología y la incorpora a la realidad, siendo una acción, una actividad completa dado que se ha iniciado. ¿El fin cuál será? No lo sabemos. El futuro (visto y deseado en el primer cuadro) puede comenzar a cambiar antes de realizarse, en el proceso que sigue, una veamos la información que cumplirá, en el trabajo de las mentes presentes, la doble función, paradójica, de aterrizar los sueños, y seguramente de hacerlos volar en otras direcciones.

**Lo** 62. Revisando el libro que vengo citando, encontré mi siguiente anotación: “No hay direcciones opuestas, solamente en otro lado, no el otro lado.” No hay oposiciones, no hay opuestos en la búsqueda de información, ni en su acopio, toda información pertinente y confiable es útil. Este paso de acopio protege de errores y trampas, conscientes e inconscientes. Sugiere actuar con los tenis grises que recomienda de Bono en 6 pares de zapatos para actuar, libro que también recomiendo estudiar para negociar, y actuar, en general, donde haya que hacerlo.

**Po** 63. Mi primera reacción al símbolo que enuncia que hay más de una posibilidad, por eso las líneas discontinuas para describir a todas la posibilidades, son solamente eso, pero reales, fue anotar: “actuando pensar / con zapatos marrones y tenis grises.” Aquí la idea central es generar varias posibilidades. Ser consciente de que se pueden crear varias posibilidades. Que hay que hacerlo. Siempre varias posibilidades. Y ellas son eso, no son líneas de acción todavía, por esa razón no van representadas por líneas sólidas. Estamos entre el futuro y el presente. Entre la imaginación y la realidad: usando elementos de uno y otro lado para concretar lo posible de lo imaginado, ordenando los deseos por posibilidad de ocurrencia, no solamente por gusto o deseo. Aquí se usa todo el cerebro a la vez, en todo el proceso, integrado, no fragmentado.

**Lo** 64. Secamente anoté: “la selección del producto”. Ya tenemos, venimos del estadio anterior con un paquete de posibilidades, hay que seleccionar una, un paquete de frases que la definan. Ya las palabras aparecen describiendo lo posible de lo deseable, ya se puede, haciendo uso de la información recogida en Lo, ver cuáles posibilidades son las más posibles, y de esas cuáles las mejores, más deseables etc. El símbolo reduce la cantidad e paquetes a uno solo. El símbolo original de de Bono es solamente el embudo y la flecha saliente, producto escogido. Para entenderlo mejor con mis estudiantes le agregué las flechas entrantes, como lo he colocado más arriba.

**Go** 65. Anoté: “Actuar -> Actividad para Hannah Arendt. Adelante y arriba genera área bajo la curva; adelante sólo, o arriba sólo, genera línea no más.” Aquí se realiza completa la negociación al decidir las acciones a ejecutar para que el futuro, hasta ahora en el futuro, comience a llegar al presente. Aquí hay que usar las banderas negras, para saber qué hay que evitar hacer para que funciones todo el proceso hasta el final, y por supuesto, las amarillas para saber qué hacer para que el futuro seleccionado llegue a presente, a presentarse como situación de vida, posiblemente más adelante sometida al mismo proceso, para lo que servirán todas las anotaciones que de este se hayan conservado. El símbolo para de Bono significa actividad positiva y constructiva. La una no sirve sin la otra, por eso toma la forma de escalera, también pudiera ser una curva exponencial.



### 3.2.2.3 Los sombreros de de Bono pueden usarse como Banderas para pensar comunicando

66. ¿Para qué sirven las banderas de colores en una negociación? Durante la negociación, también otras situaciones, en casi todas diría, se trata de elegir *deliberadamente* modos diferentes de pensar la misma cosa. Cuando se toma la decisión de pensar, se levanta la bandera *estoy pensando*, es decir estoy asumiendo la actitud de pensar y, por lo tanto, actúo como un pensador. Si actúo como tal, probablemente, a fuerza de hábito, llegue a serlo. Las banderas cumplen en la negociación 5 propósitos:

#### 3.2.3.1 Representar un rol definido.

67. Tener a disposición 6 banderas diferentes permite asumir 6 roles diferentes, por o tanto poder *representar un rol definido* en una misma actuación, sin perder la identidad ni descomprometerse con causas anteriores o posteriores. No hay traiciones. Es como disfrazarnos de payasos en un momento, de brujas en otro, de científicos en otro, etc., y representar bien cada papel. Sentir emociones por algo o como respuesta a algo, si bien es diferente de lo que llamamos "racional", no es su opuesto.

#### 3.2.3.2 Permite dirigir la atención.

68. Si pretendemos que nuestro pensamiento sea mucho más que reactivo -activo- debemos encontrar una manera de dirigir y concentra la atención a un aspecto tras otro, como hace el haz de luz de un reflector, se concentra y recorre cada lugar del escenario iluminando sólo una porción de este a la vez. Se iluminan 6 aspectos de un mismo suceso, uno tras otro ordenadamente. Estamos hablando de una múltiple descentración en sí mismo, y de todos, los unos respecto de los otros.

#### 3.2.3.3 Ofrece la conveniencia de emplear un simbolismo ...

69. ...de modo conveniente para cada cual, se pueden cambiar según la conveniencia personal en cada momento, se puede expresar el pesimismo o el optimismo sobre algo, lo racional objetivo o lo puramente emocional. Símbolos fácilmente identificables, fáciles de hacer, con pocas reglas de juego resultan altamente convenientes, se pueden hacer con anticipación y distribuir con una hoja de reglas de uso e invitación a pensar.

3.2.3.4 Tiene su *base en la química cerebral*.

70. Si bien es cierto que es un proceso adoptado deliberadamente, también es cierto que se acopla al funcionamiento natural de nuestro órgano de pensar. Es natural.

3.2.3.4 Establece *reglas de juego*.

72. Aprenderlas es fácil. De hecho así aprendemos desde niños a comportarnos, jugando y aprendiendo las reglas del juego. Esas reglas establecen orden y brindan protección frente a uno mismo y a los opuestos, cuando se trata de pensar. Ayuda a pensar a favor del cerebro. Cuando las banderas anuncian están diciendo a los demás en dónde deben anotar lo que se está diciendo. Cuando se usan para pedir corresponden a la manifestación de que hace falta algo a alguien para entender, proceder, concluir, completar, etc.

3.2.4. Las Banderas en Colores

73. Las banderas pueden usarse físicamente, y para recoger (leer = recoger) la información que se produce en la negociación se puede usar el cuadro 11.

| pensamientos | Bandera Blanca | Bandera Roja | Bandera Negra | Bandera Amarilla | Bandera Verde | Bandera Azul |
|--------------|----------------|--------------|---------------|------------------|---------------|--------------|
| Partes       |                |              |               |                  |               |              |
| Negociador A |                |              |               |                  |               |              |
| Negociador B |                |              |               |                  |               |              |
| Negociador C |                |              |               |                  |               |              |

Cuadro 11. Para registrar ideas de eudesarrollo

3.2.4.1 *Bandera blanca*

74. El blanco es neutro y *objetivo*. Bajo la bandera blanca nos ocupamos de los hechos objetivos (datos empíricos) y de las cifras. Anuncia y/o pide datos.

3.2.4.2 *Bandera roja*

75. El rojo evoca ira, pasiones, emociones y furia. La bandera roja da el punto de vista emocional. El gusto, el disgusto, el querer o el rechazar. La opinión, el juicio, el prejuicio, el estereotipo, la intuición. La razón inexplicable aún. Los sentimientos. Lo puede hacer desde una idea hasta una propuesta o una opción. Al comienzo o al final. El rojo recoge mucho de lo que hay en el mundo subjetivo, al anunciar con la bandera que eso es lo que va a salir nos protegemos de que alguien nos *acuse* de subjetivos o de falta de objetividad.

#### 3.2.4.3 *Bandera negra*

76. El color negro es triste y negativo (en nuestra cultura). La bandera negra cubre los aspectos negativos, identifica por qué algo no se puede hacer, o por qué puede salir mal. Con la bandera estamos diciendo cuidado con esto. Estas son razones por las cuales esto o aquello puede fracasar. Hay que tener en cuenta... evidencia trampas o resultados de trampas o procesos de trampa... la bandera negra significa que hemos aprendido de experiencias... significa un cuidado proactivo... significa que nos interesa el buen resultado de la gestión de la solución que estamos diseñando. La bandera negra no es pesimista estrictamente.

#### 3.2.4.4 *Bandera amarilla*

77. El amarillo es alegre y positivo. La bandera amarilla cubre los aspectos positivos, optimistas y cubre lo esperanzador del pensamiento. La bandera amarilla no solamente nos dice lo bueno de la idea solución, de hecho no nos puede decir que nos gusta, para eso está la roja, nos dice lo que hay que hacer para que funcione la realización de la idea. Esta bandera es de uso esencial en las fases so y go vistas más arriba.

#### 3.2.4.5 *Bandera verde*

78. El verde es color de la naturaleza y de la vegetación. Señala pensamiento fértil, creatividad e ideas nuevas. Con esta bandera comenzamos la etapa to. Vemos nuevos escenarios de vida. También la vemos en po y en so para que no sean restrictivos de posibilidades.

#### 3.2.4.6 *Bandera azul*

79. El azul es frío, y es también el color del cielo, de lo alto, de lo que está por encima de todo. Bajo esta bandera nos ocupamos del control y organización del sistema de pensamiento. por lo tanto, también, del uso de las demás banderas. Con la bandera azul en astas ordenamos la información. Concluimos. Razonamos, comparamos y evaluamos. Decidimos que necesitamos, o no, más información sobre un tópico determinado, sin clausurarlo del todo, la lógica no es tirana, apenas ordenadora. Ordenamos jerárquicamente las prioridades de las tareas anunciadas con la bandera amarilla, los cuidados asumidos o anunciados con la bandera negra. Ordenamos por responsables de tarea, en cajoncitos mutuamente excluyentes las tareas asumidas con la bandera amarilla en la mano. Con la bandera azul ordenamos cronológicamente la realización de las tareas que nos vienen del uso de la bandera amarilla. Con la bandera azul en la mano concluimos que necesitamos más información proveniente de cualquier otra para entender algo de una verde, o de cualquier otra. Incluso para afinar y sacar provecho de cosas que vengan de la roja.

### **4.-Esas dicotomías**

80. En este artículo se recogen experiencias de negociación. Muchas de ellas ocurrieron en un experimento empírico realizado con estudiantes de último semestre de administración de empresas en un seminario de negociación. Diseñé y realice el experimento porque encontré en muchas obras - tipo manual de negociación- originarias del Conflict Management Group (CM) de la Universidad de Harvard, un cierto tufillo estratégico, radicalmente opuesto al planteamiento de la Teoría de la Acción Comunicativa, sin querer decir que en la práctica sean irreconciliables, aun cuando teóricamente sean opuestos, porque en la práctica se pueden hacer recortes de partes y ensamblar dentro de los límites que pone la teoría de mayor jerarquía comprensiva (sobra decir que en este



caso la de mayor jerarquía es la Teoría de la Acción Comunicativa), pues en mi opinión, la propuesta del CM no es una teoría como tal. Pretende ser una técnica de negociación, *una estrategia de negociación*, y como tal enmarcada dentro de la *racionalidad estratégica*, orientada al logro de fines y no a la construcción de acuerdos, cosa que define a la acción comunicativa. Si esto fuera cierto, sería más dispendioso, menos eficiente, efectivo y eficaz negociar bajo este esquema racional, que hacerlo dentro de una racionalidad comunicativa. La propuesta del primer esquema, más que otra cosa, ofrece técnicas, recomendaciones, instrucciones, plantillas y planillas de uso en situaciones de negociación (simulaciones durante el experimento). La segunda, abunda en teoría (es su esencia) pero no ofrece instrumentos, pero de Bono sí que los ofrece, y estos y su obra concuerdan perfectamente con la Teoría de la Acción Comunicativa, y *voilà*, se hizo el experimento para comparar los procesos, los procedimientos, los resultados y las experiencias de los participantes en dos seminarios diferentes, uno de tipo CM, y otro de tipo PL (pensamiento lateral), sujetos diferentes, observadores presentes en ambos cursos, notas comparadas, tiempos medidos, acuerdos comparados, *pureza* de contenidos en ambos; lo típico de todo experimento. No sobra señalar que los 6 paquetes de casos de negociación eran idénticas. Se empleó abundante bibliografía de los autores de uno y otro lado sin carga interpretativa.

81. La calidad de los acuerdos construidos por los del grupo PL fueron más completos, miraban al futuro de las partes sin quedarse en la inmediatez, hecho que sí se vio en los de tipo CM, quienes dedicaron entre 4 y 5 veces más tiempo (llegaron a 4 horas de trabajo, algunos grupos sin culminar la preparación de la negociación siguiendo las instrucciones estándar de CM), usando los instrumentos y las plantillas propias de esta literatura; no fue el caso de los grupos PL, quienes manejaron los cuadros aquí presentados con más soltura, en menos tiempo. Las actitudes observadas fueron diferentes. En los grupos CM se trabajó con mayor tensión, aun se mantenían, por varias sesiones y en grupos hasta el final, actitudes propias de la pugna. En los grupos PL la actitud cambió radicalmente desde la segunda negociación, y pasaron de ser contrapartes a ser miembros de un equipo de planeación, como si fuera una misma entidad rediseñando su futuro. Al final en los grupos PL había una actitud predominante de cooperación. La competencia, en ocasiones la pugna, se mantuvo como actitud predominante en los grupos CM.
82. La conclusión que saco para mí, es sencilla: la libertad en el pensar, el ser, el hacer y el vivir se refleja en los productos de la vida. Entre menos condicionamientos tengan las partes negociadoras, desde que se inicia la negociación, mejor será el producto de esta; y mientras menos reglamentaciones se le impongan al pensamiento, mejor será su producto. La tarea pendiente, dura por cierto, consiste en descubrir, quitando capa por capa, la naturalidad del pensamiento, para así descubrir, si la hay, esa dosis de naturalidad de la sociedad, por definición, cosa artificial, hecha por los Hombres. Cuando la veamos y aprendamos lo elemental de lo complejo podremos pensar la paz.
83. El pensamiento lateral -con el uso- deja de ser un instrumento para pensar y se convierte un modo de pensar. Aprendido, sí. Desarrollado por la persona que lo vive, también es personalizado. En una palabra, se convierte una forma personal de pensar, que da nueva forma a la personalidad de quien así piensa, y a una cultura si quienes le dan vida –a esa cultura- piensan así. Suena pedante, pero es real. Es curioso (como toda paradoja), no homologa, al contrario incita a la diversificación aumentando simultáneamente las posibilidades de acuerdo entre quienes por virtud del crecimiento de la diversidad, menos fácilmente construirían uno duradero. (Si le parece conocida esta frase, es porque ya la leyó en este mismo documento, pero también vale para cerarlo). Esta conclusión es personal. De nuevo, solamente la presento. Queda en manos del lector la propia.

**DE LA PRACTICA**

## The Common Court of Justice and Arbitration: An African Model for Latin America?

*Dr. Amadou Dieng, France*  
Attorney, *Cimadevilla*, Paris \*

### Summary

The OHADA Treaty provides that the CCJA has two types of functions: judicial and arbitral. In its judicial capacity, the CCJA is the sole supranational court. Its purpose is to avoid the risk of conflicting interpretations of the Uniform Acts by the supreme courts of the various Member States, and to achieve a uniform judicial interpretation of the Treaty, any regulations applying the Treaty, and Uniforms Acts.

CCJA arbitration is a part of legal reforms which are taken by 16 African States to enjoy legal and judicial security. The achievements of OHADA are a result of strong political will of the Member States to create and update an African system of law.

With these considerations, CCJA arbitration appears as a unique institution which combines the advantages of arbitration and corrects its weakness by providing effective enforcement in all Member States. The system is original and useful for promoting arbitration on the regional level.

### Introduction

1. The Organization for the Harmonization of Business Law in Africa, which acronym stands in French - OHADA - is an international organization created by a Treaty that had been signed in Port-Louis (Mauritius) on 17 October 1993 by fourteen African States. At present, OHADA has sixteen members<sup>1</sup>. OHADA is achieving integration by law. In fact, OHADA is “a legal tool for economic integration and development.”<sup>2</sup>. The simplification and harmonization of the applicable law, both on the legislative level and in court decisions, and the security that it engenders, are considered as factors that will stimulate growth by encouraging economic operators to invest in Africa.
2. The goal of the OHADA Treaty is the harmonization of business laws in the Member States by elaborating and adopting simple modern rules, by setting up appropriate judicial procedures, and by promoting arbitration for the settlement of contractual disputes<sup>3</sup>.
3. OHADA has created two different sets of legislation applicable to arbitration. First, there is the OHADA Treaty, which provides for institutional arbitration under the auspices of the Common Court of Justice and Arbitration – CCJA -, in accordance with the CCJA's

\* Email: [Cimadevilla@wanadoo.fr](mailto:Cimadevilla@wanadoo.fr).

<sup>1</sup> Benin, Burkina Faso, Cameroon, the Central African Republic, Chad, the Federal Islamic Republic of the Comoros, Congo, Ivory Coast, Equatorial Guinea, Gabon, Guinea, Guinea Bissau, Mali, Niger, Senegal and Togo.

<sup>2</sup> Judge Kéba MBAYE, President of UNIDA (Association for a Unified System of Business Laws), Honorary Vice-President of the International Court of Justice, Former President of the Steering Committee responsible for the implementation of the OHADA Project.

<sup>3</sup> Article 1 of the Treaty.

Rules of Arbitration. Second there is the Uniform Act, which lays down basic rules that are applicable to any arbitration where the seat of the arbitral tribunal is in one of the Member States<sup>4</sup>. For this presentation, we only focus on the CCJA arbitration system. The specificity of CCJA arbitration appears in two levels with very important consequences.

4. First, it is unusual that a Treaty establishing an international organization contains a separate chapter devoted to arbitration, not between Member States in connection with the Treaty himself, but laying down a procedural framework for the arbitration of private contractual disputes under the auspices of CCJA<sup>5</sup>. Second, CCJA operates as institution in charge of the administration of the arbitration process, and, at the same time, has a judicial function in matters relating to the appointment of arbitrators, appeals and enforcement procedures. This double function makes CCJA arbitration very specific because all the arbitration process, from the request of arbitration to the final decision of Courts on the award, are controlled by a unique institution<sup>6</sup>.
5. Our presentation will concern the scope of application of CCJA arbitration (I), CCJA as an arbitration centre (II), and CCJA as a State court after the award is rendered (III).

### **I - Scope of application of CCJA's arbitration**

6. Article 21 of the Treaty states the principle that, in application of an arbitration agreement, a contractual dispute may be submitted to CCJA arbitration if :

one of the parties is domiciled or has its usual place of residence in one of the Member States ; or

the contract has been or is to be performed, in whole or on part, on the territory of one or more Member States.

These two criteria are not cumulative. Contractual disputes are concerned by CCJA's arbitration regardless of whether the dispute is related to commercial or civil matters. Article 21 of the Treaty allows any party to a contract to refer to CCJA's arbitration. That means that States and other territorial public bodies as well as public establishment may be parties to an CCJA's arbitration. However, CCJA arbitration is possible only if there is a certain link with one or more member States. The territorial limit for CCJA arbitration is the OHADA area. There may be a problem if parties which are out of OHADA area conclude an CCJA's arbitration agreement. Shall CCJA accept the arbitration or not ? CCJA did not yet have the opportunity to answer to that important question.

<sup>4</sup> The Uniform Act of Arbitration Law and CCJA Arbitration Rules were both signed on 11 March 1999.

<sup>5</sup> In this way the CCJA arbitration system looks like ICSID arbitration.

<sup>6</sup> This particularity can be considered as an advantage or a disadvantage.

## **II - CCJA as an arbitration centre**

7. The CCJA comprises seven judges elected by secret ballot by the Council of Ministers for a term of seven years renewable only once. They enjoy diplomatic privileges and immunities for the duration of their term of office<sup>7</sup>. The CCJA performs the functions of administering arbitration. Like other arbitration institutions, CCJA does not itself perform judicial functions as an arbitral tribunal. It shall not settle the disputes itself.
8. In its role as an arbitration centre, the CCJA appoints arbitrators or confirms their appointments, deals with challenges to arbitrators, is kept informed of the progress of the arbitral proceedings, and reviews draft awards before they are issued. The decisions taken by the CCJA in this role are administrative, not judicial decisions. They are subject to no appeal, and the reasons upon which they are based are not communicated to the parties. These decisions are taken by the Plenary Assembly of the Court. But, in accordance with the Treaty and CCJA's Arbitration Rules, the Court established internal arbitration rules which allow to delegate to a restrained formation of its members to take a decision subject to the Court being informed of such decisions taken in the next hearing of the Plenary Assembly.
9. In urgent cases, the President of the Court may take decisions necessary for putting into place a proper functioning of arbitral proceedings, subject to informing the Court in the next meeting and to the exclusion of decisions requiring an order of the Court. The Chief Registrar of the CCJA is in charge of the General Secretariat of the CCJA arbitration centre. He ensures that all relevant notifications are made and plays an important role in the arbitration process.
10. Arbitral proceedings commence upon receipt of the request by the Secretariat which notifies such receipt to all parties. That date of receipt is deemed to be the date upon which the arbitration has been commenced.
11. The respondent must file statement of defence within 45 days of receiving notification from the Secretary-General. The respondent may file a counter-claim, to which the claimant may respond within 30 days. Once the initial written pleadings have been exchanged, the CCJA determines the amount of the advance to be paid by the parties to cover the anticipated costs of arbitration. These costs include the arbitrators' fees and expenses, the CCJA's administrative costs, the costs incurred in the functioning of the tribunal, and the fees and expenses of any experts<sup>8</sup>.

---

7 Candidates for election must be either judges, professors of law or practising lawyers from any Member State, with a minimum of fifteen years of professional experience. No State may nominate more than two candidates, and the CCJA may not have more than one judge from a particular Member State at any one time. The judges are elected by absolute majority of votes in the Council of Ministers.

8 The arbitrators' fees and the CCJA's administrative cost are determined on the basis of the amounts in dispute, in accordance with a scale drawn up by the CCJA in General Assembly and approved by the Council of Ministers by Decision No 004/99 of 12 March 1999.

12. The arbitrators may be chosen from a list of arbitrators established by the CCJA and updated yearly<sup>9</sup>. Article 49 of the OHADA Treaty which deals with the status, immunities and privileges of the organization contains an unusual provision according to which any arbitrators who have been designated by CCJA enjoy diplomatic privileges and immunities in the exercise of their functions<sup>10 10</sup>.
13. The applicable procedural rules are those contained in the CCJA Rules<sup>11</sup>. In the event the Rules are silent on a particular point, the applicable rules are those agreed by the parties or, failing such agreement, by the arbitral tribunal. The tribunal must apply the substantive law chosen by the parties. If the parties have made no such choice, the tribunal must apply the law designated by the conflict of laws rule which he sees appropriate in the circumstance, taking into account any relevant customs of international trade. The tribunal may appoint one or several experts, define their assignments, receive their reports and hear them in the presence of the parties or their legal advisers. Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal may order any provisional or interim measures of protection during the course of arbitral proceeding. If an enforcement order is necessary in relation to the implementation of such measures, it may be applied for immediately, in proceedings before the President of CCJA or the specially delegate judge. If the need arises at a time when the case is not yet before the tribunal, or in exceptional situations of urgency thereafter, the parties may apply to the national courts for provisional or conservatory measures. In such an event the CCJA must be informed of the application and of any measures that are ordered by the national court, and the CCJA must in turn inform the arbitral tribunal<sup>12</sup>. Except otherwise agreed upon by the parties, and subject to such agreement be allowed by the applicable law, reasons shall be given for all awards.
14. Before they are signed by the tribunal, drafts of all awards on jurisdiction, partial awards which put an end to the proceedings, and final awards are to be submitted to the CCJA for review. Other awards are not subject to review, but are nonetheless to be sent to the CCJA for information. When it reviews a draft award, the CCJA may only propose purely formal modifications. If the award is a final award, the CCJA advises the tribunal of the final amount of the costs of arbitration and determines the amount of the arbitrators' fees. The final award must indicate the costs of arbitration and decide in what proportion they are to be borne by each of the parties. If there are three arbitrators, the award may be given by majority vote. If there is no majority, the award is given by the president of the tribunal alone. Any separate or dissenting opinion may be attached to the award at the request of the arbitrator concerned. The award must be signed by the arbitrators.
15. Once the costs of arbitration have been paid in full, the Secretary-General delivers the signed award to the parties. Supplementary copies certified true by the Secretary-General shall, at any time, be delivered to the parties who request for it and to them only.

9 In drawing up this list, the Court may consult with experts in the field of international commercial arbitration . The current list contains some 70 arbitrators both African and other nationalities. This list is not imperative.

10 These privileges are granted to all arbitrators, those who are designated by the parties or/and by the Court.

11 The CCJA Rules are in many ways very similar to the ICC Rules, although there are some differences.

12 This is a very important issue because the decision of the competent national court is at least to be challenged before CCJA.

### **III - CCJA's role after the award is rendered**

16. Arbitral awards rendered under CCJA Rules are deemed to be final and binding and have *res judicata* effect on the territory of all the Member States, with the same authority as judgments rendered by the national courts, and they may be enforced on the territory of any Member State. Usually, the post arbitral process is not organised by institutional arbitration Rules since it mostly concerns national courts. But, with regards to the double function of CCJA, the Treaty and CCJA Rules contain provisions related to recourses against the award and to enforcement of the award. The Court shall perform these jurisdictional functions in its ordinary contentious composition and in accordance with the procedure provided for this purpose.

#### **A - Recourses against the award**

17. Three means of recourse are opened against a CCJA award. These are challenge of validity, recourse to revision and opposition by a third party.

18. Ordinary appeals are not available against CCJA arbitral awards. Instead, if a party intends to challenge the recognition of the award and its *res judicata*, it does so in proceedings before CCJA, which may be filed at any time after issuance of the award until two months after its delivery to the parties. The only grounds upon which a challenge of validity proceedings may be based are the following :

if the arbitral tribunal ruled without an arbitration agreement or on an agreement which is void or has expired ;

if the arbitral tribunal ruled without conforming with its term of reference ;

failure to comply with due process ; and

if the award is contrary to international public policy.

19. These grounds are the same for the refusal or the grant of exequatur. When a challenge of validity is filed, exequatur can not be granted for the same award. In such case, the two petitions shall be consolidated.

20. These grounds are more limited than under the Arbitration Uniform Act, which allows setting aside proceedings on all of these grounds and also if the award does not contain reasoning or if the tribunal has been improperly constituted<sup>13</sup>. The Court shall inquire on the claim and rule under the conditions provided by its rules of procedure. If CCJA finds that the challenge to the validity of the award is well founded, it will declare the award null and void. It may then evoke and rule on the substance if the parties have allowed it to

---

13 As regards absence of reasoning, it is logical that this should not be a ground for challenging the validity of an CCJA award, since CCJA Rules do not necessarily require a reasoned award. But if the agreement of the parties or the applicable law requires reasoning, any absence of reasoning could be considered as a failure by the tribunal to comply with its term of reference.



do so. Otherwise, either party may request a resumption of the arbitral proceedings, as from the last event in such proceedings that has been recognized valid by the CCJA.

21. In addition to the challenge of validity, a party may request either of the award itself or of a judgement of the CCJA ruling upon the merits following the setting aside of the award. Such a request, is admissible only in the event of discovery of a fact which may have had a decisive influence on the decision in question and which was unknown to the tribunal or the CCJA and to the party making the request, at the time of issuance of the decision<sup>14</sup>.
22. Third party opposition against awards and CCJA judgement when the Court rules upon the merits following the setting aside of the award, is also possible in the event that a third party who has not been joined to the proceedings considers that the award or judgement is prejudicial to its own rights<sup>15</sup>. It is to be noted that recourse to revision and third party opposition are filed before CCJA and not before the arbitral tribunal as under the Arbitration Uniform Act<sup>17</sup>.

### **B - Enforcement**

23. In conformity with the Treaty, CCJA arbitral awards shall have final and conclusive authority in the territory of each Member State. Such awards may be enforced and executed by an order of exequatur. Only the CCJA has jurisdiction to pronounce an order of exequatur<sup>16</sup>. The exequatur is requested by petition addressed to the Court. Enforcement orders are issued by the President of CCJA or a specially delegated judge. This procedure is not after full arguments on both sides. Where the exequatur is refused, the petitioner may seize the Court of its claim and notify it to the other party who may participate in the proceedings. If the enforcement order is granted, the applicant shall notify the adverse party of this order. The adverse party may, within fifteen days of notification, file an opposition whith one of the jurisdictional ordinary sessions of the Court, which shall hear, after full arguments from both sides in conformity with its rules of procedure.
24. If the applicant does not, within the fifteen days, file an opposition against the order granting exequatur, it is not able to challenge the validity of the award even if the two months have not expired. The reason is that the grounds for refusal of exequatur and those for challenging the validity of the award are the same. When an enforcement order is granted, the award is enforceable in all Member States, although it will be necessary to have the award stamped as enforceable by the national authorities of the State where enforcement is sought. In fact, the Secretary General of the Court shall deliver to the party who requests a copy of the award certified true to the original deposited, on which shall figure the exequatur attestation. The attestation shall state that the exequatur has been granted to the award, depending on the case, either by an order of the President of the Court and which has become final in the absence of opposition made within fifteen days or by a Court judgement rejecting such an opposition, or by a Court judgement invalidating a refusing exequatur. The national authority appointed by the State where

---

14 Article 49 of the CCJA Rules of Procedure.

15 Article 47 of the CCJA Rules of Procedure.

16 With these recourses the arbitration proceedings is cancelled into a judicial one.

enforcement is sought, basing himself on the true copy of the award covered by the attestation of the Secretary General of the Court, attach an executory clause such as is in force in the said State. This is, however, a mere formality, which cannot be refused.

#### Conclusion

25. Until 1999 very few of the OHADA Member States had legislation specifically relating to arbitration, and not all of those that did had modern legislation on the subject. OHADA has completely changed the situation, and it is now possible for parties to a contract to include an arbitral clause providing for arbitration proceedings to take place in any one of the Member States, in the knowledge that a modern law will apply<sup>17</sup>. The basic principles of CCJA arbitration are laid down by the Treaty<sup>18</sup>. The CCJA Arbitration Rules, the rules of procedure of CCJA and the internal rules of CCJA in arbitration proceedings complete the substantive and procedural law of CCJA arbitration.
26. As we have seen, CCJA arbitration is unique because of the double function of the Common Court which acts like an arbitration Centre and like a State Court. This originality has procedural consequences but the principal advantage is that the system can give more security since all the process is controlled by one institution who can take decisions enforceable in all Member States.

---

17 All types of arbitration can be done in OHADA area. Ad Hoc arbitration under the Arbitration Uniform Act or Institutional arbitration under the national arbitration centres which exist in some Member States or under the regional Centre – CCJA -.

18 Title IV ; Article 21 to Article 26 OHADA Treaty.

## DE LA JURISPRUDENCIA

## **Pan Liberty Navigation v. World Link**

*Court of Appeal, British Columbia*

Between:

Pan Liberty Navigation Co. Ltd. And Blue Arctic Shipping Co. Ltd. Respondents (Plaintiffs)  
And World Link (H.K.) Resources Limited Appellant (Defendant)

### **Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Esson:**

[1] The defendant, to which I will refer as World Link (H.K.), appeals with leave from an order of Mr. Justice Blair pronounced August 4, 2004, refusing to stay the action on the ground that further proceedings in it should take place in England.

[2] The plaintiffs, to whom I will refer as "Pan Liberty" and "Blue Arctic", are ship owners who carry on business in Cyprus. Pan Liberty was, in November 2000, the owner of the ship "PANLI", and Blue Arctic was the owner of the ship "ARCTIC". Both ships flew the flag of Cyprus. In that month, the ships were chartered to a company referred to in each charter party as "Worldlink Transport Co. Ltd. of Beijing". I will hereafter refer to that entity, as the plaintiffs do in their statement of claim, as the "defaulting charterer".

[3] Both charters provided:

*17. Any dispute arising out of or in connection with this Charter Party shall be governed by English Law and referred to Arbitration in London. One arbitrator to be nominated by the Owners and the other by the Charterers and in case those arbitrators shall not agree then the decision of an Umpire to be appointed by them...*

\* \* \*

*Clause 48 - Addition to Arbitration Clause [from Rider Clauses]*

*If one party fails to appoint an arbitrator either originally or by way of substitution as aforesaid, for seven (7) clear days after the other party having appointed his arbitrator, has served the party making default with notice to make the appointment, the party who has appointed an arbitrator may appoint that arbitrator to act as sole arbitrator in the reference and the award shall be binding on both parties as if he had been appointed by consent.*

[4] In 2001, the defaulting charterer not having met its obligation to pay the hire, both owners launched arbitration proceedings before Mr. Hardee, a London arbitrator. Notice was given to the defaulting charterer in accordance with the charter party, but it did not respond in any way. Accordingly, in August 2001, Mr. Hardee issued a "final award" in favour of Pan Liberty for some \$224,000.00 U.S. plus interest and costs, and in favour of Blue Arctic for some \$131,000 U.S. plus interest and costs.

[5] Over the next two years, through their London solicitor, Mr. Hicks, the owners sought without success to enforce the awards. Mr. Hicks' efforts to track down the defaulting charterer led him to

develop, by November 2003 if not earlier, a theory that if any entity bearing the name Worldlink Transport Co. Ltd. of Beijing existed at all, that entity was a worthless shell which had been used by the appellant to obtain the benefit of the charter without paying for it.

[6] By that time, Mr. Hicks was in correspondence with Hai Tong & Partners, of Beijing, the solicitors for World Link (HK). In a letter of November 21, 2003, Mr. Hicks responded to Hai Tong's assertion that there was "no relation or association whatsoever" between their client and the defaulting charterer by saying that he did not accept "this extraordinary assertion" and would be taking steps to "arrest bunkers" on a vessel chartered to World Link (HK) Transport & Trading Ltd. Hai Tong had ended its letter of November 10, 2003, denying any link, with the admonition, "Please don't deflect from the correct direction in exercising your rights!" The response, as the saying goes, was on the letterhead of the Supreme Court of British Columbia.

[7] By that time, Mr. Hicks had become aware that a ship named the "EIRINI" was under charter to the appellant and was about to arrive in British Columbia. This action was commenced with a view to obtaining a Mareva injunction against the ship's fuel and bunkers on the basis, as stated in the affidavit of Mr. Hicks sworn on November 30, 2003 (para. 35), that:

The bunkers onboard the "EIRINI" are owned by the Defendants. In virtually all time charter arrangements, the charterers are responsible for purchasing and payment of fuel and bunkers. For example see clause 2 of the charterparty between World Link and the Plaintiff Pan Liberty at Exhibit "D" above.

[8] The style of cause in the action named four defendants, described in the statement of claim as follows:

3. The Defendant, World-Link (H.K.) Transport & Trading Limited ("World Link HK"), is a company duly incorporated under the laws of Hong Kong, having its office at Flat F, 20th Floor/1311, Lucky Plaza, 315 - 321 Lockhart Road, Wanchai, Hong Kong.

4. The Defendant, World-Link (HK) Transport & Trading Limited dba World Link Transport Co. Ltd. ("World Link HK"), is a company duly incorporated under the laws of Hong Kong, having its office at Flat F, 20th Floor/1311, Lucky Plaza, 315 - 321 Lockhart Road, Wanchai, Hong Kong.

5. The Defendant, Worldlink Transport Co. Ltd. (the "Defaulting Charterer"), is an entity which purports to have an office at Room 1309, Beiao Plaza, No. 2 Huixin Dong Street, Chaoyang District, Beijing, PRC, 100029.

6. The Defendant, Worldlink (H.K.) Resources Limited ("World Link Resources"), is a company duly incorporated under the laws of Hong Kong, having its office at Flat F, 20th Floor/1311, Lucky Plaza, 315 -321 Lockhart Road, Wanchai, Hong Kong and is the successor of World Link HK, which changed its name on 31st October 2003 to World Link (HK) Resources Limited.

Paragraphs 3 and 6 in the statement of claim both refer to the appellant. Paragraph 5 refers to the defaulting charterer. Paragraph 4 would appear also to be an alternative reference to the appellant. It therefore appears that what seems to be a naming of four defendants is four different ways of naming one defendant. In any event, only World Link (H.K.) Resources Limited is an appellant in this Court and any reference in my reasons to the "appellant" will be to that entity.

[9] The injunction was granted *ex parte* by Paris J. on November 30, 2003. On December 4, 2003, World Link (H.K.) applied for and was granted an order that, upon payment into court of C\$850,000.00 as security, the injunction should be lifted. That amount was promptly paid into court, thus permitting the departure of the "EIRINI" and her bunkers to other parts of the world. The amount paid in remains in court.

[10] The statement of claim is a lengthy document but the essence of the plaintiffs' case appears to be as stated in this paragraph of the statement of claim:

16. The Defendants [*sic*] say, and the fact is, that World Link HK was the directing mind and alter ego of the Defaulting Charterer and at all times material made use of the Defaulting Charterer as a mere façade concealing the true facts and undertook a campaign to defraud the Plaintiffs Pan Liberty and Blue Arctic of the amounts due under the Charterparty Agreements, particulars of which campaign include but are not limited to the following:

(a) the Charterparty Agreements record that the Defaulting Charterer was "of Beijing" as drafted by World Link HK's brokering agents, Simpson Spence & Young when that was untrue. In fact there is no company registered in Beijing with the name of the Defaulting Charterer;

(b) at all times material, World Link HK operated the Defaulting Charterer from its office in Beijing using the same telephone and fax numbers;

(c) Mr. Wen Jianming controls World Link HK and the Defaulting Charterer from Beijing;

(d) World Link HK paid hire due from the Defaulting Charterer during the course of the "PANLI" charterparty with Pan Liberty;

(e) in response to the London Baltic Exchange's investigation of the default of the Defaulting Charterer under the Charterparty Agreements, World Link HK, through its Beijing solicitors, on or about November 19, 2003, denied that World Link HK had any connection with the Defaulting Charterer which was untrue and designed to defraud the Plaintiffs from the sums due to them;

(f) World Link HK through its solicitors admitted on or about November 19, 2003 that the Defaulting Charterer operated from the same office as World Link HK and used the same contact details, such as telephone and fax numbers;

(g) World Link HK through its Beijing solicitors, further stated on or about November 19, 2003 that the Defaulting Charterer had moved from the Beijing office before commencement of the London arbitrations, which statement was untrue and intended to deceive and defraud the Plaintiffs from the sums justly due and owing to them;

(h) the fact is that in or about June and September 2003 the Beijing office of World Link HK responded to inquiries made to the Defaulting Charterer as represented by Ms. Rebecca Gu, and World Link HK responded by paying an arbitration award against the Defaulting Charterer;

- (i) World Link HK, although a registered Hong Kong company, charters vessels on the basis that it is "of Beijing" or a Beijing company with all contact details being the same as the Defaulting Charterer.

[11] The word "Defendants" at the beginning of paragraph 16 is obviously intended to be "Plaintiffs".

[12] On June 30, 2004, the appellant applied for a stay, seeking in its notice of motion the following relief:

1. That this action be stayed pursuant to the *Commercial Arbitration Act*, [R.S.C. 1985 c. 17 \(2nd Supp.\)](#)
2. That should the Plaintiffs fail within 30 days to take steps in England before the arbitrator or the English courts to determine the liability of Worldlink (HK) Resources Limited under the charter parties that are the subject of this matter that the \$850,000 paid into Court as security by Worldlink (HK) Resources Limited be released and paid together with any interest thereon to Giaschi & Margolis in trust;
3. That the parties be at further liberty to apply with respect to the disposition of the security paid into court;
4. That Worldlink (HK) Resources Limited be awarded costs of this motion.

[13] On August 4, 2004, the chambers judge delivered reasons dismissing that application [(4 August 2004) Vancouver L033404 (B.C.S.C.)]. His reasoning was set out in these paragraphs:

[5] Counsel for World Link (H.K.) submits that this court is the wrong forum for what is essentially an enforcement of the two arbitration awards made by Mr. Hardee in London, England, and that the matter should be referred back to the arbitrator, and, if necessary, the English courts to determine whether the arbitration awards ought properly be amended to include World Link (H.K.) and perhaps other named defendants. Counsel applies for an order that this B.C. action be stayed until the matters have been addressed by arbitration or the English courts.

[6] Plaintiffs' counsel submits that the claims advanced in B.C. are part of an enforcement action, not matters properly brought through arbitration in which a judgment has already been obtained. The plaintiffs submit that arbitration is limited to disputes arising out of the charter agreements, not issues of deceit and fraud as alleged in the pleadings filed in this action which take the claim beyond the charter agreements and the arbitration process. Further, there are parties involved in the B.C. action not named in the arbitration proceedings.

[7] I have, since hearing this matter last week, reviewed the affidavit material and the extensive briefs of authorities filed by the parties. In the result, I concur with the plaintiffs' position and conclude that this action falls outside the arbitration provisions of the charter agreements. The plaintiffs' claims as set out in the pleadings are connected to British Columbia through the payment of the \$850,000 security and these courts appear to



be a convenient forum for determination of the many issues raised by the plaintiffs in their statement of claim. The application brought by World Link (H.K.) is dismissed. Costs will be in the cause.

[14] The reference in paragraph 6 of the reasons to parties "not named in the arbitration proceedings" is presumably based on the statement of claim which refers to four defendants but, as explained in paragraph 8 of these reasons, appears on closer examination to name one defendant in four ways. That being so, that cannot be a ground for refusing to grant a stay.

[15] A more significant issue is whether the chambers judge erred in holding that arbitration is not available because the present dispute does not arise out of the charter agreements. The appellant's position is that the plaintiffs' allegations in this action do not fall outside the arbitration provisions, but rather that they fall squarely within it because the real issue is whether World Link (H.K.), although not named in the charter party, is the "defaulting charterer". I agree with that position. The dispute is, in the words of clause 17 of the charter party, one "arising out of or in connection with this Charter Party."

[16] The respondents seek to meet that submission by contending that the arbitrator, having delivered a "final award", has no remaining jurisdiction in the matter. That is a question which, in my view, can only be determined by the English arbitrator and by the application of English law.

[17] Having concluded that the issues raised by the British Columbia action fall outside the arbitration provisions of the charter agreements, the chambers judge made no reference to the application to stay having been brought under article 8 (1) of the schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C. 1985 (2nd Supp.), c. 17. That legislation applies because this is a matter falling within the federal power over navigation and shipping (a point not in dispute). Article 8 (1) states:

A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

[18] The leading authority in this Province with respect to article 8(1) is the decision of this Court in *Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.* [reflex](#), (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368 (C.A.). In defining the approach to be taken by a court called upon to apply that article, Cumming J.A., for the Court, at para. 36, adopted this passage from the reasons of Mr. Justice Campbell in *Boart Sweden AB v. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 (Ont. H.C.) at 302-303:

Public policy carries me to the consideration which I conclude is paramount having regard to the facts of this case, and that is the very strong public policy of this jurisdiction that where parties have agreed by contract that they will have the arbitrators decide their claims, instead of resorting to the Courts, the parties should be held to their contract...

To deal with all these matters in a single proceeding in Ontario instead of deferring to the arbitral process in respect of part of the action and temporarily staying the other parts of the action, would violate that strong public policy.

It would also fail to give effect to the change in the law of international arbitration which, with the advent of art. 8 of the Model Law and the removal of the earlier wide ambit of discretion, gives the Courts a clear direction to defer to the arbitrators even more than under the previous law of international arbitration.

I conclude that nothing in the nullity provisions of art. 8 prevents this Court from giving effect to the clear policy of deference set out in the article.

To conclude otherwise would drive a hole through the article by encouraging litigants to bring actions on matters related to but not embraced by the arbitration and then say that everything had to be consolidated in Court, thus defeating the policy of deference to the arbitrators.

[19] In my respectful view, for a British Columbia court to conclude on the facts of this case that it is open to these plaintiffs to pursue this action would fall directly within the evil described in the last paragraph of the passage quoted by Cumming J.A. Clearly, the question between these parties is, in the words of paragraph 17 of the charter party, a "dispute arising out of or in connection with this Charter Party". It is governed by English law and is to be referred to arbitration in London. There is a curious anomaly in the facts of this case in that each of the respondent owners, although a party to the respective charter party, contends that the dispute does not arise out of the charter party, whereas the appellant, which contends that it is not a party to the charter party, contends that the dispute arises under the charter party. The dispute is, however, as to whether the present appellant, although not named in the charter party, is nevertheless the charterer. That is clearly a dispute under the charter party.

[20] A decision of this Court which is more directly in point on its facts, although it does not arise under the *Commercial Arbitration Act*, is *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.*, (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.). That appeal was from a decision of a chambers judge granting a stay of proceedings pursuant to s. 8 of the *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 14, which is not materially different from article 8(1) of the federal Act. It reads, in part:

#### Stay of legal proceedings

8. (1) Where a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court shall make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

[21] The facts and the essence of the decision are conveniently set out in the headnote, which reads:

The plaintiff made a contract with one or both of the defendants for the sale of 375,000 barrels of crude oil. The contract contained an arbitration clause. Before the time for delivery, the price fell by \$10 a barrel and the defendants refused to take delivery under the terms of the contract. The plaintiff wrote to the defendants, advising that it accepted their repudiation. Both defendants replied, stating that one of them was not a party to the contract. The plaintiff sued for damages. The defendants obtained a stay under s. 8 of the *International Commercial Arbitration Act*. The plaintiff appealed. Held - Appeal dismissed.

In order to obtain a stay of proceedings, it is not enough to point to an arbitration agreement and assert that the parties are parties to the agreement and that the dispute is within its terms. The court continues to have some residual jurisdiction. Thus, if the court concludes that one of the parties named in the legal proceedings is not a party to the arbitration agreement, or if the alleged dispute does not come within the terms of the agreement, or if the application is out of time, the application should not be granted. But it is not for the court, on a stay application, to reach any final determination as to the scope of the arbitration agreement or whether a particular party to the legal proceedings is a party to the agreement. Those are matters within the jurisdiction of the arbitral tribunal Only where it is clear that the dispute falls outside the agreement, or that a party is not a party to it, or that the application is out of time, should the court make a final determination. In this case, the fact that the defendants had not performed the contract at all did not mean that the issue between the parties was not in relation to the "performance" of the contract as that term was used in the agreement. Whether the dispute fell within the agreement and whether both defendants were parties to it would fall to be determined in the arbitration.  
[Emphasis added.]

[22] Counsel for the respondents submits that the authorities to which I have referred do not apply because here there has been a final award from which it follows that the jurisdiction of the arbitrator is exhausted. He also points to the element of fraudulent conduct asserted by the plaintiffs as taking the matter outside the scope of arbitration. The essence of the plaintiffs' case is, however, that, by whatever means, the owners were persuaded to enter into a charter party, either with a non-existent party or with one that was not the true charterer. In any event, having regard to the general policy of the law in this area, I would not presume to define the scope of the arbitrator's authority. This action has served and continues to serve the purpose of securing the plaintiffs' claim in a very effective way. The issue now is whether the appellant is the party indebted to the owners under the charter party. To that extent, the appellant properly seeks to be treated as a party so that the issue can be resolved in the appropriate arena.

[23] We were favoured with interesting and learned arguments from counsel for the respondents based largely on the very long and learned reasons of Prothonotary Tabib in *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine* [2003 FC 1517 \(CanLII\)](#), (2003), 244 F.T.R. 1, 2003 FC 1517. Strictly speaking, that does not now rate as a decision; a judge of the Federal Court, subsequently upheld by the Court of Appeal, ruled that the prothonotary had no jurisdiction in the matter. However, it is not for that reason that I decline to embark on a discussion of it. The facts and circumstances, which are complex arising as they do out of an arbitration in Sweden dealing with the question whether an aircraft seized in Canada was the property of the State of Ukraine but assigned to an aviation organization called Antonov, are substantially removed from those in the case at bar.

[24] To the extent that the "new and more enlightened" view of the powers which the prothonotary proposes should be exercised by a court which becomes involved through enforcement proceedings may foreshadow a lessening of the principle of deference to arbitrators, it would seem to be counterbalanced by a recent decision of the Queen's Bench Division of the United Kingdom Commercial Court. That decision is *Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine*, [2002] EWHC 2120 (Comm.) (BAILII), which deals with issues somewhat similar to those discussed in the *TMR Energy Ltd.* case and has the interesting note of similarity in that the Republic of Ukraine was party to both actions. The view taken by Gross J. is, I think, more in accord with the approach which has been followed in decisions which are binding upon us. I quote one passage:

17. Ss. 100 and following of the Arbitration Act 1996 ("the 1996 Act") provide for the recognition and enforcement of New York Convention Awards. There is an important policy interest, reflected in this country's treaty obligations, in ensuring the effective and speedy enforcement of such international arbitration awards; the corollary, however, is that the task of the enforcing court should be as "mechanistic" as possible. Save in connection with the threshold requirements for enforcement and the exhaustive grounds on which enforcement of a New York Convention award may be refused (ss. 102-103 of the 1996 Act), the enforcing court is neither entitled nor bound to go behind the award in question, explore the reasoning of the arbitration tribunal or second-guess its intentions. Additionally, the enforcing court seeks to ensure that an award is carried out by making available its own domestic law sanctions. It is against this background that Issue (I) falls to be considered.

[25] I would allow the appeal and grant to the appellant the relief sought in its notice of motion, *supra* para. 12, but with some modification of the second paragraph. I would fix 60 rather than 30 days as the time for taking steps in England and, rather than providing for the money in court to be paid out at the expiration of that period should no steps be taken, would provide that World Link (H.K.) would then be at liberty to apply in the Supreme Court for payment out of the security.

[26] I would allow the appeal accordingly.  
"The Honourable Mr. Justice Esson"

I agree:  
"The Honourable Madam Justice Saunders"

I agree:  
"The Honourable Mr. Justice Oppal"

Signed: April 6, 2005

## **Ecuador v. Occidental Exploration & Petroleum Company**

---

*Commercial Court, England*

Ecuador v. Occidental Exploration & Petroleum Company,  
[2005] EWHC 774 (Comm).

Ecuador challenged an award rendered under the UNCITRAL Rules in London between the Parties on the ground that the tribunal had exceeded its jurisdiction and that there were serious irregularities as to the procedure. The legal question was if an English Court would have jurisdiction to scrutinize a BIT arbitration award.

The English Commercial Court held that although the right to commence arbitration under a BIT has its origins in public international law, the performance of that right (ie., the arbitration procedure and tribunal) is made subject to municipal law and hence the public international law nature of the right does not prevent the English courts from examining a challenge to an award rendered in London under the 1996 Arbitration Act.

Furthermore, the court held that nonetheless the BIT is intended to give investors Public International Law rights to pursue, in their own name and for themselves, claims against the other State party, as regards the law applicable to the arbitration procedure, however, it is indeed governed by Municipal Law.

**Full text available at:**

<http://ita.law.uvic.ca/documents/OxyEcuadorcourtopinion.pdf>

## Crónica de jurisprudencia sobre arbitraje de Argentina<sup>1</sup>

Maria Blanca Noodt Taquela<sup>2</sup>

con la colaboración de Adriana V. Villa<sup>3</sup> y Julio C. Córdoba<sup>4,5</sup>

### Introducción.

#### **Criterios de la jurisprudencia argentina de los últimos años en materia de arbitraje entre particulares.**<sup>6</sup>

1. Reseñamos aquí la jurisprudencia argentina de los últimos cuatro años en materia de arbitraje, limitada a los casos de arbitraje entre particulares. Preferimos no abordar en esta oportunidad los casos en que interviene el Estado o empresas del Estado, dado que la crisis económica sufrida por la República Argentina en diciembre de 2001 provocó la iniciación de innumerables casos de arbitraje ante el CIADI, que dejamos de lado en esta crónica. Queremos evidenciar que, más allá de las manifestaciones de funcionarios públicos argentinos en relación a los arbitrajes en materia de inversiones extranjeras, y a pesar de que Argentina no ha logrado aún sancionar una ley de arbitraje acorde a las necesidades actuales, los tribunales judiciales reconocen la importancia del arbitraje y en líneas generales respaldan la institución. Aunque hay mucho para construir en lo que hace a la divulgación del arbitraje y al respaldo de los jueces a los procedimientos arbitrales, Argentina es un país que puede resultar atractivo como sede de arbitrajes internacionales en América Latina. Ello se debe a la labor de las instituciones administradoras de arbitrajes y al apoyo de la jurisprudencia.

<sup>1</sup> Varios de los fallos incluidos en esta crónica han sido reseñados para la *Revista Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades, DeCITA*, Buenos Aires, Zavallía, 03.2005 y 01.2004.

<sup>2</sup> Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Morón. Profesora del curso de Arbitraje de la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires y del Master en Derecho de la Empresa de la Universidad Austral. Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Argentino - Brasileira de São Paulo, de la Corte Brasileira de Arbitragem Comercial y de los Tribunales del Consumidor de la ciudad de Buenos Aires.

<sup>3</sup> Profesora adjunta de Derecho Internacional Privado de la Universidad Argentina J.F. Kennedy. Profesora adscripta de la Universidad de Morón y Jefe de trabajos prácticos de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>4</sup> Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>5</sup> Colaboraron también en la recopilación de jurisprudencia Christian Gonzalez Johansen, Mariana Jelenc y Sebastián Paredes.

<sup>6</sup> Abreviaturas: CCI/ICC: Cámara de Comercio Internacional; CCiv: Código Civil de la República Argentina; CNCom: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial; CNUDMI/UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina); CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina); DeCITA: Revista Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades, Buenos Aires, Zavallía; DJ: Revista Doctrina Judicial, Buenos Aires; ED: Revista El Derecho, Buenos Aires; LCQ: Ley de Concursos y Quiebras (Argentina); LL: Revista La Ley, Buenos Aires; LMU: Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional; LN: Revista Lexis Nexis, Buenos Aires; LNA: Ley Nacional de Arbitraje (Argentina); SADAIC: Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música; SJA: Semanario de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires.



### **Acuerdo arbitral. Interpretación y extensión.**

2. Algunos fallos de Argentina siguen sosteniendo lamentablemente una interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, a pesar de que la postura de la CSJN ha sido favorable a la interpretación amplia, como se advierte desde el caso “Color c/ Max Factor” (1994),<sup>7</sup> en el que se discutió la extensión del compromiso arbitral en un planteo de nulidad contra un laudo dictado en un arbitraje internacional con sede en Buenos Aires. Entre otros casos, la sala D de la CNCom, en la causa “Bear Service” (2002) se pronunció a favor de la extensión del acuerdo arbitral a la reclamación por daños y perjuicios derivada de un contrato, cuando en la cláusula arbitral las partes pactaban someter “...a decisión de árbitros toda disputa, controversia, reclamación que resulten o se relacionen con el contrato o sus anexos”.<sup>8</sup> El Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje de Argentina (2001)<sup>9</sup> dispone que el acuerdo arbitral no será interpretado restrictivamente (art. 7.5), que le son aplicables las reglas de los contratos en general (art. 7.5), que se procurará la preservación del acuerdo arbitral (art. 5.1) y que el juez debe integrar las cláusulas nulas con reglas que reflejen la voluntad presunta de las partes (art. 7.8). Estas normas, junto con la que declara que es política jurídica de la Nación promover el arbitraje como método de solución de controversias (art. 5.1), sientan líneas muy claras que impulsarán a los tribunales a fortalecer el arbitraje.

### **Acuerdo arbitral. Interpretación amplia. Contrato de edición musical. Excepción de incompetencia.**

CNCom., sala D, 08/03/2002, “Amadori, Luis A. v. Pirovano de Badariotti, Raquel F. y otro” y dictamen fiscal, inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

3. Luis A. Amadori promovió demanda por resolución del contrato de edición musical y resarcimiento de daños y perjuicios contra Raquel F. Pirovano de Badariotti y Editorial Musical Pirovano. La demandada Raquel F. Pirovano opuso excepción de incompetencia basada en el acuerdo arbitral incluido en el contrato que vinculaba a las partes. Dicho acuerdo establecía que las divergencias sobre la interpretación o cumplimiento de las

<sup>7</sup> CSJN, 17/11/1994, “Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad del laudo”, con disidencia de Antonio Boggiano, publicado en *ED*, t. 161, pp. 514-529, con comentario de J. L. ANAYA “Recursos contra los laudos arbitrales”.

<sup>8</sup> CNCom, sala D, 22/02/2002, “Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.A. de CV s/ordinario en LL 2002-D, pp. 7. Dado que en la práctica internacional habitualmente se consideran comprendidas las reclamaciones por daños y perjuicios derivados del contrato en la cláusula arbitral, no sería necesario destacar el fallo que considera comprendidos los daños y perjuicios, sino fuera que la fiscal de Cámara aludió a la interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria pero la CNCom no compartió ese criterio y resolvió en contra del dictamen fiscal.

<sup>9</sup> El Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje de 2001 de Argentina, expediente 1056/0, fue presentado el 4 de abril de 2001 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por la comisión redactora integrada por Roque J. Caivano, Alejandro Lareo, Sergio Le Pera, María Blanca Noodt Taquela, Orlando Ocampo, Ana I. Piaggi, y Victor Zamenfeld. El Proyecto que había sido aprobado por el Honorable Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2002, perdió estado legislativo el 29 de febrero de 2004 (información en <http://www.senado.gov.ar>) a pesar de que había sido también aprobado por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados el 4 de septiembre de 2003, orden del día 2523 (226-S.-2002.). El proyecto fue nuevamente presentado por los diputados Martínez y Falbo, expediente 1071-D-2004 y aprobado por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, orden del día 912, Diario de Sesiones de 31 de agosto de 2004.



cláusulas del contrato debían someterse al fallo de la Comisión Mixta de Autores y Editores que actúa en SADAIC y se facultaba a las partes a recurrir el laudo ante los tribunales ordinarios de la Capital Federal. La excepción de incompetencia fue acogida favorablemente por el juez de primera instancia. La fiscal de Cámara expresó en su dictamen que la competencia arbitral es de excepción y que las cláusulas contractuales que someten los conflictos al arbitraje deben interpretarse restrictivamente. En su opinión el objeto del reclamo - rescisión del contrato y daños y perjuicios - excedía la instancia arbitral estipulada y tornaba prudente la actuación de la jurisdicción comercial. La sala D de la CNCom. rechazó la interpretación restrictiva del acuerdo arbitral propiciada en el dictamen fiscal y confirmó el fallo apelado que había hecho lugar a la excepción de incompetencia. La CNCom, sala D consideró que la legitimidad del pacto de sometimiento al arbitraje era innegable y constituía ley para las partes (arg. art. 1197 CCiv.<sup>10</sup>). Señaló que la interpretación restrictiva propuesta por la actora y compartida por el dictamen fiscal, no se compadecía en modo alguno con el texto de la cláusula ya que resultaba indudable que la resolución del contrato por incumplimiento y los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento constituían divergencias originadas en un conflicto relativo al cumplimiento del acuerdo y en consecuencia alcanzadas por el acuerdo arbitral.

**Acuerdo arbitral. Interpretación restrictiva. Cláusula arbitral y pacto de tribunales judiciales. Disolución de sociedad accidental.**

CNCom, sala B, 29/12/2004, “Klein, Santiago Esteban c/ Melton S.A. s/ ordinario”, inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

4. Santiago Klein inició juicio ante los tribunales de la República Argentina solicitando la disolución y liquidación de la sociedad accidental que formaban las partes y rendición de cuentas. En el contrato se había pactado someter las diferencias que pudieran surgir de su interpretación y ejecución a árbitros amigables componedores y para las “cuestiones judiciales” se había acordado la competencia de la justicia ordinaria de la ciudad de Buenos Aires. La demandada Melton S.A. opuso excepción de incompetencia de la justicia ordinaria alegando que la cuestión debatida no excedía el marco de las diferencias en la interpretación y ejecución del contrato. La excepción fue rechazada por el juez de primera instancia, sentencia que fue confirmada por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la ciudad de Buenos Aires, quien expresó como fundamento de su decisión que resultaba claro que el objeto del reclamo “excede holgadamente la instancia arbitral estipulada”. El tribunal judicial sostuvo asimismo que era criterio de la Sala que el alcance del pacto arbitral debe ser interpretado siempre con criterio restrictivo en tanto implica una renuncia al principio general de sometimiento de los conflictos a los jueces ordinarios. Por último, siguiendo el precedente “Mallo Santiago c/ Montero y Cía.”<sup>11</sup>, la CNCom. entendió que cuando se pacta en una misma cláusula la jurisdicción arbitral y la de los jueces del Estado, prevalece esta última en virtud de la mayor extensión de sus potestades y por tener éstos imperio.
5. Lamentablemente el fallo comentado continúa la línea marcada por alguna jurisprudencia argentina que ha resuelto que la competencia arbitral es de excepción y que las cláusulas

<sup>10</sup> Art. 1197 CCiv: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

<sup>11</sup> CNCom, sala D, 05/10/1977, “Mallo Santiago c/ Montero y Cía. s/ sumario”, inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

arbitrales deben ser interpretadas restrictivamente, lo que en nada contribuye al fortalecimiento del arbitraje.<sup>12</sup> Tampoco compartimos la afirmación efectuada por la CNCom respecto de la prioridad de los tribunales judiciales con relación a los árbitros, cuando se pacta en una misma cláusula una jurisdicción arbitral y la actuación de jueces estatales, pues ello implica desvirtuar de todo sentido a la cláusula arbitral. Cuando existe un acuerdo arbitral aunque presente deficiencias, no debería interpretarse que la voluntad de las partes pueda haber sido resolver sus conflictos en sede judicial, pues no tendrían que haber hecho ninguna referencia al arbitraje.

**Acuerdo arbitral. Interpretación restrictiva. Cláusula defectuosa.**

CNCom, sala B, 30/11/2004, “Arlisa S.A. c/ Petrolera Santa Fe S.A. s/ ordinario” y dictamen fiscal, inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

6. Arlisa S.A. promovió juicio ante los tribunales comerciales de la ciudad de Buenos Aires contra Petrolera Santa Fe S.A. reclamando el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la rescisión del contrato que vinculaba a las partes. En dicho contrato se pactó como mecanismo de solución de controversias un arbitraje CCI (cláusula 32). Sin embargo en otra cláusula del contrato se acordó que producido un incumplimiento, la parte afectada debería previamente intimar fehacientemente a la otra el cumplimiento de las obligaciones en cuestión y si vencido el plazo, la o las obligaciones motivo de la intimación no hubiesen sido cumplidas, podría la parte afectada recurrir al arbitraje según lo establecido en la cláusula 32 o declarar rescindido el contrato. La demandada planteó excepción de incompetencia la que fue resuelta favorablemente por el juez de primera instancia. El fiscal de Cámara en su dictamen afirmó que la competencia arbitral es de excepción y que los pactos arbitrales deben ser interpretados restrictivamente. De lo expuesto concluyó que “el objeto del reclamo excede la instancia arbitral estipulada y torna prudente la actuación de la jurisdicción en lo comercial”. La sala B de la CNCom, compartiendo los argumentos expuestos en el dictamen fiscal y resaltando el criterio restrictivo con que debe interpretarse el pacto arbitral, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la excepción de incompetencia.
7. El presente caso demuestra las dificultades que se suscitan como consecuencia de la redacción defectuosa y poco clara de las cláusulas arbitrales. Señalamos la necesidad de que los árbitros y jueces interpreten tales pactos a favor de la validez y en un sentido que procure la preservación del acuerdo arbitral. Resaltamos la conveniencia de que los jueces integren las cláusulas nulas con reglas que reflejen la voluntad presunta de las partes. Cuando existe un acuerdo arbitral aunque defectuosamente redactado, no es lógico pensar que la voluntad de las partes al momento de celebración del contrato haya sido resolver sus eventuales controversias en sede judicial.

**Acuerdo arbitral. Interpretación restrictiva Amigables compondores**

CNCom., sala D, 10/08/2004 “Gorín, Pedro E. c/ Ferrocom S.R.L. y otro”, en *SJA* semanario del 5/1/2005 y en *LV* N° 35000763, <http://www.lexisnexis.com.ar>.

<sup>12</sup> CNCiv, sala F, 27/08/1999, “Fernández Gallardo, Carlos María y otros c. Morales, Ana María y otro” en *ED*, t. 188, p. 113, comentario de M. de los A. N. CUOMO “En torno a la imposibilidad de cumplir un acuerdo arbitral y sus efectos” en *ED*, t. 189, p. 576; CNCom, sala E, 28/04/2000, “Nova Pharma Corporation, S.A. c. 3M Arg., S.A. y otros” en *ED*, t. 194, p. 151.

8. Las partes suscribieron un contrato por el que los demandados debían realizar el proyecto y dirección de la obra de un edificio de propiedad del actor destinado a cocheras. En dicho contrato acordaron que las cuestiones que fueran de competencia del Consejo Profesional de Ingeniería Civil serían sometidas al arbitraje de dicha entidad, en los siguientes términos: "...para el caso de duda o disentimiento en la interpretación o cumplimiento de este contrato referente a cuestiones que sean de competencia del Consejo Profesional de Ingeniería Civil, las partes acuerdan someter el caso al laudo de dicha entidad, la cual actuará con carácter de amigable componedor..." La parte actora inició demanda ante los tribunales judiciales reclamando daños y perjuicios en virtud del incumplimiento por parte de los demandados por el estado defectuoso de la obra. Los demandados opusieron excepción de incompetencia fundada en la cláusula compromisoria acordada por las partes, la que fue rechazada por el juez de primera instancia.
9. La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia, rechazando la excepción de incompetencia porque la cláusula compromisoria fue pactada en el acuerdo celebrado el 30/2/1998, cuando el contrato de locación de obra firmado con posterioridad el 27/7/1998, ninguna referencia contenía al respecto. El tribunal judicial consideró además que el reclamo de daños y perjuicios contenido en la demanda excedía el marco de una mera duda o disentimiento con el cumplimiento del contrato, y que la jurisdicción de un tribunal arbitral de amigables componedores es de interpretación restrictiva, por lo que correspondía rechazar la excepción de incompetencia interpuesta.

**Acuerdo arbitral. Extensión. Compraventa de cereales. Formulario Bolsa de Cereales. Función del corredor**

CSJN, 11/05/2004, "BASF Argentina S.A. c/ Capdevielle & Kay y Cía. S.A. s/ competencia", según dictamen del Procurador General de la Nación, 09/03/2004, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

10. BASF Argentina S.A. promovió una acción de cobro de sumas de dinero contra Capdevielle, Kay y Cia S. A. C. I. F y M., ante la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, invocando el compromiso asumido por las partes en los contratos de compraventa de cereales y oleaginosos que, en formulario provisto por la Bolsa de Cereales, firmaran y aceptaran oportunamente. La actora había intervenido en la celebración del contrato como representante de la parte vendedora. Notificada la demanda a la accionada - Capdevielle, Kay y Cia S. A. C. I. F y M. - manifestó que no consentía la competencia del organismo, sin perjuicio de formular el pedido de que el mismo interviniera en la conciliación y mediación del conflicto. Por otro lado, inició ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 6 un pedido de inhibitoria, el que fue admitido. El Juzgado Comercial consideró que el reclamo efectuado por el corredor que intervino en las operaciones contra su comitente no estaba comprendido en el acuerdo arbitral contenido en los contratos de compraventa de cereales. El Procurador General de la Nación entendió en su dictamen del 9 de marzo de 2004, que fue seguido por la CSJN, que si bien el corredor había intervenido en la celebración de los contratos de compraventa en calidad de representante del vendedor, la cláusula compromisoria, contenida en los boletos de compraventa, claramente estaba referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que se produjeran entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante.

11. Parece mucho más adecuada la resolución de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales del 15/10/2003, que entendió que la controversia se encontraba comprendida en el acuerdo arbitral en razón de las modalidades que caracterizan la función del corredor en la compraventa de cereales.<sup>13</sup>

**Acuerdo arbitral. Interpretación Mediación. Concurrencia. Efectos**

CNCiv., sala D, 30/08/2002 "Silva, Roberto E. c/. Raschovan de Kaplan, Eugenia", en JA 2002-IV-528 y en LN N° 20023600, <http://www.lexisnexis.com.ar>.

12. Las partes firmaron un convenio por el cual se acordó el modo en que el empresario arquitecto Silva debía finalizar las tareas que se le habían encomendado, el precio respectivo y una cláusula arbitral para "el caso de que el empresario considere haber terminado con los trabajos pendientes pactados y la comitente lo negara, ambas partes designarán un árbitro que así lo determine. De no ponerse de acuerdo en la designación del mismo, éste será designado judicialmente". Planteado el conflicto acerca de si se había realizado o no la tarea del modo pactado, el comitente sostuvo que el arquitecto no entregó la obra en los términos estipulados y se negó a pagar el precio. El arquitecto pretendía el cobro de la suma pactada e inició el procedimiento de mediación previa obligatoria que establece la Ley de Mediación 24.573<sup>14</sup> y aunque ambas partes concurren a la audiencia de mediación, no llegaron a un acuerdo. El arquitecto Silva inició entonces acción ante los tribunales estatales por cobro del precio pactado y el demandado planteó la excepción de incompetencia basada en la cláusula arbitral pactada por las partes en el convenio. La sentencia de primera instancia rechazó la excepción, pero la Cámara revocó el fallo y declaró la incompetencia de los tribunales judiciales. Consideró que no había motivo "para invalidar la vía que las partes previeron para solucionar sus eventuales conflictos, ya que, a diferencia de lo que había resuelto el juez de primera instancia, no subyacía en el caso un planteo que sólo pudiera ser tratado en sede jurisdiccional". Agregó que en la resolución de la cuestión no está comprometido el orden público, por último resolvió que el hecho de que el demandado concurriera a la audiencia de mediación no modificaba lo antes expuesto, ya que "quien reviste el carácter de requerido tiene como única obligación comparecer a la audiencia de mediación a la que fue convocado. Sostuvo que dicha comparecencia no puede traerle aparejada ninguna otra consecuencia jurídica, más que el cumplimiento de aquélla, por cuanto la mediación como instancia preprocesal sólo tiene por objeto estimular la resolución de las controversias por ese modo alternativo.

13. Por ello, la CNCiv. resolvió que "el hecho de que el requerido hubiera concurrido a dicha audiencia no puede tener alcance preclusivo de los planteos defensivos que como demandado puede introducir por vía de excepción o en la contestación de la demanda. De lo contrario, se le otorgaría a dicho acto, ajeno a la jurisdicción, un alcance que desborda el enunciado de la propia Ley de Mediación, con grave afectación del derecho de defensa en juicio".

<sup>13</sup> Agradecemos al Dr. Roque J. Caivano, quien tuvo la gentileza de facilitarnos el acceso a la resolución de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales del 15/10/2003.

<sup>14</sup> La Ley de Mediación 24.573 de 1995 rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la mayor parte de los procesos de naturaleza civil y comercial.

**Acuerdo arbitral. Efectos. Incompetencia tribunales estatales. Arbitraje ICC sede Nueva York. Internacionalidad del arbitraje. Cláusula arbitral y pacto de tribunales judiciales.**

CSJN, 11/05/2004, "Goijman, Mario Daniel c/ Gomer S.A.C.I." G 2600. XXXVIII, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

14. En el convenio firmado por las partes se había acordado que cualquier controversia sería resuelta "por medio de arbitraje obligatorio de conformidad con las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de la ciudad de Nueva York" (*sic*). En el mismo convenio se pactó que se autorizaba la promoción de cualquier acción legal ante los Tribunales Comerciales Ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, de conformidad con la Convención de Nueva York. El actor inició una demanda judicial en Buenos Aires y la demandada opuso excepción de incompetencia por existir un acuerdo arbitral pactado. El juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de incompetencia, resolución que fue confirmada por la CNCom, sala B.
  
15. Ante el recurso extraordinario planteado ante la CSJN, el Procurador General de la Nación sostuvo que debían rechazarse los agravios referidos a que no se trataba de un asunto internacional, ya que como lo afirmó el Fiscal General, si bien las partes eran argentinas y se domiciliaban en este país, la incorporación de socios financieros internacionales – en el caso sociedades extranjeras domiciliadas en los Estados Unidos de América – en virtud de la capitalización de la sociedad demandada, internacionalizaba indudablemente la relación jurídica. Además se señaló la vinculación entre el contrato de empleo del actor, con la serie de pactos referidos a la suscripción, oferta y venta de acciones, fusión con terceras empresas, y forma de recupero de la inversión, lo que ponía de relieve la existencia de un negocio de inversión internacional que excedía de una mera relación social interna. También se rechazó el argumento fundado en que el convenio firmado por las partes autorizaba a la promoción de cualquier acción legal antes los Tribunales Comerciales Ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, de conformidad con la Convención de Nueva York, pues se entendió acertadamente que la intervención de los tribunales comerciales se encontraba circunscripta a los términos de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York, el 10 de junio de 1958, es decir cuando se pretendiera reconocer o ejecutar un laudo arbitral ante los tribunales argentinos.

**Acuerdo arbitral. Efectos. Incompetencia tribunales estatales. Arbitraje ICC sede Génova. Contrato de suministro.**

CNCom, sala B, 13/07/2001, "Industrias ISACO S.A. c/ Lavorazioni Meccaniche Specializzate S.A. s/ ordinario" y dictamen fiscal 86082, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>

16. Se resolvió que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de la cláusula compromisoria puede ser procurado por vía de defensa: es decir que si se inicia la demanda en sede judicial, el accionado podrá oponer la excepción de incompetencia, debiendo el juez ineludiblemente declinarla en favor de los árbitros. La decisión se fundó en el art. 1 del CPCCN<sup>15</sup> y no en el art. II de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de

<sup>15</sup> Art. 1 CPCCN: "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4º, de la ley 48, exceptuáse la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad

las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York, el 10 de junio de 1958, como hubiera sido de desear, ya que se trataba de una cláusula contenida en un contrato de suministro que acordaba un arbitraje con sede en Génova, de acuerdo al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

**Acuerdo arbitral. Efectos. Concurso preventivo del demandado. No suspensión del proceso arbitral.**

JNCom 26 Sec. 52, 03/09/2003, “Tower Records S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente (de continuación de contratos)”, en <http://www.diariojudicial.com>, nota del 8 de septiembre de 2003.

17. La Jueza siguió el precedente de la CSJN de 1/11/1988, en autos “La Nación SA y otra c/ La Razón S.A.”,<sup>16</sup> en el sentido de que la declaración de quiebra o la apertura del concurso preventivo del demandado no ejercen fuero de atracción ni impiden la continuación del arbitraje, si el tribunal arbitral quedó constituido con anterioridad a la declaración de quiebra o la apertura del concurso preventivo, en razón de lo dispuesto por el art. 138 de la ley 19.551 de Concursos, actualmente art. 134 de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras<sup>17</sup>. En este sentido resolvió que si la constitución del tribunal arbitral con anterioridad a la declaración de quiebra obsta al fuero de atracción (art. 132 LCQ<sup>18</sup>) en casos de falencia – que importa el desapoderamiento del deudor -, no puede sino suceder lo mismo cuando se trata de un concurso preventivo en el que el fuero de atracción es de carácter más limitado.

**Acuerdo arbitral. Efectos. Concurso preventivo del actor. No suspensión del proceso arbitral.**

CSJN, 05/09/2002, “Uriburu Sanguinetti Ingeniería Construcciones S.R.L. c/ Hotel Internacional Iguazú S.A. s/ cobro de pesos” y dictamen de la Procuración General de la Nación, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>

18. La Corte rechazó el pretendido fuero de atracción del concurso preventivo respecto de un proceso arbitral que tramitaba ante el Tribunal General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en el que el concursado revestía calidad de actor en el arbitraje. Consideró

---

de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley”.

<sup>16</sup> CSJN, 1/11/88, “La Nación S.A. c/ La Razón S.A.”, *LL*, t. 1989-B, pp.476-482, en el que se resolvió que la declaración de quiebra o la apertura del concurso preventivo del demandado no hacen cesar la arbitrabilidad de una cuestión, si el tribunal arbitral quedó constituido con anterioridad a la declaración de quiebra o la apertura del concurso preventivo.

<sup>17</sup> Art. 134 ley 24.522 de Concursos y Quiebras de la República Argentina de 1995: “Cláusula compromisoria. La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor, salvo que antes de dictada la sentencia se hubiere constituido el tribunal de árbitros o arbitradores. El juez puede autorizar al síndico para que en casos particulares pacte la cláusula compromisoria o admita la formación de tribunal de árbitros o arbitradores”.

<sup>18</sup> Art. 132 ley 24.522 de Concursos y Quiebras de la República Argentina de 1995: “Fuero de atracción. La declaración de quiebra atrae al juzgado en el que ella tramita todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales, salvo los juicios de expropiación y los fundados en relaciones de familia. El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosiguen con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada. A los juicios laborales se aplica lo previsto en el Artículo 21, inciso 5)”.



que no se trataba de una causa atraída por el proceso concursal, de conformidad con el art. 21 inc. 1° de la ley 24.522, de Concursos y Quiebras<sup>19</sup>.

### **Control judicial del laudo arbitral.**

#### **Decisión inconstitucional, ilegal o irrazonable.**

CSJN, 01/06/2004, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, en *LL*, diario del 6 de agosto de 2004, pp. 5-6 y en *JA*, 2004-III, fascículo 7, pp. 10 y ss.<sup>20</sup>

19. José Cartellone S.A. celebró con Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor, originariamente sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, luego privatizada, un contrato de obra pública en el que se previó solucionar las controversias que se presentaran mediante arbitraje “*ad hoc*”, previa interposición de un reclamo en sede administrativa. Se pactó que los árbitros debían laudar conforme a derecho y que la sentencia arbitral sería definitiva e inapelable. Debido a reclamos recíprocos entre las partes, Cartellone interpuso demanda arbitral a fin de que se le abonaran los “mayores costos por irrepresentatividad sobreviniente del sistema de reajuste de precios”. Contra el laudo arbitral, que hizo lugar a la demanda respecto de varias de las pretensiones, la demandada Hidronor interpuso recurso de nulidad en los términos de los artículos 760 y 761 del CPCCN<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Art. 21 inc. 1° ley 24.522 de Concursos y Quiebras de la República Argentina de 1995: “Juicios contra el concursado. La apertura del concurso preventivo produce:

1) La radicación ante el Juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado. El actor podrá optar por pretender verificar su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 32 y concordantes, o por continuar el trámite de los procesos de conocimiento hasta el dictado de la sentencia, lo que estará a cargo del Juez del concurso, valiendo la misma, en su caso como pronunciamiento verificadorio...”.

<sup>20</sup> Del comentario realizado por H. R. ZAPIOLA PÉREZ en *DeCITA*, 03.2005, “Aproximación a modo de crítica del fallo “José Cartellone construcciones civiles S.A. c/. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.” Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Este fallo fue también comentado por G. M. MARCHESINI, “Arbitraje y recurso extraordinario”, en *LL* diario del 20 de septiembre de 2004, pp. 5-6; por A. GIL DOMÍNGUEZ, “El caso “Cartellone c. Hidronor”: la Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”, en *LL*, diario del 23 de agosto de 2004, pp. 5-6; por L. PALACIO “Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario” en *ED*, 2004, t. 208, pp. 988-989 y por M.A. BONFANTI “Interrogantes y límites de la interpretación jurídica”, en *JA*, 2004-IV, fascículo 7, 17/11/2004, pp. 53-56. La sentencia de la CSJN deja sin efecto el fallo de CNCyC Fed., sala III, 28/08/2001, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, en *LV*, <http://www.lexisnexis.com.ar>

<sup>21</sup> Art. 760 CPCCN: “Si los recursos hubiesen sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuese divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente”.

Art. 761 CPCCN: Será nulo el laudo que contuviere en la parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí. Se aplicarán subsidiariamente las disposiciones sobre nulidades establecidas por este Código. Si el proceso se hubiese sustanciado regularmente y la nulidad fuese únicamente del laudo, a petición de parte, el juez pronunciará sentencia, que será recurrible por aplicación de las normas comunes”.



20. El recurso fue rechazado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal fundando su decisión en que no se encontraban acreditadas las causales previstas en las normas procesales mencionadas, dado que la mayoría de los agravios conducían a que el Tribunal examinara la justicia o equidad del pronunciamiento arbitral, lo que estaba vedado en razón de que las partes habían renunciado a apelar. Contra esta decisión de la Cámara, Hidronor interpuso recurso ordinario de apelación ante la CSJN quien lo admitió y declaró la nulidad del laudo arbitral.
21. La Corte entendió que el Tribunal Arbitral había fallado sobre puntos no comprometidos, dado que los árbitros no debieron actualizar la deuda reclamada por Cartellone desde enero de 1985 sino desde febrero del mismo año, como se previó en el compromiso arbitral. La CSJN consideró que no podía lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extendiera a supuestos en que los términos del laudo que se dictara contrariaran el interés público. Sostuvo que las decisiones arbitrales pueden impugnarse judicialmente cuando sean inconstitucionales, ilegales o irrazonables. De esta manera, la CSJN parece haber modificado, al menos parcialmente, su doctrina, en el caso resuelto el 5 de noviembre de 2002 "Meller Comunicaciones S.A. UTE. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones", en el que no se admitió la revisión del laudo. La CSJN declaró que en su criterio el laudo en revisión conculcaba el orden público porque resultaba violatorio del derecho de propiedad y por lo tanto era inconstitucional, injusto, ilegal e irrazonable y que no podía tener amparo legal.
22. Es interesante destacar que en el compromiso, las partes habían estipulado que los aspectos dependientes y accesorios de las cuestiones sometidas a arbitraje podían ser alterados y que, en caso de discrepancia entre los árbitros de las partes, el árbitro tercero dictaría el laudo total y definitivo. Por lo tanto el Tribunal Arbitral, resolvió el punto de litigio en uso de atribuciones que le fueron otorgadas expresamente por las partes a esos efectos, razón suficiente para que no prosperara el recurso de nulidad.
23. Si reflexionamos acerca del alcance futuro de este precedente, sin duda influirá negativamente como condicionante limitativo de las facultades que le son propias o delegadas, para quién ejerza como árbitro.

**Control judicial del arbitraje. Acción judicial. Conflicto de competencia. Resolución por CSJN. Suspensión proceso arbitral. Facultades de los árbitros. Inconstitucionalidad.**

CCivComFed., sala II, 26/08/2003, "Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c. Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A s/acción meramente declarativa - sentencias del 26-8-03 y 20-5-03, en *ED*, t. 205, p.84 y ss.

24. Se planteó ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal un conflicto de competencia entre los tribunales estatales y un Tribunal Arbitral de amigables componedores. En el procedimiento arbitral iniciado por Hidroeléctrica Piedra del Águila contra Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas del Uruguay UTE, el tribunal arbitral desestimó el pedido de incompetencia de los árbitros planteado por la demandada, en ejercicio de la facultad que tienen los árbitros de decidir acerca de su propia competencia y en consecuencia dictó el laudo. Con anterioridad, la allí demandada había iniciado ante la justicia estatal la causa judicial caratulada "Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas del Uruguay UTE c.

Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s/ proceso de conocimiento” en la que se debatía una controversia sustancialmente análoga a la planteada en el proceso arbitral. En la causa judicial el magistrado declaró expresamente su competencia para entender en el conflicto planteado y decretó una medida cautelar de no innovar por la que suspendió la ejecución del laudo arbitral. Ante esta situación la parte condenada en el proceso arbitral - Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas del Uruguay UTE - planteó una acción declarativa tendiente a procurar una declaración de la Cámara para que confirmara o desestimara la competencia del Tribunal Arbitral. La Cámara, en el fallo que comentamos, entendió que la cuestión debía ser decidida por la CSJN, por considerarla órgano superior jerárquico respecto de ambos tribunales –el arbitral y el judicial- y consideró que la medida cautelar solicitada por la ejecutada era razonable y que no obstaba al arbitraje.

25. Consideró que la procedencia de “una cautelar como la aquí analizada no implica en sí misma prejuzgar sobre la cuestión de fondo, sino que aparece como una medida prudente y razonable frente a las particulares circunstancias de la causa y de vigencia temporal limitada. Así, pues una vez que se dicte sentencia firme en esta causa, en el sentido que fuere, la cautelar quedará naturalmente desprovista de finalidad, ya que se declarará que el juicio arbitral no es apto para resolver el tema allí planteado o se decidirá que sí lo es: en el primer caso, será intransitable dicha vía (la arbitral) y la medida perderá todo sentido; en el segundo, nada obstará al proceso arbitral, con lo que la cautelar quedará agotada por cumplimiento de su objeto”.
26. Nos parece más acertada la opinión del Fiscal de Cámara quien sostuvo que Usinas del Uruguay debió impugnar el laudo del tribunal arbitral a través de la acción de nulidad prevista en el artículo 771 CPCCN<sup>22</sup>, en la cual podría cuestionar que el tribunal arbitral se hubiera pronunciado sobre la constitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo, como se dijo en el fallo “Otondo”.<sup>23</sup> No coincidimos tampoco con la decisión de la Cámara cuando dijo que “la demanda entablada por la actora ante el Poder Judicial es anterior a la promovida por Hidroeléctrica Piedra del Águila en sede arbitral” y que haya sido ese el argumento para sentenciar que la competencia correspondía al Poder Judicial, porque la competencia arbitral deriva del acuerdo arbitral y es exclusiva, por lo que es indiferente la iniciación con anterioridad del proceso judicial por parte de Usinas del Uruguay.

---

<sup>22</sup> Art. 771 CPCCN: “El laudo de los amigables componedores no será recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de los cinco días de notificado. Presentada la demanda, el juez dará traslado a la otra parte por cinco días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado, el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno”.

<sup>23</sup> CNCom Sala “E” 25/08/2003 “Otondo c/ Cortina” en *DeCITA* 01, 2004, Buenos Aires, Ed. Zavalía 2004, p. 394, reseña de M. B. NOODT TAQUELA.

### **Inhibitoria judicial del tribunal arbitral.**

#### **Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Acuerdo arbitral. Extensión a terceros no firmantes.**

CSJN, 11/12/2003 “Telefónica de Argentina S.A. s/ medida precautoria”, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

27. Telefónica de Argentina S.A. pidió la inhibitoria por vía judicial respecto del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, ante el cual las empresas CTI Compañía de Teléfonos del Interior S.A. y CTI Norte Compañía de Teléfonos del Interior S.A., la demandaron, a fin de que se la condenara al cumplimiento de las obligaciones emergentes de un convenio que dichas empresas suscribieron con Telecom S.A. compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. La actora fundó su pedido en el hecho de que su parte no había firmado dicho convenio, por lo que no le era oponible la cláusula compromisoria mediante la cual las otras partes se sometieron a la jurisdicción del Tribunal Arbitral. El Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal ante el que se planteó la cuestión se consideró incompetente en razón de la materia y de los sujetos y remitió la causa a la justicia comercial ordinaria –no federal–, quien por parte se declaró también incompetente.

28. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2, atribuyó a la justicia comercial la competencia para entender en el proceso. Planteada la cuestión ante la CSJN, el máximo tribunal se abstuvo de entender en la causa, desestimando el recurso de queja. El caso presentaba el problema de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes del acuerdo, pero ni el fallo de la Corte, ni el dictamen del Procurador General, ni los fallos dictados por los tribunales inferiores, analizaron esta cuestión. Se discutió la competencia de los tribunales judiciales en razón de la materia y de los sujetos intervinientes en el conflicto. Por otra parte, dado que el planteo de Telefónica implicaba el cuestionamiento de la competencia del Tribunal Arbitral, debió haberse planteado ante los árbitros quienes deberían decidir acerca de su propia competencia, tal como es generalmente aceptado y se encuentra expresamente establecido en el Reglamento de Arbitraje.

#### **Inhibitoria judicial del tribunal arbitral. Arbitraje ICC sede Houston. Acuerdo arbitral autonomía.**

CNCom, sala A, 28/03/2003, “Softron S.A. c/ Telecom Argentina Stet France Telecom S.A. s/ ord.” y dictamen fiscal 92679, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>

29. Softron S.A. y B.M.C. Software Inc., celebraron un contrato de distribución con vigencia a partir del 1º de julio de 1997, en el que se había pactado una cláusula de arbitraje bajo las reglas de ICC, eligiendo la ciudad de Houston como sede del arbitraje. En otra cláusula del contrato se había acordado la jurisdicción de los tribunales federales o estatales del estado de Texas, Estados Unidos de América y la aplicación del derecho norteamericano. Softron S.A. inició juicio ante los tribunales de la República Argentina reclamando una suma de dinero por incumplimiento contractual contra Telecom Argentina Stet France S.A. y B.M.C. Software Inc. Durante el proceso la actora denunció que B.M.C. Software Inc. había iniciado en su contra un arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje y solicitó al juez la inhibitoria de dicho tribunal arbitral. El juez de primera instancia rechazó el planteo de incompetencia por entender que en el caso se

había demandado por hechos ocurridos con posterioridad a la finalización del contrato (31/03/1998).

30. El fiscal estimó que las partes habían pactado la jurisdicción arbitral solamente para decidir la legislación aplicable al contrato, “mas no los demás temas relativos al mismo que serán sometidos a la competencia judicial” y por ello aconsejó hacer lugar a la inhibitoria planteada.
31. Es saludable que la Cámara haya reconocido la autonomía del acuerdo arbitral, al sostener que debía mantenerse el medio de solución de controversias elegido por las partes en tanto no surgía de la causa que la vía elegida hubiera sido dejada sin efecto y dado que la cuestión no afectaba el orden público. Al tribunal judicial sólo le correspondía constatar la existencia del acuerdo arbitral, cuya interpretación debía quedar reservada a los árbitros. Afirmó que era el propio tribunal arbitral quien tenía competencia para decidir acerca de su competencia. No obstante ello, la Cámara hizo lugar a la defensa de litispendencia revocando parcialmente la sentencia de primera instancia.
32. Ninguno de los tribunales que intervinieron en la causa, ni el fiscal en su dictamen, realizaron una interpretación razonable de la relación entre las mencionadas cláusulas del contrato. En nuestra opinión, la intención de las partes a pesar de haberse expresado defectuosamente, fue pactar que cualquier controversia que se suscitara entre ellas con motivo del mencionado contrato sería resuelta por un tribunal arbitral con sede en Houston, Texas, Estados Unidos, bajo las normas de conciliación y arbitraje de ICC vigentes al momento de la controversia. Habría que entender que el pacto de jurisdicción a favor de los tribunales federales o estatales del estado de Texas, Estados Unidos de América, no neutralizaba la cláusula compromisoria, sino que otorgaba competencia a los mencionados tribunales para resolver cuestiones que no pudieran someterse a decisión del tribunal arbitral o que requirieran la asistencia judicial.

**Inhibitoria judicial del tribunal arbitral. Rechazo. Arbitraje AAA sede EUA. Contrato de *joint venture* y compraventa de acciones. Acuerdo arbitral. Efectos.**

CNCom, sala B, 01/09/2002, “Visteon S.A. c/ Cohen, Mario s/ ord.” y dictamen fiscal 90449, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>

33. Se planteó ante los tribunales argentinos un pedido de inhibitoria respecto de un tribunal arbitral con sede en una ciudad de EUA, que actuaba de acuerdo a las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje. La controversia se refería a un contrato de *joint venture* y a una compraventa de acciones que fue celebrada posteriormente. El juez de primera instancia y la CNCom, con apoyo en el dictamen de la Fiscal de Cámara rechazaron la solicitud, en virtud de que existía un acuerdo arbitral válido. No evaluaron la jurisdicción internacional para entender en el planteo, es decir la admisibilidad de que una cuestión de inhibitoria fuera planteada ante los jueces de un Estado distinto a aquél donde se encuentra la sede del arbitraje.

### Laudo arbitral.

#### **Notificación. Sociedad domiciliada en Japón. Arbitraje sede Buenos Aires. Cuestionamiento en la ejecución de honorarios de los árbitros.**

CNCom, sala B, 30/04/2003, "García Belsunce, Adolfo y otro c/ Honda Motor Argentina", en *LN*, N° 30012061, <http://www.lexisnexis.com.ar>

34. En la ejecución de honorarios de los árbitros que habían actuado en un arbitraje con sede en Buenos Aires, administrado por la Cámara Argentina de Comercio, una de la demandadas Honda Motor Argentina planteó como defensa que el laudo no era ejecutorio porque no había sido notificado a la codemandada Honda Motor Company Co., que era parte en el proceso arbitral. En Argentina los laudos arbitrales locales se ejecutan como una sentencia judicial; el CPCCN incluye dentro de las resoluciones ejecutables a las sentencias tanto de un tribunal judicial como de uno arbitral (art. 499 CPCCN<sup>24</sup>). La ejecución de los honorarios de los árbitros en el caso que comentamos, tramitó por esta vía de ejecución de sentencia que tiene una etapa cognoscitiva muy breve, ya que la notificación se realiza a través de un mandamiento de citación de venta, por el que se otorga un plazo de cinco días al ejecutado para oponer excepciones: las únicas admisibles son falsedad de la ejecutoria, prescripción de la ejecutoria, pago, quita, espera o remisión (art. 506 CPCCN<sup>25</sup>). La CNCom., sala B rechazó la excepción opuesta, confirmando la resolución del juez de primera instancia en el mismo sentido, porque la cuestión planteada había sido materia de decisión en sede arbitral.
35. La Cámara Comercial destacó que en el pronunciamiento adoptado por el tribunal arbitral, que fue consentido por Honda Motor Argentina, se dijo que "Honda Motor Company Ltd. fue citada al arbitraje en su domicilio real en Tokio, Japón, pero no se presentó en el proceso y, por ende, no constituyó domicilio en la jurisdicción del tribunal arbitral, como lo exige el art. 15 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal Arbitral de la Cámara Argentina de Comercio". Agregó el fallo comentado que "el laudo debe notificarse en el domicilio constituido por las partes (art. 33 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal Arbitral de la Cámara Argentina de Comercio)" y que dado que en el caso la sociedad domiciliada en Japón "optó por no participar en el proceso arbitral (tal como surge de la carta remitida el 8/2/2000 por el Dr. Kohtaro Yamamoto, quien invocó la representación de Honda Motor Company Ltd. sin acreditarla), no constituyó domicilio, ni fue condenada en el laudo, es que no correspondía la notificación del mismo en su domicilio real".
36. Nos parece importante que los jueces convaliden las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales, salvo que existan causales de nulidad, como sucedió en este caso. Por una parte la cuestión planteada en sede judicial había sido consentida por la misma parte en el proceso arbitral, como lo señala el fallo. Se respetó un principio básico en el arbitraje, cuál es la imposibilidad de plantear judicialmente cuestiones que fueron consentidas durante el arbitraje. Por otra parte la supuesta falta de notificación no fue planteada por la sociedad domiciliada en Japón, sino por la filial de Argentina, es decir

<sup>24</sup> Art. 499 CPCCN: "Consentida o ejecutoriada la sentencia de un tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en este capítulo..."

<sup>25</sup> Art. 506 CPCCN: "Sólo se considerarán legítimas las siguientes excepciones: 1°) Falsedad de la ejecutoria; 2°) Prescripción de la ejecutoria; 3°) Pago; 4°) Quita, espera o remisión."

que podía objetarse su legitimación para introducir la cuestión. Además la ejecución de honorarios no fue promovida contra Honda Motor Company Ltd., domiciliada en Japón, quien no había sido condenada en el laudo, ni obligada a pagar los honorarios, sino contra las dos sociedades domiciliadas en Argentina que debían abonar los honorarios de los árbitros. La cuestión de la notificación del laudo a la sociedad de Japón había sido planteada como causal de nulidad del laudo en los autos "Importadora Mediterránea S.A. c/ Honda Motor Argentina Company Ltd. s/ queja", pero la nulidad había sido rechazada por la CNCom, sala B, el 19/03/2001, por haber sido presentada fuera de término.<sup>26</sup> El mismo planteo había sido realizado por Honda Motor Argentina S.A. también en la ejecución de los honorarios de la parte actora en el proceso arbitral en los autos "Carcavallo, Fernando M. c/ Honda Motor Argentina S.A. s/ejecutivo" y la sala B de la CNCom., el 19/11/2002, resolvió el planteo en el mismo sentido y con los mismos fundamentos del fallo comentado.<sup>27</sup>

### **Materia arbitrable.**

#### **Inconstitucionalidad de las leyes. Emergencia económica.**

CNCom, sala E, 11/06/2003 "Otondo, Cesar Alberto y otro c/ Cortina Beruatto SA y otros s/sumarísimo" exp. 3791/2003 y 76290, en *El Dial*, <http://www.eldial.com.ar>, 25 de agosto de 2003, n° 1358 y en *SJA*, semanario del 5 de noviembre de 2003, pp.19-21, con nota de R. A. BIANCHI "Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad", pp. 21-25.

37. Son arbitrables las cuestiones referidas a la pesificación de la obligación del pago del saldo de precio de una compraventa de acciones pactado en moneda extranjera. La sentencia se dictó en una acción declarativa en la que se planteó la no arbitrabilidad de la determinación de la inconstitucionalidad de la ley de emergencia económica 25.561 y de los decretos 214/02 y 320/02, sus reglamentos y normativa concordante respecto del contrato de compraventa de acciones que vinculaba a las partes. Se invocó que tratarse de una ley de la Nación y actos de Gobierno, resultan cuestiones de orden público. La CNCom, sala E, dijo que "es el tribunal arbitral quien, en su caso, deberá determinar cómo debe saldarse la deuda: si en los dólares originariamente pactados -tal lo que ellos postulan- o, contrariamente, en su valor convertido a moneda nacional, en los términos de las normas de emergencia, tal como -según alegan- lo pretenden los demandados" Aunque se trata de un caso de arbitraje interno, dirimido ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, reviste interés en arbitrajes internacionales, con relación al criterio imperante sobre lo que constituye materia arbitrable.

<sup>26</sup> CNCom, sala B, 19/03/2001, "Importadora Mediterránea S.A. c/ Honda Motor Argentina Company Ltd. s/ queja", expediente 117.408 /00, inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

<sup>27</sup> CNCom., sala B, 19/11/2002 "Carcavallo, Fernando M. c/ Honda Motor Argentina S.A. s/ejecutivo" sumario en *LN*, N° 11/31756, <http://www.lexisnexus.com.ar>.



**Materia arbitrable. Inconstitucionalidad. Facultades de los árbitros. Competencia de la competencia.**

Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 19/03/2002 “CIE R.P.S.A. c/ Grinbank, Daniel s/ resolución contractual”, en *ED*, tomo 198 pp. 464 y ss., con nota de A. M. MORELLO en pp. 467 y ss.

38. El Tribunal arbitral resolvió que era competente para entender en la controversia derivada de un contrato de prestación de servicios celebrado entre CIE R P, S.A. y Daniel Ernesto Grinbank en el que las partes sujetaron cualquier eventual controversia que se suscitara al Tribunal de Arbitraje de Bolsa de Comercio de Buenos Aires, ya que lo pactado implicó renuncia a la jurisdicción judicial en los términos del art. 21 del Reglamento Orgánico vigente. El fundamento de la demandada para plantear la incompetencia del tribunal arbitral era que había promovido una demanda declarativa en sede judicial, a través de la cual perseguía la declaración de inconstitucionalidad de la norma contractual que según expresaba le impedía trabajar a Daniel Grinbank (sic), ya que la cláusula no le permitiría desarrollar ninguna actividad. El tribunal arbitral, además de dejar sentado que fue la misma parte quien había pactado la cláusula en los términos que luego consideró inconvenientes, sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad sólo es concebible respecto de las normas emanadas de los poderes públicos y que no resulta por consiguiente extensiva a las cláusulas contenidas en los contratos, sin perjuicio, de su eventual nulidad. Agregó el tribunal arbitral que dentro del marco de la jurisdicción arbitral no se halla excluida, la declaración de invalidez constitucional del mencionado tipo de normas, siempre que así lo requiera la decisión de las cuestiones comprometidas, con fundamento en los arts. 737 del CPCCN<sup>28</sup> y 3º, inc. a) del Reglamento del Tribunal. Aunque se trata de un caso de arbitraje interno, dirimido ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, reviste interés en arbitrajes internacionales, con relación al criterio imperante sobre lo que constituye materia arbitrable.

**Materia arbitrable. Comercialidad. Locación en centro comercial. Arbitraje de la Bolsa de Comercio. Interpretación tratados internacionales.**

CNCom., sala D, 29/10/2001, “Fortín Maure S.A. c/ Fidelio S.A.”, en *LN*, <http://www.lexisnexus.com.ar>.

39. Fortín Maure S.A. promovió demanda de ejecución de sentencia en la justicia nacional de primera instancia en lo comercial a fin de que se hiciera efectivo el laudo arbitral dictado por el tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio y se ordenara el lanzamiento del inquilino de un local del centro comercial El Solar de la Abadía. La jueza comercial se declaró incompetente y ordenó su remisión a la justicia civil. El juez civil también se declaró incompetente y volvió a remitir los autos al juzgado comercial. El conflicto negativo de competencia fue resuelto por CNCom., sala D quien compartiendo los fundamentos expuestos por el fiscal de Cámara, resolvió a favor de la competencia de la justicia comercial para entender en la causa. En su dictamen el fiscal de Cámara sostuvo que la naturaleza jurídica del contrato de "centro comercial" o "*shopping center*" podría no ser subsumible estrictamente en la estructura de una locación y que ambas partes desarrollaban su actividad organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, tipos legales cuya adopción consagra su comercialidad aun con independencia del objeto de

<sup>28</sup> Art. 737 del CPCCN: “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción”.



explotación, lo cual tornaba procedente la intervención del fuero comercial para entender en la causa.

40. Este caso de arbitraje interno tiene interés en la esfera internacional pues puede servir de pauta para determinar el criterio de comercialidad a los fines de la interpretación de los tratados internacionales que limitan su ámbito de aplicación material a la materia comercial, como la Convención de Nueva York de 1958 en lo que respecta a su aplicación por países que han realizado la reserva de comercialidad, como Argentina, la Convención de Panamá de 1975 y los Acuerdos de Arbitraje del Mercosur de 1998.

### **Medidas cautelares judiciales.**

#### **Prueba anticipada. Embargo de buque. Rechazo. Arbitraje sede en Londres.**

CCivComFed., sala I, 18/03/2004 “Arktikmorneftegazrazvedka s/interdicción de navegar”, exp.3745/2003, J. 10, S.20, en RTYS, 2004, n° 17, pp.377-381, comentado por H.LÓPEZ SAAVEDRA, pp. 381-384.<sup>29</sup>

41. Un juez federal de Buenos Aires, decretó la medida cautelar de interdicción de navegar del buque de bandera de Barbados “Valentín Shashin”, surto en el puerto de La Plata, Argentina y el reconocimiento judicial del buque, como medida de prueba anticipada. La actora era una empresa con domicilio en Rusia, quien en su carácter de armadora había celebrado un contrato de fletamento con dos empresas noruegas. La armadora invocó la rescisión del contrato en virtud del incumplimiento de las demandadas y la necesidad de recuperar el buque, que se hallaría en peligro cierto para su conservación y seguridad, por el procedimiento de “desalojo” (art. 592 de la ley Navegación<sup>30</sup>). Las empresas noruegas habían iniciado un arbitraje con sede en Londres, regido por la *Arbitration Act* inglesa de 1996, en virtud de la cláusula arbitral contenida en el contrato de fletamento y ambas partes habían acordado la designación del árbitro único. Por ese motivo, la demandada planteó la nulidad de las medidas decretadas por falta de jurisdicción del juez argentino. La sala I de la CCivComFed, integrada por los Dres. Martín D. Farrell, Francisco de las Carreras y María Susana Najurieta, consideró incompetente al juez argentino para entender en el juicio de restitución del buque y en el dictado de la medida de arresto de buque, que estimó inescindible y preparatoria de la acción de desalojo. Aunque reconoció la admisibilidad de las medidas territoriales de urgencia, fundadas en el principio de jurisdicción más próxima, entendió que en el caso no se trataba de un embargo del buque, sino de una prueba anticipada que no había sido autorizada por el tribunal arbitral competente.
42. Hay que destacar el análisis de la cooperación entre jueces y árbitros que realiza el fallo, en base a las normas de reglamentos de arbitraje internacional y opiniones doctrinarias,

<sup>29</sup> La sentencia fue facilitada, cuando se encontraba inédita, por la Dra. María Susana Najurieta a quien agradecemos su gentileza.

<sup>30</sup> Art. 592 ley 20.094 de Navegación de la República Argentina de 1973: “Cuando se trate de un contrato de locación de un buque, el locador puede, para obtener su restitución, valerse del procedimiento de desalojo establecido en la ley procesal común”.

ya que refiere a la inexistencia de normas de fuente interna sobre la cuestión en Argentina y considera que art. 753 del CPCCN<sup>31</sup> es de difícil adecuación al arbitraje internacional.

**Medidas cautelares judiciales. Embargo de buque. Arbitraje sede Nueva York**

CNCiv.yCom., sala 1ª, 21/11/2002, "Tradewind Tankers C. A.", en *LN*, N° 70005883, <http://www.lexisnexis.comar>

43. La firma Tradewind Tankers C.A., con sede en Caracas, Venezuela, solicitó el embargo preventivo e interdicción de salida del puerto de Buenos Aires del buque "Aurora Prince" (ex Bright Gulf), de bandera panameña, que anteriormente estaba matriculado en Argentina con el nombre "Tlaloc". Fundó su pedido en un crédito marítimo de carácter privilegiado, originado en el incumplimiento de un contrato de fletamento a tiempo celebrado por la actora con el armador del buque llamado entonces "Bright Gulf", con ejecución en el extranjero. La cuestión de fondo estaba sometida a un derecho extranjero, y se habría ventilado ante un tribunal arbitral *ad hoc*, con sede en la ciudad de Nueva York. El juez ordenó la medida cautelar tal como fue pedida y dispuso la interdicción de salida del puerto, previa constitución de caución real. La Cámara de Apelaciones fundó la jurisdicción internacional para conocer en esta medida precautoria en los arts. 612, 531 y 532 de la ley argentina de navegación 20.094<sup>32</sup> y consideró que el buque podía ser embargado por encontrarse en puerto argentino y que, por consiguiente tenía jurisdicción internacional el tribunal argentino.
44. El tribunal distinguió el derecho aplicable al embargo del buque, del derecho que rige los privilegios marítimos, ya que la demandada invocaba la aplicación del derecho panameño por ser la bandera del buque, derecho que no reconocía privilegio a la relación contractual existente entre las partes. La Cámara Federal resolvió que el derecho de embargar preventivamente a un buque se rige por la *lex rei sitae* (art. 611 de la misma ley 20.094<sup>33</sup>) que es la ley del tribunal con competencia para decretar la medida, en tanto los

<sup>31</sup> Art. 753 CPCCN: "Medidas de ejecución. Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral".

<sup>32</sup> Art. 612 ley 20.094 de Navegación de la República Argentina de 1973: Los tribunales nacionales son competentes en todo juicio en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, en los casos en que, según esta ley, el buque puede ser embargado".

Art. 531 ley 20.094 de Navegación de la República Argentina de 1973: "Los buques de bandera nacional pueden ser embargados preventivamente en cualquier puerto de la República por créditos privilegiados y por otros créditos en el puerto donde su propietario tenga su domicilio o establecimiento principal. El embargo por crédito ajeno al buque, a su explotación o a la navegación, debe reunir, para su procedencia, los requisitos exigidos por la ley común".

Art. 532 ley 20.094 de Navegación de la República Argentina de 1973: "Los buques extranjeros surtos en puertos de la República, pueden ser embargados preventivamente: a) Por créditos privilegiados; b) Por deudas contraídas en territorio nacional en utilidad del mismo buque, o de otro buque que pertenezca o haya pertenecido, cuando se originó el crédito, al mismo propietario; c) Por deudas originadas en la actividad del buque, o por otros créditos ajenos a ésta, cuando sean exigibles ante los tribunales del país".

<sup>33</sup> Art. 611 ley 20.094 de Navegación de la República Argentina de 1973: "El derecho de embargar, tomar cualquier otra medida precautoria y vender judicialmente un buque, se regula por la ley de su situación".

privilegios se rigen por la ley de la bandera del buque (art. 598 de la ley 20.094)<sup>34</sup>

A pesar de que el buque enarbolaba bandera panameña al momento de contraer las obligaciones que habrían originado el crédito invocado por la actora, la Cámara Federal entendió que la nacionalidad del buque era argentina, ya que el buque mantuvo su matriculación en Argentina, pues el propietario nunca cumplió los requisitos exigidos por el derecho argentino para obtener el "cese de bandera". Al hacer lugar a la medida cautelar solicitada, el tribunal judicial aclaró que dicha medida cautelar estaba sujeta "a las contingencias del futuro procedimiento de reconocimiento del laudo en jurisdicción argentina".

**Medidas cautelares judiciales. Costas. Acuerdo de las partes sobre las costas del arbitraje.**

CNCom, sala C, 02/11/2004, "Pérez Companc S.A. c/ Enersis S.A. s/ Medida precautoria", inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

45. Las partes acordaron en ocasión de someter su diferendo a decisión de árbitros, que las costas y gastos del arbitraje correrían en el orden causado, sin indicar la suerte que debía seguir el trámite cautelar en el cuál ya había recaído pronunciamiento judicial. Por ese motivo la CNCom, sala C confirmó la resolución del juez de primera instancia que impuso a las demandadas las costas del incidente de medida cautelar.

**Medidas cautelares judiciales. Procedencia. Arbitraje ICC.**

CNCom., sala C, 08/07/2003, "Boskalis International BV y Otro c/ Puentes del Litoral S.A. s/ Medidas Precautorias, inc. de Art. 250 del CPCCN", expediente 16.991/03 y CNCom, Sala C, 08/07/2003 "Boskalis International BV c/ Puentes del Litoral S.A. s/ medida precautoria", expediente 19.206/03, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>

46. La sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia del juez de primera instancia, que ordenó el embargo sobre cuentas corrientes de la demandada, porque entendió acreditados los requisitos para la procedencia de la medida cautelar ordenada. Al desestimar el recurso interpuesto por la demandada, la Cámara señaló que no obsta a la procedencia de la medida cautelar, el hecho que la controversia sobre el fondo de la cuestión se encontrara sometida a arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ya que el mismo Reglamento arbitral de la Corte (art. 23, punto 2º) autoriza a solicitar a la autoridad judicial competente la adopción de medidas cautelares.

**Medidas cautelares decretadas por árbitros. Arbitraje en Phoenix, EUA. Ejecución judicial en Argentina. Rechazo. Falta de regulación del tema en tratados internacionales.**

CNCom, sala B, 11/04/2002, "Forever Livings Products Argentina SRL c/ Beas, Juan s/ sumario" y dictamen fiscal n° 87899, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>

<sup>34</sup> Art. 598 ley 20.094 de Navegación de la República Argentina de 1973: "La ley de la nacionalidad del buque rige lo relativo a la adquisición y a la transferencia y extinción de su propiedad, a los privilegios y a otros derechos reales o de garantía. Rige también las medidas de publicidad que aseguren el conocimiento de tales actos por parte de terceros interesados".

47. La Cámara rechazó la ejecución de una medida cautelar dispuesta por un árbitro con sede en Phoenix, Arizona, EUA, por entender que la falta de previsión en los tratados internacionales invocados por las partes, de la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares, impedía disponerlas. Las partes habían invocado la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York el 10 de junio de 1958, aprobada por Argentina por Ley 23.619, la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, Panamá, 1975, CIDIP – I, aprobada por Argentina por ley 23.503, que regula ciertos aspectos de la cooperación judicial internacional, pero no contempla el arbitraje, ni las medidas cautelares. El tribunal agregó a los argumentos del Fiscal, que la cláusula arbitral no preveía el dictado de medidas cautelares. En nuestra opinión, que sigue la de importante doctrina y jurisprudencia internacionales, la falta de la regulación de las medidas cautelares en los tratados internacionales o en la legislación interna, incluso la falta de previsión expresa del reglamento de arbitraje o de las partes en el acuerdo arbitral, no obsta a que se atribuya a los árbitros facultades para disponer medidas cautelares y los tribunales judiciales deben hacerlas efectivas en caso necesario.

### **Nulidad del laudo arbitral.**

#### **Vía procesal para plantearla. Recurso de nulidad y acción de nulidad. Encuadre en la vía correcta por el tribunal judicial.**

CNCom, sala B, 04/03/2005, “Darmex S.A. c/ Application Software S.A. s/ nulidad de laudo arbitral”, inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

48. Uno de los temas en que la legislación vigente argentina, especialmente la del CPCCN, presenta mayores problemas, es el referido a los recursos contra el laudo y en particular la duplicidad de remedios judiciales para impugnar el laudo. Según que el arbitraje sea de derecho o de equidad, debe plantearse recurso de nulidad en el primer caso y acción de nulidad en el segundo, lo que carece de toda lógica. Esta duplicidad no ha podido ser superada por la jurisprudencia y no es materia en la que los reglamentos o la práctica arbitral puedan aportar solución alguna.

49. La nulidad del laudo, como decíamos, debe plantearse a través del recurso de nulidad cuando se trata de un arbitraje de derecho (art. 760 CPCCN<sup>35</sup>), recurso que debe interponerse ante la Cámara de Apelaciones, esto es el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiere sometido a árbitros (art. 763 CPCCN<sup>36</sup>). No debe confundirse con el planteo del recurso de apelación que de acuerdo con el art. 759 del CPCCN<sup>37</sup>, debe deducirse ante el propio tribunal arbitral, norma que por estar a continuación del artículo que se refiere a los recursos admisibles contra las sentencias judiciales (art. 758<sup>38</sup>), se aplica solamente a este supuesto, en tanto el art. 763 es el aplicable al recurso de nulidad del laudo. Cuando se

<sup>35</sup> Ver más arriba la transcripción del Art. 760 CPCCN.

<sup>36</sup> Art. 763 CPCCN: “Conocerá de los recursos el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiere sometido a árbitros, salvo que el compromiso estableciera la competencia de otros árbitros para entender en dichos recursos”.

<sup>37</sup> Art. 759 CPCCN: “Los recursos deberán deducirse ante el tribunal arbitral dentro de los cinco días, por escrito fundado. Si fueren denegados, serán aplicables los artículos 282 y 283, en lo pertinente”.

<sup>38</sup> Art. 758 CPCCN: “Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso”.

trata de un arbitraje de amigables componedores, no cabe el recurso y la nulidad debe deducirse a través de una acción (art.771 CPCCN<sup>39</sup>). En este caso las causales de nulidad son únicamente dos: pronunciamiento del laudo fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, es decir se reducen las previstas en los arts. 760 y 761<sup>40</sup> para el arbitraje de derecho.

50. Hay que tener en consideración que, a diferencia de la tendencia existente en el arbitraje internacional, para la legislación interna argentina, si las partes nada han previsto, el arbitraje será de amigables componedores y no de derecho (art. 766 del CPCCN<sup>41</sup>), criterio que se reitera en la mayoría de los códigos procesales provinciales. La duplicidad de vías judiciales - recurso y acción de nulidad - no aparece en algunos códigos provinciales, como el de Santa Fe, que establece en todos los casos el recurso de nulidad como vía de impugnación del laudo (art. 438). El recurso debe interponerse ante el juez de primera instancia que notificó el laudo y es resuelto por el tribunal jerárquicamente superior al que le hubiera correspondido entender de no haber existido arbitraje, es decir por la Cámara de Apelaciones (art. 439 y arts. 435 y 436 del Código Procesal de la Provincia de Santa Fe). El sistema de recursos de la legislación vigente, especialmente el del Código de la Nación, además de inapropiado, es irrazonable y genera confusiones a las partes, que en más de una oportunidad han deducido recurso de nulidad cuando correspondía plantear acción de nulidad, o han planteado el recurso ante el tribunal arbitral, cuando debían hacerlo ante los tribunales estatales.<sup>42</sup>

51. En el caso "Darmex S.A. c/ Application Software S.A. s/ nulidad de laudo arbitral", la CNCom. sala B debió entender en el recurso de nulidad planteado contra un laudo dictado por un tribunal de amigables componedores. Dado que el laudo debía impugnarse por vía de acción de nulidad y no de recurso, el tribunal judicial resolvió remitir las actuaciones a un juzgado de primera instancia para que entendiera en los autos. Se trata de una decisión acertada, pues a través del encuadre legal que corresponde dentro de la legislación argentina vigente, la CNCom. evitó que la parte recurrente quedara desprovista de la vía judicial de impugnación, ya que había errado en el camino procesal escogido.

52. El tribunal judicial señaló que el reglamento del tribunal arbitral establecía que el laudo "... se dictará sin sujeción a forma legal alguna...", extremo del cual infirió que se trataba de un arbitraje de amigables componedores. Destacó asimismo el tribunal que dos de los árbitros eran ingenieros y que esa especialidad técnica revela la intención de las partes respecto del modo en que deben resolverse las cuestiones sometidas al arbitraje. Citó también el voto del presidente del tribunal arbitral cuando sostuvo que "...debía adoptar su decisión fundada con sustento en el principio de equidad... que las reglas de equidad y

<sup>39</sup> Ver más arriba la transcripción del Art. 771 CPCCN.

<sup>40</sup> Ver más arriba la transcripción del Art. 761 CPCCN.

<sup>41</sup> Art. 766 CPCCN: "Podrán someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que puedan ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables componedores".

<sup>42</sup> M.B. NOODT TAQUELA, con la colaboración de G. ARGERICH "El arbitraje internacional en Argentina", en *DeCITA*, 02.2004, Buenos Aires, Zavalía, 2004, pp. 314-332, esp. pp. 327-329.

la preocupación por la determinación de un fallo justo y equitativo, constituye el fundamento de la decisión de las partes de someter sus diferencias ante el Tribunal Arbitral..."

53. La sentencia de la CNCom. reafirmó la duplicidad de vías existentes en la legislación vigente para plantear la nulidad. En el caso del juicio de amigables componedores, las partes pueden demandar la nulidad del laudo, de acuerdo al art. 771 del CPCCN, pero no se trata de un recurso ante la Alzada sino de una acción o pretensión de impugnación de nulidad. Citó dos antecedentes de la misma sala, del 15/09/2000 "Huarte SA c/ José Sueiro y Cía" y del 19/03/2001, "Importadora Mediterránea S.A. c/ Honda Motor Argentina Company Ltd. s/ queja".
54. La diferencia que encontramos con el antecedente resuelto el 19/03/2001 es que en el caso "Importadora Mediterránea"<sup>43</sup>, se rechazó el recurso de nulidad por tratarse de un arbitraje de amigables componedores y por haberse planteado tardíamente, sin que la parte pudiera ya promover la acción de nulidad, en tanto en el presente caso "Darmex S.A", probablemente por haberse interpuesto el recurso dentro del plazo legal, se reencuadró el planteo de la parte como una acción de nulidad. Otras sentencias en las que se ha rechazado la nulidad de laudos arbitrales dictadas con posterioridad al conocido fallo de la CSJN "Color S.A. c/ Max Factor" (1994)<sup>44</sup>, son las pronunciadas en los casos "Hasbro International" (2002)<sup>45</sup>, "Total Austral" (2002)<sup>46</sup> y las que reseñamos a continuación. Urge en esta materia – como en tantos otros aspectos del arbitraje - la sanción del Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje 2001 que trata mucho más adecuadamente los recursos contra el laudo. El Proyecto de LNA sigue en líneas generales la regulación de la LMU (art. 34), aunque se disminuyen los plazos para interponer y fundar el recurso de nulidad. El plazo de interposición del recurso de nulidad se reduce de tres meses (art. 34.3 LMU) a 10 días judiciales (art. 34.4 LNA). El Proyecto argentino fija un plazo de 30 días para fundar el recurso de nulidad, pero al haber reducido a 10 días el plazo de interposición del recurso, permite que el laudo quede firme en un plazo más reducido, a la vez que asegura a la parte agraviada un plazo razonable para fundar la nulidad. Se agrega en el Proyecto de LNA un requisito o condición de admisibilidad del recurso de nulidad: la parte que considere que existe un defecto que podría causar la nulidad del laudo, tiene la carga de plantearlo al tribunal arbitral, dentro del plazo de 10 días de la notificación del laudo (art. 33.1 LNA), a través del recurso de aclaratoria, de lo contrario el recurso de nulidad no será admisible (arts. 33.1 d y 34.1 LNA).
55. Este requisito de admisibilidad del recurso de nulidad (art. 34.1 LNA), que no está previsto en la LMU, parece una sana medida ya que si la parte tiene que plantear la

<sup>43</sup> CNCom, sala B, 19/03/2001, "Importadora Mediterránea S.A. c/ Honda Motor Argentina Company Ltd. s/ queja", expediente 117.408 /00, inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

<sup>44</sup> CSJN, 17/11/1994, "Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad del laudo", con disidencia de A. Boggiano, publicado en *ED*, t. 161, pp. 514-529, con comentario de J. L. ANAYA "Recursos contra los laudos arbitrales".

<sup>45</sup> CNCom, sala D, 19/12/2002 "Hasbro International Inc c/ Top Toys Argentina SA s/queja" en *El Dial*, AA16D6, <http://www.eldial.com.ar>

<sup>46</sup> CNCom., sala D, 10/07/2001 "Total Austral S.A. Francia c/ Saiz, Francisco S. Argentina" en *LL* 2002-A, pp 468-469.



cuestión previamente al Tribunal Arbitral, permite que los árbitros subsanen el defecto que podría causar la nulidad del laudo.

**Nulidad del laudo arbitral. No revisión de fondo. Rechazo. Nulidad parcial. Principio de congruencia.**

CNCom., sala C, 3/06/2003, "Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation s/ queja", causa 5211/03, en *LL* 2004-B, p. 312 ss, fallo 106873, con comentario de J. L. ANAYA, "Control judicial del arbitraje"; en *DJ* 2004-1, 729 y en *ED* 203, 492.

56. Es reiterada la jurisprudencia de los tribunales argentinos que decide que la impugnación de un laudo por vía del recurso de nulidad no habilita a las partes a solicitar una revisión en cuanto al fondo de lo decidido. El criterio habitual en la materia, seguido también en este caso, es que el juez debe limitarse a resolver acerca de la existencia de alguna de las causales taxativamente establecidas en la ley<sup>47</sup> susceptibles de afectar la validez del laudo, es decir controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia. La CNCom., sala C, afirmó también que las partes no pueden pretender elípticamente una revisión judicial de una resolución adversa, pues quedaría desnaturalizado el instituto del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios, citando el famoso fallo de la CSJN del 17/11/1994 "Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina" s/ laudo arbitral s/pedido de nulidad de laudo.<sup>48</sup>
57. En el caso "Calles" que comentamos, la CNCom., sala C resolvió que el planteo de nulidad excedía ampliamente las causales previstas en los arts. 760 y 761 del CPCCN, ya que contenía un claro cuestionamiento respecto de la forma en que fue valorada la prueba por el Tribunal Arbitral. Por ese motivo rechazó el planteo introducido por la recurrente como "exclusión arbitraria de prueba esencial", pues en rigor se trataba de una discrepancia con el criterio de valoración adoptado por el Tribunal Arbitral. La parte que planteó la nulidad sostuvo entre otros argumentos que los árbitros habían incurrido en error en la interpretación del contrato que vinculaba a las partes, error que habría conducido a conclusiones que no condecían con la intención de la partes. El tribunal judicial decidió que el recurso de nulidad no resulta la vía idónea para considerar aquellas manifestaciones que importan cuestionar la valoración que el Tribunal Arbitral realizó de los elementos oportunamente agregados a la causa. En definitiva se rechazaron todas las causales de nulidad planteadas, con excepción de un punto respecto del cuál la nulidad prosperó parcialmente. Se trataba de una cuestión respecto de la cuál el laudo no se pronunció porque según el tribunal arbitral no podía ser objeto de pronunciamiento en razón de que no fue una cuestión planteada en la demanda.
58. El tribunal judicial hizo lugar a la denunciada incongruencia entre ese considerando del laudo arbitral y el objeto del reclamo, afirmando que "en el escrito de inicio se incluyó entre las obligaciones pendientes de resolución el reclamo por Clyde & Co, por lo que el laudo, por tanto, debió contener decisión expresa sobre esta cuestión (conf. art. 754

<sup>47</sup> Las causales de nulidad están enumeradas en los arts. 760 y 761 del CPCCN, aplicable en la ciudad de Buenos Aires y en los tribunales federales. Ver más arriba la transcripción de los Arts. 760 y 761 CPCCN.

<sup>48</sup> Fallo citado anteriormente.



CPCCN<sup>49</sup>). La sentencia afirmó que el principio de congruencia consiste en la necesaria conformidad que debe existir entre el laudo y las peticiones de las partes en lo que se refiere a objeto, personas y causa. Al juzgar que el laudo debió contener decisión expresa sobre la cuestión omitida, los jueces resolvieron la nulidad parcial del laudo, por la divisibilidad de los distintos puntos con fundamento en el art. 760 del CPCCN.

**Nulidad del laudo arbitral. No revisión de fondo. Rechazo.**

CNCom., sala C, 24/10/2003, "Biomédica Argentina S.A. c. RTC. Argentina S.A.", en *JA* 2004-II, pp. 65-67, en *SJA* semanario del 7 de abril de 2004, pp. 53-55 y en *LN* <http://www.lexisnexus.com.ar>

59. La Cámara Comercial rechazó la nulidad de un laudo arbitral y decidió que la impugnación de un laudo por vía del recurso de nulidad no habilita a las partes a solicitar una revisión en cuanto al fondo de lo decidido. En el caso, Biomédica Argentina S.A. promovió demanda arbitral contra RTC Argentina S.A. por incumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios. Pronunciado el laudo la demandada interpuso recurso de nulidad contra el mismo. El art. 4 del Reglamento de Arbitraje del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (institución administradora del arbitraje) establece que "salvo acuerdo distinto entre las partes, los laudos del tribunal resultarán definitivos e irrecurribles...", de conformidad con lo dispuesto por el art. 32 apartado 2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL), reglas que adopta. En el acta de audiencia las partes establecieron expresamente que "el laudo será final y vinculante para las partes y sólo podrá ser objeto del recurso de aclaratoria o el de nulidad...". El art. 760 CPCCN<sup>50</sup> admite estas vías de revisión limitadas a los supuestos de falta esencial del procedimiento, haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos. La sala C de la CNCom., en decisión que compartimos, desestimó el recurso incoado. Como fundamento de su decisión sostuvo que la impugnación del laudo por vía del recurso de nulidad no habilita a las partes a solicitar una revisión de aquél en cuanto al fondo de lo decidido, sino que el juez debe limitarse a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez del laudo y que no correspondía al tribunal realizar una consideración de mérito respecto de la forma en que se había dirimido el conflicto. Dijo también que el cuestionamiento formulado no excedía de una mera discrepancia con la interpretación realizada por el árbitro sin que existieran causales susceptibles de afectar la validez del laudo.

60. La importancia de este fallo dictado en un caso de arbitraje interno radica en que los criterios de los tribunales argentinos para juzgar la nulidad de un laudo, se supone que han de ser coincidentes ya sea el arbitraje interno o internacional.

<sup>49</sup> Art. 754 CPCCN: "Los árbitros pronunciarán su fallo sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión, dentro del plazo fijado en el compromiso, con las prórogas convenidas por los interesados, en su caso. Se entenderá que han quedado también comprometidas las cuestiones meramente accesorias y aquellas cuya sustanciación ante los árbitros hubiese quedado consentida".

<sup>50</sup> Ver más arriba la transcripción del Art. 760 CPCCN.

**Nulidad del laudo arbitral. No revisión de fondo. Rechazo. Reglamento UNCITRAL.**

CNCom, sala C, 21/12/2001, "Cortefilms Argentina S.A. c/ Seb Argentina S.A. s/ queja", en *ED*, t. 196, pp.620 y ss.

61. El tribunal judicial resolvió desestimar el recurso de nulidad planteado contra una decisión de un Tribunal arbitral, toda vez que del tenor literal del laudo atacado no surgía omisión o defecto que lo invalidara, ya que dicha pieza, conformada por el voto de los tres integrantes del tribunal, respetaba el principio de congruencia. La CNCom. advirtió que la prueba fue valorada, se aplicó el derecho fijado en el acta de constitución del tribunal y la decisión contó con suficientes fundamentos, disipando el riesgo de arbitrariedad. Resolvió, en consecuencia, que mal pueden atacarse por ese medio las conclusiones de dos de los árbitros pues excede la estructura recursiva pretendida, ya que, aún tratándose de un laudo arbitral, el recurso de nulidad no está previsto para atacar errores "*in iudicando*". Consideró también que el recurrente al someterse al Reglamento de arbitraje de UNCITRAL consintió la inapelabilidad del fallo, tal proceder debe entenderse como una renuncia que las partes hicieron a un mérito acerca de las cuestiones que fueron objeto del laudo, por lo que dijo que no cabe, por esa vía, reemplazar un recurso que voluntariamente aquellas excluyeron del trámite de resolución de la controversia.

**Nulidad del laudo arbitral. Causales para la apertura del recurso. Falta de copias. Recusación árbitros. Arbitraje CIAC.**

CNCom, sala D, 6/11/2003, "Stubrin, Max Mauro y otros c/ Inversiones Morice SA s/queja" Exp. 43.527/03, en *JA* 2004-II, p.67 y en *LN* <http://www.lexisnexis.com.ar>.

62. La demandada dedujo recurso de queja contra la resolución denegatoria del recurso de nulidad interpuesto contra el laudo emitido de acuerdo al Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), por un tribunal arbitral con sede en Buenos Aires, en un arbitraje internacional conectado con Chile. La accionada sostuvo que el laudo contenía deficiencias que implicaban violación del "debido proceso" y "privación de justicia", alegando que: a) se le había negado el acceso a las copias del proceso arbitral necesarias para ejercer regularmente su derecho de defensa en juicio; b) se incumplió con el trámite de mediación previa obligatoria establecido por la ley 24.573<sup>51</sup>; c) no se descontaron los plazos procesales correspondientes a la feria judicial del mes de enero; y d) se la privó de su derecho a recusar a los árbitros.
63. La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, no obstante señalar que la vía intentada no era apta para examinar si las mentadas deficiencias existieron o no, admitió la queja deducida y concedió el recurso de nulidad ordenando sustanciar el mismo. El fundamento dado por el tribunal se limitó a aludir a "los particulares extremos fácticos que presenta la causa" y a la documental obrante en el expediente.

<sup>51</sup> La Ley de Mediación 24.573 de 1995 rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la mayor parte de los procesos de naturaleza civil y comercial.

**Nulidad del laudo arbitral. Rechazo. Falta de copias. Recusación árbitros. Mediación previa. Cómputo de los plazos. FERIA judicial. Arbitraje CIAC sede Buenos Aires.**

CNCom, sala D, 22/11/2004. "Stubrin, Max M. y otros c/ Inversiones Morice S.A.", en *LV* N° 35000928, <http://www.lexisnexis.com.ar>.

64. La CNCom., sala D, rechazó la nulidad del laudo arbitral que había ordenado sustanciar en la resolución del 6 de noviembre de 2003, que reseñamos precedentemente, en un arbitraje con sede en Buenos Aires, de acuerdo al Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). El laudo había hecho lugar al reclamo de los actores, domiciliados en Argentina, y había condenado a la sociedad chilena demandada al pago de obligaciones dinerarias. La demandada Inversiones Morice S.A., que no había contestado la demanda arbitral, alegó para fundar el recurso de nulidad que se había violado el debido proceso, por la negativa de suministrarle copias del proceso arbitral. La CNCom, rechazó la causal alegada, haciendo notar que la demandada nunca había depositado el adelanto de gastos y de honorarios de los árbitros que el tribunal arbitral había solicitado con carácter previo, a pesar de las diversas intimaciones que le fueran cursadas. También invocó la demandada que por no haberse realizado la mediación previa obligatoria establecida en la ley argentina 24.573<sup>52</sup>, paso previo y obligatorio a su entender, todo el procedimiento era nulo. El tribunal judicial resolvió correctamente que no cabía la aplicación de la Ley de Mediación, que sólo rige en la ciudad de Buenos Aires, porque se trata de una ley eminentemente procesal, que no resulta de aplicación cuando las partes habían pactado expresamente que el proceso arbitral se regiría de acuerdo a las normas de la CIAC. Señaló el tribunal que la elección de las partes del derecho argentino para regir cualquier eventual conflicto, se refería obviamente a la ley de fondo y la ley de mediación es eminentemente procesal.
65. Descartó el tribunal que la no aplicación de la ley de mediación pudiera afectar el orden público interno argentino y distinguió entre orden público interno e internacional. Sostuvo al respecto que no es alegable la violación del orden público interno, como lo hace la vencida, para pretender privar de efectos a un laudo arbitral, que lo que debe analizarse es el orden público internacional del país donde se pretenda ejecutar el laudo. La nulidad también se fundó en que la posibilidad de defensa de la demandada se vio afectada al no descontarse en el proceso arbitral los plazos de la feria judicial establecidos para la Justicia Nacional, violándose así el orden público interno argentino. La CNCom, sala D resolvió en forma clara y rotunda que: "Es inadmisibles argumentar que en un laudo arbitral internacional -cuyos elementos multinacionales son evidentes e indiscutidos- deban descontarse los días correspondientes a la feria judicial de enero de nuestro país".
66. La demandada planteó también que se la privó de su derecho a recusar a los árbitros, ya que había solicitado a los miembros del tribunal arbitral "los antecedentes curriculares de los integrantes del tribunal, excepto los correspondientes al árbitro por ella propuesto, para los efectos de asegurarse la debida independencia del tribunal" La CNCom. resolvió

<sup>52</sup> Ver nota anterior.

que era adecuado el rechazo por parte del tribunal arbitral de aquella solicitud, pues Inversiones Morice S.A. tuvo la posibilidad de conocer los antecedentes de los árbitros y de recusarlos en caso de considerarlo pertinente en la instancia correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de CIAC y sin embargo no lo hizo.

**Nulidad del laudo arbitral. Diferencia con el recurso de nulidad contra sentencias judiciales. Rechazo.**

CNCom, sala B, 13/10/2004, "Swiss Medical S.A. c/ Winkleport S.A. s/ Queja", inédito, sumario en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>.

67. Se rechazó en el caso un recurso de nulidad contra un laudo del Tribunal General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, porque la parte quejosa planteó su nulidad en los términos de un recurso contra una sentencia judicial (art. 253 del CPCCN<sup>53</sup>). El recurso de nulidad contra el laudo de un arbitraje de derecho está limitado a las causales previstas en los arts. 760 y 761 del CPCCN<sup>54</sup>, por lo que el recurso planteado resultaba inadmisibile. En la cláusula arbitral se había acordado: "Las partes se someten en la solución de toda controversia, diferencia o disputa, a la decisión final del Tribunal General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, cuyo Reglamento las partes declaran conocer y aceptar, y cuya decisión será definitiva e inapelable. El Tribunal resolverá con arreglo a derecho".

**Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.**

**Laudo dictado en Texas, EUA. Convención de Nueva York. Convención de Panamá. Relación entre ambas convenciones y las normas de fuente interna. Principio de máxima eficacia del laudo arbitral.**

CNCom., sala D, 05/11/2002, "Reef Exploration Inc. c/ Compañía General de Combustibles S.A.", *SJA*, semanario del 16 de julio de 2003, pp. 30-37, con comentario de R. J. CAIVANO y R.A. BIANCHI "El exequátur de un laudo extranjero y la inhibitoria en relación con un arbitraje internacional" pp. 38-46.<sup>55</sup>

68. "Reef Exploration Inc", sociedad constituida en Texas, EUA, solicitó en Buenos Aires la ejecución de un laudo arbitral dictado en Texas, Dallas EUA, en el año 2000, de acuerdo a las reglas de la *American Arbitration Association*. El laudo condenaba a Compañía General de Combustibles SA, sociedad constituida en Argentina y a "CGC International Corp", sociedad constituida en Panamá, a pagar una importante suma de dinero. "Reef Exploration Inc. se vio precisada a solicitar la verificación de su crédito en el concurso preventivo de Compañía General de Combustibles SA, abierto en la ciudad de Buenos Aires. Se discutió en ese momento si el pedido de reconocimiento del laudo extranjero resultaba atraído por el concurso preventivo de la deudora o le correspondía entender al

<sup>53</sup> Art. 253 CPCCN: "El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio".

<sup>54</sup> Ver más arriba la transcripción de los arts. 760 y 761 CPCCN.

<sup>55</sup> El presente comentario fue publicado en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades* Directores Adriana Dreyzin de Klor y Diego P. Fernández Arroyo, Buenos Aires, Zavalía, 01.2004, pp. 344-346.

juez natural, planteo de competencia interna que dio lugar a un pronunciamiento anterior de la Cámara de Apelaciones.<sup>56</sup>

69. En la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2002, la sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial resolvió reconocer el laudo extranjero encuadrando el tema en los arts. 517 y 519 bis del CPCCN, sin expresar motivo alguno por el cual no aplicaba ni la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, firmada en Panamá, el 30 de enero de 1975. CIDIP-I, ni la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York, el 10 de junio de 1958, a pesar de encontrarse ambas vigentes entre Argentina y Estados Unidos de América. La actora había invocado expresamente la Convención de Nueva York al solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero y la demandada se había opuesto a la aplicación de la mencionada Convención alegando la aplicación de la Convención de Panamá "la cual lleva a dirimir prioritariamente la cuestión a la luz de las normas procesales locales", según planteó la parte condenada en el laudo.
70. La aplicación de las normas de fuente interna sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros no es apropiada cuando existe un tratado internacional aplicable en virtud de la jerarquía superior de los tratados respecto de la legislación interna (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, texto de 1994) y además en razón de lo indicado expresamente en el propio texto del art. 517 del CPCCN que establece las condiciones del reconocimiento "cuando no hubiese tratado..." En el caso de un laudo dictado en Estados Unidos de América existen dos tratados internacionales aplicables, la Convención de Nueva York de 1958, que había sido invocada por la actora y la de Panamá de 1975 que lo había sido por la demandada. Se plantea la cuestión entonces de si corresponde aplicar una u otra.
71. Hay que tener en consideración que el art. VII de la Convención de Nueva York consagra el principio de máxima eficacia del laudo arbitral extranjero, por lo que autoriza la aplicación de otros tratados internacionales e incluso de la legislación interna del país donde el laudo sea invocado, cuando sean más favorables al reconocimiento. Esta norma de compatibilidad entre convenciones permite la aplicación de la Convención de Panamá en los casos en que ésta otorgue a la parte que solicita la ejecución del laudo algún derecho no contemplado en la Convención de Nueva York. Sucede lo propio con relación a las normas de la legislación interna sobre reconocimiento de laudos extranjeros.
72. En suma, en tanto no existe norma de compatibilidad de tratados en la Convención de Panamá de 1975, el art. VII de la Convención de Nueva York de 1958, además de cumplir esa función, consagra un marco mínimo de garantías para el reconocimiento de los laudos extranjeros. La ley federal de arbitraje de Estados Unidos de América ha utilizado como criterio para aplicar una u otra Convención, el siguiente: si la mayoría de las partes en el acuerdo arbitral son ciudadanos de los países ratificantes de la Convención Interamericana y miembros de la OEA, se aplicará esta Convención; de lo contrario en los demás casos se aplicará la Convención de Nueva York.<sup>57</sup> Claro está que en principio, no se advierten diferencias entre ambas convenciones respecto de los

<sup>56</sup> CNCom, sala D, 29 de diciembre de 2000, "Reef Exploration Inc. c/ Compañía General de Combustibles S.A.", en *SJA*, semanario del 23 de octubre de 2002, pp. 44-45, con comentario de G. ESPARZA "¿Exequátur vs. Verificación? O sobre la sentencia arbitral y el derecho concursal", pp. 46-52.

<sup>57</sup> Federal Arbitration Act, section 305.

motivos para oponerse al reconocimiento del laudo ya que el art. 5 de la Convención de Panamá es prácticamente idéntico al art. V de la Convención de Nueva York. Existen en cambio diferencias importantes entre las causales por las cuales puede denegarse la ejecución del laudo en virtud de las convenciones mencionadas y el art. 517 del CPCCN.<sup>58</sup> Se considera que por la remisión que realiza el art. 519 bis<sup>59</sup> del CPCCN al art. 517 del mismo Código, que indica las condiciones para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, es el actor quien debe acreditar que la decisión extranjera las cumple. En cambio, en el marco de la Convención de Nueva York o de Panamá, el laudo es ejecutable salvo que el demandado pruebe que se da alguna de las causales que obstan al reconocimiento. Justamente, en el caso se discutió si el tribunal arbitral tenía competencia internacional para entender en la causa, cuando en realidad aplicando la Convención de Nueva York o la de Panamá, la circunstancia por la cual puede denegarse la ejecución del laudo es la inexistencia de un acuerdo arbitral válido, que es justamente el presupuesto para otorgar competencia al tribunal arbitral.

73. La cuestión de la competencia del tribunal arbitral se suscitó en virtud de que durante la tramitación del arbitraje, la demandada inició ante la justicia argentina una acción de amparo para que se inhibiera de seguir entendiendo el tribunal arbitral. La sala B de la Cámara Comercial resolvió en los autos "Compañía General de Combustibles S.A. s/ amparo", en los que no tuvo intervención "Reef Exploration Inc", que la justicia argentina tenía jurisdicción internacional para entender en la cuestión y libró un exhorto internacional para que el tribunal arbitral se abstuviera de entender en el caso, lo que no fue aceptado por los árbitros, quienes continuaron con los procedimientos arbitrales y dictaron del laudo.<sup>60</sup> Fue por esta circunstancia que el juez de primera instancia denegó el reconocimiento del laudo extranjero. A pesar de la errónea aplicación de las normas de fuente interna, la sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial, llega a una solución justa del caso, al resolver el reconocimiento y ejecución del laudo dictado en Texas, revocando así la resolución de la juez de primera instancia que había rechazado la ejecución del laudo. ¿Por qué motivo la sala D no analizó la aplicación de una u otra convención, a pesar del planteo expreso de las partes? Imposible saberlo, pero quizás la remisión de la Convención de Panamá a las leyes procesales del país donde se intente ejecutar el laudo, en lo que respecta a la "forma" de ejecutar el laudo pueda haber generado confusión al tribunal judicial que en primera instancia rechazó la ejecución. Hay que tener en cuenta que el art. 4 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje

<sup>58</sup> Ver más arriba la transcripción del Art. 517 CPCCN.

<sup>59</sup> Art. 519 bis CPCCN: "Los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que:

1° Se cumplieren los recaudos del artículo 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del artículo 1. (Ver transcripción más abajo en esta nota)

2° Las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme lo establecido por el artículo 737".

Art. 1 CPCCN: "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4°, de la ley 48, exceptuáse la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse a un a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley".

<sup>60</sup> Remitimos al comentario de R. J. CAIVANO y R.A. BIANCHI "El exequátur de un laudo extranjero y la inhibitoria en relación con un arbitraje internacional" publicado en *SJA*, semanario del 16 de julio de 2003, pp. 38-46, que analiza detenidamente la cuestión.



Comercial Internacional, suscripta en Panamá, el 30 de Enero de 1975, no es una norma de relación entre convenciones, sino una norma que remite a la legislación interna del país donde se pide la ejecución del laudo, en lo que se refiere a la forma del reconocimiento, es decir al trámite.<sup>61</sup>

**Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Orden público internacional. Garantía de defensa.**

CNCom, sala E, 20/09/2004, “Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro”, en *LL*, 22/02/2005, p. 6; y en *LN* N° 35001029, <http://www.lexisnexis.com.ar>.

74. Néstor y Mario Eijo celebraron con Ogden Entertainment Services Inc. un acuerdo en virtud del cual los primeros asesoraron y facilitaron a Ogden la concreción de un contrato de *joint venture* con la Sociedad Rural Argentina a los fines de refaccionar y explotar comercialmente los predios feriales que esta última disponía. El contrato reconocía a los señores Eijo una comisión fijada en un porcentaje de las ganancias de Ogden luego de hacerse ciertas deducciones. Con motivo de discrepancias entre las partes respecto de la percepción de las comisiones correspondientes a los años 1998 y 1999, el caso fue sometido a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes pactaron la aplicación del derecho de fondo argentino (Reglamento ICC, art. 17).
75. El laudo dictado por árbitro único hizo lugar en lo sustancial al cobro de las comisiones correspondientes a los períodos 1998 y 1999, pero rechazó la pretensión de cobro de intereses de las comisiones correspondientes al año 1999 calculados desde la fecha del vencimiento de la obligación de pago y fijó como punto de partida de los mismos el inicio del arbitraje. El laudo impuso las costas en su totalidad a los actores, con la particularidad que los gastos de Ogden y los honorarios y gastos del tribunal arbitral, a cargo de los Eijo, excedían en más de U\$S 200.000 el monto reconocido a favor de Eijo en el laudo. Ogden solicitó el reconocimiento del laudo arbitral extranjero y el juez de primera instancia en lo comercial de la ciudad de Buenos Aires, lo declaró ejecutorio con los alcances establecidos en el artículo 518 del CPCCN<sup>62</sup>.
76. La Fiscal de Cámara en su dictamen consideró que el reconocimiento y ejecución del laudo violaba el orden público internacional argentino, toda vez que la desmesura de la condena en costas en proporción al éxito de la acción, aún ponderando que hubieran sido bien impuestas al vencedor, lesionaba el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción implícito en la garantía constitucional de la defensa en juicio. Aunque la Fiscal de

<sup>61</sup> Art. 4 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscripta en Panamá, el 30 de Enero de 1975: Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

<sup>62</sup> Art. 518 CPCCN: “La ejecución de la sentencia dictada por un tribunal extranjero se pedirá ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando su testimonio legalizado y traducido y de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos, si no resultaren de la sentencia misma. Para el trámite del exequátur se aplicarán las normas de los incidentes. Si se dispusiere la ejecución, se procederá en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos”.



Cámara reconoció que la CNCom carecía de competencia para revisar los fundamentos de derecho común del laudo arbitral, incursionó en lo que sería la correcta aplicación del derecho argentino, al afirmar que éste admite el pago de intereses a partir del vencimiento de la obligación.

77. La sala E de la CNCom, compartiendo los argumentos expuestos en el dictamen fiscal, revocó la decisión de primera instancia y consideró que no procedía la ejecución del laudo en la Argentina. Agregó además el tribunal judicial que entre los requisitos que deben cumplirse para que la sentencia de un tribunal extranjero o el laudo de un árbitro extranjero sean ejecutables, el inciso 4° del art. 517 del CPCCN<sup>63</sup> dispone que la sentencia no será ejecutable si afecta a los principios del orden público del derecho argentino y que el principio del debido proceso está considerado como tal. Señaló además que la afectación de la garantía de defensa, (art. 517 inc. 2° del CPCCN) puede provenir de la violación del debido proceso o de la arbitrariedad de la decisión, circunstancia que le causaría indefensión a la parte afectada y en consecuencia obstaría al reconocimiento del laudo, citando a A. BOGGIANO (*Derecho Internacional Privado*, 1991, t 1, pp 564 y ss). En opinión de la CNCom el árbitro cuantificó directamente los costos del arbitraje, pero omitió su indispensable fundamentación conforme a las circunstancias de las actuaciones. Agregó que lo resuelto sobre el punto no constituía derivación razonada de lo concluido en lo sustancial, con particular referencia a los extremos debatidos y al resultado obtenido, por lo que juzgó descalificable el laudo arbitral extranjero.
78. Llama la atención que no se mencione en el dictamen fiscal ni en la sentencia de Cámara la sede del arbitraje, que probablemente haría aplicable la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York, el 10 de junio de 1958 o eventualmente la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, aprobada en Panamá, el 30 de enero de 1975 y no las normas internas sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros (art. 519 bis del CPCCN<sup>64</sup>, que remite a los arts. 517 a 519<sup>65</sup> del mismo Código). En cuanto a la solución

<sup>63</sup> Art. 517 CPCCN: “Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:

1° Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado emane del tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero.

2° Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.

3° Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.

4° Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino.

5° Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino”.

<sup>64</sup> Art. 519 bis CPCCN: “Los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que:

1° Se cumplieren los recaudos del artículo 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del artículo 1

de la sentencia, la evidente revisión de fondo del laudo que se intentó sostener en el orden público internacional y en la garantía de la defensa, no aparece en nuestro criterio debidamente fundada para justificar tal incursión en cuestiones que exceden el control judicial de los laudos extranjeros.

**Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Traducción documentos en ruso. Arbitraje sede Ucrania. Convención de Nueva York.**

CNCom, sala A, 31/10/2002, “Galapesca S.A. s/ conc. prev. s/ exequatur por Kerchrybprom.” y dictamen fiscal 89951, en <http://www.csjn.gov.ar/index.html>

79. La Cámara hizo lugar a la ejecución de un laudo por un tribunal arbitral con sede en la República de Ucrania y aplicó la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York el 10 de junio de 1958, aprobada por Argentina por Ley 23.619. La demandada, que era una sociedad domiciliada en Argentina y se encontraba sujeta a un proceso concursal, se opuso a la ejecución del laudo alegando que al ser notificada de la iniciación del arbitraje no se había acompañado traducción al español de los documentos en ruso en los que se basaba la pretensión. La Cámara, revocó el fallo de primera instancia y resolvió de conformidad con los fundamentos de la Fiscal de Cámara, considerando que la cláusula contractual que disponía que “todos los documentos, documentación comercial, informes, cuentas, etc., realizados dentro del marco del presente contrato se llevarían en idioma ruso y español” se relacionaba únicamente con el cumplimiento del contrato. Por otro lado, se tuvo en cuenta que en el acuerdo arbitral no se había pactado el idioma del arbitraje y se entendió que la falta de traducción de los documentos al español, no afectaba el orden público ya que el contrato que vinculaba a las partes se había redactado exclusivamente en ruso y además el tribunal arbitral había otorgado un plazo de cinco meses a la demandada para hacer traducir los documentos. La Cámara consideró, por esos fundamentos, que no se configuraba en la especie la causal prevista en el art. V, 1, b), de la Convención de Nueva York de 1958, que establece como motivo de denegación del reconocimiento del laudo arbitral que la parte contra la cual es invocado “no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.”

**Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Verificación del crédito en la quiebra de la demandada. Arbitraje con sede en Ucrania.**

CNCom., sala A, 13/06/2003, “Galapesca S.A. s/quiebra, Inc. de revisión por Kerchrybprom”, dictamen Fiscal N° 93789, en *Lexis Nexis*, N° 11/36958,

80. El Fiscal, acertadamente a nuestro entender, considera procedente el recurso de revisión planteado contra la resolución que rechazó la verificación de un crédito por el pago de los cánones resultantes de un contrato de explotación de buques, teniendo en cuenta que la fallida había sido condenada al pago de los cánones por un laudo arbitral dictado en la República de Ucrania, cuyo reconocimiento fue decretado por la Cámara Nacional Comercial, sala A, con fecha 31 de octubre de 2002. El dictamen Fiscal analiza algunas

---

2° Las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme lo establecido por el artículo 737”. El Art. 1 del CPCCN ha sido transcripto más arriba.

<sup>65</sup> Art. 519 CPCCN: “Cuando en juicio se invocare la autoridad de una sentencia extranjera, ésta sólo tendrá eficacia si reúne los requisitos del artículo 517”.

cuestiones de fondo en virtud de que la legislación concursal argentina (arts. 32 y 200 LCQ<sup>66</sup>), exige que el acreedor que intenta la verificación de su crédito demuestre la causa del mismo, entendiendo en general la doctrina y la jurisprudencia que la existencia de sentencia firme contra la concursada o fallida no obsta al análisis de la causa del crédito.

81. Se discutió en el caso si el crédito invocado por la acreedora de Ucrania reconocido en el laudo arbitral, proveniente de la explotación de buques pesqueros otorgada a la fallida, podía ser reconocido cuando los buques se encontraban matriculados en Argentina, a nombre de la fallida, en virtud de una supuesta venta a favor de la deudora, lo que configuraría una evidente contradicción entre ambos negocios jurídicos. La Fiscal de Cámara entendió decisiva la falta de cuestionamiento en el proceso arbitral de los contratos de explotación de los buques por parte de la fallida y propició la declaración de que la venta de los buques era simulada. El juez de primera instancia había rechazado la verificación del crédito porque entendió que se trataba de una simulación ilícita, consistente en burlar las normas argentinas que prohíben trabajar en la zona de pesca argentina a buques de banderas extranjeras. El caso presentaba una interesante oportunidad para analizar si se habían violado normas de policía argentinas que pudieran obstar al reconocimiento del laudo y por ende a la verificación del crédito derivado de los contratos de explotación de los buques.

### **Tribunal Arbitral. Constitución.**

**Compromiso arbitral. Falta de otorgamiento. Acción judicial contra entidad administradora. Acción de amparo. Suspensión cautelar del proceso arbitral. Procedencia.**

CNCom, sala C, 11/03/2004, "Akzo Nobel Coating S.A. y otro c/ Cámara Argentina de Comercio s/ amparo", *ED*, t. 205, p.162 y ss, con comentario de J. A. ROJAS "Amparo al arbitraje", *ED*, t. 205, p 87 y ss.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Art. 32 LCQ: Solicitud de verificación. Todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios. La petición debe hacerse por escrito, en duplicado, acompañando los títulos justificativos con dos copias firmadas y debe expresar el domicilio que constituya a todos los efectos del juicio. El síndico devuelve los títulos originales, dejando en ellos constancia del pedido de verificación y su fecha. Puede requerir la presentación de los originales, cuando lo estime conveniente. La omisión de presentarlos obsta a la verificación.

Efectos. El pedido de verificación produce los efectos de la demanda judicial, interrumpe la prescripción e impide la caducidad del derecho y de la instancia. (...)

Art. 200 LCQ: "Período informativo. Individualización. Todos los acreedores por causa o título anterior a la declaración de quiebra y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios. La petición debe hacerse por escrito, en duplicado, acompañando los títulos justificativos con Dos (2) copias firmadas; debe expresar el domicilio que constituya a todos los efectos del juicio. El síndico devuelve los títulos originales dejando en ellos constancia del pedido de verificación y su fecha. Puede requerir la presentación de los originales cuando lo estime conveniente. La omisión de presentarlos obsta a la verificación.

Efectos. El pedido de verificación produce los efectos de la demanda judicial, interrumpe la prescripción e impide la caducidad del derecho y de la instancia. (...)

<sup>67</sup> El presente comentario se publicará en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*.

Directores Adriana Dreyzin de Klor y Diego P. Fernández Arroyo, Buenos Aires, Zavalía, 03.2005.

82. La sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial hizo lugar a una acción de amparo cuyo objeto era impugnar dos resoluciones de la Cámara Argentina de Comercio (CAC), como entidad administradora del arbitraje, dictadas durante la etapa de constitución del tribunal arbitral. Lamentablemente, la procedencia del amparo tuvo además como efecto paralizar el arbitraje internacional cuando el tribunal arbitral se encontraba constituido e instruyendo el proceso, ya que se hizo lugar a la medida cautelar y se ordenó la suspensión del trámite del proceso arbitral hasta tanto se resolviera el amparo. Se trataba de un arbitraje internacional iniciado ante la CAC por Pino Camby S.A., sociedad constituida y con domicilio en Argentina contra Akzo Nobel Coating S.A., sociedad también constituida y con domicilio en Argentina y contra dos sociedades extranjeras integrantes del grupo Akzo. Una de las resoluciones impugnadas por Akzo Nobel había sido dictada por el Director de Procedimientos y había dispuesto diferir todos los planteos deducidos por las partes para que fueran resueltos una vez que se constituyera el tribunal arbitral. La segunda, dictada por el Presidente de la Cámara Argentina de Comercio, había designado dos de los árbitros para integrar el Tribunal, ya que solamente la actora había propuesto el árbitro de su parte, las demandadas no habían nominado árbitro y tampoco existía acuerdo de las partes para designar al tercer árbitro.
83. Akzo Nobel Coating S.A. planteó el amparo para que se ordenara a la entidad administradora cumplir con lo dispuesto por el art. 5° del Reglamento de Arbitraje, pues entendía que de dicha norma surge que la designación de los árbitros debía ser efectuada luego de celebrado el compromiso arbitral. Según sostuvo, las decisiones en cuestión habían transgredido la norma reglamentaria y afectado su derecho de defensa y otros constitucionalmente amparados, por cuanto mediante ellas se habían designado los árbitros antes de otorgarse el compromiso. La juez de primera instancia rechazó liminarmente la acción de amparo y la Fiscal de Cámara Alejandra Gils Carbó opinó en forma coincidente que debía rechazarse el recurso de apelación. Sostuvo que la acción de amparo no era, en el caso, la única vía idónea para cuestionar los actos impugnados, ya que éstos podían y debían ser dirimidos en el marco del proceso arbitral. Agregó que la recurrente tendría también la posibilidad de ejercer la acción de nulidad contra el laudo arbitral prevista en el art. 771 del CPCCN.<sup>68</sup>
84. Por el contrario la CNCom. hizo lugar al amparo pues entendió que la acción judicial era la vía adecuada para “evitar el perjuicio que podría derivarse en el caso de no obtener un procedimiento emanado de un tribunal debidamente integrado ya que ello podría incluso comprometer la intangibilidad del derecho de defensa ante el propio tribunal arbitral, sobre todo al no haberse acordado los términos del compromiso con la firma del instrumento respectivo”. Interpretó que el recurso de nulidad que prevé el art. 760 CPCCN<sup>69</sup> no resultaba en la especie, una vía alternativa eficaz para evitar el perjuicio invocado por la parte. Resoluciones como la comentada no favorecen el fortalecimiento del arbitraje pues permiten que los planteos obstruccionistas de una de las partes logren paralizar el proceso arbitral. En el caso, ninguna de las partes había desconocido la competencia del Tribunal Arbitral de la Cámara Argentina de Comercio, pero la

<sup>68</sup> Ver más arriba la transcripción del artículo 771 CPCCN.

<sup>69</sup> En el caso correspondía la acción de nulidad del art. 771 del CPCCN por tratarse de un arbitraje de amigables componedores, como indicó la Fiscal de Cámara y no el recurso de nulidad del art. 760 del CPCCN (ver más arriba la transcripción del artículo) previsto para los arbitrajes de derecho. El Reglamento de la CAC entonces vigente contemplaba que en defecto de decisión en contrario de las partes, el arbitraje sería de amigables componedores.

introducción de cuestiones previas a la constitución del tribunal arbitral, que escapaban a las facultades del Director de Procedimiento de acuerdo al artículo 5 del Reglamento entonces vigente, obligaba a la institución administradora a la designación de los árbitros, para que estos pudieran decidir la cuestión.

85. En parte contribuyó a la desacertada resolución judicial la exigencia del compromiso arbitral que aún mantiene la legislación argentina, en el caso arts. 739 y 740 del CPCCN<sup>70</sup> y que estaba también previsto en el Reglamento de arbitraje entonces vigente de la Cámara Argentina de Comercio. Es cierto que una primera lectura del Reglamento puede hacer suponer que el compromiso arbitral debía otorgarse antes de la constitución del tribunal arbitral, pero un análisis más integrador del Reglamento, permite constituir el tribunal arbitral, para que éste pueda resolver cuestiones previas y diferir el otorgamiento del compromiso arbitral para el momento que las partes hayan presentado su demanda y contestación, como se ha resuelto en otros casos planteados ante la entidad administradora.

---

<sup>70</sup> Art. 739 CPCCN: “El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento”. Art. 740 CPCCN: “El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad:

1° Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes.

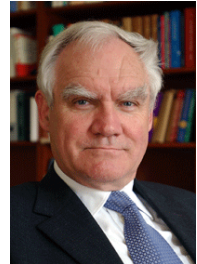
2° Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del artículo 743.

3° Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias.

4° La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso”.

## Breves

**Nuevo Presidente para la Corte internacional de arbitraje de la CCI.** Pierre Tercier, profesor en la Universidad de Friburgo, Suiza, ha sido electo como nuevo Presidente de la Corte internacional de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, en consideración de su amplia experiencia de arbitro internacional, académico y autor de varias obras. Profesor Tercier tomará posesión de su cargo como Presidente el primer de marzo de 2006.



**Salas especializadas para el arbitraje en los tribunales alemanes.** Después la famosa primera sala de la Corte de Apelación de París, de facto la sala para los casos sobre arbitraje, Alemania, con la voluntad de promoverse como un alto lugar del arbitraje, dio una competencia exclusiva a los Oberlandsgerichte (OLG), el equivalente de los tribunales federales de circuito, y promueve a sus tribunales organizar salas especializadas. Varios como Munich y Berlin ya tienen una sala única para los asuntos en relación con los procedimientos arbitrales y la nulidad/ejecución de laudos. Recientemente se agregó también el de Frankfurt con el fin de confirmar la ciudad como una plaza internacional (véase, *SchiedsVZ*, 2005.90). Tal movimiento es obviamente muy positivo y se puede desear que tenga también un eco en los países de América latina.

JAG

## Reseña

Para la multiplicación de las obras especializadas en materia de arbitraje, no es siempre fácil para el abogado general, ubicarse en la materia. De ahí la importancia de lo que llaman los americanos los “Desktop Reference”, obras que tienen únicamente por misión “guiar” al lector, en pocas palabras. El **Arbitration World** editado por J. William Rowley (327 páginas, Londres, European Lawyer, 2004) contiene una presentación sistematizada de las leyes de arbitraje en el mundo (cómo se elige el árbitro, cómo nulificar el laudo, etc. en los principales países de Europa, Asia, como también Estados Unidos, Argentina y México) con la colaboración de los despachos más prestigiados en la materia (Freshfields, Coudert Brothers, Ogilvy Renault, Von Woberser & Sierra, Cremades y Asociados, etc.).

La misma idea se encuentra en la **Guía práctica para el arbitraje internacional** (Graham-Leal-Isla-Tijerina, 332 páginas, Monterrey, México, Lazcano, 2005) en la cual se incluye en primer término el texto de un prototipo de reglamento de arbitraje con comentarios de los autores sobre aspectos prácticos y técnicos en torno a cada uno de los artículos de que se compone. Con esto se busca proporcionar elementos al lector para que pueda conocer o comprender mejor el contenido de las distintas figuras del procedimiento arbitral, como lo son la presentación de la demanda y su contestación, la designación del tribunal arbitral y la responsabilidad de éste, las características del laudo arbitral, entre otros tantos aspectos. Asimismo, se hace referencia expresa a los reglamentos y aranceles de algunas de las instituciones de arbitraje más conocidas a nivel mundial. La presentación organiza los reglamentos incluyendo en primera instancia los de las instituciones que pertenecen a los países del sistema romano-germánico, destacando la CCI, el CAM, la CANACO, entre otras, y posteriormente la AAA, la LCIA, entre otras, en cuanto al sistema de la *common law*.

Ambas obras están dirigidas a abogados y estudiantes de posgrado, así como a todos aquellos profesionistas interesados en desarrollar sus conocimientos sobre la reglamentación en materia de arbitraje internacional a nivel mundial.

---

*Do you want your book reviewed ? Please send a copy to:  
Quiere que se reseñe su obra? Mande una copia a:*

Prof. James A. Graham  
1899-3, RAFAEL VERGER  
64060 MONTERREY, NL  
MEXICO



## **REVISTA LATINOAMERICANA DE MEDIACION Y ARBITRJE**

### **Formato de Publicación**

- Lenguaje: Inglés, Francés, Español
- Fondo: Times New Roman 11
- Espacios: Espacio sencillo
- Notas a pie de página no notas finales
- No se usa el Bloq. Mayus
- Formato: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Párrafos: Todos los párrafos deben ser numerados continuamente
- Todos los manuscritos serán recibidos por el Comité Editorial.

correo a: [graham@med-arb.net](mailto:graham@med-arb.net)

### **Publication Format Guidelines**

- Language: English, French, Spanish
- Font: Times New Roman 11
- Spacing: Single lined
- Footnotes and no endnotes
- No caps lock
- File format: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Paragraphs: All the paragraphs must be numbered continuously.
- All the manuscripts will be reviewed by the Editorial Board.

Contributions have to be sent to: [graham@med-arb.net](mailto:graham@med-arb.net)

[www.med-arb.net](http://www.med-arb.net)