

## Arbitraje



### Doctrina

#### [Financiamiento de procesos arbitrales por terceros \("third party funding"\)](#)



*Julio César Rivera*

2

#### [La "renuncia al derecho a objetar" en el arbitraje](#)



*Roque J. Caivano*

6

#### [La cláusula arbitral en los contratos de adhesión y su interpretación a la luz de la jurisprudencia actual](#)



*Melisa Romero*



*Santiago L. Peña*



*Virtudes G. Chiaraluce*

7

## Doctrina

# Financiamiento de procesos arbitrales por terceros (“third party funding”)



**Julio César Rivera**

Socio honorario de Marval O'Farrell y Mairal. Profesor titular consulto de Derecho Civil (UBA). Profesor titular de Derecho Civil (Udesa). Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Bs.As. y de la International Academy of Comparative Law.

**SUMARIO:** I. Introducción: el porqué del tema.— II. Qué significan las expresiones “third party funding” y “third party funder”.— III. Diferentes formas de financiamiento.— IV. ¿Es frecuente la presencia de *third party funders* en los procedimientos arbitrales internacionales? Cuáles son las ventajas que acarrea el financiamiento por terceros.— V. Ventajas que acarrea el financiamiento por terceros.— VI. ¿Causa la financiación por terceros demandas frívolas?— VII. Cómo reaccionan las legislaciones frente a este fenómeno.— VIII. Principales cuestiones que causa el financiamiento por terceros.— IX. Conclusiones.

## I. Introducción: el porqué del tema (\*)

Los costos de los procesos judiciales y arbitrales siempre han sido elevados; y mucho más cuando esos procesos son “internacionales”, esto es, se desarrollan entre partes que tienen domicilios en distintos países o que por alguna razón están obligados a litigar en jurisdicciones que les son ajenas. Esto es particularmente evidente en el ámbito del arbitraje comercial, pues las partes de los contratos suelen elegir sedes de un potencial arbitraje en países que han adquirido prestigio para serlo. Y en el caso del arbitraje de inversión la sede se encuentra —generalmente— en Washington DC. De modo que se suman costos de traslado, estadías, contratación de abogados de la jurisdicción, etc.

Obviamente ese incremento de los costos asociados al litigio internacional opera como un obstáculo muchas veces insalvable; de allí que haya renacido una práctica originada hace siglos en Inglaterra —el *champerty*— que consiste en que un tercero ajeno al conflicto asuma los costos del proceso a cambio de una participación en su resultado.

Esta práctica se ha extendido de tal manera que —como veremos— tanto los reglamentos de arbitraje de varias instituciones como la legislación de algunos países han debido hacerse eco, incorporando normas relacionadas con ella (1).

Es que la presencia de ese tercero ajeno al conflicto genera múltiples cuestiones, relacionadas con la jurisdicción del tribunal arbitral cuando el sujeto actor ha cedido total o parcialmente sus derechos sobre el resultado del caso, con los posibles conflictos de intereses causados por la presencia de un tercero que no es parte, pero que en definitiva viene a ser el beneficiario de su resultado, con las responsabilidades que asume ese tercero en materia de costas, etc.

Al estudio de las cuestiones conflictivas y a cómo se las encara desde la legislación, la reglamentación y la jurisprudencia, dedicaremos las páginas que siguen.

## II. Qué significan las expresiones “third party funding” y “third party funder”

El Informe del Grupo de Trabajo *International Council for Commercial Arbitration*

*Queen Mary* sobre financiación de terceros en arbitraje internacional (abril 2018) dice que la financiación de terceros normalmente identifica un acuerdo entre una entidad que no es parte en la disputa para financiar los costos de un procedimiento en el que es parte el otro sujeto de ese acuerdo, incluida su representación legal y honorarios del tribunal arbitral, a cambio de un rendimiento financiero que depende del resultado de la disputa (2).

Pero tal definición es insuficiente en, al menos, un aspecto, que es el ámbito en que se desarrolla esta práctica, pues el financiamiento por terceros no se limita al arbitraje internacional, sino que se extiende a los procesos judiciales y a otros ámbitos. Es obviamente conocido por todos el caso seguido contra la República Argentina ante los tribunales judiciales de Nueva York causado en la expropiación de las acciones de YPF, en el que son actoras las quiebras de compañías españolas financiadas por una entidad que se dedica profesionalmente a esta actividad.

De allí que puede considerarse más apropiada la noción que aparece en el *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, que lo define así: *financiamiento por terceros* significa cualquier financiamiento proporcionado por una persona física o jurídica que no es parte en la disputa, pero que celebra un acuerdo con una parte en la disputa para financiar parte o la totalidad del costo del procedimiento, ya sea a través de una donación o subvención o a cambio de una remuneración dependiendo del resultado de la disputa (3).

De lo que resulta que los elementos tipificantes son:

- que es un contrato;
- entre quien es parte de una disputa y quien no lo es;
- por el cual el que no lo es se obliga a financiar total o parcialmente los costos de esa disputa;
- a cambio de un rendimiento financiero;
- que depende del resultado del caso.

existen otras múltiples áreas en las que se practica. Lo mismo afirma una Resolución del Parlamento Europeo, la que indica también que su utilización se extiende a ámbitos como el arbitraje, los procedimientos de insolvencia, la recuperación de inversiones, las demandas antimonopolio, las acciones colectivas y otros: Resolución del Parlamento Europeo, 13/9/2022 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada responsable de los litigios, disponible en <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/>

De todos modos se suele decir que es difícil aprehender la noción en una sola definición, porque los intereses económicos de los involucrados pueden distribuirse en distintas formas y medidas. Así lo veremos seguidamente cuando exponamos las múltiples vías por las cuales se puede encauzar el financiamiento.

Y ello se evidencia con solo recurrir a la noción de *third party funder* que da el mismo informe ICCA-Queen Mary. Para este informe la expresión “tercero financiador” comprende a cualquier persona física o jurídica que no sea parte en la disputa y no sea el asesor legal de una parte, pero que celebra un acuerdo con una parte, un afiliado de esa parte o una oficina de abogados que representa a esa parte: con el fin: a) de proporcionar apoyo material o para financiar parte o la totalidad del costo del procedimiento, ya sea individualmente o como parte de una gama específica de casos; y b) dicho apoyo o financiamiento se proporciona a través de una donación, subvención o a cambio de una remuneración o reembolso que dependa total o parcialmente del resultado del litigio.

De esta última noción destacamos en primer lugar que la noción de tercero financiador *no* comprende a los abogados de parte; lo cual también es opinable, pues en los hechos los abogados pueden financiar a sus clientes con acuerdos *pro bono* o de honorarios de éxito (*contingency or conditional fees*) (4). Lo que sucede es que la financiación por los abogados a través de estos medios no causa los principales problemas que se originan cuando la financiación es provista por un tercero ajeno; estos problemas son, como veremos más adelante, el conflicto de intereses con los árbitros, si la presencia del financiador reemplazando o coadyuvando con el financiado afecta la jurisdicción del tribunal y cuál es el grado de involucramiento que el tercero puede tener en la conducción del procedimiento. Ello así, pues los abogados no reemplazan a su cliente, lo cual excluye cualquier controversia sobre la jurisdicción; ni agregan nada nuevo en materia de conflicto, ya que obviamente los árbitros han debido informar si existen relaciones con los abogados de las partes que afecten su imparcialidad o independencia y por supuesto están directamente involucrados en la estrategia legal desarrollada en el procedimiento.



## ¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. El financiamiento por terceros normalmente identifica un acuerdo entre una entidad que no es parte en la disputa para financiar los costos de un procedimiento en el que es parte el otro sujeto de ese acuerdo, incluida su representación legal y honorarios del tribunal arbitral, a cambio de un rendimiento financiero que depende del resultado de la disputa.

2. El crecimiento del financiamiento por terceros se debe sin duda a las ventajas que acarrea para quien recurre a ella. Los costos legales, cada vez más altos, son un obstáculo para el acceso a la justicia arbitral o estatal que se supera con este financiamiento por terceros.

3. Si bien el criterio generalizado es que el financiamiento por terceros facilita el acceso a justicia, lo cierto es que a la vez causa nuevos potenciales conflictos, ya que en definitiva hay un nuevo sujeto que aparece en el contexto del proceso, que no es parte en él pero que tiene interés en su resultado.

4. Uno de los temas que aparece a consecuencia de estos acuerdos es cuál es el grado de involucramiento que el tercero financiador puede asumir en el proceso.

5. Un tema propiamente jurídico es cuál es la ley aplicable al contrato de financiamiento. La respuesta es difícil cuando lo que se financia es un procedimiento de arbitraje internacional en el que las partes del acuerdo pueden tener distintos domicilios, el arbitraje se desarrolla en una sede ajena a esos domicilios y el acuerdo en sí muchas veces se suscribe estando las partes en distintos lugares.

Y en la práctica la financiación por terceros hoy proviene de proveedores comerciales, fondos de capital de riesgo, filiales bancarias y, en los últimos años, de empresas —algunas cotizantes— dedicadas exclusivamente al negocio del financiamiento de litigios (5).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Comunicación del académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de octubre de 2023.

(1) Este estudio está limitado a la financiación de procesos arbitrales; pero ello no implica desconocer que existe también financiamiento de procesos judiciales, y más aún en algunos países —Australia, Estados Unidos— es frecuente el financiamiento de *class actions*, lo que es fuente de otras múltiples cuestiones; y que

TA-9-2022-0308\_ES.html

(2) Véase el [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Third-Party-FundingReport%20.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-FundingReport%20.pdf)

(3) *Third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enter into an agreement with a disputing party in order to finance part or all the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute.* Publicado en el

*Official Journal of the European Union* el 14/1/2017, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&rid=5](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&rid=5)

(4) BLACKABY, Nigel - WILBRAHAM, Alex, “Third-Party Funding in Investment Treaty Arbitration”, en *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, Second Edition Edited by Katia Yannaca-Small, núm. 26.17.

(5) KANTOR, Mark, “Third-Party Funding in international Arbitration: An Essay About New Developments”,

### III. Diferentes formas de financiamiento (6)

El financiamiento por terceros puede asumir formas muy variadas. La más común es la que aparece descrita en la definición que ya hemos expuesto, esto es, el financiador asume los costos del proceso teniendo como expectativa una participación en su resultado. Y ello lo hacen a través de distintas alternativas que incluyen, además de la forma ordinaria que hemos descrito, la monetización antes o después del laudo que implica la sustitución lisa y llana del demandante, ya que comprende la compra del crédito (7).

Pero existen otras. Una de ellas son los seguros y ello también bajo distintas figuras. Es común que se aseguren ciertos “riesgos políticos” como la expropiación de un activo; si ello sucede, el asegurador puede asumir cierto control del reclamo que el asegurado haga contra el Estado expropiante y adquiera derechos derivados del éxito del reclamo. Otras posibilidades son las cláusulas denominadas BTE (*before the event*) y ATE (*after the event*) que cubren costos legales en una disputa posible (cláusula BTE) o en una ya existente (cláusula ATE); como el asegurador es remunerado con la prima, no recibe una participación del resultado del proceso y no tiene ningún control sobre su conducción.

La donación sin tener interés en el resultado del caso aparece *prima facie* como un producto de una imaginación tropical; pero lo cierto es que existe. Así, en un caso seguido por Philip Morris contra la República Oriental del Uruguay fue financiada por Bloomberg Foundation en el marco de la “Campaign for Tobacco-Free Kids”.

Algunas formas todavía más complejas y poco frecuentes son la financiación a través de la capitalización de la sociedad titular del reclamo; y en los EE.UU. existe la posibilidad de financiar a sujetos que se encuentren bajo el procedimiento de insolvencia del *chapter 11* de la ley de bancarrotas, supuesto en que el financiador puede beneficiarse de un privilegio sobre los créditos preexistentes.

### IV. ¿Es frecuente la presencia de *third party funders* en los procedimientos arbitrales internacionales? Cuáles son las ventajas que acarrea el financiamiento por terceros

En una sentencia inglesa de 2016 el juez —Lord Tomlinson— dijo “La financiación por terceros es una característica de los litigios modernos” (8).

Y en el reiteradamente citado informe del ICCA-Queen Mary (2018) se lee: “Las formas modernas de “financiación por terceros” ya no son nuevas para el arbitraje internacional. En los últimos años se ha visto un aumento en la cantidad de financiadores

externos, la cantidad de casos financiados, la cantidad de firmas de abogados que trabajan con financiadores externos y la cantidad de casos reportados que involucran cuestiones relacionadas con la financiación. Al mismo tiempo, el arbitraje internacional se utiliza cada vez más no solo para disputas entre partes comerciales, sino también para disputas entre Estados y partes comerciales, y en arbitrajes entre Estados (9).

### V. Ventajas que acarrea el financiamiento por terceros

**El crecimiento del financiamiento por terceros se debe sin duda a las ventajas que acarrea para quien recurre a ella. Los costos legales, cada vez más altos, son un obstáculo para el acceso a la justicia arbitral o estatal que se supera con este financiamiento por terceros. Suele decirse que fue el filósofo Jeremy Bentham el primero que reaccionó contra la criminalización del *champerty* afirmando que era un impedimento para el acceso a la justicia.**

Además, sirve para equiparar —al menos en cierta medida— las armas de que dispone cada parte. En efecto, algunas compañías o personas físicas enfrentan procesos contra sujetos frente a los cuales la desproporción es notoria e insuperable, lo cual implica que mientras una parte puede contratar abogados y expertos sin límites presupuestarios, la otra tiene posibilidades mucho más acotadas. Incluso los Estados pueden estar en esta situación de desventaja, pues muchos países no pueden destinar grandes sumas de dinero para llevar adelante procesos que duran años. La ya citada *Resolución* del Parlamento Europeo considera que la financiación por terceros podría utilizarse más a menudo como herramienta para apoyar el acceso a la justicia en países en que los costos legales son muy elevados o para las mujeres y los grupos marginados... (10).

**También se suele apuntar que si un tercero acepta financiar un caso es porque entiende que el caso es viable.**

**Frente a estas ventajas algunos autores han señalado su preocupación por la posibilidad de que den lugar a demandas infundadas o por montos inflados. Es lo que en el derecho anglosajón se identificaba como *barratry* (11), y lo analizamos seguidamente.**

### VI. ¿Causa la financiación por terceros demandas frívolas?

Una de las objeciones que se suele plantear a este fenómeno es que puede inducir a presentar demandas infundadas o por sumas exageradas.

Sobre esto hay dos puntos de vista: están los que afirman que el *due diligence* que

hace el financiador elimine esa posibilidad, porque nadie está dispuesto a arriesgar su dinero en una demanda que carece de posibilidades de éxito; y otros dicen exactamente lo contrario, que es cuestión de balancear el riesgo de la inversión con las posibilidades de éxito y que en definitiva toda demanda encuentra “su precio”.

Los financiadores suelen afirmar que hacen un *due diligence* muy exhaustivo de cada caso antes de asumir el riesgo; Kantor transcribe un párrafo de uno de los más activos agentes del mercado en el que define su política diciendo que “los procesos de evaluación y *due diligence* de... (nombre del financiador)... tratan de eliminar el máximo riesgo posible del proceso de inversión mediante un sólido análisis de los factores de riesgo empresarial, económico y jurídico para identificar los casos que pueden monetizarse por su valor razonable de manera oportuna y eficaz. El proceso de suscripción se centra no solo en los fundamentos jurídicos, sino también en todo el contexto empresarial de la reclamación. En última instancia... (nombre del financiador)... trata de invertir en casos que puedan resolverse en un plazo razonable” (12). Y por ello se afirma que en la práctica las empresas financiadoras financian un mínimo porcentaje de las demandas que se les ofrecen.

Por su parte, los críticos de la financiación por terceros sostienen que algunos financiadores incitan a demandar; que desincentiva los acuerdos una vez presentada la demanda, porque el actor sabe que puede seguir “gastando” en abogados y expertos; en definitiva aumenta la posibilidad de que haya litigios abusivos. Esta posición la sostienen sectores empresarios, especialmente en países donde el financiamiento se extiende a las acciones colectivas.

### VII. Cómo reaccionan las legislaciones frente a este fenómeno

En muchas instituciones encontramos diferentes aproximaciones de los derechos anglosajón y del *civil law*; pero en pocos casos la diferencia de enfoque era tan notoria como con la posibilidad de que un tercero financie el proceso seguido por otro sujeto.

Es que el derecho inglés criminalizaba la financiación por terceros, bajo las formas del “*maintenance*” y el “*champerty*”. La primera expresión alude a quien no siendo parte del conflicto asiste a una de ellas para mantener el litigio (*to maintain litigation*) proveyendo, por ejemplo, asistencia financiera. *Champerty* es una forma de *maintenance* en la cual el tercero paga o asume el costo del litigio a cambio de una participación en su resultado (13); esto es lo que hoy llamamos “*third party financing*” (14).

(16) En el original: *undermine competitors paying their tenants to sue them*.

(17) En la edad media las cortes inglesas desarrollaron las doctrinas del *maintenance*, *champerty* and *barratry* para proteger el sistema judicial de estos abusos. Los países del *civil law* nunca conocieron estas doctrinas y por el contrario siempre fue válido el pacto de cuotalitis. Ver: “A brief history of litigation finance...”, citado.

(18) “Third party funding provides an additional means of funding litigation and, for some parties, the only means of funding litigation. Thus third party funding promotes access to justice”. *Jackson Report*, 2009, citado por BLACKABY - WILBRAHAM, ob. cit., núm. 26.05.

(19) Massachusetts Supreme Judicial Court, en “*Saladini vs Righellis*”, 1997, citado por BLACKABY, nota 13.

(20) Transcripto en “A brief history...”, citado.

(21) LEE WING YUN, Irene, “In review: third party litigation funding in Hong Kong”, disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a1afe95b-0aed-432e-842b-3383d6d5a872#:~:text=Third%20party%20funding%20of%20most,limited%20exceptions%20as%20discussed%20below.&text=Following%20the%20amendment%20in%202017,of%20>

Ahora bien; los tribunales ingleses desarrollaron la doctrina del *maintenance and champerty* para calificarlos como crímenes, pues era una forma en que los barones feudales socavaban (15) a los competidores pagando a sus inquilinos para demandarlos (16) (17).

Ese enfoque de los tribunales ingleses ha sido abandonado; de hecho en Inglaterra *maintenance* y *champerty* no son un crimen ni un acto ilícito (*crime or tort*) desde la aprobación de la *Criminal Law Act* de 1967. Y ha sido sustituido por un punto de vista totalmente opuesto; un informe concluye que “La financiación de terceros proporciona un medio adicional de financiar litigios y, para algunas partes, es el único medio de financiar litigios. Así, la financiación de terceros promueve el acceso a la justicia” (18). En los EE.UU. las normas sobre *champerty* fueron derogadas o anuladas por los tribunales (19); en Australia también fueron derogadas a partir de la *New South Wales’s 1993 Maintenance, Champerty and Barratry Abolition Act*, la que expresamente establece que esas prácticas no violan ninguna norma, y por ello no deben ser tratadas como contrarias al orden público o ilegales (20).

Actualmente en el Reino Unido la financiación se autorregula mediante un código de conducta voluntario administrado por la *Association of Litigation Funders of England and Wales* (ALF).

Correlativamente se advierte que algunas legislaciones sobre arbitraje han ido asumiendo la realidad del financiamiento por terceros; y más aun el reconocimiento de esta práctica es presentado como un modo de confirmar que son sedes confiables para los arbitrajes comerciales internacionales. Tales son los casos de Hong Kong (2017) (21) y Singapur (2017) (22).

Y como hemos visto ya, la misma Unión Europea está propiciando acciones para regular su utilización en el ámbito de las acciones colectivas, en este caso para asegurar que la retribución del financiador sea adecuada y no se convierta en una expropiación de los demandantes (23).

En los países del *civil law* la recepción del financiamiento por terceros ha sido más simple, pues el pacto de cuotalitis o la cesión de derechos sobre un proceso siempre fueron negocios lícitos. Por ello en Alemania la primera empresa dedicada al financiamiento nació a finales de los ‘80; en Francia las cortes decidieron que los contratos de financiamiento de procesos eran ejecutables, aunque fueran conceptualmente ajenos al derecho francés. Y en general prima la idea de que estos acuerdos facilitan el acceso a justicia (24) y su existencia y eficacia ha sido asumida por la misma Unión Europea, que

ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 30, Number 3, Fall 2015, p. 66.

(6) En el punto seguimos la información que proporcionan BLACKABY - WILBRAHAM, ob. cit., núm. 26.15 y ss.

(7) V. KANTOR, Mark ob. cit., ps. 70/71.

(8) London Court of Appeal, “*Excalibur*”, 18/11/2016.

(9) El original: *Modern forms of “third-party funding” are no longer new to international arbitration. Recent years have seen an upsurge in the number of third-party funders, the number of funded cases, the number of law firms working with third-party funders, and the number of reported cases involving issues relating to funding. At the same time, international arbitration is increasingly used not only for disputes among commercial parties, but also disputes between states and commercial parties, and in state-to-state arbitrations.*

(10) Cabe aclarar que la Resolución aludida se dirige fundamentalmente a la financiación de “injunctive and compensatory collective redress”.

(11) En los antiguos libros de derecho “*barratry*” se definía como “una irritante provocación de disputas o incitación a entablar demandas”. También identificaba a las

demandas frívolas, presentadas para intimidar o vengarse de un oponente, o simplemente para obtener dinero. Con más precisión se dice que “*barratry*” es un término legal que describe un acto ilegal mediante el cual un abogado instiga una disputa o fomenta la presentación de una demanda que de otro modo sería frívola, con el fin de beneficiarse de los honorarios legales. “*Barratry*” generalmente implica la presentación de un reclamo infundado para recibir el pago de los clientes.

(12) KANTOR, Mark, ob. cit., p. 72.

(13) Fuente: *A brief history of litigation finance. The cases of Australia and the United Kingdom*, Harvard Law School Center on the Legal Profession, disponible en <https://clp.law.harvard.edu/knowledge-hub/magazine/issues/litigation-finance/a-brief-history-of-litigation-finance/>

(14) En el caso de las quiebras españolas contra la República Argentina ante los tribunales judiciales de los EE.UU., las actoras celebraron un contrato de “*champerty*” con el financiador.

(15) El verbo está usado aquí en su segunda acepción: “Debilitar algo o a alguien, especialmente en el aspecto moral”.

arbitration%20is%20Hong%20Kong.

(22) El 10 de enero de 2017 el Parlamento de Singapur aprobó enmiendas a la Ley de Derecho Civil que legalizaron la financiación por terceros en el arbitraje internacional, afirmándose que ello era una necesidad para mantener el prestigio de Singapur como sede de arbitrajes internacionales: v. Olivia de Patoul, *The Third Party Litigation Funding Law*. Review: Singapore, disponible en <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/singapore>. En el mismo comentario se advierte que la ley fue modificada en 28/6/2021, ampliando la lista de casos en los que puede usarse esta financiación por terceros.

(23) En esta orientación la Resolución destaca que “...según los datos disponibles, los financiadores de litigios pueden exigir, en algunos estados miembros, una parte desproporcionada de los ingresos que supera los rendimientos típicos de otros tipos de inversiones...”.

(24) En los considerandos de la Resolución de la Unión Europea se indica que “...el número de financiadores de litigios es difícil de determinar, y que se sabe que al menos 45 de ellos operan en la Unión...”.

pretende alcanzar una regulación al menos para cuando se la usa para acciones colectivas.

En Argentina alguna voz se ha alzado cuestionando estos acuerdos. Así el ex Procurador del Tesoro, Saravia Frías, afirma que "...el financiamiento de un litigio por un tercero ajeno a la relación bilateral y con un interés que no necesariamente es la justicia desafía las bases del sistema, porque tergiversa el desarrollo de un juicio doblemente: el actor es reemplazado (en todo o en parte) y se desplaza la causa del reclamo por una perspectiva de lucro. El financiamiento por terceros afecta la consistencia de los dos principios más importantes del duelo reglado que es un juicio: la buena fe y el debido proceso" (25).

Los argumentos de Saravia Frías son frágiles si con ellos se pretende fundar una supuesta invalidez. Que el actor sea reemplazado no es algo ilícito ni contrario a la moral y buenas costumbres; cualquiera que tiene un crédito —litigioso o no— puede cederlo a otro por un precio. Y que desplace la causa del reclamo por una perspectiva de lucro es por lo menos ingenuo: en muchísimos pleitos —judiciales o arbitrales— alguna o todas las partes tienen la expectativa de ganar algo; y eso es perfectamente legítimo: el lucro no es inmoral per se.

Por lo demás, el mismo autor debe reconocer que "Financiar a quien no tiene los recursos para reclamar puede ser legítimo, incluso si el *third-party funder* busca exclusivamente una ganancia". Y por ello su ponencia final no es prohibir o invocar la nulidad de tales convenios, sino que "es menester y oportuno regular el mercado de TPF" afirmación con la cual se puede estar perfectamente de acuerdo (26).

En definitiva, es nuestra opinión que como principio debe afirmarse que tales acuerdos no contienen una causa final ilícita que pudiera invalidarlos; por ello sostenemos que —como regla— los acuerdos de financiación por terceros son tan eficaces como los convenios por los cuales los abogados acuerdan honorarios de éxito o como los contratos de cesión de créditos litigiosos (art. 1618 CCyC) (27).

Finalmente, otra evidencia de la inserción del tema en la realidad del arbitraje es que numerosos reglamentos arbitrales ya contienen previsiones sobre la materia. Por ejemplo el de la CCI a partir de la revisión de 2021 y el del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (2023).

Haremos referencia a las legislaciones nacionales y reglamentos de las instituciones al

(25) SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "Financiamiento de litigios por terceros o third-party litigation funding. Por un nuevo paradigma post COVID-19", TR LALEY AR/DOC/1954/2020.

(26) Aunque limitado al financiamiento de acciones colectivas, la regulación es el objetivo de la Resolución de la Unión Europea del 13/9/2022 que hemos citado en varias oportunidades.

(27) Cabe tener en cuenta que este precepto requiere que el contrato de cesión de créditos litigiosos se extienda por escritura pública; formalidad que es obviamente *ad probationem*, pero que es relevante para su eficacia frente a terceros, en particular otros acreedores del demandante financiado.

(28) A.1. A party and/or its representative should, on their own initiative, disclose the existence of a third-party funding arrangement and the identity of the funder to the arbitrators and the arbitral institution or appointing authority (if any), either as part of a first appearance or submission, or as soon as practicable after funding is provided or an arrangement to provide funding for the arbitration is entered into. A.2. Arbitrators and arbitral institutions have the authority to expressly request that the parties and their representatives disclose whether they are receiving support from a third-party funder and, if so, the identity of the funder.

tratar los temas conflictivos que plantea este financiamiento por terceros.

#### VIII. Principales cuestiones que causa el financiamiento por terceros

Si bien el criterio generalizado es que el financiamiento por terceros facilita el acceso a justicia, lo cierto es que a la vez causa nuevos potenciales conflictos, ya que en definitiva hay un nuevo sujeto que aparece en el contexto del proceso, que no es parte en él pero que tiene interés en su resultado.

Así, en el ámbito del arbitraje —tanto comercial como de inversiones— el primer tema que emerge necesariamente es el de posibles conflictos de intereses con los árbitros; estos ya no solo tendrían que denunciar los vínculos que puedan haber tenido con las partes y con sus abogados, sino también con ese nuevo sujeto, el tercero financiador.

Pero claro que para que ese tema emerja a la luz, es necesario que se conozca que existe ese acuerdo de financiación. Por ello, previo a todo otro tema aparece el de la posible obligatoriedad de la denuncia por las partes de la existencia de un acuerdo con un tercero. Y, de ello deriva, cuál es la extensión de ese deber de revelación.

Y si bien las leyes y los reglamentos no solo han dejado de criminalizar el *champerity*, sino que lo aceptan como una acción que no afecta el orden público (*public policy* en el derecho anglosajón), una cuestión que resulta aún conflictiva es cuál es el grado de involucramiento que el tercero puede tener en el procedimiento.

Otra cuestión es la posible responsabilidad del tercero financiador por los costos del proceso para el supuesto de que la parte financiada sea derrotada.

En el ámbito del arbitraje de inversiones un tema que se ha planteado recurrentemente es el de la jurisdicción del tribunal cuando el actor es acompañado o lisa y llanamente reemplazado por el financiador. Sabido es que en ese sistema solo está legitimado para actuar un sujeto amparado por un tratado; cuando a ese sujeto se suma otro de nacionalidad distinta o, peor aún, cuando en los hechos el legitimado original es sustituido por el financiador, la cuestión que aparece es si el tribunal de arbitraje de inversiones conserva jurisdicción.

##### VIII.1. El deber de divulgación

Como acabamos de decirlo una de las cuestiones que emergen de la existencia de una *third party funding* es si resulta exigible (o no) la divulgación del acuerdo con

(29) DE BRABANDERE, Eric - LEPELTAK, Julia, "Third-Party Funding in international Investment Arbitration", *ICSID Review*, vol 27, núm. 2,, 2012, a partir de pág. 379, en particular p. 394.

(30) Reglamento CCI Art. 11.7: Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.

(31) Reglamento CIAM: Art. 23. Financiación del arbitraje 1. En el caso de que cualquiera de las partes cuente con la financiación de un tercero en todo o parte del procedimiento, deberá poner esta circunstancia y la identidad del tercero en conocimiento del tribunal, la parte contraria y el Centro tan pronto como se produzca esa financiación. 2. Sujeto a las normas sobre secreto profesional que puedan ser aplicables, el tribunal podrá pedir a la parte financiada por un tercero que revele la información que considere oportuna sobre dicha financiación y sobre la entidad financiadora.

(32) La nueva regla encuentra su fuente en decisiones

el financiador. En el reiteradamente citado informe ICCA - Queen Mary se dice expresamente que las partes deberían informar *espontáneamente* la existencia de este tipo de acuerdos, precisando la extensión de tal información (28), aunque en los hechos es común que los acuerdos de financiamiento contengan cláusulas de confidencialidad (29). También las Directrices de la IBA en materia de conflicto de intereses en el arbitraje internacional se ocupan del tema; en la Regla General 6 (b) dispone: *Si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte.*

Y la Regla 7 dispone que "Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se emita en el arbitraje. Cada parte informará a iniciativa propia lo antes posible".

En la misma línea de manifiestan los reglamentos de los principales centros administradores de arbitrajes comerciales internacionales.

Así, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur fue el primero; en sus Reglas de Arbitraje de Inversiones atribuye al Tribunal arbitral el poder de ordenar la divulgación de la existencia y, cuando corresponda, los detalles del interés del tercero financiador y si ha aceptado ser responsable de los costos adversos (Regla 24(1)). También emitió una Nota Práctica sobre la conducta de los árbitros que aclaraba que los árbitros deberían solicitar la divulgación de la participación de financiadores externos.

El Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) ha adoptado un enfoque similar. Sus reglas de arbitraje requieren que las partes financiadas revelen la existencia de un acuerdo de financiación, la identidad del financiador y cualquier cambio posterior a dicha información.

El Reglamento de la CCI también prevé la divulgación de acuerdos de financiación;

de tribunales arbitrales que habían impuesto la denuncia de la existencia e identidad de terceros financiadores: en "Guaracachi America Rurelec vs Bolivia", PCA case 2011-17 (2013); "Muhammet Cap...vs Turkmenistan", Ciadi Case SSB/12/6 (2015).

(33) Reglamento CIADI, Regla 14 Notificación de financiación de terceros (1) Una parte deberá presentar una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero del cual la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la continuación o defensa del procedimiento a través de un donación o subvención, o a cambio de una remuneración que dependa del resultado del procedimiento ("financiación de terceros"). Si el tercero que proporciona el financiamiento es una persona jurídica, el aviso incluirá los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan esa persona jurídica. (2) Una parte deberá presentar la notificación mencionada en el párrafo (1) al Secretario General al registrar la Solicitud de arbitraje, o inmediatamente después de concluir un acuerdo de financiación con un tercero después del registro. La parte notificará inmediatamente al Secretario General cualquier cambio en la información contenida en la notificación. (3) El Secretario General transmitirá la notificación de financiación de terceros y cualquier notificación de cambios a la información

ello apareció como resultado de las revisiones realizadas en 2021 (Artículo 11, apartado 7) (30). Lo mismo hacen las Reglas del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) (31).

Y a partir del 1 de julio de 2022, también lo hacen las Reglas del CIADI (32). En el número 14 bajo el acápite Notificación de financiación de terceros, dice: "(1) Una parte deberá presentar una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero del cual la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la continuación o defensa del procedimiento a través de un donación o subvención, o a cambio de una remuneración que depende del resultado del procedimiento ("financiación de terceros"). Si el tercero que proporciona el financiamiento es una persona jurídica, el aviso incluirá los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan esa persona jurídica...". La norma continúa con otros deberes adicionales como la obligación de informar cualquier cambio en los datos proporcionados (33).

##### VIII.2. El alcance de la divulgación

El informe ICCA - Queen Mary dice explícitamente que "la existencia del convenio de financiación no está amparado por ningún privilegio", pero sí pueden estarlo sus términos y lo mismo la información que se dio acerca del caso (34).

Por su parte los Reglamentos arbitrales más conocidos contienen disposiciones no necesariamente coincidentes.

Así, el Reglamento CCI 2021, al que ya hemos aludido, impone solo la obligación de informar la *existencia e identidad* del tercero con el que se haya celebrado el acuerdo para la financiación de la demanda o defensa. Por otra parte, y como lo desarrollamos poco más adelante, en este Reglamento la obligación de revelar la existencia del financiador está dirigida a *asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3)*. Las cargas impuestas a los árbitros en los arts. 11 (2) y 11 (3) se relacionan con la denuncia de posibles conflictos de intereses que pudieren afectar su imparcialidad e independencia.

En cambio el Reglamento CIAM al deber de informar la existencia e identidad del financiador agrega: *Sujeto a las normas sobre secreto profesional que puedan ser aplicables, el tribunal podrá pedir a la parte financiada por un tercero que revele la información que considere oportuna sobre dicha financiación y sobre la entidad financiadora.*

contenida en dicha notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto para su nombramiento o designado en un procedimiento con el fin de completar la declaración de árbitro requerida. por la Regla 19(3) (b). (4) El Tribunal podrá ordenar la divulgación de más información sobre el acuerdo de financiación y el tercero que proporciona la financiación de conformidad con la Regla 36(3).

(34) Informe ICCA -. Queen Mary: *The existence of funding and the identity of a third-party funder is not subject to any legal privilege. B.2. The specific provisions of a funding agreement may be subject to confidentiality obligations as between the parties, and may include information that is subject to a legal privilege; as a consequence, production of such provisions should only be ordered in exceptional circumstances. B.3. For information that is determined to be privileged under applicable laws or rules, tribunals should not treat that privilege as waived solely because it was provided by parties or their counsel to a third-party funder for the purpose of obtaining funding or supporting the funding relationship. B.4. If the funding agreement or information provided to a third-party funder is deemed to be disclosable, the tribunal should permit appropriate redaction, or take other appropriate measures, and limit the purposes for which such information may be used.*

En los hechos los tribunales arbitrales son muy cautelosos a la hora de requerir información sobre la financiación por terceros. Según Blackaby y Wilbraham en el ámbito de arbitrajes de inversión la regla ha sido limitarse a pedir datos sobre la existencia del financiador y su identidad. Solo excepcionalmente y por razones fundadas se ha pedido la exhibición del acuerdo (35); en algún caso porque el demandante había incumplido una orden anterior del tribunal relacionada a una garantía sobre costos (*security for costs*) (36).

VIII.3. ¿La existencia de estos acuerdos tiene algún efecto sobre los deberes de los árbitros?

En su guía sobre la divulgación de conflictos para árbitros, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI abordó la cuestión y así la financiación de terceros pasó a ser una de las circunstancias que los árbitros deberían considerar revelar como un conflicto potencial (37). Ello ha quedado consagrado también en el Reglamento de Arbitraje: en su versión 2021 este dispone que, a fin de que los árbitros puedan satisfacer adecuadamente su deber de revelar cualquier circunstancia que pudiere afectar su independencia o imparcialidad, cada parte debe informar la existencia e identidad de cualquier tercero con el que haya celebrado un acuerdo para la financiación del procedimiento. Se aplican por lo tanto los mismos criterios que a lo largo de los años se han consolidado sobre conflictos de interés de los árbitros con las partes y demás sujetos intervinientes en los procedimientos arbitrales y que en gran medida quedaron expresados en las directivas de la IBA.

VIII.4. Grado de involucramiento del tercero

Uno de los temas que aparece a consecuencia de estos acuerdos es cuál es el grado de involucramiento que el tercero financiador puede asumir en el proceso.

En 2002 la England and Wales Court of Appeals sostuvo que el orden público (*public policy*) no era afectado por los acuerdos de financiación y que por ello el argumento de *public policy* no era necesariamente suficiente para hacer caer tales acuerdos. Pero la misma Corte en 2005 encontró que “este tipo de financiación debe dejar al demandante como principal interesado en el resultado del litigio y como parte que controla el proceso. En otras palabras, el financiador no puede tomar las riendas del caso: el cliente debe conservar el control” (38).

Y en 2012 la ALF of England and Wales dio a conocer el Código de Conducta al que nos hemos referido. Sobre el punto dice que “Se impide a los financiadores tomar el control de los litigios o negociaciones de acuerdos y obligar a los abogados del litigante a actuar en violación de sus deberes profesionales. Esto está en línea con la práctica en Inglaterra y Gales de mantener separados los roles de los financiadores, los litigantes y sus abogados. Debido a sus intereses en el litigio, los financiadores pueden solicitar que se les mantenga informados sobre el progreso del caso” (39).

Pero otros autores afirman que el financiamiento por terceros otorga el poder de tomar decisiones estratégicas sobre el caso a los financiadores, que responden frente a sus inversores, en lugar de a los abogados, que representan el interés del cliente y le deben lealtad. Esto puede levantar algunos cuestionamientos éticos en la relación abogado-cliente (e.g. conflicto de intereses para los abogados) y ciertas preocupaciones sobre confidencialidad (e.g. cuando se requiere al actor que revele información privilegiada a los *third-party funders*) (40). Obviamente esto puede suceder donde no haya reglas como las de Inglaterra y Gales que venimos de señalar.

Esto se relaciona directamente con una cuestión que adquiere relevancia en el ámbito del arbitraje de inversión, esto es, si el tribunal conserva jurisdicción cuando aparece un tercero financiador.

VIII.5. Cuestionamientos en arbitrajes de inversión a la jurisdicción del tribunal

Como es obvio los arbitrajes de inversión están causados en los Tratados de Protección de Inversiones; muchos de esos tratados prevén la jurisdicción del CIADI (o ICSID según su sigla en inglés). Argentina es parte en múltiples tratados de esta naturaleza y por ello ha sido parte demandada en numerosos arbitrajes internacionales seguidos ante el CIADI según es públicamente conocido.

Ahora bien; en algunos de esos arbitrajes el demandante fue financiado por terceros y Argentina cuestionó la jurisdicción del tribunal CIADI, ya que el financiador no podía invocar la protección del Tratado que sí amparaba al demandante (41). A título de ejemplo, en el caso “Ambiente vs Argentina” la sociedad demandante fue financiada por una sociedad de Luxemburgo, país con el cual Argentina no tiene celebrado un TBI (42).

Las objeciones de Argentina fueron sistemáticamente desestimadas (43), incluso en un caso en el cual Argentina invocó que el demandante había cedido sus derechos al financiador después del comienzo del proceso arbitral. Claro que el argumento del tribunal fue que la jurisdicción del tribunal arbitral se juzga al tiempo en que se promueve la demanda y no después (44).

VIII.6. Qué ley se aplica al contrato de financiamiento

Un tema propiamente jurídico es cuál es la ley aplicable al contrato de financiamiento. La respuesta es difícil cuando lo que se financia es un procedimiento de arbitraje internacional en el que las partes del acuerdo pueden tener distintos domicilios, el arbitraje se desarrolla en una sede ajena a esos domicilios y el acuerdo en sí muchas veces se suscribe estando las partes en distintos lugares. De modo que las alternativas que propone la doctrina son la ley de la sede del arbitraje, la ley que rige el fondo del litigio, la ley que rige el procedimiento arbitral y la o las de los lugares donde puede llegar a ejecutarse el laudo (45).

Por nuestro lado pensamos que para nuestro derecho internacional privado el derecho aplicable al contrato de financia-

miento en sí, o sea a las relaciones que causa entre financiador y demandante, la ley aplicable es la que ellos hayan elegido (arg. art. 2651 CCyC). Pero resta determinar cuál es la ley aplicable a la relación del financiador frente al tribunal arbitral y la contraparte suponiendo que esta pidiera —a título de ejemplo— que se exhiba el contrato o que el financiador constituya un *security for costs*. *Prima facie* entendemos que la cuestión quedaría sujeta al Reglamento arbitral que aplique al caso y subsidiariamente a la ley de la sede del arbitraje. En definitiva el financiador ha asumido la obligación de financiar habiendo hecho —o debido hacer— un *due diligence* del caso y, por lo tanto, debe conocer cuáles reglas aplican al arbitraje, así como cuál es la ley de la sede que puede resultar aplicable al procedimiento.

VIII.7. ¿Qué efectos producen estos acuerdos a la hora de laudar y en particular con relación a la imposición de costas?

Aquí los problemas que se plantean son dos: (i) si es “recuperable” por el demandante —exitoso— el “costo” de la financiación; y (ii) si el tercero financiador puede llegar a ser responsable por las costas del procedimiento arbitral en el que el financiado fue derrotado.

VIII.7.a. Recupero de los costos de financiación

La primera cuestión, esto es, el posible recupero de los costos de financiación, fue abordada tanto desde la doctrina cuanto desde los tribunales.

Así, el informe ICCA - Queen Mary afirma que “La cuestión de si es recuperable alguno de los costos de financiación, incluido un retorno del financiador, dependerá de la definición de costos recuperables en la legislación nacional aplicable y/o en las normas procesales, pero generalmente debe estar sujeto a la prueba de razonabilidad y divulgación de detalles de dichos costos de financiación desde el inicio o durante el arbitraje para que la otra parte puede evaluar su exposición”.

El tema también fue abordado en un laudo dictado en un caso en el que se enfrentaban Katanga —actor financiado— y Tenke. El tribunal arbitral dictó un laudo final a favor de Katanga y ordenó a Tenke pagar los costos legales y periciales de Katanga por aproximadamente 1,4 millones de dólares; más los costos de financiación de Katanga de 1,7 millones de dólares, que parecen haber comprendido (i) una tarifa de éxito pagadera al financiador de Katanga que el tribunal describió como “una tarifa fija o margen, pagadera en caso de un resultado exitoso... del 100% del monto de la financiación, es decir, USD\$1,300,000”, (ii) una tarifa variable pagadera al financiador de Katanga de más de USD\$200,000 y (iii) una tarifa de éxito pagadera por Katanga a sus abogados en virtud de un acuerdo de honorarios condicional (“CFA”); e interés compuesto al 9%.

Tenke impugnó el laudo ante la London Commercial Court con fundamento en el artículo 68 de la Ley de Arbitraje, sobre la base de que una “irregularidad grave” que le había causado o le causaría “una injusticia

sustancial”. Al reafirmar que una impugnación del artículo 68 solo está disponible en “casos extremos”, la Corte rechazó la impugnación de Tenke de que la concesión de financiación de terceros por parte del tribunal costos como un componente de los “costos legales y de otro tipo de las partes”, conforme a la sección 59(1) de la Ley de Arbitraje, equivalía a un exceso de facultades en virtud del artículo 68(2) (b).

VIII.7.b. ¿Puede el financiador ser responsable de los costos del proceso?

Otro aspecto de la cuestión es qué pasa si la parte financiada pierde el caso y es condenada en costas: ¿Esto puede alcanzar al financiador?

La cuestión fue abordada en un laudo dictado en el caso “Excalibur Ventures LLC vs Texas Keystone Inc, Gulf Keystone Petroleum limited y otras sociedades”. El procedimiento arbitral se desarrollaba bajo la *English Arbitration Act 1996*. La demanda fue rechazada en duros términos (basada en ningún fundamento de derecho, especulativa, oportunista, etc.) y se atribuyó responsabilidad solidaria por las costas a los financiadores; estos apelaron y arguyeron que ellos no eran autores de ninguna conducta reprochable. La Corte falló en contra de los financiadores de Excalibur y les atribuyó la obligación solidaria de indemnizar los costos de la acción de los demandados (46).

Esta sentencia dictada en el caso “Excalibur” ha sido materia de múltiples análisis y comentarios, pues sin duda pone un límite muy evidente a la actividad de los terceros financiadores quienes deberán hacer un *due diligence* muy afinado del caso que pretenden financiar para evitar este tipo de responsabilidades.

Claro es que la atribución de este tipo de responsabilidades no es automática, pues, como señala el informe ICCA - Queen Mary, “A falta de facultad expresa, en la legislación nacional aplicable o normas procesales, un tribunal carecería de competencia para dictar una orden de costas contra un financiador externo”.

## IX. Conclusiones

De todo lo que hemos expuesto concluimos que:

- La financiación por terceros de procesos arbitrales es un negocio lícito, que facilita el acceso a justicia;

- no afecta la jurisdicción del tribunal arbitral;

- atento a su cada vez mayor utilización, sería conveniente que los reglamentos de las instituciones arbitrales locales asuman el fenómeno, incluyendo —como mínimo— reglas relativas al deber de denunciar la existencia de estos acuerdos, la extensión de la información a suministrar, al deber de revelación de los árbitros, a la posibilidad de exigir a esos terceros el aseguramiento de costos del proceso y su eventual responsabilidad por estos costos.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2812/2023

(35) ICSID tribunal, 12/6/2015, in “Muhammet Çap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan”, comentario de Isabelle German en [www.globalarbitrationnews.com](http://www.globalarbitrationnews.com)

(36) El tema de una garantía sobre las posibles costas es todo un tema en el ámbito del arbitraje de inversión; ha sido requerida por los tribunales CIADI en circunstancias excepcionales como las que aparecían en el caso “RSM vs Saint Lucia”: ICSID Tribunal, 13/8/2014, comentario en *ICSID Review*, volumen 30, Issued 1, Winter 2015, disponible <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/30/1/30/2732619?redirectedFrom=fulltext>

(37) 12 de febrero de 2016 de una Nota-Guía sobre la divulgación de conflictos de interés de los árbitros que se anexará a la Nota a los árbitros para la adecuada conducción del arbitraje.

(38) Fuente: “A brief history...”, citado.

(39) *Funders are prevented from taking control of litigation or settlement negotiations and from causing the litigant's lawyers to act in breach of their professional duties. This is in line with the practice in England and Wales, of keeping the roles of funders, litigants and their lawyers*

*separate. Because of their interests in the litigation, funders may ask to be kept informed of the progress of the case.* Citado por BLACKABY - WILBRAHAM, ob. cit., núm. 26.24.

(40) SARAVIA FRÍAS, ob. cit., con cita de CREMADES, Bernardo, “Third party litigation funding: investing in arbitration”, disponible en <https://www.cremades.com/en/publications/third-party-funding-in-international-arbitration/>

(41) Así lo informa el ex Procurador del Tesoro Bernardo Saravia Frías en su trabajo sobre este tema ya citado.

(42) SARAVIA FRÍAS, ob. cit.

(43) En “Ambiente vs Argentina” (2013); “Abaclat vs Argentina” (2011) y en “Alemani vs Argentina” (2014) todos citados y comentados en BLACKABY - WILBRAHAM, cit., núm. 26.29 y 26.30.

(44) “Teinver vs Argentina” (2012).

(45) KANTOR, ob. cit., p. 76.

(46) “Excalibur Ventures LLC contra Texas Keystone Inc & Ors” [2016] EWCA Civ 1144, 18 de noviembre de 2016.

# La “renuncia al derecho a objetar” en el arbitraje



Roque J. Caivano

Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor en grado y/o posgrado en las universidades de Buenos Aires, La Plata, Austral, Siglo 21, Torcuato Di Tella, San Carlos de Guatemala, de Palermo y de Heidelberg. Director de la Diplomatura en Arbitraje (Univ. Austral). Autor de siete libros y aproximadamente 300 trabajos de doctrina

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El caso “Radisson”.— III. La regla, en el derecho argentino y comparado.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción

El caso “Radisson”, resuelto por los tribunales británicos, sirve para llamar la atención sobre una regla, común en arbitraje, de gran implicancia práctica: la conocida como la “renuncia al derecho a objetar”. La regla es simple. Lo que postula es que cuando una parte en un arbitraje toma conocimiento de alguna irregularidad procesal, de alguna acción u omisión que puede afectar la validez del laudo, debe plantear la objeción en términos perentorios en un breve plazo, so pena de perder el derecho a cuestionar la validez o ejecutabilidad del laudo que luego se dicte.

Veremos que una variante de esta regla, que de la mano de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI se introdujo expresamente en nuestro ordenamiento jurídico para los arbitrajes comerciales internacionales, puede considerarse aplicable también para los arbitrajes domésticos con sede en la Argentina.

## II. El caso “Radisson”

En una sentencia de abril de 2023, aplicando esa regla, un tribunal inglés rechazó el recurso de anulación contra un laudo, no obstante estar acreditada una muy grave falta de independencia e imparcialidad de un árbitro, por no haber sido la cuestión temporalmente objetada (1).

*Radisson Hotels APS Denmark [Radisson] y Hayat Otel Isletmeciligi Turizm Yatirim Ve Ticaret Anonim Sirketi* [Hayat] habían celebrado un contrato para la administración de un hotel de la cadena Radisson en Turquía. El contrato contenía un acuerdo arbitral: las controversias relativas a él se resolverían por arbitraje, bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], con sede en Londres. En octubre de 2018, alegando un incumplimiento de Radisson, Hayat inició un arbitraje en su contra; Radisson reconvino por honorarios alegadamente no pagados por Hayat.

El tribunal arbitral se integró con la Sra. T. (nominada por Hayat), la Sra. O’S. (nominada por Radisson) y el Sr. C., designado por la CCI, quien presidió el panel. El tribunal bifurcó el procedimiento y, el 23 de marzo de 2021, dictó un laudo parcial sobre responsabilidad. En el laudo, resumidamente, el tribunal, encontró a Radisson responsable por la ruptura del contrato y difirió para otro laudo la cuantificación del resarcimiento a

favor de Hayat y la decisión sobre la reconvencción de Radisson.

Durante la segunda fase del proceso, tendiente a cuantificar las pretensiones, Radisson conoció que la Sra. T., coárbitro designada por Hayat, había mantenido profusas comunicaciones con representantes de Hayat. Luego de cesar su vínculo con Hayat, el Sr. Durman, que había sido vicepresidente de asuntos legales de la controlante de Hayat, ofreció sus servicios profesionales a Radisson. Luego de una serie de reuniones, en diciembre de 2021 Radisson lo contrató como abogado para asuntos en Turquía. Durante esas reuniones previas a su contratación, en septiembre de 2021, Durman relató a los abogados de Radisson los intercambios habidos entre la coárbitro y el Sr. Önkal, un experto que inicialmente asesoraba a Hayat como especialista en temas hoteleros. Contactado por Radisson, Önkal confirmó los dichos de Durman y, al menos el 4 de enero de 2022, entregó a Radisson un USB con información, incluyendo los correos electrónicos que había intercambiado con la Sra. T., mientras él era asesor de Hayat. Entre los correos, había algunos en los cuales la coárbitro T. le reenviaba conversaciones internas del tribunal, e incluso algunos en que la coárbitro O’S manifestaba a sus colegas del tribunal sus opiniones preliminares sobre el caso.

Con base en esa información, Radisson pidió, ante los tribunales británicos, la anulación del laudo parcial, alegando una “irregularidad grave”, prevista como causal de nulidad en el artículo 68(1) de la Ley inglesa de Arbitraje de 1986 (2). A pesar de la gravedad de los hechos que le daban sustento, los que estaban indubitablemente probados en el proceso judicial, la Corte rechazó el pedido de anulación. Su principal argumento fue que Radisson había renunciado a su derecho a objetar la validez del laudo, al seguir tomando parte del procedimiento arbitral, a pesar de que conoció al menos algunas de esas irregularidades con anterioridad. Ello en aplicación del artículo 73(1) de la Ley de Arbitraje, según el cual si una de las partes participa en el procedimiento arbitral sin objetar la existencia de irregularidades procedimentales imputables al tribunal arbitral o que afecten al procedimiento, no podrá objetar con posterioridad ante el propio tribunal arbitral ni ante el Juez competente, salvo que demuestre que en el momento en que participó en el procedimiento ignoraba; y no podía haber descubierto con la diligencia razonable, la existencia de algunos de los motivos para la objeción (3).

*either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection— [...] (b) that the proceedings have been improperly conducted, (c) that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part, or (d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings, he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection”.*

(4) Queen’s Bench Division of England & Wales (Commercial Court), 13/10/1999, “Rustal Trading Ltd. v. Gill & Duffus S.A.”, [2000] 1 Lloyd’s Rep 14, [2000] CLC 231.

(5) Aplicable al arbitraje comercial internacional con sede en la Argentina.

Uno de los argumentos de Radisson para evitar la aplicación del artículo 73 fue que lo que estaba cuestionando era un laudo parcial, que ya había sido emitido; mientras que su “permanencia” o “participación” en el proceso lo fue respecto de la segunda fase, tendiente a cuantificar los daños en un segundo laudo. Sin embargo, con cita del precedente “Rustal Trading” (4), la Corte destacó que el artículo 73 de la Ley de Arbitraje obligaba a Radisson a plantear la objeción tan pronto como creyó tener motivos para cuestionar la legalidad del procedimiento. Habiendo Hayat demostrado que Radisson siguió participando del procedimiento después de conocida la situación, este tenía la carga de probar que actuó con una razonable diligencia, lo que no hizo.

Al contrario, lo que ponderó la Corte es que Radisson conoció la existencia de la irregularidad en septiembre de 2021 a través de una fuente confiable, como lo era el abogado interno de Hayat, luego corroborado por el propio Sr. Önkal; y que a principios de enero de 2022 ya tuvo incluso un documento donde constaba el texto de los correos electrónicos. Según la Corte, con esos antecedentes, Radisson no necesitaba obtener la copia de esos correos en su versión nativa (lo que sucedió el 25 de enero de 2022) para creer que tenía motivos para plantear la objeción. En el ínterin presentó el memorial de dúplica sobre la cuantificación y mantuvo comunicaciones acerca del proceso con la Secretaría de la CCI. Señaló la Corte que la participación de Radisson en el proceso después de saber de la irregularidad implicó una renuncia a cuestionar el proceso, ya que no es necesario tener evidencia efectiva y contundente; la objeción debe ser planteada inmediatamente, ante la mera creencia de tener un motivo para objetar.

## III. La regla, en el derecho argentino y comparado

El artículo 11 de la ley 27.449 (5), bajo el título de “renuncia al derecho a objetar”, establece literalmente que “se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción dentro de los veinte [20] días siguientes, ha renunciado a su derecho a objetar”.

La norma reproduce el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI (6), que a su vez reconoce como fuente el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (7). El Reglamento de

(6) “Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar”.

(7) En la versión original del Reglamento (de 1976) el artículo 30 establecía: “Se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente Reglamento, sin expresar prontamente su objeción a tal incumplimiento, renuncia a su derecho de objetar”. En la versión 2010 del Reglamento, la norma pasó al artículo 32, con la siguiente redacción: “Se considerará que una parte que no formule oportunamente objeciones ante un incumplimiento del presen-



¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. El caso “Radisson”, resuelto por los tribunales británicos, sirve para llamar la atención sobre una regla, común en arbitraje, de gran implicancia práctica: la conocida como la “renuncia al derecho a objetar”.

2. Lo que se postula es que cuando una parte en un arbitraje toma conocimiento de alguna irregularidad procesal, de alguna acción u omisión que puede afectar la validez del laudo, debe plantear la objeción en términos perentorios en un breve plazo, so pena de perder el derecho a cuestionar la validez o ejecutabilidad del laudo que luego se dicte.

3. La norma reproduce el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI, que a su vez reconoce como fuente el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

4. La principal diferencia entre el artículo 11 de la ley 27.449 y su fuente es que la ley argentina establece un plazo específico para formular la objeción, dando con ello más certidumbre al momento en que debe plantearse para evitar la pérdida del derecho a cuestionar el laudo.

5. La “renuncia al derecho a objetar” es útil para permitir el eficiente funcionamiento del proceso arbitral y se propone evitar la mala fe de quien conoce un vicio capaz de anular el laudo y lo calla a la espera de conocer el resultado, para luego plantearlo si aquel le es adverso.

la CCI, que en su versión 2021 contiene esta regla en el artículo 40 (8), la incorporó ya en 1998, espejando la que existía en la Ley Modelo y en varios reglamentos (9). La principal diferencia entre el artículo 11 de la ley 27.449 y su fuente es que la ley argentina establece un plazo específico para formular la objeción, dando con ello más certidumbre al momento en que debe plantearse para evitar la pérdida del derecho a cuestionar el laudo.

De la mano de la Ley Modelo, la regla se encuentra expresamente recogida en numerosas leyes y reglamentos de arbitraje. Y aun en aquellos países cuya legislación no la

te Reglamento o de algún requisito del acuerdo de arbitraje renuncia a su derecho a objetar, a menos que dicha parte pueda demostrar que, en las circunstancias del caso, se había abstenido de objetar por razones justificadas”.

(8) “Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del tribunal arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal arbitral o con la conducción del proceso, ha desistido de su derecho a objetar”.

(9) DERAINS, Yves - SCHWARTZ, Eric A., “A Guide to the ICC Rules of Arbitration”, Kluwer Law International, 2005, p. 379.

## Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, King’s Bench Division, Commercial Court, 21/04/2023, “Radisson Hotels APS Denmark v. Hayat Otel Isletmeciligi Turizm Yatirim Ve Ticaret Anonim Sirketi”, case No: CL-2022-000037, [2023] EWHC 892 (Comm).

(2) Especialmente invocó los incisos (a), (c) y (g) del artículo 68(2), que tipifican como irregularidad grave”, situaciones tales como que el tribunal arbitral hubiese incumplido sus deberes o llevado adelante el procedimiento contraviniendo el acuerdo arbitral, o el laudo se hubiese dictado mediando fraude o contraviniendo el orden público.

(3) En su parte pertinente la norma textualmente establece: “If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making,

prevé, también ha sido admitida como parte del derecho común. A modo de ejemplo, aunque no surge de la *Federal Arbitration Act* norteamericana, los tribunales la han aplicado, señalando que una parte no puede esconderse, guardar silencio y convertir en inútil todo lo actuado y gastado durante años, ni puede permanecer en silencio, sin manifestar su objeción durante el curso del procedimiento arbitral y luego, cuando el laudo le es desfavorable, agravarse de una situación de la que tuvo conocimiento mucho antes (10).

Según los comentaristas de la Ley Modelo (11), la regla está basada en el principio *venire contra factum proprium non valet* (12), y requiere una serie de condiciones para que se aplique: (i) que exista un incumplimiento (por acción o por omisión) de alguna regla de procedimiento establecida en el acuerdo arbitral o en disposiciones supletorias de la ley; (ii) que la parte conozca efectivamente la irregularidad (13); (iii) que omita plantear, sin justificación y en un plazo razonable, una objeción acerca de esa irregularidad; y (iv) que, no obstante, prosiga interviniendo en las actuaciones (14). Por el contrario, continuar participando del procedimiento una vez planteada la objeción, no implica una renuncia al derecho a objetar (15).

La Ley Modelo no prevé una forma determinada de “expresar la objeción”. Al res-

pecto, se ha señalado que “para impedir que se considere que una parte ha renunciado al derecho a objetar, la parte afectada debe protestar el incumplimiento o la irregularidad que considere que se ha presentado, de modo que se entienda que no la ha consentido” (16). Siendo que, en general, las reglas de procedimiento no prevén recursos contra decisiones distintas del laudo y que la irregularidad puede consistir en una omisión, lo relevante, para no perder el derecho a objetar, es que la parte haga constar su objeción de modo claro e inequívoco frente al tribunal arbitral.

Respecto del arbitraje doméstico no existe una norma expresa que recoja, con tanta claridad como lo hace la ley 27.449, el principio de la renuncia al derecho a objetar (17). Pero el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCyC) dispone que “la nulidad no podrá ser declarada cuando el acto (procesal) haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración” y define que hay consentimiento tácito “cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto” (art. 170, CPCyC). Sobre el particular, los tribunales han resuelto que, “la circunstancia de no haber articulado el demandado queja alguna al llamamiento de autos para laudarse le impide fundar ahora su reclamo en la existencia de algún hipotético vicio ya subsanado por

obra de la preclusión” (18); y que “constituye un requisito de admisibilidad del planteo de nulidad [del laudo arbitral] el no haber consentido el recurrente la actuación supuestamente viciada. En el caso, y pese a hallarse notificada, no objetó oportunamente la demandante la prórroga para emitir el laudo dispuesta por el tribunal. Ello importó, entonces, en los términos expuestos por el artículo 170 del CPCyC, consentir con el mayor plazo para expedirse, motivo por el cual el recurso ahora intentado con tal sustento, que pretende, de modo elíptico, atacar la resolución que dispuso la prórroga para laudar, deviene extemporáneo” (19).

#### IV. Conclusiones

La “renuncia al derecho a objetar” es útil para permitir el eficiente funcionamiento del proceso arbitral y se propone evitar la mala fe de quien conoce un vicio capaz de anular el laudo y lo calla a la espera de conocer el resultado, para luego plantearlo si aquel le es adverso. Busca impedir que, tardíamente, se presenten objeciones por irregularidades que se conocieron y que, por tanto, pudieron haberse hecho notar con anterioridad, de modo que no afecten luego el procedimiento de anulación o de reconocimiento y ejecución.

Su lógica radica en el principio de la buena fe. Lo que se espera de una parte a

quien un acto o una omisión durante el arbitraje le cause un agravio es que lo haga notar inmediatamente, tan pronto como le sea posible, so pena de perder el derecho a cuestionarlo posteriormente. Y pone un límite estricto a la abusiva utilización del recurso de anulación mediante la alegación de deficiencias que en su momento fueron consentidas. Lo que la ley hace, en suma, es dar un efecto legal específico al silencio de la parte que intenta hacer valer una irregularidad tolerada. Su efecto, en suma, es la pérdida del derecho a plantear esa circunstancia como causa de agravio, incluyendo la imposibilidad de invocarla como causal de nulidad o de no-reconocimiento del laudo.

El caso “Radisson” muestra el rigor con que los tribunales ingleses interpretan la regla, aun ante un caso grave de falta de independencia e imparcialidad de un árbitro, que mantuvo reiteradamente comunicaciones con la parte que lo designó, y que hizo conocer a esa parte información propia del tribunal, que debió haber mantenido en reserva. Una circunstancia objetivamente capaz de acarrear la nulidad del laudo y que, sin embargo, no pudo ser considerada por haber sido planteada extemporáneamente.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2810/2023

(10) US District Court for the Southern District of New York, 23/02/1987, “Hunt v. Mobil Oil Corp.”, 654 F. Supp. 1487 (S.D.N.Y. 1987), con cita de US Court of Appeals for the Second Circuit, 16/09/1971, “Cook Industries, Inc. & v. C. Itoh & Co. (America) Inc.”, 449 F.2d 106, 107-08 (2d Cir.1971).

(11) HOLTZMANN, Howard M. - NEUHAUS, Joseph E.: “A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary”, Kluwer Law International, 1989, ps. 196 y ss.

(12) Por nuestra parte, hemos opinado que, si bien la regla comparte el sustento con la doctrina de los actos

propios, “con más propiedad puede decirse que estamos en presencia de una renuncia tácita, o de una preclusión, según que se mire la cuestión a la luz de los principios del derecho civil o procesal” (CAIVANO, Roque J. - CEBALLOS RÍOS, Natalia M., “Tratado de arbitraje comercial internacional argentino”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 111).

(13) En una de las versiones de esta norma se preveía que aplicaría cuando la parte conociera “o debiera conocer” la irregularidad. Esta última frase, sin embargo, fue ulteriormente eliminada para enfatizar que la parte debía tener efectivo conocimiento. Sin embargo, dicen los

autores, el “conocimiento” no requiere ser probado en forma directa, sino que puede acreditarse por cualquier medio (HOLTZMANN - NEUHAUS, ob. cit., p. 199).

(14) Esta condición se cumple, por ejemplo, cuando la parte asiste a una audiencia, presenta escritos o mantiene comunicaciones relativas al proceso.

(15) US Court of Appeals for the Fifth Circuit, “Bridas S.A.P.I.C. et al. v. Government of Turkmenistan and State Concern Turkmenneft”, 9/09/2003, 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003).

(16) FLORES RUEDA, Cecilia, “Comentario al artículo 32”, en PERALES VISCASILLAS, Pilar - TORTEROLA, Ig-

nacio (dirs.), *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado*, Legis Argentina, Buenos Aires, 2011, ps. 317 y ss.

(17) Una regla similar, sin embargo, se encuentra en numerosos reglamentos arbitrales, aun previstos para arbitrajes domésticos.

(18) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, “Benavidez, Juan Carlos c. Aguirrezabal, Raúl Horacio”, 20/02/2001.

(19) CNCiv., sala K, “Construcnor S.A. c. Pilkington Automotive Arg. S.A. y otro”, 11/12/2007, TR LALEY AR/JUR/9383/2007.

# La cláusula arbitral en los contratos de adhesión y su interpretación a la luz de la jurisprudencia actual



## Melisa Romero

Socia del Estudio Bomchil en el área de Litigios Civiles y Comerciales. Abogada (UNS). Profesora Ordinaria (Univ. Torcuato Di Tella) en la carrera de Abogacía de Contratos I y Obligaciones. Magister en Derecho y Economía (Univ. Torcuato Di Tella).



## Santiago L. Peña

Abogado del Estudio Bomchil en el área de Arbitraje Internacional y Regulación Económica y Derecho Administrativo. Abogado (UBA) egresado con diploma de honor. Diplomado de Arbitraje y Magíster en Derecho Empresarial (Univ. Austral). Profesor asistente en Contratos I y Arbitraje y Mediación (Univ. Torcuato Di Tella). Profesor Regular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA).



## Virtudes G. Chiaraluce

Abogada del Estudio Bomchil en el área de Arbitraje Internacional y Regulación Económica y Derecho Administrativo. Abogada egresada (Univ. Torcuato Di Tella). Diplomada en Derecho Ambiental (UBA). Profesora asistente en Contratos I (UTDT).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El contrato de adhesión y su interpretación a la luz del Código Civil y Comercial.— III. La limitación a la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión prevista en el art. 1651 del CCyC.— IV. Análisis e interpretación del art. 1651 del CCyC a la luz de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.— V. Nuestra interpretación.

## I. Introducción

Una de las principales innovaciones que en materia contractual implementó el Código Civil y Comercial de la Nación ha sido la regulación expresa y específica de los distintos tipos de contratos o formas de contratación. Como se explica en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comer-

cial de la Nación (“Fundamentos”) (1), a partir de su entrada en vigencia la regulación del contrato en nuestro ordenamiento jurídico se estructura con base en tres tipos de contrato: el discrecional o paritario, el celebrado por adhesión y el de consumo.

Debido a la distinta regulación prevista en el Código Civil y Comercial, el análisis

de todo contrato exige establecer, en primer lugar, su encuadre normativo, para luego determinar el régimen en el cual queda comprendido (2).

En lo que respecta a los contratos celebrados por adhesión, existe consenso en que el legislador ha adoptado un régimen específico, teniendo en cuenta aquellas situaciones

en las cuales las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas predispone el contenido y la otra simplemente adhiere (3). Esa limitación sustenta una tutela legal especial, dirigida a proteger a la parte adherente del contrato.

El Código Civil y Comercial también consagró una importante innovación legisla-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, p. 627.

(2) Como explica Esper, estas categorías son tres esquemas, moldes o estructuras abstractas de tipos generales de contrato, que luego se plasman en un contrato

específico y puntual (ESPER, Mariano, en BUERES, Alberto J. (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3C, p. 43).

(3) En este sentido: SANTARELLI, Fulvio, en HEREDIA, Pablo D. - CALVO COSTA, Carlos A. (Dirs.), “Código Civil y



## LA LEY A.I. (Análisis Inteligente) by TR + Microsoft Copilot

### ¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. Este trabajo tiene por objeto analizar la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión.

2. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción (art. 984 del CCyC, p. 3).

3. En lo que aquí interesa, el art. 1651, inc. d) del CCyC establece que se encuentran excluidas del contrato de arbitraje las disputas derivadas de “los contratos por adhesión, cualquiera sea su objeto”.

4. La doctrina suele reconocer que el arbitraje presenta una naturaleza mixta, pues si bien los árbitros ejercen una función jurisdiccional al resolver una disputa, el fundamento de esa función es esencialmente convencional.

5. Las salas de la Cámara Comercial no han adoptado un criterio uniforme en la materia. (...) las salas A, C y D (y ahora también la sala B) han desarrollado un criterio alternativo, asignándole eficacia a cláusulas arbitrales insertas en contratos de adhesión con fundamento en una interpretación sistemática y finalista de la norma.

tiva al incluir al contrato de arbitraje en su regulación. A partir de entonces, las disposiciones del nuevo Código rigen el acuerdo de arbitraje a nivel nacional, sin perjuicio de las normas contenidas en los códigos procesales que aún continúan vigentes (4) y de la existencia de una ley especial que rige en materia de arbitraje comercial internacional (5). En lo que interesa al presente trabajo, el art. 1651, inc. d) del CCyC, establece que se encuentran excluidas del contrato de arbitraje las disputas derivadas de “los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto”.

**Tanto la regulación especial del contrato de adhesión como la exclusión del arbitraje de las disputas derivadas de él encuentran su fundamento en el desigual poder de negociación que suele existir entre las partes en esta particular clase de contratos, en virtud de la cual se procura limitar la posibilidad de dirimir mediante arbitraje las posibles controversias que se deriven de ellos.**

Sin embargo, desde la sanción del Código Civil y Comercial, la doctrina ha criticado la

solución adoptada por el legislador respecto a la arbitrabilidad de esta clase de disputas, advirtiendo que el solo hecho de que el contrato se celebre por adhesión a cláusulas generales predisuestas no constituye una circunstancia que implique un ejercicio abusivo del derecho, ni que exista un desigual poder de negociación que justifique impedirles a las partes dirimir sus disputas mediante arbitraje. Esa discusión se ha trasladado a la jurisprudencia nacional, la que no ha brindado una respuesta única al respecto.

**Este trabajo tiene por objeto analizar la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión. Para ello, comenzaremos por delinear ciertas nociones generales sobre el concepto de contrato celebrado por adhesión, para adentrarnos posteriormente a examinar las posturas asumidas por la doctrina y la jurisprudencia nacional en lo que se refiere a su interpretación. Tras ello, examinaremos la validez de la cláusula compromisoria incluida en contratos celebrados por adhesión a luz de la jurisprudencia actual. Para concluir, expondremos nuestras propias consideraciones al respecto.**

## II. El contrato de adhesión y su interpretación a la luz del Código Civil y Comercial

*II.1. La regulación de los contratos celebrados por adhesión en el Código Civil y Comercial* En línea con las principales doctrinas modernas (6), el nuevo Código distingue tres tipos de contratos o teorías de contratación (7): los contratos discrecionales o paritarios, los contratos celebrados por adhesión (8) y los contratos de consumo (9).

Estas categorías establecen tres conjuntos de disposiciones generales, aplicables a los distintos contratos en función de su encuadre en una o más de estas categorías, que, en algunos casos, pueden superponerse (v.gr., los contratos de consumo que, en la gran mayoría de los casos, se celebran por adhesión).

En los Fundamentos, la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación (“Comisión Redactora”) expresó que resultaba necesario establecer y sistematizar este conjunto de reglas (10), a fin de evitar problemas de regulación y preservar la autonomía privada, por un lado; y aplicar el principio protectorio en materia de consumidor, por el otro, considerando que su sería inadecuado aplicar su régimen a la contratación entre empresas.

En esta línea, la Comisión Redactora precisó con acierto que, mientras en la jurisprudencia nacional se aplicaban principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica; en la doctrina existían muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación, pues los

autores más proclives al principio protectorio hacían críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretendían generalizar; y aquellos inclinados a la autonomía de la voluntad (principalmente en materia comercial) veían una afectación de la seguridad jurídica (11).

Como consecuencia de esa valoración, en el caso de los contratos de consumo se procedió a la fragmentación del tipo general de contratos, regulando los contratos de consumo en particular, atendiendo a que no son un tipo especial más (como la compraventa o la donación), sino una categoría que influye sobre los tipos contractuales especiales.

En el caso particular de los contratos por adhesión la Comisión Redactora precisó que este “no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento”, en el que existe “una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales” (12). La Comisión Redactora, precisó, además, que si bien el contrato de adhesión “[s]e diferencia de la regla general (...) no se trata de contratos de consumo” (13). Se puso, así, acento en el modo de negociación que conduce a la celebración del contrato y no en su contenido (14).

En este sentido, en los *Fundamentos* se aclaró específicamente que el campo de aplicación de este conjunto de disposiciones no son los contratos de consumo, sino aquellas situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado, lo que resulta *determinante* para analizar si este conjunto de normas es aplicable a las distintas situaciones que podrían quedar abarcadas por la normativa objeto del presente trabajo.

El Proyecto de Reforma de 1998 (“Proyecto de 1998”) distinguía en su artículo 899 entre el contrato predisuesto (definido como “*aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes*”); las condiciones generales (definidas como “*las cláusulas predisuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado*”); y el contrato celebrado por adhesión (definido como “*el contrato predisuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación*”). Asimismo, el Proyecto de 1998 preveía las estipulaciones prohibidas en los contratos predisuestos (artículo 968) (15), estableciendo como excepción que estas resultaban oponibles si el no predisponente las había conocido antes de concluir el contrato o las había aprobado expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resultaba razonable.

Conforme a la Comisión Redactora, a diferencia del Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial simplifica las clasificaciones y regula el contrato celebrado por adhesión a condiciones generales y, dentro de esa sección, fija reglas para la redacción de cláusulas predisuestas (16).

Para ello, distingue entre el fenómeno de la adhesión, en el sentido de modalidad de prestación del consentimiento [caracterizado porque “las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere” (17)], y el de la predisposición, como técnica de redacción, pues el contrato predisuesto “puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, por adhesión o uno de consumo” (18).

La razón de tal distinción radica en que la predisposición no es un indicio de la debilidad de una de las partes, pues ella puede ocurrir, porque los contratantes disminuyen los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predisuesto por una de ella o por un tercero (19). La adhesión, por el contrario, no es un elemento neutro, sino que, ante la limitación en la autorregulación (20), activa el principio protectorio y por ello constituye la base de la regulación de este capítulo.

El art. 984 del CCyC define, entonces, al *contrato por adhesión* como “aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

La redacción propuesta es limitada, pues comprende los supuestos en los cuales uno solo de los contratantes adhiere a cláusulas predisuestas por la contraparte o, si fueron redactadas por un tercero, cuando aquella las utiliza para la redacción. Sin embargo, no se aplica a aquellos casos en los cuales ambos contratantes adhieren a cláusulas predisuestas por un tercero neutral, como es usual en operaciones con *commodities* (como petróleo, metales, granos, oleaginosas, etc.) o de negocios financieros (derivados, futuros, entre otros), en los cuales, como acertadamente señaló la Comisión Redactora en los Fundamentos, no hay necesariamente diferencia alguna en el poder de negociación entre las partes y, en consecuencia, no es necesario activar elemento protectorio o de tutela alguna (21).

**La definición enfatiza entonces el modo de contratar, es decir, en la adhesión sin negociar. En estos casos, a diferencia de lo que sucede en los contratos discrecionales, la libertad contractual se ve limitada, pues no hay negociación alguna entre las partes respecto del contenido del contrato, sino que la parte adherente toma la decisión voluntaria de vincularse o no con la predisponente (22)**

Comercial. Comentado y anotado”, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. IV, p. 63; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (Dir.), “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, ps. 166/168.

(4) Ver CAIVANO, Roque J., en BUERES, Alberto J. (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3E, ps. 421/424.

(5) Nos referimos a la ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional que, conforme a su art. 1º, rige con carácter exclusivo el arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina (ver infra [3.A]).

(6) DIEZ PICAZO, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 39.

(7) MANÓVIL, Rafael M., “Contratos por adhesión en el Código Civil y Comercial: algunos comentarios”, LA LEY, 2016-D, 1124.

(8) Artículo 984 del CCyC: “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por

la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

(9) Artículo 1093 del CCyC: “Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final se una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

(10) Ver *Fundamentos*, p. 622. El sistema quedó ordenado entonces de la siguiente manera: (i) contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada; (ii) contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen; y (iii) contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.

(11) Ver *Fundamentos*, p. 622.

(12) Ver *Fundamentos*, p. 626.

(13) Ver *Fundamentos*, p. 626.

(14) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los Contratos. Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 104.

(15) Artículo 968 del Proyecto de 1998: “Estipulaciones prohibidas en los contratos predisuestos. En los contratos predisuestos se tienen por no convenidas las estipulaciones que, por sí solas o combinadas con otras: a) Desnaturalizan las obligaciones de las partes. b) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida. c) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica. d) Importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias. e) Obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso se los tiene por no convenidos en la demasía, y se aplica el artículo 723

para los pagados en exceso”. Artículo 969 del Proyecto de 1998: “Aprobación por el no predisponente. Sin embargo, las estipulaciones previstas en los incisos c), d) y e) del artículo anterior son oponibles al no predisponente si el predisponente prueba que, antes de concluir el contrato, aquel las ha conocido, o hubo de haberlas conocido; y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resulta razonable”. Artículo 970 del Proyecto de 1998: “Estipulaciones prohibidas en los contratos celebrados por adhesión. Si el contrato predisuesto ha sido celebrado por adhesión no rigen las excepciones previstas en el artículo anterior”.

(16) *Ibidem* nota [2]

(17) Ver *Fundamentos*, p. 626.

(18) Ver *Fundamentos*, p. 627.

(19) Ver *Fundamentos*, p. 627.

(20) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los Contratos. Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 109.

(21) Ver *Fundamentos*, p. 627.

(22) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., t. I, p. 109.

y es esa limitación en la autonomía de la voluntad la que justifica la tutela legal y, con ello, el sistema de control sobre su contenido (artículos 988 y 989 del CCyC).

En este sentido, el Código Civil y Comercial establece un régimen de tutela de la parte adherente, que comienza por exigir ciertos requisitos para las cláusulas generales predispuestas, al disponer que deben ser comprensibles y autosuficientes y su redacción ser clara, completa y fácilmente inteligible (art. 985, primer y segundo párrafo, del CCyC). También se prevé que se tendrán por no convenidas aquellas cláusulas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art. 985, tercer párrafo, del CCyC).

Con la misma finalidad tuitiva del adherente, el art. 987 del CCyC establece una pauta interpretativa especial para esta clase de contratos según la cual, en caso de ambigüedad, sus cláusulas se deben interpretar en contra del predisponente.

Por último, en cuanto al control de incorporación, se establecen como cláusulas abusivas aquellas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente (art. 988, inciso a del CCyC); las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias (art. 988, inc. b del CCyC); y aquellas que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles ([art. 988, inc. c) del CCyC]). En este punto, no se prevé la posibilidad de que el adherente haya podido consentir la incorporación de cláusulas comprendidas en el inciso b, en la medida en que haya prestado su consentimiento expreso y superen un test de razonabilidad (23).

Si bien el legislador parte de la presunción de que el predisponente suele tener mayor poder económico (24), esta es solo una presunción. Por ello no debe perderse de vista cuál es la finalidad perseguida por la norma para determinar la tutela allí dispuesta.

*II.2. La interpretación de los contratos celebrados por adhesión a la luz de la jurisprudencia actual*

En este contexto deviene relevante recurrir a las pautas elaboradas por la doctrina judicial para proceder a la interpretación

de los contratos de adhesión, pues si bien la reglamentación fue pensada para balancear la asimetría entre el predisponente y el adherente, la interpretación de esta clase de contratos no debe realizarse de manera escindida de los hechos del caso, de quiénes son las partes del contrato y de cómo ha sido el modo de contratación.

La doctrina judicial en la materia ha sostenido en forma consistente que no basta con invocar que un contrato sea predispuesto o haya sido celebrado por adhesión, para que pueda calificarse como lesivo o considerarse abusivo (25).

En un reciente fallo, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (26) se expidió sobre la terminación de un contrato de agencia y rechazó los agravios de la actora relativos a que el negocio que unió a las partes fue estructurado mediante un contrato de adhesión y que, como parte débil de la relación jurídica, no pudo discutir cláusula alguna. La Alzada puntualizó que el agravio partía del supuesto —erróneo— de que el hecho de que el contrato había sido celebrado por adhesión importaba que el predisponente había tenido hecho un ejercicio abusivo de su posición.

**La Cámara sostuvo acertadamente que “debe descartarse que la modalidad adhesiva con cláusulas predispuestas suponga, por el solo hecho de integrar esta clasificación, la presencia de abuso de derecho alguno, en tanto no haya existido vicio alguno en el consentimiento otorgado por los contratantes”.**

Bajo tal óptica precisó que no basta invocar la calidad de contrato de adhesión para concluir automáticamente que sus cláusulas son abusivas o que existió una situación de abuso de derecho, sino que resulta dirimente indagar en el caso si el proponente incurrió en abuso de poder.

Es decir que, al momento de interpretar el contrato, si bien el juez debe colocarse en una situación diferente a la que se encontrase si fuese un contrato paritario o negociado, ello no importa considerar a cualquier contrato o a sus cláusulas como abusivas o no escritas (27).

En la misma línea, la Sala F de la Alzada Comercial ha sostenido que “si bien el contrato predispuesto no otorga al adherente la posibilidad real de modificar sus términos, ello no invalida el contrato, en tanto el consentimiento no esté viciado o bien la des-

igualdad del poder de negociación determine la inclusión de cláusulas materialmente abusivas” (28).

Es determinante, así, analizar el contexto en el cual se celebró el contrato y quiénes son sus partes, particularmente si intervienen sociedades comerciales y la cuestión versa sobre cuestiones patrimoniales disponibles (29). Ello así, pues si bien el juez debe ser más exigente al interpretar el contrato respecto de quién ha sido su autor, tal rigor tendrá un resultado beneficioso para el adherente cuando se trate de estipulaciones confusas o abusivas (30).

La interpretación del contrato debe realizarse, entonces, ponderando las circunstancias fácticas del caso y poniendo especial atención a las partes involucradas, su profesionalidad, experiencia, y los demás hechos particulares que puedan incidir en la evaluación de lo convenido.

En este sentido, en el marco de un conflicto contractual entre una agencia de viajes y una línea aérea, la Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial, con apoyo en doctrina, sostuvo que no resulta suficiente que una cláusula sorpresiva (en el caso, una cláusula de no reembolso) sea inesperada para declararla abusiva, sino que debe tratarse de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad (31). En el caso particular, la Alzada valoró especialmente el carácter profesional de las partes intervinientes, la calidad de agente mayorista que tenía la actora y el hecho de que la cláusula se encontraba redactada con claridad.

En este contexto concluyó que la actora debió, cuando menos, ajustar su obrar al estándar de profesionalidad que la ley requiere (art. 1725 del CCyC).

Las pautas desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia nacional permiten concluir que resulta necesario armonizar las pautas interpretativas generales sobre la conducta de un buen hombre de negocios con aquellas contenidas en la normativa prevista para los contratos celebrados por adhesión, y realizar un análisis contextual adecuado a las circunstancias fácticas del caso considerando quiénes son las partes contratantes y cuáles son sus características particulares, para definir si corresponde o no aplicar la tutela particular prevista en esta materia por el Código Civil y Comercial.

cuando las partes habían renunciado previamente a la apelación de la decisión final de los árbitros (CS, Fallos, 137:333; y 305:1365). Un criterio similar han adoptado los tribunales nacionales inferiores (CNCom., Sala D, “Blanco, Guillermo y otros c. Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, 20/04/1992; id., Sala E, “Welbers S.A., Enrique C. c. Extraktionstechnik Gesellschaft Für Anlagenv M.B.M.”, 26/09/1988, LA LEY, 1989-E, 304; id., Sala C, “Baires Inter Trade S.A. c. Otro Mundo Brewing Company S.A.”, 03/11/2009, TR LALEY 70058348; CNFed. Cont. Adm., Sala III, “Mollo, Vicente E. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales y otro”, 26/05/1994, LA LEY, 1995-A, 124; id., Sala I, “Smit International Argentina S.A. c. Puerto Mariel SA”, 01/03/2011, LA LEY, 2011-D, 645; CNFed. Cont. Adm., Sala II, “Amet Constructora S.R.L. c. SEGBA en liquidación”, 04/09/2008, TR LALEY AR/JUR/11101/2008).

(34) CAIVANO, Roque J., “El orden público como límite a la arbitrabilidad”, TR LALEY AR/DOC/3827/2017. Como explica el mismo autor en otra obra, del carácter convencional del arbitraje se deriva la limitación establecida por las mismas partes a los árbitros (tanto desde el punto de vista objetivo, que se refiere a qué cuestiones las partes decidieron someter a juicio de árbitros, como desde el punto de vista subjetivo, relativo a quiénes son los sujetos que se sometieron a arbitraje); mientras que del carácter privado se deriva la limitación establecida por el legislador a las partes, determinada por las materias arbitrables y las que no lo son (CAIVANO, Roque J., en BUERES, Alberto J. (Dir.), “Código Civil y Comercial de

III. La limitación a la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión prevista en el art. 1651 del CCyC

**La doctrina suele reconocer que el arbitraje presenta una naturaleza mixta (32), pues si bien los árbitros ejercen una función jurisdiccional al resolver una disputa (aun cuando no cuenten con el *imperium* propio de los jueces), el fundamento de esa función es esencialmente convencional, en tanto se sustenta en el sometimiento voluntario de las partes a este mecanismo de resolución de conflictos (33).**

Al fundarse en la voluntad de las partes, la jurisdicción de los árbitros se encuentra doblemente limitada: por un lado, por los términos del acuerdo de arbitraje, que determinan cuáles son las disputas sometidas a decisión de árbitros; y por el otro lado, por el ordenamiento jurídico, que restringe la autonomía de la voluntad prohibiendo el sometimiento a decisión de árbitros de ciertas controversias (34).

Esta última limitación refiere al concepto de *arbitrabilidad*. Conforme explica la doctrina nacional, desde un punto de vista objetivo o material, una disputa es arbitrable cuando es posible someterla a decisión de árbitros, es decir, cuando no se trata de una controversia sujeta a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales (35).

Si bien inicialmente en nuestro país la arbitrabilidad objetiva de las disputas se determinaba exclusivamente a través de los códigos procesales, tras la sanción del Código Civil y Comercial la cuestión se encuentra principalmente regida por los arts. 1649 y 1651 de dicho cuerpo legal, los que se complementan con las disposiciones previstas en las legislaciones procesales (36). Ello aplica también a los arbitrajes comerciales internacionales, pues, si bien el art. 1º de la ley 27.449 de Arbitraje Comercial (LACI) establece que tales arbitrajes se rigen exclusivamente por esta (37), el art. 5º del mismo cuerpo legal remite a la legislación de fondo en materia de arbitrabilidad objetiva (38).

**En lo que aquí interesa, el art. 1651, inc. d) del CCyC establece que se encuentran excluidas del contrato de arbitraje las disputas derivadas de “los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto”.**

Existe consenso en advertir que el fundamento de la solución adoptada por el legislador radica en el desigual poder de negocia-

la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, 2018, t. 3E, p. 433).

(35) CAIVANO, Roque J., en BUERES, Alberto J. (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, 2018, t. 3E, pág. 433; MARZORATI, Osvaldo, “Los límites del acuerdo arbitral”, LA LEY, 2010-B, 946; SANDLER OBREGÓN, Verónica, en HERRERA, Marisa - CARAMELLO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, ps. 351/352.

(36) CORRÁ, María Inés, “Arbitrability of Substantive Disputes”, en FORTESE, Fabricio (Ed.), “Arbitration in Argentina”, 2020, Kluwer Law International, ps. 44 y 46.

(37) Cfr. artículo 1 de la LACI (“La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina”).

(38) Cfr. artículo 5 de la LACI (“La presente ley no afectará a ninguna otra ley argentina en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente”). En función de ello, como explican Caivano y Ceballos Ríos, la LACI no establece ningún criterio particular para determinar la arbitrabilidad, cuestión que se rige por las disposiciones del derecho común argentino (CAIVANO, Roque J. - CEBALLOS RÍOS, Natalia M., “Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino”, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 76).

(23) MANÓVIL, Rafael M., ob. cit.

(24) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., t. I, p. 110.

(25) CNCom., Sala D, “Lloyds TSD Bank PLC c/ Mujica Graciela y otros s/ordinario”, 15/04/2009.

(26) CNCom., Sala D, “Telecomunicaciones Prevea S.R.L. c/ Telmex Argentina S.A. s/ordinario”, 29/10/2020, TR LALEY AR/JUR/58156/2020.

(27) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Breves reflexiones sobre interpretación de los contratos y la interpretación de la ley”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, año 2006, t. 3, pág. 24.

(28) CNCom., Sala F, “Alejandro Naum S.A. c/ Auto-latina Argentina S.A. y otros s/ordinario”, 07/08/2018, Expediente N° 83.559/2003; id., “Niro Construcciones S.A. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ordinario”, 23/08/2018, Expediente N° 32.282/2015. En el mismo sentido: CNCom., Sala F, “Solidez Empresa Federal de Alta Complejidad Médica S.A. c/ Círculo Médico de La Matanza s/ordinario”, 29/10/2019.

(29) CNCom., Sala C, “Telcel S.A. c/ Cablevisión S.A.”, 21/03/2019, Expediente N° 11344/2018, TR LALEY AR/JUR/63817/2019; CNCom., Sala D, “Biotrade Argentina S.R.L. y otro c/ St Jude Medical Argentina S.A. s/ordinario”, 11/2/2020, Expediente N° 25.400/2018.

(30) CNCom., Sala D, “Lloyds TSD Bank PLC c/ Mujica Graciela y otros s/ordinario”, 15/04/2009, TR LALEY 35031763; id., “Albanese S.A. c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. s/sumario”, 06/04/2010.

(31) CNCom., Sala F, “Mundorepes S.R.L. c/ Emirates Airlines s/ordinario”, 24/06/2022, TR LALEY AR/

JUR/81252/2022.

(32) Así lo hacen, entre otros: AGUILAR, Fernando, “Arbitraje y el nuevo Código Civil y Comercial argentino”, TR LALEY AR/DOC/1808/2016; CAIVANO, Roque J., “Arbitraje”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 2ª ed., p. 97; PARODI, Gustavo, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (Dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 851; RIVERA, Julio C., “Arbitraje comercial. Internacional y doméstico”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 60/67; ROJAS, Jorge A., “La renuncia a la impugnación del laudo arbitral”, TR LALEY AR/DOC/2535/2015; SANDLER OBREGÓN, Verónica, en HERRERA, Marisa - CARAMELLO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 347.

(33) Este criterio también se ve reflejado en la jurisprudencia nacional. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido desde antaño naturaleza jurisdiccional al arbitraje (CS, “Bruce, David c. De las Carreras, Ernesto”, 25/11/1880, Fallos, 22:371. En el mismo sentido: Fallos, 290:458; 300:380; 311:2223; 311:2300; entre otros), estableciendo expresamente que los laudos arbitrales tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales y que, en esas condiciones, la autoridad de los árbitros es análoga a la de los jueces (CS, Fallos, 225:135, voto del Dr. Tomás Casares); pero también ha destacado la fuente convencional del arbitraje (CS, Fallos, 257:105; y 322:1100), especialmente para limitar la impugnación de laudos arbitrales

ción que suele existir entre las partes en esta particular clase de contratos, en virtud de la cual se procura limitar la posibilidad de dirimir mediante el arbitraje las posibles controversias que se deriven de ellos (39).

Sin embargo, desde la sanción del Código Civil y Comercial, la doctrina nacional ha criticado la solución adoptada por el legislador, destacando que el solo hecho de que el contrato se haya celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas no constituye una circunstancia que justifique limitar la arbitrabilidad de las disputas derivadas de él (40), ni implica que exista un ejercicio abusivo del derecho ni tampoco un desigual poder de negociación que justifique impedirle a las partes dirimir sus disputas mediante arbitraje (41); y que la lógica que llevó a excluir la posibilidad de arbitrar disputas relacionadas con contratos de adhesión es incomprensible y debe basarse en una incorrecta apreciación de la realidad de esta clase de contratos (42).

Esta cuestión —que había sido objeto de un relevante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de San Juan antes de la entrada en vigencia del nuevo Código (43)— comenzó a ser tratada paulatinamente por la jurisprudencia nacional, especialmente por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (“Cámara Comercial”).

Como seguidamente explicaremos, las salas de la Cámara Comercial no han adoptado un criterio uniforme en la materia.

En efecto, mientras las salas E y F de la Cámara Comercial han emitido decisiones rechazando categóricamente la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión, adoptando una interpretación apegada a los términos del art. 1651, inc. d) del CCyC; las salas A, C y D (y ahora también la sala B) han desarrollado un criterio alternativo, asignándole eficacia a cláusulas arbitrales insertas en contratos de adhesión con fundamento en una interpretación sistemática y finalista de la norma, sujeto a la comprobación de ciertas circunstancias de hecho particulares.

A continuación examinaremos la jurisprudencia desarrollada por la Cámara Comercial en torno a la arbitrabilidad de las disputas derivadas de contratos de adhesión y el alcance que corresponde asignarle a lo previsto en el art. 1651, inc. d) del CCyC.

#### IV. Análisis e interpretación del art. 1651 del CCyC a la luz de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

IV.1. El criterio adoptado por las salas E y F de la Cámara Comercial (casos “Yasa”, “Argennet” y “Travel CBA”)

Las primeras decisiones adoptadas en esta materia fueron las emitidas por la sala F en los casos “Yasa” (44) y “Argen-

net” (45) (ambos resueltos en agosto de 2016), en los que la Cámara Comercial decidió revocar las decisiones de primera instancia que habían admitido las excepciones de incompetencia opuestas por las compañías demandadas con fundamento en las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de agencia y, tras considerar que dichos contratos habían sido celebrados por adhesión, declaró que las cláusulas arbitrales no resultaban operativas en virtud del art. 1651, inc. d) del CCyC.

Para resolver de ese modo, el Tribunal de Alzada destacó que la prohibición contenida en el art. 1651 del CCyC es de orden público y que, independientemente de la interpretación que se adopte al respecto, si se verifica que la materia en disputa se encuentra incluida en la norma, entonces “se torna indisponible para las partes el sometimiento del diferendo mediante el compromiso arbitral”. En razón de ello, tras confirmar en ambos casos que los contratos habían sido celebrados por adhesión, la sala F de la Cámara Comercial concluyó que correspondía declarar la no operatividad de las cláusulas arbitrales en cuestión (46).

El criterio desarrollado en los casos “Yasa” y “Argennet” fue confirmado posteriormente por la sala F de la Cámara Comercial en el caso “Sur Mobile” (47) y, muy recientemente, en el caso “Word Cellular Company” (48).

Adoptando una línea similar, en el caso “Travel CBA” (49) la sala E de la Cámara Comercial decidió revocar la sentencia de grado que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de franquicia y rechazar tal excepción, con fundamento en el art. 1651, inc. d) del CCyC.

En este caso, el Tribunal partió de una premisa similar a la de los casos “Yasa” y “Argennet”, destacando que la norma en ciernes excluye “expresamente y de manera imperativa” del arbitraje a las controversias sobre contratos de adhesión, razón por la cual resultaba dirimente definir la calificación del contrato celebrado por las partes para expedirse sobre la procedencia de la excepción opuesta por la demandada.

Según la Alzada, el contrato de franquicia es “normalmente y por su propia naturaleza” un contrato de adhesión, por lo que le correspondía a la demandada acreditar que las cláusulas del contrato habían sido libremente negociadas por las partes y que, por lo tanto, no habían sido predispuestas. A pesar de advertir que existían extremos no controvertidos entre las partes de los que podía inferirse que la cláusula arbitral había sido objeto de negociación (50), la Cámara Comercial concluyó que la demandada no había logrado probar que el contrato no había sido celebrado por adhesión.

Civil y Comercial: ¿un tren en dirección desconocida?, TR LALEY AR/DOC/2992/2015.

(43) CS San Juan, Sala I, “MC Servicios de Consultora S.R.L. c/ Minera Argentina Gold S.A.”, 12/06/2014, TR LALEY AR/JUR/35760/2014.

(44) CNCom., Sala F, “Yasa S.R.L. c/ Telecom Personal S.A.”, 30/08/2016, TR LALEY AR/JUR/69671/2016.

(45) CNCom., Sala F, “Argennet S.R.L. c/ Telefónica de Argentina S.A.”, 30/08/2016, TR LALEY AR/JUR/69656/2016.

(46) Si bien la Cámara de Apelaciones no lo señaló expresamente, de los hechos narrados en los fallos es posible inferir que, en ambos casos, fue la parte predisponente del contrato la que pretendió invocar la cláusula arbitral a su favor (circunstancia que pudo ser tomada en consideración para resolver como se hizo en estos casos, considerando la finalidad perseguida a través de la disposición contenida en el art. 1651, inc. d) del CCyC).

Sobre este último punto, el Tribunal advirtió que, aún si se considerase que la cláusula de resolución de disputas fue negociada, ello no alteraría la resolución del caso, pues se trataría de una cláusula particular (que no modificaría la calificación de un contrato de adhesión conforme a lo previsto en el art. 985 del CCyC), que sería “ajena a los aspectos generales y medulares del funcionamiento del negocio de la franquicia”.

III.2. El criterio adoptado por las salas A, B, C y D (casos “Abre”, “Servicios Santamaría”, “Vanger”, “Soluciones Integrales” y “Rosario Máquinas Agrícolas”)

Como se expuso, las salas A, C y D (y ahora también la B) de la Cámara Comercial han desarrollado un criterio notablemente distinto.

En el caso “Abre” (51), la sala A del tribunal de alzada confirmó la sentencia de primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de agencia (52).

Para resolver de ese modo, el tribunal comenzó destacando que, si bien la actora había planteado la invalidez de varias cláusulas del contrato (incluyendo la cláusula arbitral), conforme al principio de autonomía del acuerdo de arbitraje, debía circunscribir su análisis a la validez de este último y la procedencia de la excepción de la demandada, sin examinar la validez de las demás cláusulas cuestionadas por la demandante.

Tras ello, el tribunal reiteró una prédica llamativamente reiterada [y, a nuestro juicio, acertadamente criticada (53)] según la cual la competencia arbitral es de excepción y, por ello, debería interpretarse con carácter restrictivo, sin perjuicio de lo cual advirtió que la actora había tomado conocimiento de la cláusula arbitral en dos oportunidades sucesivas, por lo que no podía entenderse que se hubiera visto sorprendida por la inclusión de dicha cláusula ni que esta le fue impuesta por la accionada.

En este punto, la Alzada señaló lo que constituye el núcleo de su decisión, afirmando que “para determinar la exigibilidad de una cláusula de elección del tribunal competente, debe analizarse si (...) se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita en el caso invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades”. Para la Cámara Comercial, la nulidad de la cláusula arbitral “no puede sustentarse a priori en la mera existencia de predisposición unilateral de las condiciones del contrato, si es que ha mediado un componente subjetivo de evidente conocimiento y aceptación, pues un planteo de la índole del que efectúa la actora requiere de la necesaria prueba y contradic-

(47) CNCom., Sala F, “Sur Mobile S.R.L. c/ Telecom Argentina S.A. s/ordinario”, 19/03/2019.

(48) CNCom., Sala F, “World Celullar Company S.A. c/ Telecom Argentina S.A. s/ordinario”, 13/06/2023, TR LALEY AR/JUR/74132/2023.

(49) CNCom., Sala E, “Travel CBA S.R.L. c/ Samsonite Argentina S.A.”, 27/08/2019.

(50) Según surge del fallo, mientras en el contrato involucrado en el caso la cláusula arbitral preveía como sede del arbitraje la ciudad de Buenos Aires y su administración por el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (CEMA); el contrato celebrado por la actora y una sociedad vinculada a la demandada (Samsonite de México) preveía como sede del arbitraje la ciudad de Miami y su administración por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

(51) CNCom., Sala A, “Abre S.R.L. c/ Telecom Personal S.A.”, 30/08/2019.

(52) En este sentido, se trató de un caso sustancial-

ción, lo que excede el marco de una excepción previa”.

Según el tribunal de apelaciones, el hecho de que el contrato entre las partes fuera de adhesión no era suficiente para invalidar la cláusula arbitral, pues el contrato se había perfeccionado a partir de una propuesta que había sido dirigida por la actora a la demandada, se suscribió en dos oportunidades y no se probó que la cláusula en cuestión no hubiera sido objeto de reflexión o discusión entre las partes, quienes eran —además— sociedades comerciales especializadas en el ramo que operaban.

Como se puede advertir, la línea de análisis e interpretación desarrollada por la sala A en el caso “Abre” es, en casi su totalidad, diametralmente opuesta a la sostenida por las salas E y F en los casos “Yasa”, “Argennet” y “Travel CBA”.

La sala C adoptó un enfoque análogo al de la sala A en los casos “Servicios Santamaría” (54) y “Vanger” (55). En ambos procesos, la Cámara Comercial decidió confirmar la validez de la cláusula arbitral inserta en contratos que se presentaban como celebrados por adhesión, comenzando por destacar que, conforme al art. 2º del CCyC, las normas deben ser interpretadas de acuerdo a su finalidad y esa pauta no puede ser soslayada a la hora de determinar el alcance de una norma legal.

También en ambos casos, la alzada señaló que el contrato entre las partes demostraba “la vinculación de dos empresas especializadas por razón de su objeto y dotadas de la envergadura suficiente como para llevarlo a cabo” y que las sumas reclamadas exhibían “la magnitud económica del contrato continente” de la cláusula arbitral. Con base en ello, la Cámara Comercial consideró que el art. 1651, inc. d) del CCyC no resultaba aplicable, en tanto la finalidad de esa norma es “asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación (en masa) con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y del poder económico de las partes”, y no para “soslayar un pacto admitido cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo”.

A raíz de ello, el Tribunal concluyó: “[c]uando, como en el caso, se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, cabe admitir la operatividad de la cláusula en cuestión aun cuando se tratase de un contrato de adhesión, en tanto no se haya demostrado su abusividad y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes” (56).

mente similar a los casos “Yasa” y “Argennet”, en los que se arribó a una solución contraria a la adoptada en el caso “Abre”.

(53) CAIVANO, Roque J. - CEBALLOS RÍOS, Natalia M., “Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino”, Buenos Aires, 2020, Thomson Reuters La Ley, § 8.6.2.2; SAGRARIO, Ramiro, “A vueltas con la interpretación del acuerdo arbitral”, TR LALEY AR/DOC/1075/2023.

(54) CNCom., Sala C, “Servicios Santamaría S.A. c/ Energía de Argentina S.A.”, 24/05/2018, TR LALEY AR/JUR/25889/2018.

(55) CNCom., Sala C, “Vanger S.R.L. c/ Minera Don Nicolás S.A.”, 06/06/2019, TR LALEY AR/JUR/25548/2019.

(56) Sin perjuicio de ello, en ambos casos la Cámara decidió imponer las costas en el orden causado, destacando que “la literalidad de la norma observada pudo conducir a la actora a peticionar como lo hizo”.

(39) CORRÁ, María Inés, “Arbitrability of Substantive Disputes”, en FORTESE, Fabricio (Ed.), “Arbitration in Argentina”, 2020, Kluwer Law International, pág. 48; PARODI, Gustavo, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 859.

(40) RIVERA, Julio C., “El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores”, LA LEY, 2013-F, 1069. En sentido similar: MANÓVIL, Rafael M., “Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo Código”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales, Buenos Aires, 2014, N° 52, p. 297.

(41) DI CHIAZZA, Iván G., “Contrato de arbitraje”, en LORENZETTI, Ricardo L. (Dir. Gral.) - SAGARNA, Fernando A. (Dir.), “Código Civil y Comercial explicado. Doctrina - jurisprudencia”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. II, p. 851.

(42) FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. - VETULLI, Ezequiel H., “El nuevo contrato de arbitraje del Código

No obstante la similitud de los fallos emitidos por la sala C, existen ciertas diferencias entre el caso “Santamaría” y el caso “Vanger” que vale la pena señalar. En “Santamaría”, la Cámara Comercial advirtió que el contrato entre las partes había sido celebrado a partir de una licitación (llamado a contratación directa) y que la actora se había vinculado con la demandada (ENARSA) conociendo de antemano las condiciones que debía acatar para brindar los servicios requeridos que le fueron adjudicados. Esa circunstancia no medió en el caso “Vanger”, en el que, en cambio, la Alzada añadió una consideración jurídica que no había desarrollado en “Santamaría”, al señalar que el art. 1656 del CCyC establece que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales, a menos que el convenio sea manifiestamente nulo o inaplicable, y que nada de ello se verificaba en el caso.

La línea de interpretación desarrollada en los casos “Santamaría” y “Vanger” fue adoptada por la sala D de la Cámara Comercial en el caso “Soluciones Integrales” (57) y recientemente por la sala B (58).

En “Soluciones Integrales”, la sala D de la Cámara Comercial confirmó la decisión de primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión. Para arribar a esa decisión, la Alzada partió nuevamente de considerar que la cláusula compromisoria debería interpretarse de manera restrictiva por implicar una renuncia al principio general del sometimiento de conflictos a los jueces estatales, no obstante lo cual advirtió que las partes habían acordado con claridad someter a decisión de árbitros disputas como la planteada por la actora.

Tras ello, la Cámara Comercial replicó los fundamentos jurídicos desarrollados en los casos “Santamaría” y “Vanger” para concluir que el art. 1651, inc. d) del CCyC no resultaba aplicable a la especie ni, por consiguiente, comprometía la validez de la cláusula arbitral en ciernes, añadiendo que, en este caso en particular, ese criterio resultaba “de innegable aplicación”, pues la propuesta contractual había sido dirigida por la actora a la demandada, el vínculo entre las partes había nacido hacía veinte años y no se había demostrado que los términos y condiciones de la cláusula arbitral no hubieran podido ser objeto de reflexión o discusión entre las partes.

De modo similar al argumento final desarrollado por la sala C en “Vanger”, la sala D destacó que cualquier otro planteo sobre la existencia, validez o eficacia de la cláusula compromisoria debía ser examinado por el tribunal arbitral en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* consagrado en el art. 1654 del CCyC, y por no ser el convenio manifiestamente nulo o inaplicable (cfr. art. 1656, primer párrafo, del CCyC).

Recientemente, la sala B de la Cámara Comercial siguió una línea similar al confirmar la sentencia de grado que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada en base a la cláusula arbitral inserta en un alegado contrato de adhesión.

En lo que aquí interesa, la sala B adoptó —en lo sustancial— el criterio desarrollado por las salas C y D en los casos “Santamaría”, “Vanger” y “Soluciones Integrales”, afirmando que el art. 1651, inc. d) del CCyC no resulta aplicable cuando el contrato de adhesión que contiene la cláusula arbitral fue celebrado entre empresarios, siempre que no se haya demostrado su abusividad o un eventual riesgo de orden público, pues, al tratarse de un convenio celebrado entre empresarios referido a cuestiones patrimoniales disponibles, no corresponde suponer la existencia de una desigualdad ostensible en términos de poder de negociación que justifique la aplicación de la norma en cuestión, ni puede concluirse que las partes no hayan actuado con libertad al celebrar el convenio.

Como se puede advertir, a la fecha todas las salas de la Cámara Comercial se han expedido sobre la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión y el alcance de la disposición contenida en el art. 1651, inc. d) del CCyC. Sin embargo, no lo hicieron con un criterio uniforme, sino con interpretaciones y resultados disímiles.

**Por un lado, las salas A, B, C y D adoptaron una interpretación sistemática y finalista del art. 1651, inc. d) del CCyC, a partir de la cual concluyeron que no corresponde declarar la invalidez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, si se comprueba que este fue celebrado por empresarios y no se demuestra su abusividad ni se encuentran comprometidas materias de orden público. El fundamento de esa solución radica en que, en esas circunstancias, no correspondería presumir la existencia de una desigualdad de poder de negociación entre las partes ni que una de ellas se haya visto sorprendida por la inclusión de la cláusula arbitral ni, en suma, que se cumpla la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión.**

Por el otro lado, las salas E y F adoptaron una interpretación literal de la norma, en función de la cual rechazaron la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, independientemente de la finalidad perseguida por la ley y de las circunstancias de hecho involucradas en la disputa, llegando a considerarse en el caso “Travel CBA” que esa solución no variaría ni siquiera si se demostrara la negociación del acuerdo arbitral, pues ello solo probaría la existencia de una cláusula particular que no alteraría la condición del contrato de adhesión si no se prueba, además, la negociación de las cláusulas centrales del contrato.

que sus decisiones presenten contradicciones al mismo tiempo sobre el mismo asunto, pues ello vulneraría el principio lógico de identidad y el principio de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional). De allí que la legislación procesal prevea que, a pedido de parte o a iniciativa de una sala, el tribunal colegiado podrá reunirse en pleno y adoptar una decisión (por mayoría) estableciendo, con carácter de doctrina legal obligatoria (cfr. artículos 300 y 303 del CPCyC), cuál es la interpretación legal aplicable al caso, que se tornará obligatoria para todos los casos futuros del mismo tipo (FALCÓN, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Concordado. Anotado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 566/567).

(60) CAIVANO, Roque J., en BUERES, Alberto J. (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal

## V. Nuestra interpretación

La disparidad de criterios adoptados por las salas de la Cámara Comercial justifica, a nuestro entender, la convocatoria para la emisión de una decisión plenaria que unifique la jurisprudencia y evite sentencias contradictorias (cfr. art. 302 del CPCyC) (59).

En cuanto a la interpretación y alcance que corresponde asignarle a lo previsto en el art. 1651, inc. d) del CCyC, somos de la opinión que, sin perjuicio de los beneficios y la utilidad que suele derivarse del empleo de la interpretación literal de las normas, en este caso es preferible adoptar una interpretación armónica y sistemática de las disposiciones que rigen el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico que, a su vez, tenga en cuenta la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de los conflictos vinculados a contratos de adhesión.

Como lo indicó la sala C de la Cámara Comercial en los casos “Servicios Santamaría” y “Vanger”, una interpretación literal de la norma, apegada estrictamente a sus términos, puede conducir a concluir que toda disputa derivada de un contrato de adhesión no es arbitrable, lo que —a nuestro juicio— no resulta razonable en todos los casos.

Como explica Caivano (60), no es lo mismo un contrato de adhesión celebrado entre un proveedor y un consumidor que uno suscripto entre comerciantes. Entre otras razones, porque el consumidor no persigue un propósito de lucro ni realiza una operación especulativa que conlleva riesgos inherentes al negocio (como sí lo hacen los comerciantes) y porque la condición de parte débil del vínculo contractual, que normalmente resulta palmaria en el consumidor, no es tan fácil de advertir cuando ambas partes son comerciantes.

A ello cabe añadir que, precisamente entre comerciantes, existen numerosos contratos que suelen celebrarse por adhesión previendo el arbitraje como método de resolución de disputas (61), sin que ello implique un ejercicio abusivo del derecho que perjudique a la parte adherente del contrato.

Como explicamos al comienzo de este trabajo, al explicitar las razones que condujeron al establecimiento de un régimen especial para los contratos de adhesión, la Comisión Redactora señaló que esta clase de contratos no necesariamente son de consumo y que, de hecho, el principal campo de aplicación de las disposiciones previstas para los contratos de adhesión no son los contratos de consumo, sino las situaciones de adhesión que suelen presentarse entre pequeñas y medianas empresas y grandes operadores del mercado. En esas condiciones, tratándose regularmente de vínculos entre comerciantes, la regla debería ser reconocer la plena operatividad y exigibilidad de la cláusula arbitral, no su invalidez (62).

Por esta razón, no resulta extraño que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación no incluyera la prohibición de someter a arbitraje disputas derivadas de

y jurisprudencial”, Hammurabi, 2018, t. 3E, p. 446.

(61) RIVERA, Julio C., “El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores”, LA LEY, 2013-F, 1069.

(62) Cfr.: CAIVANO, Roque J., “La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”, Bogotá, 2007, Universidad del Rosario, pág. 280; SANDLER OBREGÓN, Verónica, “La cláusula arbitral en contratos de adhesión entre comerciantes”, LA LEY, 2015-A, 104.

(63) Ver CORRÁ, María Inés, “Arbitrability of Substantive Disputes”, en FORTESE, Fabricio (Ed.), “Arbitration in Argentina”, 2020, Kluwer Law International, p. 49. El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR fue celebrado el 23 de julio de 1998 y aprobado por la ley 25.223 (sancionada el 24 de noviembre de 1999).

contratos de adhesión y que esa exclusión se haya incorporado entonces durante el debate en el Senado de la Nación.

A nuestro entender, el criterio adoptado por las salas A, B, C y D de la Cámara Comercial es el que mejor se ajusta a la realidad de los contratos de adhesión en general y a la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de las disputas vinculadas a esta clase de contratos.

Conforme a ese criterio, no corresponde declarar la invalidez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión si se comprueba que este fue celebrado por empresarios y no se demuestra su abusividad ni se encuentran comprometidas materias de orden público.

Esta interpretación, además, es consistente con el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (63), que admite expresamente que la convención arbitral se encuentre inserta en un contrato de adhesión en la medida en que brinde “un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes” y sea pactada de buena fe (64).

Por nuestra parte, consideramos razonable añadir que tampoco debería proceder la invalidez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión si quien invoca la cláusula arbitral es la parte adherente (pues se supone que la restricción está prevista a su favor) (65), o si se acredita que las partes negociaron los términos de dicha cláusula (por aplicación del principio de autonomía del acuerdo arbitral).

El reconocimiento a la relevancia de los criterios sentados por la doctrina y la jurisprudencia nacional permite concluir que, pese a haberse consagrado legislativamente la prohibición de someter a arbitraje las disputas derivadas de contratos celebrados por adhesión, esta solución legislativa resulta desacertada. Confiamos en que la cuestión sea modificada a futuro.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2811/2023

## Más información

[Oriolo, Hernán M.](#), “Las obligaciones de los árbitros en los arbitrajes internacionales”, TR LALEY AR/DOC/2186/2019, RDCO 297, 1059

[Ojeda Fernández, Paulina B.](#), “La imparcialidad e independencia como dogma del arbitraje”, TR LALEY AR/DOC/2700/2021, ADLA 2021-10, 209

## Libro recomendado

[Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico](#)

Autores: Julio César Rivera - Julio César Rivera (h) - Juan Ignacio Amado Aranda  
Edición: 3ª, 2022  
Editorial: La Ley, Buenos Aires

(64) Ver Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, artículo 4.1.

(65) En este sentido, Caivano y Sandler Obregón afirman que, en rigor, lo previsto en el art. 1651, inc. d) del CCyC no es una materia no arbitrable (en el sentido de una cuestión indisponible para las partes), sino de un supuesto de inoponibilidad del pacto a una de las partes (ver: CAIVANO, Roque J., en BUERES, Alberto J. (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, 2018, t. 3E, ps. 448/449; SANDLER OBREGÓN, Verónica, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 353).

(57) CNCom., Sala D, “Soluciones Integrales S.R.L. c/ Ternium S.A.”, 08/02/2022, TR LALEY AR/JUR/2950/2022.

(58) CNCom., Sala B, “Rosario Máquinas Agrícolas SRK c/ CNH Industrial Argentina SA s/ordinario”, 18/4/2023, TR LALEY AR/JUR/42672/2023.

(59) Como explica Falcón, el fundamento del fallo o decisión plenaria (que puede dictarse a partir de la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley previsto en el artículo 288 y ss. del CPCyC o a iniciativa de una sala del Tribunal de Apelaciones) radica en que, cuando un tribunal de revisión colegiado se encuentra dividido en salas (como sucede con la Cámara Comercial), cada sala resuelve la cuestión recurrida con la autoridad de todo el cuerpo colegiado. Por ello, como la decisión es de la Cámara de Apelaciones (como unidad), no se supone

# Jurisprudencia

## Competencia

### Voluntad de las partes. Arbitraje.

1. - Toda vez que las partes se vincularon a través de un contrato del que surge una operatoria de concesión y venta de maquinarias y productos agrícolas, en el que pactaron resolver o ventilar cada controversia o reclamo derivados, sometiéndose a un arbitraje vinculante ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, esto permite considerar lo pactado como una prórroga de la jurisdicción judicial con alcance normativo para las partes contratantes, lo que torna procedente un desplazamiento de la competencia para que la cuestión sea dirimida por tales arbitradores.
2. - La elección del arbitraje como vía privada de resolución de los conflictos, evidencia que las partes —habilitadas legalmente para ello por las circunstancias del caso y por la materia involucrada— deciden excluir o sustraer la solución de su puntual disputa de la competencia de los tribunales estatales, elección que convierte a los árbitros en los jueces naturales de la causa sin contrariar los arts. 1º y 18 CN. Tal elección, que puede permitir la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, debe ser respetada por haber sido asumida dentro de la órbita del derecho de actuación de quienes la efectuaron.

CNCom., sala B, 19/04/2023. - Rosario Máquinas Agrícolas S.R.L. c. CNH Industrial Argentina S.A. s/ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/42672/2023]

2ª Instancia.- Buenos Aires, 19 de abril de 2023.

Vistos:

I. Apeló la actora el decisorio de fs. 342 mediante el cual el Juez *a quo* se declaró incompetente para entender en las presentes actuaciones. Su memorial obra a fs. 346/358 y fue respondido a fs. 360/364.

II. Los fundamentos del dictamen fiscal que esta Sala comparte (fs. 367/371) y a los que se remite por economía expositiva, resultan suficientes para confirmar la resolución atacada, ante la vigencia de la cláusula compromisoria (28 fs. 164/173); en tanto no se advierte en el caso la configuración de las excepciones enumeradas por el artículo 1651 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Según surge del examen de las presentes actuaciones, las partes se vincularon a través del contrato copiado a fs. 174/179 del que surge una operatoria de concesión y venta de maquinarias y productos agrícolas, en el que pactaron resolver o ventilar cada controversia o reclamo derivados de este contrato sometiéndose a un arbitraje vinculante ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (Cláusula 28 del acuerdo).

Allí se plasmó —en lo pertinente— que “Toda controversia o reclamo que tenga su origen o se relacione con esta Propuesta de Concesión, su formación, cumplimiento, interpretación o terminación por cualquiera circunstancia, será exclusivamente resuelta en forma definitiva mediante un arbitraje vinculante que se realizará ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, República Argentina, salvo que la Sociedad y el Concesionario acuerden lo contrario” sin que se advierta agregado en autos otro documento que determine lo contrario.

Dicha cláusula permite considerar lo pactado como una prórroga de la jurisdicción judicial con alcance normativo para las partes contratantes, lo que torna procedente un desplazamiento de la competencia para que la cuestión sea dirimida por tales arbitradores (CNCom., Sala B *in re*, “Scaramella, Alicia Cristina c/ Hope Entertainment S.A. s/ejecutivo”, 7-6-18; y sus citas).

En ese contexto, debe recordarse que la elección del arbitraje como vía privada de resolución de los conflictos, evidencia que las partes —habilitadas legalmente para ello por las circunstancias del caso y por la materia involucrada— deciden excluir o sustraer la solución de su puntual disputa de la competencia de los tribunales estatales, elección que convierte a los árbitros en los jueces naturales de la causa sin contrariar los arts. 1º y 18 CN. Tal elección, que puede permitir la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, debe ser respetada por haber sido asumida dentro de la órbita del derecho de actuación de quienes la efectuaron (arg. artículos 959, 1061 y 1649 CCCN).

La doctrina caracteriza la cláusula compromisoria como un contrato que se encuentra sujeto, como tal, a los requisitos de validez que, en cuanto al consentimiento, a la capacidad, al objeto y a la causa exige el CCCN (art. 1650 y conc.). Por lo tanto, su contenido se halla exclusivamente librado a la voluntad de las partes, quienes pueden pactar la jurisdicción arbitral respecto de todos los casos litigiosos que se planteen como consecuencia de la relación sustancial que las vincula, o limitarla a los aspectos es-

pecíficos que se refieran a esa relación, con exclusión de los casos de inarbitrabilidad previstos legalmente (art. 1651, CCCN), que como se explicará no se advierten configurados en la especie en esta etapa preliminar del proceso.

En las circunstancias de este caso, no resulta óbice a esta solución que se haya invocado la existencia de un contrato de adhesión, sin perjuicio de lo que pueda decidir el aludido tribunal arbitral respecto del planteo de nulidad de esa cláusula. En efecto, se trata de un convenio celebrado entre empresarios referido a cuestiones patrimoniales disponibles, por lo que, en principio, no es dable suponer la existencia de una desigualdad ostensible en términos de poder de negociación. Tampoco puede concluirse, en esta instancia preliminar, que la recurrente, aun cuando se hubiera limitado a consentir la cláusula compromisoria predispuesta por la contraparte, no haya actuado con libertad al celebrar el convenio. En este sentido, y en consonancia con la jurisprudencia del fuero, el art. 1651, inc. “d”, CCCN no soslaya un pacto admitido cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo, como ocurre con las empresas (en similar sentido, CNCom., Sala C *in re*: “Telcel S.A. c/ Cablevisión S.A.” del 21/3/2019, CNCom., Sala D, *in re*: “Biotrade Argentina S.R.L. y otro c/ St Jude Medical Argentina S.A. s/ordinario” del 11/2/2020).

Por ello, en el caso, y sin perjuicio —como se dijo— de las decisiones a las que pueda arribar el aludido tribunal respecto de la cláusula cuestionada una vez tramitado el proceso y producida la eventual prueba, cabe admitir la operatividad del pacto compromisorio aun si se considerara que se trata de un contrato de adhesión, en tanto en este estadio preliminar no se ha demostrado en modo alguno su abusividad o un eventual riesgo de materias de orden público que justifiquen el apartamiento aquí pretendido respecto de la prórroga acordada por las partes (CNCom., Sala C, *in re*: “Vanger SRL c/ Minera Don Nicolás SA s/ordinario” del 6/6/2019; CNCom., Sala F, *in re*: “Pérez Mendoza, J. c/ Hope Entertainment” del 13/7/2017).

Finalmente, no se soslaya que existen planteos que involucran la nulidad de la propia cláusula compromisoria y atacan su validez o eficacia, empero, dichos cuestionamientos deben también ser examinados —a falta de previsión en contrario— por el propio tribunal arbitral, habida cuenta del principio *kompetenz-kompetenz* propio de la materia (art. 1654, CCCN) y por no advertirse en

esta etapa preliminar del proceso que el pacto resulte manifiestamente nulo —art. 1656, primer párrafo, CCCN— (CCom Sala D *in re*: “Soluciones Integrales SRL c/ Ternium Argentina SA s/Ordinario” del 08.02.22).

En efecto, de constituirse eventualmente el Tribunal Arbitral, este sería quien, en principio, juzga su propia competencia de acuerdo con el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. En sentido similar, el artículo 1654 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

Ese citado principio tiene un aspecto positivo tendiente a permitir que sean los propios árbitros quienes decidan acerca de su competencia; y uno negativo que obliga a los tribunales judiciales a declinar su competencia ante la invocación de un acuerdo arbitral, salvo que el mismo resulte manifiestamente nulo o inaplicable (CNCom. esta Sala *in re*: “Frigorífico Regional Industrias Alimenticias Reconquista SA c/Vicentin SAIC s/medida precautoria” del 03.11.21; Rivera, Julio César, “Arbitraje Comercial”, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2007, p. 405 y ss.; Caivano, Roque J., “El principio *kompetenz - kompetenz*, revisado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina”, publicado en Themis - Revista de Derecho, 2019-2, p. 15); lo que a la luz del desarrollo precedente, no ocurre en la especie.

De tal modo corresponde confirmar la decisión recurrida.

III. Se desestima la apelación examinada, con costas.

IV. Notifíquese por Secretaría del Tribunal, conforme Ac. 31/11 y 38/13 CSJN, y a la Sra. Fiscal de Cámara mediante cédula electrónica.

V. Cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Ac. 15/13 CSJN y devuélvase digitalmente el expediente a la anterior instancia dejándose constancia que la presente resolución obra únicamente en soporte digital.

VI. Firman las suscriptas por encontrarse vacante la vocalía nº 6 (Conf. Art. 109 RJN). — Matilde Ballerini. — María Guadalupe Vásquez.

## Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria Nº 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que NIKOLAI SEROV

de nacionalidad rusa con pasaporte: Nº 55 0559114 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido.

Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.  
Buenos Aires, 19 de octubre de 2023  
Juan Martín Gavalda, sec.

LA LEY: I. 15/11/23 V. 15/11/23

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que

YUSEF ABDULNOUR, cuyo DNI es el Nº 96.268.070, nacida en Alepo - República Árabe Siria, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá co-

municarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.  
Buenos Aires, 6 de octubre de 2023  
Alejandro J. Nobili, juez fed.  
LA LEY: I. 15/11/23 V. 15/11/23

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero  
Editores: Nicolás R. Acerbi  
Valderrama  
Flores Candia  
Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Érica Rodríguez  
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.  
Administración, Comercialización y Redacción:  
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
Bs. As. República Argentina  
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley

TRLaley

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente:

0810-266-4444