

LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LA CESIÓN DEL CONTRATO QUE LA CONTIENE

Roque J. CAIVANO*

RESUMEN: El autor trata el concepto y efectos del acuerdo arbitral, los límites de la jurisdicción de los árbitros y revisa algunas decisiones jurisprudenciales como A. I. Trade Finance Inc. Revisa la jurisprudencia arbitral CCI, la argentina, el caso Sargo, el caso Yacimientos Carboníferos Río Turbio, la jurisprudencia chilena, la italiana, el caso Zimmer, el caso Impregilo, la jurisprudencia francesa, la española, la mexicana, la inglesa, la alemana, la austriaca, la suiza, la norteamericana, la sueca, agregando sus conclusiones.

ABSTRACT: *The author addresses the concept and effects of the arbitration agreement, the jurisdictional limits of the arbitrators and reviews some decisions of jurisprudence such as A.I. Trade Finance Inc. He reviews the arbitration jurisprudence of CCI, Argentina, the Sargo case, the Yacimientos Carboníferos Río Turbio case, the jurisprudence of Chile, Italy, the Zimmer case, the Impregilo case, the jurisprudence of France, Spain, Mexico, England, Germany, Austria, Switzerland, the USA, Sweden, and adds his conclusions.*

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos examinar cuál es la situación en que se encuentra la estipulación contenida en un contrato, disponiendo que los conflictos que a él se refieran serán resueltos por arbitraje (generalmente denominada “cláusula arbitral”) cuando sobreviene una cesión sobre los derechos y/o las obligaciones contenidas en dicho contrato. Concretamente, analizaremos si la cláusula arbitral es transferida junto con el resto de los derechos y/o obligaciones sustantivas, o si la estipulación se mantiene entre las partes originarias.

* Abogado y procurador por la Universidad de Buenos Aires (1984); doctor en ciencias jurídicas por la Universidad del Salvador (2009).

1. *Delimitación del tema a tratar y aclaraciones previas*

Desde luego, anticipamos, no habrá dudas sobre la cuestión si la cláusula arbitral es expresamente identificada como objeto de la cesión, y esta última es aceptada por el “cedido”: en tal hipótesis, existirá un expreso consentimiento de cedente, cesionario y cedido. Las dudas, más bien, se presentan cuando la situación de la cláusula arbitral no es expresamente contemplada por las partes en la cesión: ¿se considera implícitamente cedida también?

Aclaremos también que, como la cesión puede abarcar derechos y obligaciones en conjunto, sólo los derechos (o algunos de ellos) o sólo las obligaciones (o algunas de ellas), aludiremos aquí, para evitar equívocos a cedente, cesionario y cedido. A los fines que aquí interesan, “cedente” será el acreedor que transfiere a un tercero sus derechos o el deudor que transfiere sus obligaciones; “cesionario” será el que adquiere, por esa vía, los derechos y/o las obligaciones, y “cedido” será el co-contratante originario que permanece vinculado a la relación jurídica de base (acreedor, si lo cedido fueron las obligaciones del cedente; deudor, si lo cedido fueron los derechos del cedente).

Como paso previo al análisis específico del tema que pretendemos abordar en este trabajo, repasaremos algunos conceptos generales que servirán para poner en contexto algunas afirmaciones, y que conviene retener a los fines de comprender la lógica de nuestro razonamiento.

2. *Concepto y efectos del acuerdo arbitral*

Es sabido que, sin perjuicio de la naturaleza jurisdiccional de las funciones que recaen en los árbitros,¹ el arbitraje tiene una génesis conven-

¹ Así lo ha explicado la mayoría de la doctrina: Aylwin Azócar, Patricio, *El juicio arbitral*, 5a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 37 y ss.; Caivano, Roque J., *Arbitraje*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 100; Cantuarias Salaverry, Fernando y Aramburu Yzaga, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, Lima, ed. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 42 y ss. (aunque destacan la esterilidad de la discusión); Cremades, Bernardo M., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, núm. 6, enero-junio de 2007, pp. 13 y ss.; Chillón Medina, José María y Merino Merchán, José Fernando, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 119; Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 792; Jarrosson, Charles, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, núm.

cional: las atribuciones de los árbitros nacen, usualmente, de un acuerdo arbitral.²

El acuerdo o convenio arbitral, denominación comprensiva de las dos modalidades a través de las cuales se puede pactar el arbitraje (cláusula compromisoria y compromiso arbitral), implica el sometimiento de las partes a la decisión de los árbitros respecto de aquellas cuestiones que ellas mismas han identificado como la materia a resolver en el juicio arbitral. Las partes convienen allí que ciertas cuestiones serán resueltas por árbitros, en lugar de ser decididas por los tribunales judiciales. Al pactar de ese modo, las partes: (i) Renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia,³ y (ii) Le asignan funciones y facultades jurisdiccionales a particulares (los árbitros).

La suscripción de dicho acuerdo, en consecuencia, acarrea dos efectos principales que denominaremos, respectivamente, “negativo” y “positivo”.⁴

785, 1987; Jofré, Tomás, “El juicio arbitral”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA*, 1923, t. II, pp. 545 y ss.; Oppetit, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Bogotá, Legis, 2006, p. 57; Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, 4a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2004, p. 10; Rivera, Julio César, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, pp. 62 y ss.

También ha sido reconocido por la jurisprudencia. En Argentina: CNCom., Sala D, 20 de abril de 1992, *in re* Blanco, Guillermo y otros c. Petroquímica Bahía Blanca S. A., Lexis-Nexis *on line*, núm. 70003765; CSJN, 27 de diciembre de 1974, *in re* Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo S.A., Rev. Fallos, 290: 458; CSJN, 11 de noviembre de 1997, *in re* Yacimientos Carboníferos Fiscales, Rev. Fallos, 320: 2379; CSJN, 31 de mayo de 1999, *in re* Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos, 322: 1100. En Colombia: Corte Constitucional, 14 de marzo de 2007, Sentencia SU-174/2007, Expte. T-980.611. En España: Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 1993, Auto 36/1993. En Perú: Tribunal Constitucional, 28 de febrero de 2006, *in re* Cantuarias Salaverry, Fernando, Expte. 6167-2005-PHC/TC.

² Sobre el tema puede verse, *in extenso*, Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 358 y ss.

³ “The content of an arbitration agreement can have an enormous impact upon the rights of contracting parties. First, an agreement to arbitrate eliminates the parties’ right to have recourse to courts. Parties thereby forego the protection of judicial procedures”. Carbonneau, Thomas E., “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, núm. 4, 2003, pp. 1189 y ss.

⁴ El acuerdo arbitral es un contrato bilateral en el que las partes son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras de dos obligaciones principales: una de “no hacer”, consistente en no someter los conflictos a los tribunales estatales, y otra de “hacer”, consistente en someter la controversia presente o futura a la solución mediante arbitraje. Silva Romero,

Por el efecto negativo del acuerdo arbitral, los jueces estatales son incompetentes para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje.⁵ Si alguna de las partes iniciara una acción judicial relacionada con dichas cuestiones, la otra parte podrá plantear la incompetencia del tribunal judicial, sobre la base de que su jurisdicción ha sido renunciada.⁶ El efecto positivo consiste en atribuir jurisdicción a los árbitros a fin de que ellos resuelvan las controversias que se les someten, incluyendo la facultad de decidir sobre su propia competencia.⁷

En suma: el acuerdo arbitral produce el efecto de sustraer cierta categoría de litigios de la jurisdicción de los jueces ordinarios ya que, por imperio de la voluntad de ambas partes, se sustituye la jurisdicción estatal por una privada. Suscitado un diferendo respecto de alguno de los asuntos que se consideren incluidos en la cláusula, ya no existe para las partes la libertad de optar por accionar en la justicia ordinaria. Quedan obligados a solucionarlo por la vía arbitral, salvo que exista un nuevo acuerdo —expreso o tácito— a través del cual se renuncie al arbitraje.

3. Límites de la jurisdicción de los árbitros

Aun cuando, como dijimos, los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional, su jurisdicción no es exactamente igual a la de los

Eduardo (dir.), *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2005, pp. 525 y 695.

⁵ Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p. 416.

⁶ En algunas legislaciones (por ejemplo, artículo 80., Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador de 1997 y artículo 16, Ley peruana de Arbitraje de 2008) se contempla una excepción específica para articular en esta situación, denominada “excepción de convenio arbitral”.

Si bien en el derecho argentino no existe una norma que, con esta individualización, resuelva la situación, a idéntica conclusión se llega por aplicación de los principios generales: el artículo 736 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) establece que toda cuestión entre partes, excepto las que la propia ley excluye por no ser susceptibles de transacción, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros; el artículo 2o. dispone que la prórroga de competencia se operará si surgiere de un convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia de un juez; el artículo 349 dispone que, para dar curso a la excepción de incompetencia, fundada en “haberse fijado de común acuerdo por las partes el juez competente”, debe presentarse el documento del cual surge este acuerdo (inciso 1o., *in fine*).

⁷ Kaufmann-Kohler, Gabrielle, “Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité”, *Liber Amicorum Claude Reymond*, París, Litec, 2004, pp. 153 y ss. Igualmente, Fouchard *et al.*, *op. cit.*, p. 395.

jueces. Entre otras diferencias —que, sin embargo, no alteran la similitud sustancial, consistente en resolver de manera vinculante y obligatoria— interesa aquí destacar que la jurisdicción de los tribunales judiciales tiene carácter imperativo y amplio (no depende de un acto voluntario de adhesión ni tiene límites respecto de las materias que pueden someterse a su decisión), mientras que la jurisdicción arbitral es voluntaria y limitada. Los límites de la jurisdicción arbitral son de dos órdenes: algunas provienen de su condición de jurisdicción privada; otras, de su origen voluntario. Las primeras son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, están dirigidas a las partes e implican una restricción a su autonomía de la voluntad: no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Las segundas son las limitaciones que las propias partes imponen, están dirigidas a los árbitros y se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias. Como principio, la renuncia o el desplazamiento de la jurisdicción judicial a favor de los árbitros alcanza —subjetivamente— a quienes fueron parte de esa estipulación y —objetivamente— a todas las cuestiones que acordaron someter a juicio de los árbitros, lo que se determinará interpretando la cláusula en la que se pactó el arbitraje.

Es por ello que, para determinar el alcance de la jurisdicción arbitral en un caso dado, es necesario efectuar un doble análisis sucesivo: en primer lugar, sobre la validez de la cláusula arbitral; en segundo lugar —y en caso afirmativo respecto de la anterior— sobre el alcance de esa estipulación. En ambos casos, el análisis debe hacerse tanto en el aspecto subjetivo como material. En otras palabras: para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificarse varios presupuestos. Este acuerdo debe ser: (i) Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva);⁸ (ii) Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para

⁸ “[L]a arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae* se refiere a la facultad de los árbitros de decidir una diferencia en razón de la materia (...) [T]odos los derechos nacionales consagran limitaciones a las materias que pueden arbitrarse pero los Estados difieren en el concepto de lo que puede ser arbitrable de acuerdo con sus políticas económicas y sociales, su orden público o su consideración sobre el arbitraje, que incluso varían en el tiempo. Así, cada Estado reserva temas sensitivos a su ordenamiento para los jueces”. Marzorati, Osvaldo, “Los límites del acuerdo arbitral”, *Revista La Ley*, 17 de marzo de 2010, pp. 1 y ss.

someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);⁹ (iv) Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo), y (v) Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

En relación con el tema que nos ocupa en este trabajo, esta última es la característica que debe ser analizada. Ello por cuanto el acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, y resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos. En el derecho argentino, ese principio está contenido en el artículo 1199 del Código Civil, conforme el cual los contratos sólo obligan y producen efectos entre las partes. Este principio se funda —en general— en que la fuerza obligatoria de los contratos reposa en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no pueden tener eficacia ni producir efectos respecto de las personas que, ni personalmente ni representadas, han concurrido al otorgamiento de aquéllos.¹⁰ En el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales.

Ello puede inferirse claramente leyendo, *a contrario sensu*, la justificación constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha hecho de la jurisdicción arbitral. Recordemos que si bien el Estado no tiene el monopolio de la jurisdicción y que el recurso a los tribunales judiciales es renunciable, lo que justifica la legitimidad de esa renuncia es la existencia de una manifestación de voluntad de personas capaces sobre materias disponibles. Es la fuerza obligatoria de la cláusula arbitral lo que inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos.¹¹ En otras palabras: la preexistencia de un

⁹ “Arbitrabilidad” es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa “que es susceptible de ser arbitrado”, término aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva). Charles Jarosson, sin embargo, opina que la única y verdadera arbitrabilidad es la objetiva (la aptitud de un litigio de formar parte del objeto de un arbitraje) y que hablar de arbitrabilidad “subjetiva” es un abuso del lenguaje. Jarosson, Charles, “L’arbitrabilité: présentation méthodologique”, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, enero de 1996, pp. 1 y ss.

¹⁰ Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, Buenos Aires, La Ley, vol. V, Fuentes de las Obligaciones, t. I: Contratos, 1946, p. 111.

¹¹ CSJN, 1940, *in re* Griskan, Isaac c. Reisz y Cía., Rev. Fallos, 187: 458.

acto voluntario de adhesión, aceptación o sometimiento a la intervención de árbitros, elimina cualquier eventual agravio respecto de la ausencia de intervención judicial, porque el derecho a procurar la protección judicial es también renunciable por parte de quien, habiendo podido optar entre la vía judicial y la arbitral, elige esta última.¹²

La claridad del contenido —y de la justificación— de estas dos reglas básicas del derecho de los contratos (el de su fuerza obligatoria y el de su efecto relativo) nos exime, en principio, de mayores comentarios. Sin embargo, es útil anotar que existen algunas situaciones especiales en que se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral, estén legitimados para —e inclusive que sean obligados a— participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral o con el acuerdo arbitral mismo, que los convierte en “partes” o, en todo caso, en “terceros asimilados a las partes”: es, bajo ciertas condiciones, admisible que un acuerdo arbitral pueda ser vinculante aun para otras sociedades del mismo grupo económico que no lo hubieran suscripto,¹³ y también que los sucesores universales (por ejemplo, los herederos) se vean alcanzados por los efectos del acuerdo arbitral suscripto por el causante.¹⁴

¹² “La intervención de los árbitros —sean o no órganos administrativos— con facultades para decidir irrevisiblemente las cuestiones que les son sometidas, es válida y no contraría los artículos 1o. y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que los interesados hayan consentido los respectivos procedimientos, o cuando, con anterioridad a éstos, la jurisdicción arbitral haya sido convenida o aceptada inequívocamente por la parte que más tarde pretende desconocerla invocando su inconstitucionalidad”. CSJN, 1961, *in re Expreso Santo Tomé*, Rev. Fallos, 250: 61.

¹³ Aunque, en principio, los efectos subjetivos del acuerdo arbitral se extienden activa y pasivamente a los firmantes, este principio puede ceder, en situaciones de hecho particulares, extendiéndose a quienes no fueron parte —*stricto sensu*— en él, tal como sucede con los grupos de sociedades. Sobre el tema véase Caivano, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Rev. Lima Arbitration*, Círculo Peruano de Arbitraje, núm. 1, agosto de 2006, accesible en <http://www.limaarbitration.net/>. Asimismo, Suárez Anzorena, C. Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional”, *Revista Internacional de Arbitraje*, núm. 2, enero-junio de 2005, pp. 55 y ss.

¹⁴ Caivano, Roque J., “El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio”, *Revista El Derecho*, pp. 182-812. En relación con el derecho francés, véase Robert, Jean, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, 5a. ed., París, Dalloz, núm. 119, 1983.

4. *Anticipo de la cuestión a examinar*

Analizaremos en este trabajo cómo juegan estos principios en casos en que los derechos y/o las obligaciones del contrato que contiene una cláusula arbitral son cedidos.

A modo de anticipo introductorio, diremos que históricamente no había problemas en reconocer que la cesión de los derechos nacidos de un contrato implicaba la cesión de la cláusula arbitral en él contenida, pues se entendía que, conforme el principio reconocido en la mayoría de las legislaciones basadas en el derecho romano, la cesión de un derecho comprende todos los derechos accesorios a él, así como las garantías y privilegios, con la excepción de aquéllos considerados *intuiti personae*.¹⁵ Esto implica que el derecho se cede “tal y como existe”, o sea, con el contenido, alcance y limitaciones con que lo gozaba el cedente.

Sin embargo, la consagración —jurisprudencial, legislativa y reglamentaria— del principio de la separabilidad de la cláusula arbitral, plantea algunas situaciones que vale la pena examinar. Si, conforme este principio, la cláusula arbitral contenida en un contrato es autónoma y no accesoria de éste, cabe preguntarse cuál es su situación cuando el contrato es cedido. ¿Incluye la cesión del contrato la cláusula arbitral contenida en él? ¿Adquiere el cesionario los derechos y obligaciones nacidas de la cláusula arbitral? ¿Puede la cláusula arbitral invocarse por o hacerse valer contra el cesionario? El tema presenta múltiples matices. Tanto que, como se ha dicho, es “uno de los temas más controvertidos en el derecho comparado del arbitraje”.¹⁶

En una primera aproximación, puede considerarse que, si la cláusula arbitral es un acuerdo autónomo y separable del contrato que la contiene, es consecuencia de ello que no pueda recurrirse —para considerar transferido el acuerdo arbitral en caso de cesión— al principio conforme el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, pues no hay entre

¹⁵ Véanse, por ejemplo, artículos: 1458 del Código Civil argentino; 388 del Código Civil boliviano; 1906 del Código Civil chileno; 1874 del Código Civil ecuatoriano; 1528 del Código Civil español; 1692 del Código Civil francés; 1263 del Código Civil italiano; 2032 del Código Civil mexicano; 1211 del Código Civil peruano; 1761, Código Civil uruguayo, entre otros.

¹⁶ Silva Romero, Eduardo, “Transmisión y extinción del contrato de arbitraje”, en Silva Romero, Eduardo (dir.), *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2005, p. 755.

ambos pactos una relación principal-accesorio. Ello así, la conclusión vendría obvia: la cesión de los derechos contenidos en un contrato no necesariamente aparejaría la transmisión del pacto autónomo que contiene, siendo necesario para ello que exista una expresa cesión del acuerdo arbitral.

Sin embargo, no creemos que ésta sea la solución que deba darse al problema en análisis ya que —anticipamos— el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral no puede tener como efecto impedir su transmisión en caso de cesión.¹⁷ Asimismo, advertimos que —a pesar de la existencia de algunos precedentes jurisprudenciales en tal sentido— la tendencia que parece prevalecer es la contraria.

Comenzaremos por hacer una rápida reseña de algunas sentencias, para luego dar nuestra opinión.

II. ALGUNAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES

La jurisprudencia internacional ha hecho interpretaciones diversas de los efectos de la cláusula arbitral en caso de cesión del contrato.

1. *La jurisprudencia arbitral, en el caso A. I. Trade Finance Inc.*

En un laudo dictado en Estocolmo, el tribunal arbitral juzgó que, salvo acuerdo en contrario, la cláusula arbitral se transfiere conjuntamente con el derecho cedido, solución que no colisiona con el principio de la separabilidad del acuerdo arbitral, pensado para supuestos diferentes de la transmisión de los derechos.¹⁸

¹⁷ En el mismo sentido, se ha dicho que el principio de la separabilidad del acuerdo arbitral no es incompatible con la cesión y que ese principio debe ser interpretado en el sentido que el cesionario está obligado a recurrir al arbitraje, porque el principio está dirigido a asegurar el recurso al arbitraje. “[A]utonomy is to be interpreted in a way that the assignee is bound to arbitration, even if there are legal disputes concerning the main contract, e.g. the assignment itself. Therefore, separability is aimed at ensuring and encouraging arbitration in any case”. Vincze, Andrea, “Arbitration clause: is it transferred to the assignee?”, *Nordic Journal of Commercial Law*, núm. 1, 2003, accesible en http://www.njcl.fi/1_2003/article4.pdf.

¹⁸ Laudo arbitral preliminar, 5 de marzo de 1997, *in re* A. I. Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd., comentado en *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 12, núm. 3, marzo de 1997. A título anecdótico, es interesante señalar que la publica-

GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen [Giro] y Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. [Bulgarian] habían celebrado, en 1983, un contrato de crédito, regido por la ley austríaca y conteniendo una cláusula pactando arbitraje con sede en Estocolmo. En 1989, Giro celebró con A.I. Trade Finance Inc. [AIT] un contrato de garantía (“silent risk participation agreement”) asumiendo AIT una obligación de garantía para el caso que Bulgarian no pagara los créditos tomados en virtud del acuerdo celebrado en 1983 con Giro. Luego, Giro y AIT celebraron un acuerdo en virtud del cual ciertos reclamos contra Bulgarian, que AIT había pagado a Giro en virtud del contrato de garantía, fueron directamente asignados a AIT. En virtud de dichos acuerdos, AIT demandó a Bulgarian ante el tribunal arbitral, de conformidad con lo pactado en el primero de ellos. Bulgarian objetó la jurisdicción del tribunal arbitral, argumentando la inexistencia de un acuerdo que lo obligara a resolver las controversias que pudiere tener con AIT y la inoponibilidad del acuerdo celebrado en su momento con Giro. Por su lado, AIT contra-argumentó que la cláusula arbitral le había sido transferida por Giro conjuntamente con el derecho cedido respecto de Bulgarian.

El tribunal arbitral (integrado por Lars Welamson, ex juez de la Corte Suprema de Justicia de Suecia, y por los profesores Stefan Linskog y Christian Nowotny), en laudo del 5 de marzo de 1997, resolvió que la cláusula era obligatoria para el demandado. Los árbitros consideraron que tanto la ley austríaca (ley de fondo pactada) como la sueca (ley de la sede del arbitraje) prevén que, en ausencia de un acuerdo en contrario, una cláusula arbitral se transfiere junto con el derecho que se cede, y que el reconocimiento del principio de la separabilidad de la cláusula arbitral no impide esta solución, porque ese principio aplica a supuestos de invalidez o disolución del contrato, y nada dice sobre la separación del acuerdo arbitral en caso de transferencia de derechos. Analizada la cuestión desde la óptica de la legitimidad de los intereses en juego, el tribunal juzgó que uno de los aspectos básicos de la cuestión era que debía mantenerse la igualdad entre las partes y, a menos que hubieran claramente

ción del laudo —a instancias de AIT, que remitió una copia a Mealey’s— dio lugar a un planteo judicial por parte de Bulgarian por violación al régimen de confidencialidad, ante los tribunales suecos. Luego de varios años de pleito, la Corte Suprema de Justicia de Suecia rechazó el planteo. El fallo de la Corte Suprema y comentarios de M.I.M. Aboul-Enein y Gerald Asken, pueden verse en Jarvin, Sigvard y Magnusson, Annette (eds.), *International arbitration Court decisions*, Nueva York, Jurisnet, 2006, pp. 507 y ss.

establecido que una de ellas tendría la libertad de recurrir o no al arbitraje, la solución debía ser igual para ambas: o el acuerdo obligaba a ambas o no obligaba a ninguna de ellas.¹⁹

2. *La jurisprudencia arbitral CCI*

En el caso CCI núm. 2626, el tribunal arbitral sentó como doctrina que un acuerdo arbitral no es sólo oponible a las partes originarias, sino que también se impone a sus sucesores universales y a los sucesores a título particular, como los cesionarios y adquirentes de los derechos u obligaciones.²⁰

En el caso CCI núm. 7154, un tribunal arbitral constituido bajo las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en Suiza, debió resolver la cuestión, en un arbitraje entre un armador argelino y un char-teador francés. El primero demandó al segundo al considerarse acreedor de este último sobre la base de cuatro contratos que otro char-teador había cedido al char-teador francés. El demandado planteó la incompetencia del tribunal arbitral, argumentando que sólo había recibido, por cesión, los créditos nacidos de los contratos, mas no las obligaciones. El tribunal arbitral, analizando los elementos aportados a la causa, consideró que había

¹⁹ “[R]ecognition of the modern doctrine of separability does not inevitably —and does not ought to— lead to another result. Actually it seems probable that Austrian courts will recognize this doctrine but will retain the position of automatic transfer of practical reasons out of consideration for the interest of the parties (...) [T]he pertinent reasons for the separation of the arbitration agreement as concerns questions of invalidity or cessation of the main contract or of applicable law do not all speak in favour of separating the arbitration agreement also in situation of transfer of rights... When trying to find a solution on the basis of an evaluation of the legitimate or non-legitimate interests of the persons concerned there are a few basic points to observe. One of these basic points is that equality between the parties shall be conserved, unless they have clearly agreed that one of them shall have the freedom of choice to which the other is not entitled. With this reservation the acceptance of what might be called a ‘limping’ agreement should be avoided. This means that after a transfer of rights neither the assignee nor the obligor can be free to choose between arbitration and litigation: either they are both bound by the arbitration agreement or this agreement has had its day with regard to both of them”. *Laudo arbitral*, 5 de marzo de 1997, *in re* A. I. Trade Finance Inc., citado.

²⁰ “Selon la doctrine juridique dominante, une convention d’arbitrage n’est pas valable entre les parties seulement, mais s’impose également à leurs successeurs universels et à leurs ayant cause, à titre particulier, cessionnaire et tous acquéreurs d’obligations”. *Tribunal Arbitral CCI*, 1977, *Journal du Droit International*, 1978, pp. 980 y ss.

existido una cesión integral de los contratos y que, en consecuencia, la cesión abarcaba también la cláusula compromisoria contenida en ellos. Interpretó el tribunal que al haber emitido garantías de cumplimiento por su propia cuenta, el cesionario había manifestado su inequívoca voluntad de convertirse en deudor de las obligaciones cedidas y que el acuerdo arbitral contenido en el contrato no constituye un “accesorio” sino una cláusula del contrato que fue cedido en su totalidad.²¹

3. *La jurisprudencia argentina*

Hasta donde hemos podido investigar, la jurisprudencia de los tribunales argentinos registra dos antecedentes sobre el tema: un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otro —más reciente— de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en el que, sin embargo, la cuestión se resolvió por otros fundamentos.

A. *El caso Sargo*²²

La empresa Sargo S. A. [Sargo] había celebrado con Yacimientos Petrolíferos Fiscales [YPF] un contrato para la realización de ciertos trabajos en favor de esta última. El contrato, que contenía una cláusula arbitral, fue luego transferido, mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, a Gas del Estado. Promovida por Sargo una demanda judicial para obligar a Gas del Estado a constituir el tribunal arbitral para dirimir ciertas controversias entre las partes —relativas al pago de trabajos adicionales rea-

²¹ “[La clause compromissoire ne constitue pas à proprement parler un accessoire de la créance transmise par Z [el cedente], mais bien plutôt une clause du contrat qui a été cédée dans sa totalité. En outre, s’il ne s’agissait que de respecter les conditions formelles de paiement, pourquoi les garanties de bonne fin n’ont-elles pas été émises pour couvrir les obligations de Z [el cedente]. En conclusion, le tribunal arbitral considère donc que les actes juridiques passés entre Z [el cedente] et Y [el cesionario] doivent être qualifiés de cessions de contrats. En tout état de cause, la demanderesse peut faire valoir à l’encontre de la défenderesse les exceptions d’inexécution ou de mauvaise des obligations contractuelles et les réclamations éventuelles au titre de la garantie contractuelle”. Tribunal Arbitral CCI, 1993, en Arnaldez, Jean-Jacques *et al.*, *Collection of ICC Awards 1991-1995*, ed. Kluwer Law International e ICC Publishing, 1997, pp. 555 y ss.

²² CSJN, 21 de junio de 1977, *in re* Sargo S.A. c. Gas del Estado, Rev. Fallos, 298: 123.

lizados por la empresa— la entidad del Estado se opuso, por considerar que no le era oponible la cláusula arbitral contenida en el contrato, cuyos derechos y obligaciones le habían sido transferidos.

En primera instancia se admitió la demanda y se hizo lugar a la constitución del tribunal arbitral solicitado por la actora. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de la Capital confirmó la sentencia. El recurso extraordinario deducido ante la Corte fue denegado, aunque luego la queja fue declarada procedente por la Corte que, de ese modo, consideró el recurso. Así planteadas las cosas, el procurador general de la Nación definió, como una de las cuestiones a resolver, “el sentido que debe asignarse al decreto 2785/60 en cuanto transfiere a favor de Gas del Estado los derechos y obligaciones constituidos en cabeza de YPF en virtud del contrato”.²³

Sobre la base de que la transmisión de los derechos y obligaciones emergentes del contrato había sido dispuesta por el decreto mencionado, sin distingos de ninguna especie, el procurador señaló que no hallaba motivos para establecer una excepción respecto de aquellos que hallan su fuente en la cláusula arbitral.²⁴

La Corte, de acuerdo con el dictamen del procurador, confirmó las sentencias de grado. Sobre el tema que nos ocupa aquí, la Corte dijo:

Que, con respecto a la procedencia de la constitución del tribunal arbitral previsto en la cláusula 38 del contrato, cabe señalar, en primer lugar, que habiendo el decreto 2785/60 transferido a Gas del Estado los derechos y obligaciones correspondientes a YPF que surgían del contrato originariamente celebrado entre la actora y este último organismo, no se advierte razón alguna para excluir de esa transmisión los derechos y obligaciones emergentes de la citada cláusula 38 cuando ninguna salvedad ni distingio se hizo en el decreto. Por lo demás, como lo señala el Señor Procurador General, tratándose de una norma de naturaleza contractual y aprobada por ley, no resulta congruente admitir su derogación por un acto unilateral del Poder Ejecutivo.²⁵

²³ También se discutía el alcance de la cláusula arbitral, esto es, las controversias para cuya solución Sargo pretendía la formación del tribunal arbitral estaban o no comprendidas entre aquellas que la cláusula reservaba al arbitraje.

²⁴ Del dictamen del procurador general de la nación, del 26 de abril de 1977, *in re* Sargo, citado.

²⁵ CSJN, 21 de junio de 1977, *in re* Sargo, citado, considerando 3o.

B. *El caso Yacimientos Carboníferos Río Turbio*²⁶

En un contrato destinado a regular la explotación del Puerto de Punta Loyola, en la Provincia de Santa Cruz, la empresa estatal Yacimientos Carboníferos Río Turbio S. A. [YCRT] e YPF S. A. [YPF] habían convenido someterse a arbitraje, a los fines de solucionar toda cuestión o divergencia que se suscitare entre las partes con motivo del mismo, su validez, interpretación, alcances, cumplimiento, ejecución o resolución.

YPF cedió luego el contrato a Petrobras Energía S. A. [Petrobras]. YCRT demandó judicialmente a Petrobras reclamando el pago de facturas impagas por los servicios brindados por la concesionaria del puerto. La demandada opuso excepción de incompetencia, con base en el acuerdo arbitral contenido en el contrato, del cual la demandada era cesionaria.

La excepción de incompetencia fue desestimada por el juez de primera instancia, y confirmada luego por la Cámara de Apelaciones. Para ello, el tribunal de alzada juzgó que la pretensión de la actora excedía los términos de la cláusula arbitral, por lo que no correspondía que el tribunal judicial declinase su competencia en favor del tribunal arbitral. Literalmente, razonó:

[L]a competencia arbitral constituye un supuesto de excepción frente a la competencia judicial, por lo que los términos de la cláusula que la establece deben ser interpretados restrictivamente, limitando su admisibilidad a los supuestos allí establecidos, con exclusión de otras hipótesis cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces. Y, en el *sub lite*, este desplazamiento fue pactado entre Yacimientos Carboníferos Río Turbio S. A. e YPF S. A. a los fines de solucionar “toda cuestión o divergencia que se suscitare entre las partes con motivo del presente acuerdo (Reglamento para la Explotación del Puerto de Punta Loyola-Provincia de Santa Cruz), su validez, interpretación, alcances, cumplimiento, ejecución o resolución”. Sin embargo, el reclamo aquí suscitado involucra únicamente a Yacimientos Carboníferos Río Turbio S. A. y a Petrobras Energía S. A. —más allá de la cesión de activos alegada por esta última— y versa exclusivamente sobre la eventual existencia de facturas impagas por los servicios brindados por la concesionaria del puerto. Por ende, la descripta hipótesis

²⁶ CNCom., Sala E, 30 de junio de 2009, *in re* YCRT S. A. c. Pecom Energía S. A., *ElDial.com*, 22 de septiembre de 2009.

permite inferir que el objeto de la pretensión excede la instancia arbitral estipulada y torna prudente, la actuación de la jurisdicción comercial.²⁷

Como se ve, en definitiva, el tribunal no se pronunció expresamente sobre la cuestión aquí analizada, al considerar que la materia sometida a decisión judicial no era de aquellas que se habían sometido a arbitraje, siendo la referencia a las partes originarias meramente tangencial en el razonamiento judicial.

4. *La jurisprudencia chilena*

Los tribunales chilenos han reconocido la transferibilidad del acuerdo arbitral en caso de cesión de derechos contractuales. Se trataba de una póliza de seguro firmada por una compañía de seguros y un banco, quien luego de ocurrido el siniestro cedió el contrato de seguro a un tercero. La compañía de seguros, condenada en el arbitraje, interpuso varios recursos judiciales contra el laudo, básicamente argumentando que el endoso no le era oponible, toda vez que una póliza de seguro es un contrato *intuitu persone*, que sólo puede ser modificado por voluntad de las partes o causas legales. La Corte Suprema rechazó el argumento afirmando que, de conformidad con las reglas del Código Civil en materia de cesión de derechos, “es indudable que la acción judicial corresponde al beneficiario del seguro, al momento de entablarla, ya que el endoso aunque se practique con posterioridad del siniestro, aparte de no encontrarse prohibido en norma alguna, no significa sino una cesión de acciones, lo que está expresamente permitido por la ley”.²⁸

En la doctrina chilena, las opiniones no son uniformes.

Mereminskaya se ha pronunciado a favor de la transmisión automática del convenio arbitral en caso de cesión. En su opinión,

²⁷ CNCCom., Sala E, 30 de junio de 2009, *in re* YCRT S. A., citado (citas internas omitidas).

²⁸ Corte Suprema, 24 de julio de 2008, Rol núm.1681/2007, citado y comentado en Mereminskaya, Elina, “Transferencia de la cláusula compromisoria en la cesión de derechos contractuales y la subrogación legal”, *Boletín Informativo on line*, Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, núm. 3, noviembre de 2008, pp. 2 y ss.

en el derecho chileno, el fundamento jurídico de este reconocimiento al carácter transferible de la cláusula compromisoria radica en las normas que regulan la cesión de derechos y la subrogación legal. Al no realizar el legislador distinción alguna con respecto a las cláusulas compromisorias, éstas constituyen un componente integrante del conjunto de las obligaciones de la parte originaria y como tales se transfieren al cesionario o al subrogante. Al otorgar el reconocimiento a la transferencia automática de la cláusula compromisoria, se eleva la seguridad jurídica en materia de solución de controversias y, por ende, se fortalece el desarrollo más fluido de las relaciones comerciales para el beneficio de las partes involucradas en este tipo de transacciones.²⁹

Aylwin, por el contrario, parte de una tesis más restrictiva:

Si se cede un crédito nominativo civil que está sujeto a compromiso o respecto del cual hay juicio arbitral pendiente, el compromiso o juicio no afecta por regla general al cesionario, a menos que concurra alguna de las siguientes circunstancias: (a) Que el compromiso conste del propio título, porque en tal caso el cesionario debe conocerlo; (b) Que el deudor cedido, al tiempo de notificársele la cesión o de aceptarla, haga expresa reserva de sus derechos contra el cedente; y (c) Que se pruebe que el cesionario conocía la existencia del compromiso o del juicio arbitral.³⁰

5. *La jurisprudencia italiana*

En al menos dos casos, la justicia italiana consideró, por distintas razones, que la cláusula arbitral no se transfería del cedente al cesionario.

A. *El caso Zimmer*

A mediados de la década de 1980, los tribunales italianos debieron resolver la cuestión, en el marco de una excepción de incompetencia deducida en un proceso judicial: el cesionario de un contrato de distribución, que contenía una cláusula arbitral, demandó judicialmente al deudor originario, quien planteó excepción de incompetencia con fundamento en la cláusula arbitral contenida en el contrato.

²⁹ Mereminskaya, *op. cit.*

³⁰ Aylwin Azócar, Patricio, *El juicio arbitral*, 5a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 295.

Llegado el caso a la última instancia, la Corte de Casación declaró la competencia de los tribunales judiciales. Básicamente, juzgó que la cesión —que no mencionaba específicamente a la cláusula arbitral como parte de lo cedido— no era suficiente para considerar que el cesionario había aceptado el sometimiento a arbitraje, y que no se cumplían los requisitos del artículo II de la Convención de Nueva York,³¹ al no existir, de parte del cesionario, un consentimiento “claro e indubitable” para someterse a arbitraje.³²

B. *El caso Impregilo*

Años más tarde, en otro contexto, la cuestión fue nuevamente objeto de consideración por la sala Civil de la Corte de Casación.³³ La empresa Imprestirling s.p.a. había celebrado con el Estado italiano un contrato que contenía una cláusula arbitral. El crédito emergente del contrato había sido cedido por Imprestirling a la sociedad Cogefar Impresit, luego absorbida por Impregilo S.p.A. La cuestión fue llevada a arbitraje, dictándose un laudo, en abril de 1998, que hizo lugar a la demanda y condenó al Estado a pagar una suma de dinero. El laudo fue declarado nulo por la Corte de Apelaciones de Roma en mayo de 2001, por aplicación del artículo 829.1 del Código Procesal Civil.³⁴ Interpretó el tribunal que

³¹ Convención de Nueva York de 1958, artículo II: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

³² Corte di Cassazione, 3 de junio de 1985, *in re* Zimmer USA Europa S. A. v. Giuliana Cremascoli, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XI, 1986, p. 518 (Italia núm. 87).

³³ Corte di Cassazione, Sala Civil I, 19 de septiembre de 2003, *in re* Impregilo S.p.A. c. Ministero degli Esteri, sentencia núm. 13893.

³⁴ Esta norma prevé la nulidad del laudo si el compromiso es nulo. Artículo 829, Codice di Procedura Civile: “L’impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque rinuncia, nei casi seguenti: 1) se il compromesso è nullo...”.

la cesión del crédito no implicaba la cesión del contrato y que, por tanto, Impregilo era extraña a la relación jurídica y carecía de legitimación para invocar la cláusula arbitral. Esta sentencia fue recurrida en Casación por Impregilo, cuyo principal argumento respecto del tema en análisis fue que la decisión se contraponía al principio consagrado en el Código Civil, conforme el cual el crédito cedido importa la cesión de todos sus accesorios.

La Corte de Casación confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones. Sostuvo que el cesionario del crédito no puede invocar la cláusula arbitral contra el deudor cedido, aunque sí puede, a la inversa, el deudor cedido invocarla contra el cesionario. Comenzó el tribunal recordando que —conforme la legislación italiana— la cláusula arbitral no es un pacto accesorio respecto del contrato en que está inserta, sino un negocio dotado de su propia individualidad y autonomía, distinto de aquel,³⁵ y que, en defecto de un acuerdo expreso, la cesión del contrato no importa la cesión de la cláusula arbitral. Sentado este principio general, la Corte razonó que el cesionario carece del derecho a invocar la cláusula arbitral en forma automática: por un lado, porque él es parte de un pacto de contenido y efectos menores, en el cual no interviene la voluntad del deudor cedido; por el otro, porque a través de la cesión, el cesionario adquiere a título derivado los derechos emergentes del contrato pero no asume la misma y exacta posición jurídica contractual del cedente, sino una parte de ella. Esta solución, empero, no impide al deudor cedido invocar la cláusula arbitral contra el cesionario, ya que el deudor —parte del acuerdo arbitral— tiene por ello el derecho de que las controversias relativas al crédito sean resueltas por árbitros, derecho del que no podría ser privado en virtud de un acuerdo (la cesión del crédito) celebrado entre sujetos diferentes (cedente y cesionario) y del cual él permanece ajeno, siendo además un principio pacífico que el deudor cedido conserva la facultad de oponer al cesionario todas las excepciones que había podido oponer al acreedor originario.³⁶

³⁵ Conforme el artículo 808.3 del Código Procesal Civil, la validez del acuerdo arbitral debe ser juzgada en forma autónoma respecto del contrato al que se refiere. Articolo 808.3, Codice di Procedura Civile: “La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”.

³⁶ “[L]a clausola compromissoria non è un patto accessorio del contratto nel quale è inserita, ma costituisce negozio dotato di propria individualità e autonomia, nettamente

En otras palabras, en opinión de la Corte, la naturaleza autónoma y separable de la cláusula arbitral impide que su transmisión se produzca automáticamente frente a la transmisión de los derechos del contrato que la contiene, especialmente teniendo en cuenta que el deudor cedido no es parte en la cesión y que esta última, en tanto negocio traslativo del crédito diferente de éste, no puede perjudicar la posición jurídica subjetiva del deudor. Por lo que, mientras el cesionario no puede invocar la cláusula arbitral frente al deudor, éste conserva el derecho de invocarla contra aquél.

Esta solución, que ha sido objeto de críticas doctrinarias,³⁷ plantea algunos problemas. Por un lado, aunque razona correctamente que el acuerdo arbitral es autónomo, olvida que su objeto específico es reglar el modo en que se deben resolver las controversias nacidas del contrato y que, en definitiva, las que el cesionario plantea contra el deudor cedido nacen, precisamente, de ese mismo contrato. Por el otro, importa un serio inconveniente para el cesionario porque, al cercenar su derecho de prevalerse de la cláusula arbitral para ejercer sus derechos contra el deudor cedido, lo obliga a demandar ante los tribunales judiciales, en cuyo trámite éste último sí puede, conforme la solución dada por la Corte, oponer con éxito

distinto dal contratto cui aderisce; è dunque escluso che la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo delle parti, automatica cessione della clausola stessa; a maggior ragione, è escluso che il subentro automatico nella clausola possa verificarsi a favore del mero cessionario del credito, protagonista di una vicenda di contenuto ed effetti assai minori, la quale prescinde dalla volontà del debitore ceduto e non coinvolge l'intera posizione giuridica contrattuale, con tutti i diritti e gli obblighi ad essa relativi; ciò non contrasta con la riconosciuta facoltà del debitore ceduto di opporre la clausola al cessionario del credito, giacché altrimenti egli, che in virtù della clausola ha il diritto di far decidere da arbitri le controversie relative al credito, si vedrebbe privato di tale diritto in forza di un accordo (la cessione del credito) intervenuto tra altri soggetti (cedente e cessionario) ed al quale è rimasto estraneo, mentre invece, per principio pacifico, il debitore ceduto conserva la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario" [citas internas omitidas]. Corte di Cassazione, Sala Civil I, 19 de septiembre de 2003, *in re* Impregilo, citado.

³⁷ Esta sentencia ha sido criticada por su falta de sentido lógico: "[O] la clausola compromissoria si trasferisce all'atto della cessione del credito ed allora il debitore ceduto può invocarne la cessione [al cessionario] proprio in ragione della avvenuta circolazione; oppure, la clausola resta ferma in capo agli originari contraenti e quindi sostanzialmente caducata per effetto della cessione, ma allora non si comprende come il debitore possa pretendere il rispetto da parte del cessionario". Mariconda, Vincenzo, "Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della Cassazione", *Il Corriere Giuridico*, año XX, núm.12, diciembre de 2003, p. 1590.

la excepción de incompetencia en favor de los árbitros. En otras palabras, se condena al cesionario —al fin de cuentas, el único acreedor legitimado para reclamar los derechos emergentes del crédito— a una suerte de callejón sin salida, porque cualquiera sea la vía que elija, se expone a una excepción de incompetencia que de antemano se sabe prosperará.³⁸

6. *La jurisprudencia francesa*

Esta cuestión ha tenido gran desarrollo en el derecho francés, donde los tribunales tuvieron ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre los efectos de la cesión de los derechos nacidos de un contrato sobre la cláusula arbitral contenida en el mismo contrato.

En el caso “Burkinabe”, la sociedad Burkinabe des Ciments et Matériaux [CIMAT], constituida en Burkina Faso, había contratado con la empresa checa Société des Ciments d’Abidjian [SCA] la instalación de una planta para la producción de cemento. SCA, en liquidación judicial, había cedido los créditos y otros derechos resultantes de ese contrato a una empresa de Costa de Marfil. Los tribunales franceses consideraron que la cláusula arbitral contenida en aquel contrato era aplicable para los litigios entre CIMAT y la cesionaria marfileña. La Corte de Apelaciones de París interpretó que la cesión del contrato o de un crédito implica, necesariamente, la transmisión del cedente al cesionario de la cláusula arbitral, ya que ésta es indisoluble de la economía del contrato e, inclusive, fue más allá al señalar que en virtud del principio de la separabilidad, la validez de la transmisión de la cláusula no puede verse perjudicada por los vicios que podrían afectar la cesión del derecho sustancial.³⁹ La Corte

³⁸ La Corte se hace cargo de este problema, aunque minimiza su impacto negativo, al recordar que si el cesionario demanda judicialmente —como es correcto que lo haga al no poder prevalerse de la cláusula arbitral—, el deudor cedido debe oponer la excepción de incompetencia de la justicia ordinaria en forma preliminar —por lo que no se generan demoras excesivas— y, una vez deducida esta excepción, resulta excluida toda posibilidad de que el deudor cuestione luego la jurisdicción arbitral.

³⁹ “Une cession de contrat ou de créance implique nécessairement la transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause compromissoire indissociable de l’économie du contrat initial... [S]i elle se transmet accessoirement au contrat qui la contient ou aux droits nés de celui-ci, la validité de cette transmission n’est pas susceptible d’être affectée par les vices qui pourraient concerner la cession du droit substantiel”. Cour d’appel de Paris, 25 de noviembre de 1999, *in re* S. A. Burkinabe des Ciments et Matériaux (CIMAT) c. Société des Ciments d’Abidjian, *Revue de l’arbitrage*, 2001, p. 163.

de Casación, al confirmar el fallo de la Corte de Apelaciones, ratificó que en materia internacional, la cláusula arbitral, aunque jurídicamente independiente del contrato principal, se transmite junto con él, con abstracción de la validez de la transmisión de los derechos sustanciales, con la sola excepción de algún supuesto en que la cláusula arbitral hubiese sido estipulada en consideración a la persona del co-contratante.⁴⁰

En el caso “Quille”,⁴¹ la Corte de Casación interpretó que la cesión de un crédito importa la transmisión al cesionario de los efectos de la cláusula arbitral incorporada en el contrato. En el caso, la sociedad Quille Le Trident [Quille] había contratado la realización de ciertos trabajos con la sociedad Sigma Bâtiment [Sigma]. Sigma, que había comprado una serie de materiales necesarios para la obra a la sociedad CEE Euro Isolation [CEE], cedió a ésta el crédito que tenía con Quille por el pago de los trabajos que le habían sido encomendados. A pesar de que Quille pagó ciertas sumas de dinero a Sigma, que estaba en liquidación judicial, CEE —beneficiario de la cesión del crédito efectuada por Sigma— reclamó pagos pendientes a Quille ante los tribunales judiciales. Quille planteó excepción de incompetencia, con fundamento en la existencia de la cláusula compromisoria estipulada en el contrato que tenía con Sigma. El tribunal judicial rechazó la excepción y se declaró competente, argumentando —con base en el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral— que la cesión del crédito no implica la cesión de la cláusula compromisoria contenida en él y que el cesionario no era parte en el acuerdo arbitral. La Corte de Casación dejó sin efecto esa decisión, considerando que había violado el artículo 1692 del Código Civil,⁴² y consideró que la

⁴⁰ “En matière internationale, la clause d’arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelleque sois la validité de la transmission des droits substantiels. La Cour d’appel, qui a souverainement relevé que la convention d’arbitrage stipulée dans le contrat inicial n’avait pasé té contractée em consideration de la personne de l’autre contractant —ce qui eût pu faire obstacle à sa transmission à un tires— a légalement justifié ses décisions sur ce point”. Cour de cassation, Sala Civil 1a., 28 de mayo de 2002, *in re* S. A. Burkinabe des Ciments et Matériaux (CIMAT) c. Société des Ciments d’Abidjian, sumario en *Les Cahiers de l’arbitrage*, ed. Gazzete du Palais, vol. II, julio de 2004, p. 308.

⁴¹ Cour de Cassation, Sala Civil 2a., 20 de diciembre de 2001, *in re* Quille Le Trident c. Sigma, núm. 00-10806, *Bulletin d’information de la Cour de cassation*, núm. 551, 2002, sumario núm. 176. Un comentario de esta sentencia puede verse en Legros, Cécile, Nota al fallo “Quille Le Trident”, *Revue de l’arbitrage*, núm. 2, 2002, pp. 380 y ss.

⁴² Conforme este artículo, la venta o cesión de un crédito comprende los accesorios del crédito, tales como la garantía, los privilegios y la hipoteca. Article 1692, Code Civil:

cláusula compromisoria fue transferida al cesionario junto con el crédito, sentando en consecuencia la doctrina de que la cesión de un crédito importa la transmisión al cesionario de los efectos de la cláusula arbitral estipulada en el contrato.⁴³

La importancia de este precedente se refuerza porque la Corte de Casación modificó de este modo lo que había resuelto la Corte de Apelaciones de Rouen. Este tribunal, si bien había dejado a salvo el principio general conforme el cual la cesión de un contrato implica necesariamente la transmisión del cedente al cesionario del beneficio de la cláusula arbitral, que se considera indisociable de la economía del contrato, había entendido sin embargo que, cuando solamente se cedió un crédito, la cláusula arbitral inserta en el contrato del cual el cesionario no había sido parte, no se transmite debido al principio de la autonomía de aquélla.⁴⁴ En otro episodio del caso, la Corte de Apelaciones de París ratificó que la cláusula compromisoria se transmite al cesionario junto con el crédito, decisión que justificó en el doble carácter de pacto jurisdiccional y contractual que tiene dicha cláusula. Al poner en claro la compatibilidad del principio de la separabilidad del acuerdo arbitral con su transmisibilidad en caso de cesión, dijo la Corte de Apelaciones que su carácter de accesorio indisoluble de las obligaciones de fondo del contrato explica que la cláusula arbitral tenga la misma posibilidad de circular que las restantes estipulaciones del contrato y que, al mismo tiempo, sea separable de otras cláusulas que regulan el crédito litigioso en caso de cesión. Su dimensión jurisdiccional, dijo la Corte, explica que la cláusula arbitral sea separable del contrato que la contiene, para todo lo concerniente a su efi-

“La vente ou cession d’une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque”.

⁴³ “Viole l’article 1692 du Code Civil la Cour d’appel qui, pour rejeter le contredit, retient que dans le cas où seule une créance a été cédée, la clause compromissoire insérée dans le contrat auquel le cessionnaire n’avait pas été partie, en raison du principe d’autonomie qui lui est attachée, n’avait pu être transmise, alors que la clause d’arbitrage avait été transmise au cessionnaire avec la créance”. Cour de Cassation, Sala Civil 2a., 20 de diciembre de 2001, *in re* Quille... citado.

⁴⁴ “La cession du contrat implique nécessairement transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause d’arbitrage indissociable de l’économie du contrat. Néanmoins, dans le cas où seule une créance a été cédée, la clause compromissoire insérée dans le contrat auquel le cessionnaire n’avait pas été partie n’a pu, en raison du principe d’autonomie qui y est rattaché, être transmise”. Cour d’appel de Rouen, 25 de noviembre de 1999, *in re* Quille Le Trident c. C.E.E. Euro Isolation, sumario en *Les Cahiers de l’arbitrage*, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 290.

cacia, existencia, validez y fuerza obligatoria; pero ese principio —que obliga a las partes a resolver por arbitraje todos los litigios que nazcan del contrato, lo que comprende las demandas que pongan en tela de juicio su existencia misma— no es contradictorio con la dimensión contractual de la cláusula arbitral.⁴⁵

El caso “Peavey”,⁴⁶ en cambio, versaba sobre una compleja operación de compraventa internacional de granos, en la que es común la existencia de una “cadena” de sucesivas ventas de la misma mercadería antes de llegar al comprador final.⁴⁷ Con el fin de asegurar el pedido que le había hecho el Organisme Général pour les Fourrages de Siria [OGF], en septiembre de 1985 la compañía francesa Claeys Luck compró 15.000 toneladas de maíz a la compañía estadounidense Peavey Company, por intermediaciones sucesivas de las compañías Agracom France y Agracom USA. El contrato de venta inicial, suscripto entre Peavey y Agracom pactaba las condiciones NAEGA II 1985 (North American Export Grain Association), las que refieren cualquier litigio a la American Arbitration Association, con aplicación del derecho del Estado de Nueva York.⁴⁸ Al arribo del carga-

⁴⁵ “La clause compromissoire est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé. Son caractère accessoire indissociable en sa qualité de clause contractuelle des obligations de fond du contrat explique qu’elle ait la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat et qu’elle ne puisse être séparée des autres dispositions qui régissent la créance litigieuse en cas de cession de celle-ci. Sa dimension juridictionnelle explique la séparabilité de la clause compromissoire du contrat qui la contient pour tout ce qui concerne son existence, sa validité et sa force obligatoire, c’est à dire son efficacité. Le principe de séparabilité conforme aux prévisions raisonnables des parties, en obligeant celles-ci à déférer à l’arbitre tout litige susceptible de maître du contrat, y compris les demandes qui visent à remettre en cause son existence même, n’est pas contradictoire avec la dimension contractuelle de la clause compromissoire”. Cour d’appel de Paris, 10 de septembre de 2003, *in re* S. A. Quille c. S. A. CEE Euro Isolation, sumario en *Les Cahiers de l’arbitrage*, ed. Gazette du Palais, vol. II, julio de 2004, p. 316.

⁴⁶ Cour de Cassation, Sala Civil 1a., 6 de febrero de 2001, *in re* Peavey Company c. Organisme général pour les fourrages et a., núm. 98-20.776, *Bulletin d’information de la Cour de Cassation*, núm. 533, 2001, sumario núm. 392.

⁴⁷ En esta clase de contratación, los tribunales franceses habían reconocido que el sub-adquirente tiene una acción directa de garantía —de naturaleza contractual— contra el vendedor inicial, y que las estipulaciones contenidas en el contrato inicial eran oponibles al sub-adquirente. Niboyet, Marie-Laure, “Trois arrêts importants sur la portée des clauses d’arbitrage et de juridiction à l’égard des parties non signataires”, *Les Cahiers de l’arbitrage*, ed. Gazette du Palais, julio de 2002, pp. 97 y ss.

⁴⁸ Las cláusulas y reglamentos de esta entidad pueden verse en www.naega.org.

mento, el OGF rehusó recibir el pedido aduciendo que la mercadería estaba infectada con gorgojos. Claeys Luck inició un reclamo judicial ante los tribunales de comercio de París contra Peavey, el OGF y las demás partes que intervinieron en la operación, en busca de una condena solidaria al pago de ciertos montos y una declaración de rescisión contractual con responsabilidad para el OGF. En el ínterin, en noviembre de 1986, Claeys Luck se escindió y sus derechos pasaron a una de las compañías que nacieron de la escisión, Claeys Luck International, después Finagro Holding, la cual fue intervenida judicialmente en abril de 1989. En julio de 1992 se autorizó a Finagro Holding a ceder sus derechos futuros provenientes del caso a la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel du Nord. Peavey había deducido excepción de incompetencia de los tribunales judiciales franceses donde Claeys Luck había iniciado la demanda, invocando la existencia de la cláusula de arbitraje incluida en el contrato de venta inicial. La Corte de Apelaciones de París rechazó la excepción de incompetencia, con base en que, si bien Claeys Luck ostentaba una acción contractual contra el proveedor original y se beneficiaba de las garantías consustanciales a la venta, al no haber suscripto ningún contrato que remitiese a las condiciones NAEGA II 1985 y al no haber tenido conocimiento de la cláusula de arbitraje, no había aceptado dicha cláusula, la cual le era inoponible ante la inexistencia de una cesión.

La Corte de Casación consideró que en una cadena homogénea de contratos traslativos de mercadería, la cláusula de arbitraje internacional se transmite con la acción contractual, salvo prueba de la ignorancia razonable de la existencia de dicha cláusula. Sobre esa base, juzgó que, al declarar la inoponibilidad de esa cláusula a Claeys Luck por la falta de expresa aceptación, la Corte de Apelaciones había violado el Nuevo Código de Procedimiento Civil.⁴⁹ La Corte de Casación estimó que la prórroga de competencia en caso de pluralidad de demandados —cuando el litigio es indivisible— es distinta a la decisión sobre la jurisdicción de los tribunales ante los cuales se opone una cláusula compromisoria y que, para rechazar la excepción de falta de competencia de los tribunales ordinarios interpuesta por Peavey, la decisión recurrida había establecido

⁴⁹ “Dans une chaîne homogène de contrats translatifs, la clause d’arbitrage international se transmet avec l’action contractuelle sauf preuve de l’ignorance raisonnable de l’existence de cette clause. Dès lors, encourt la cassation l’arrêt qui déclare une telle clause inopposable à l’acquéreur final au motif inopérant qu’il ne l’a pas acceptée”. Cour de Cassation, Sala Civil 1a., 6 de febrero de 2001, *in re* Peavey Company..., citado.

que el litigio era indivisible en relación con varios demandados, incluido Peavey;⁵⁰ pero la decisión fue tomada no obstante la presencia de una cláusula de arbitraje, que implicaba la falta de jurisdicción de los tribunales para decidir con relación a Peavey. Por esas razones, la Corte de Casación casó y anuló, sin reenvío, la sentencia de la Corte de Apelaciones de París, declarando inadmisibles las demandas presentadas por Claeys Luck en contra de Peavey.

Esta sentencia, no obstante ser juzgada en términos positivos para el desarrollo del arbitraje, ha suscitado algunas dudas en la doctrina, principalmente por la fórmula ambigua utilizada para establecer la condición a que subordina la transmisibilidad: la falta de prueba de la “ignorancia razonable” del cesionario sobre la existencia de la cláusula arbitral. Aunque se reconoce que la expresión implica que el conocimiento de esa cláusula se presume y que queda a cargo del cesionario la prueba en contrario —no sólo debe acreditar que ignoraba su existencia, sino también que esa ignorancia es razonable—, la reserva efectuada por la Corte puede considerarse incoherente con la interpretación del principio general, conforme el cual la cláusula arbitral está adosada a la acción que accede al derecho transmitido y, en consecuencia, se transmite junto con él.⁵¹

En otro caso, la Corte de Casación confirmó una decisión de la Corte de Apelaciones de Aix-en Provence, en la que había interpretado que el deudor cedido puede oponer al cesionario la cláusula compromisoria contenida en el contrato principal, toda vez que él puede prevalerse de todas las excepciones emergentes del contrato con el cedente.⁵² En el mismo sentido, también resolvió que la cláusula arbitral, en un contrato

⁵⁰ “La prorogation de compétence en cas de pluralité de défendeurs —le litige fut-il indivisible— est étrangère à la détermination du pouvoir de juger de la juridiction étatique auquel est opposée une clause compromissoire”. Cour de Cassation, Sala Civil 1a., 6 de febrero de 2001, *in re* Peavey Company ..., citado.

⁵¹ Seraglini, Christophe, “Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l’arrêt Peavey”, *Les Cahiers de l’arbitrage*, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, pp. 87 y ss.

⁵² “[L]a Cour d’appel a justement décidé que la clause d’arbitrage stipulée dans le contrat conclu entre deux parties s’imposait au tiers, cessionnaire de la créance”. Cour de Cassation, Sala Civil 1a., 19 de octubre de 1999, *in re* Banque Générale du Commerce c. S.N.T.M. Hyproc, *Revue de l’arbitrage*, 2000, p. 87. La Corte de Apelaciones había sostenido: “Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire la clause compromissoire insérée dans le contrat de base, tout comme il peut se prévaloir de toutes les exceptions tirées de ses rapports contractuels avec le cédant”. Cour d’appel Aix-en Provence, 9 de enero

internacional, se transmite al cesionario junto con el crédito cedido.⁵³ El mismo efecto se produce en caso de sustitución del mandato, en que la cláusula arbitral contenida en el contrato es oponible a los mandatarios sustitutos,⁵⁴ y en caso de cesión de los derechos creditorios nacidos de un contrato de venta internacional.⁵⁵

Aunque en ocasiones —como se vio— se recurrió al fundamento de la voluntad del cesionario, expresa o tácita, de aceptar la transmisión de la cláusula arbitral conjuntamente con los derechos sustanciales cedidos, en otros casos la jurisprudencia francesa independizó la transmisión de la voluntad de los contratantes. En ese sentido, la Corte de Apelaciones de París resolvió que la cesión de créditos implica necesariamente la transmisión de la cláusula arbitral al cesionario, en tanto esa cláusula es un accesorio necesario de la obligación principal,⁵⁶ o una modalidad del derecho transmitido,⁵⁷ indisociable de la economía del contrato.⁵⁸ La mis-

de 1997, *in re* S.N.T.M. Hyproc c. Banque Générale du Commerce, *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 76.

⁵³ “La clause d’arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé; que, dès lors, la cour d’appel a justement décidé que la clause d’arbitrage stipulée dans le contrat conclu entre la société Sud Marine et la société SNTM-Hyproc s’imposait à la banque Worms, cessionnaire de la créance”. Cour de Cassation, Sala Civil 1a., 5 de enero de 1999, *in re* Banque Worms c. Bellots ès Qualites, sumario en *Les Cahiers de l'arbitrage*, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 284.

⁵⁴ “[La] Cour d’appel, après avoir jugé que, par contrat, une société s’était substituée deux autres sociétés dans sa fonction de mandataire, en a exactement déduit que la convention d’arbitrage stipulée dans le mandat initial devait recevoir application à l’égard des mandataires substitués”. Cour de Cassation, Sala Civil 1a., 8 de febrero de 2000, *in re* Société Taurus Films Gmbh Co. c. Société les Films du Jeudi, sumario en *Les Cahiers de l'arbitrage*, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 291.

⁵⁵ “La clause compromissoire insérée dans un contrat de vente internationale est opposable au cessionnaire de la créance née de ce contrat”. Cour d’appel de Paris, 17 de mayo de 2000, *in re* Crédit Lyonnais c. Singapore Petroleum Company Ltd., sumario en *Les Cahiers de l'arbitrage*, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 293.

⁵⁶ Cour d’appel de Paris, 15 de marzo de 1966, *Revue de l'arbitrage*, 1966, p. 100.

⁵⁷ Cour d’appel de Paris, 28 de noviembre de 1989, *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 675.

⁵⁸ Cour d’appel de Paris, 28 de enero de 1988, *in re* C.C.C. Filmkunst c. société E.D.I.F, *Revue de l'arbitrage*, 1988, núm. 3, pp. 565 y ss., criterio reiterado luego en el caso “Burkinabe”, comentado *supra* (Cour d’appel de Paris, 25 de noviembre de 1999, *in re* S.A. Burkinabe des Ciments et Matériaux [CIMAT] c. Société des Ciments d’Abidjian, *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 163).

ma Corte de Casación pareció abrir aún más el concepto, estableciendo en términos generales que, en materia internacional, la cláusula de arbitraje se impone a todos aquellos que adquieran los derechos de un contratante.⁵⁹ Esta tesis, si bien ha sido resistida por autorizados tratadistas,⁶⁰ no carece de apoyo doctrinario. Loquin, por ejemplo, considera que la cláusula arbitral es una convención de naturaleza procesal, que no se refiere a —ni es accesoria de— los derechos sustanciales que nacen del contrato, sino del derecho de acción, y se transmite junto con éste, independientemente de la voluntad del beneficiario.⁶¹

7. La jurisprudencia española

La Sección 9a. de la Audiencia Provincial Madrid, en sentencia del 18 de febrero 2002, interpretó que, aun cuando el contrato que contenía la cláusula arbitral no había sido firmado por algunos de los demandados, sus efectos se extendían igualmente a éstos, que al recibir por cesión los derechos emanados del contrato originario, se subrogaron en los derechos de los primitivos firmantes. Señaló el tribunal que de la ley española se deduce que para que exista el arbitraje y éste despliegue todos sus efectos, es necesario que se exprese de forma inequívoca la voluntad de las partes de someter la resolución de alguna o de todas las cuestiones que surjan o puedan surgir a la decisión de los árbitros, y que:

constando de forma clara e inequívoca de la cláusula compromisoria transcrita la voluntad de las partes de someter las cuestiones que pudieran surgir en la interpretación y ejecución del contrato de venta de las fincas a cambio de un porcentaje del valor de los pisos y locales, es indudable que

⁵⁹ “La clause d’arbitrage international s’imposant à toute partie venant aux droits de l’un des contractants”. Cour de Cassation, 8 de febrero de 2000, *in re* Société Taurus Films GmbH Co. c. Société les Films du Jeudi, citado.

⁶⁰ “[La clause compromissoire circule] s’il résulte des circonstances que le cessionnaire a accepté au moins implicitement d’être lié par la clause”. Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l’arbitrage commercial international*, París, ed. Litec, 1996, p. 441. Es oportuno aclarar que, en opinión de estos autores, si la cláusula arbitral no fue concluida en atención a la persona del co-contratante, la aceptación por el cesionario debe presumirse. Fouchard *et al.*, *op. cit.*, p. 446.

⁶¹ Loquin, Eric, “Différences et convergences dans le régime de la transmission et l’extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises”, *Les Cahiers de l’arbitrage*, ed. Gazette du Palais, vol. II, julio de 2004, pp. 49 y ss.

se debe entender también la voluntad de cumplimiento de la resolución que pudiera dictarse por el arbitro designado por las partes. Respecto a la vinculación de los ahora apelantes al convenio arbitral, si bien el contrato de fecha 3 de noviembre de 1967 no fue suscrito por ninguno de los apelantes, el contrato de fecha 25 de septiembre de 1973, suscrito entre otros por D. Juan S. y D. Leo P. R., del que trae causa el derecho del otro apelante D. Miguel C., supuso la ratificación del contrato anterior del 3 de noviembre de 1967 en todos sus extremos, por lo que de conformidad con los artículos 1259 y 1727 del Código Civil, como consecuencia de dicha ratificación, todas las cláusulas del contrato y en especial la concerniente al sometimiento de todas las controversias que pudieran derivarse del contrato entre los intervinientes en el mismo, es plenamente válido y eficaz, eficacia que debe entenderse no sólo con relación a D. Juan S., que intervino personalmente en la ratificación del contrato, sino también con relación a D. Miguel C., en base al artículo 1257 del Código Civil, puesto que habiendo ratificado el contrato de fecha 3 de noviembre de 1967 D. Leo P. R. el cual transmitió sus derechos derivados del citado contrato a Da. Joaquina L. y ésta a su vez a D. Miguel C. lo fue en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de 1967, puesto que si se subrogó en la posición jurídica que tenía en el contrato su transmitente, dicha subrogación lo fue en todas y cada una de las cláusulas del contrato, entre las que se encuentra la cláusula arbitral.⁶²

En términos similares se pronunció la Sala 10a. de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de marzo de 2002:

El contenido del contrato de cesión es la transmisión del derecho de crédito a un nuevo acreedor que pasa a ocupar en la obligación el lugar del primitivo, permaneciendo esencialmente inalterada la situación obligacional, serán sujetos del convenio el acreedor cedente y el cesionario, sin necesidad de intervención ni de consentimiento del deudor cedido... El contrato de cesión de créditos representa un negocio bilateral en virtud del cual el acreedor cedente transfiere por acto *inter vivos* la titularidad de su crédito a un tercero (cesionario), con lo que al crédito se le hace circular... El efecto capital de la cesión del crédito es el cambio de titularidad jurídica, que pasa el primitivo acreedor al cesionario como legitimado desde entonces para recibir la prestación del deudor. El crédito se transmite al

⁶² Audiencia Provincial Madrid, Sección 9a., 18 de febrero de 2002, *in re* Juan S.S. y otros c. Construcciones Zadorra S. A. y otros, Recurso de Apelación núm. 310/1999, JUR 2002/115536.

nuevo acreedor con todas sus garantías y ventajas: con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1528 del Código Civil “la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”. Son efectos que recuerda la sentencia de 11 de enero de 1983, insistiendo en que ‘la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito, lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria lo conserva en su integridad”. Se origina, pues, una transmisión de las facultades crediticias, que pone al cesionario en relación directa con el deudor cedido, pero el vínculo contractual básico permanece entre los contratantes primitivos, de manera que el segundo está obligado a cumplir respecto al nuevo acreedor las obligaciones *ex contractu* constituidas originariamente en favor del cedente, en tanto este último por su parte cumpla o se ofrezca a cumplir respecto del cedido las inalteradas obligaciones que incumben al cedente por razón de este contrato... Excluidos los privilegios personalísimos del cedente, que no se transmiten, los derechos dirigidos a asegurar o facilitar la realización del crédito son transferidos con éste al cesionario... En definitiva, se produce como efecto una sucesión plena del cesionario en la posición jurídica acreedora, que tiene lugar por la concurrencia de los respectivos consentimientos de los intervinientes en el negocio. Como titular del crédito podrá el cesionario exigir la efectividad de la prestación, constituir en mora al deudor que incumple la obligación contraída y evitar, con las reclamaciones conducentes, la prescripción extintiva del crédito cedido. La identidad del crédito transmitido, sin más que un cambio en la persona del titular, permite al cesionario invocar la cláusula de sumisión en el litigio entablado por él para reclamar el pago. Como también les obliga al cesionario y al deudor cedido la estipulación en el contrato básico para someter la controversia a convenio arbitral (artículos 5 y 11 de la Ley de Arbitraje).⁶³

8. *La jurisprudencia mexicana*

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en 2004, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, resolviendo que el cesionario recibe, junto con los derechos y obligaciones sustantivas que se le transfieren, los efectos de la cláusula arbitral.

Haciendo mérito de los artículos 1416 y 1424 del Código de Comercio, el tribunal sostuvo que de dichos artículos surge que:

⁶³ Audiencia Provincial Madrid, Sección 10a., 2 de marzo de 2002, *in re* Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (SAECA) c. Juan G.A., JUR 2002\118404.

los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos, consistiendo los primeros en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca el fondo del asunto. Conforme el primero de los preceptos invocados, el acuerdo de arbitraje se celebra entre las partes y obliga a las mismas, lo que significa que, en principio, los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto; *sin embargo, existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral, como ocurre tratándose de su transmisión a terceros*, situación que conduce, entonces, al análisis de esa transmisión para determinar si, efectivamente, la misma se produjo con todas sus consecuencias inherentes, ya que el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, *inter partes*. Entre los supuestos en que pueden verse envueltos en el ámbito del convenio arbitral quienes no fueron partes originarias en el mismo, se encuentra la cesión de derechos que, como acto jurídico que implica la sustitución del acreedor en términos de los artículos 2029 y 2032 del Código Civil Federal, puede implicar la transmisión de la cláusula compromisoria, dado que el causahabiente a título particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante ni quedar exento del compromiso arbitral en perjuicio del deudor, ya que, de lo contrario, éste quedaría burlado en cuanto a la certeza de quién deban resolver el conflicto que llegue a suscitarse.⁶⁴

Con todo, el tribunal condicionó la transmisión de la cláusula compromisoria a que, conforme las circunstancias del caso, se demuestre que la cláusula ha circulado conjuntamente con los derechos y obligaciones sustantivas, lo que, al parecer sólo ocurriría cuando la cesión expresamente incluye al convenio arbitral. Dijo el tribunal:

Empero, el hecho de que se realice la transmisión mencionada no significa que, en todos los casos, el convenio arbitral resulte eficaz, por lo que co-

⁶⁴ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 14 de diciembre de 2004, *in re* Conproca S. A. de C. V. y otra, amparo en revisión 442/2004, SJFyG, Novena Época, TCC, t. XXI, abril de 2005, Tesis I.3o.C.476 C, p. 1344.

responde a quien analice ese pacto arbitral y su transmisión, es decir, a las autoridades judiciales o a los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar en cada ocasión si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a alguno o algunos de los contratos. De esta forma, el convenio arbitral no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto al convenio arbitral, ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos o si la transmisión misma no fue válida. Lo anterior es una exigencia mínima de certeza y de efectivo consentimiento en comprometer.⁶⁵

La doctrina ha interpretado que esta solución traduce una “cierta confusión conceptual”, pues

la cláusula compromisoria representa para el deudor un derecho a la certeza jurídica y no puede ser disociado de la economía general del contrato principal, salvo pacto en contrario que prevé expresamente la exclusión de la transmisión del acuerdo arbitral. En otras palabras, aunque el fallo no lo dice, se puede afirmar que el derecho a la certeza jurídica sigue como accesorio al principal.⁶⁶

9. *La jurisprudencia inglesa*

Aunque originariamente los tribunales ingleses consideraban que la cláusula arbitral no era susceptible de cesión,⁶⁷ luego reconocieron que la presencia de una cláusula arbitral en un contrato que es cesible por su naturaleza, no impide la transmisión de la totalidad de sus cláusulas,

⁶⁵ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 14 de diciembre de 2004, *in re* Conproca S. A. de C. V., citado.

⁶⁶ Graham, James A., “La «falsa» extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México”, *Revista Peruana de Arbitraje*, núm. 7, 2008, pp. 173 y ss.

⁶⁷ Se razonaba que la cláusula arbitral era un acuerdo de alcance puramente personal no transferible. [A]n arbitration agreement is a personal covenant and following assignment the arbitrator had no jurisdiction to make an award”. High Court of Justice (King’s Bench), 1928, *in re* Cottage Club Estates Ltd. v. Woodside Assets Co. Ltd., 2KB 463.

incluyendo aquella, que no tiene en su naturaleza nada que haga imposible su cesión.⁶⁸ Esta solución es especialmente aplicable luego de la Ley de Arbitraje de 1996, cuyo artículo 82.2 establece que las referencias a una parte de un convenio arbitral incluye a cualquier persona reclamante en relación con o por medio de una parte firmante de dicho convenio,⁶⁹ norma que ha sido interpretada como incluyendo al cesionario como una persona reclamando en relación con el signatario del acuerdo arbitral.⁷⁰

Así, se resolvió que el cesionario tiene el derecho a recurrir al arbitraje, porque una de las estipulaciones del contrato es la cláusula arbitral y aquél no puede ejercer sus derechos sino por la vía prevista en el acuerdo arbitral contenido en el contrato.⁷¹ Más aún, se ha reconocido la posibilidad de ceder una cláusula arbitral inclusive luego de haberse iniciado un procedimiento arbitral, considerándose que, en tal supuesto, el cesionario toma en el juicio el lugar que tenía el cedente, sin necesidad de recomenzar el proceso.⁷² Sin embargo, cuando se trata de una cesión realizada

⁶⁸ High Court of Justice (Chancery Division), 1949, *in re* Shaylor v. Woolf, Ch 320.

⁶⁹ English Arbitration Act 1996, Section 82.2: “References in this Part to a party to an arbitration agreement include any person claiming under or through a party to the agreement”.

⁷⁰ “[The assignee] must take [the rights from the contract assigned] subject to the obligation imposed by clause 17.3 to refer to arbitration any dispute in connection with their existence or extent”. High Court of Justice, 22 de mayo de 2002, *in re* Phoenix Finance Ltd. v. Federation Internationale de l’Automobile [2002] EWHC 1028.

⁷¹ “[The assignee] has the right to refer the claim to arbitration, obtain if it can an award in its favour from the arbitrators, and enforce it... One of the terms of the contract is that, in the event of dispute, the claim must be referred to arbitration. The [assignee] is not entitled to enforce its right without also recognising the obligation to arbitrate”. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 16 de abril de 1997, *in re* Schiffahrtsgesellschaft Detlef von Appen GmbH v. Wiener Allianz Versicherungs-AG and Voest Alpine Intertrading GmbH [1997] 2 Lloyd’s Rep. 279, 285-286. Allí se cita un fallo de finales de la década de 1920 que se apartó del ya citado precedente en el caso Cottage Club Estates Ltd., resolviendo que el cesionario toma los derechos cedidos con el beneficio y la carga de la cláusula arbitral. “The assignee takes the assigned right with both the benefit and the burden of the arbitration clause” (*Aspel v. Seymour*, [1929] WN 152).

⁷² “Where the assignment is the assignment of the cause of action, it will, in the absence of some agreement to the contrary include all the remedies in respect of that cause of action. The relevant remedy is the right to arbitrate and obtain an arbitration award in respect of the cause of action. The assignee is bound by the arbitration clause in the sense that it cannot assert the assigned right without also accepting the obligation to arbitrate. Accordingly, it is clear both from the statute and from a consideration of the position of

respecto de un arbitraje ya iniciado, el cesionario no deviene, automáticamente, parte en el proceso, debiendo ser notificada la cesión al árbitro y a la contraparte dentro de un plazo razonable, especialmente si la sociedad cedente ya no existe o ha sido disuelta.⁷³

En términos generales, se ha señalado que la transferibilidad de la cláusula arbitral está, en definitiva, regida por la transferibilidad del contrato principal, cuyas reglas se aplican. Y, en materia de contratos, el principio general es que los derechos que se crean por un contrato pueden ser transferidos a un tercero sin el consentimiento de la parte contraria.⁷⁴ Por ello, se considera no transferible la cláusula arbitral contenida en un contrato referido a la prestación de servicios personales,⁷⁵ o en un contrato cuya transferencia haya sido prohibida por una estipulación del mismo contrato.⁷⁶

De ello se desprende que la tendencia actual es a reconocer que la cláusula arbitral es naturalmente transferible y, más aún, considerar que

the assignee that the assignee has the benefit of the arbitration clause as well as of other provisions of the contract”.

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 1990, *in re* Montedipe S.p.A. and Another v. JTP-RO Jugotanker (‘The Jordan Nicolov’), [1990] 2 Lloyd’s Rep. 11, 15 y 16.

⁷³ “An assignee does not automatically become a party to a pending arbitration on the assignment taking effect in equity. Something more is required. It must give at least notice to the other side and submit to the jurisdiction of the arbitrator”. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 1992, *in re* Baytur S. A. v. Finagro Holding S. A. [1992] QB 610, 4 All ER 129.

⁷⁴ “The general rule is that the benefit of a contract may be assigned to a third party without the consent of the other contracting party. If this is not desired, it is open to the parties to agree that the benefit of the contract shall not be assignable by one or either of them, either at all or without the consent of the other party. There is nothing objectionable in this: a party is entitled to insist that he deals with the particular party with whom he has contracted. But, unless he takes the precaution of including in the contract a prohibition of assignment, he has no right to object to it. A debt is freely assignable both at law and in equity without the debtor’s consent”. House of Lords, 31 de julio de 2003, *in re* Mulkerins v. PricewaterhouseCoopers, 3 [2003] UKHL 41, del voto de Lord Millett.

⁷⁵ “It is clear that a purported assignment of a contract or the rights arising under a contract may be ineffective as such because the contract involves the rendering of personal services or prohibits their assignment”. High Court of Justice (Chancery Division), 2000, *in re* Don King Productions Ltd. v. Warren, [2000] Ch 291.

⁷⁶ House of Lords, 22 de julio de 1993, *in re* Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd., [1994] 1 AC 85, [1993] UKHL 4, [1993] 3 All ER 417. En similar sentido, England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 4 de diciembre de 1998, *in re* Bawejem Ltd. v. MC Fabrications Ltd., [1998] EWCA Civ 1910.

ella se transfiera automáticamente cuando se ceden los derechos u obligaciones contractuales, quedando el cesionario autorizado y obligado a someter a arbitraje los conflictos que tenga con la contraparte del contrato principal, con las excepciones mencionadas.⁷⁷ Esto es lo que, en doctrina se denomina la “regla de transferencia automática”, conforme la cual cuando un derecho nacido de un contrato es válidamente cedido a un tercero, todos los derechos derivados del contrato original son automáticamente transferidos junto con él.⁷⁸ En otras palabras, conforme el derecho inglés, el cesionario no puede ejecutar los derechos obtenidos de la cesión sin reconocer la obligación de arbitrar, pues debe ejercer los derechos sustantivos tal y como éstos existían en el contrato original:⁷⁹ aunque no haya sido parte del acuerdo arbitral cuando éste se concibió, es alguien que reclama “en relación con o por medio de una parte firmante de dicho acuerdo”, en los términos del artículo 82.2 de la Ley de Arbitraje de 1996.⁸⁰

10. *La jurisprudencia alemana*

Aunque no hemos tenido acceso directo a los fallos, se señala que la Corte Constitucional Federal ha resuelto que las cláusulas arbitrales

⁷⁷ “It is now clear that an arbitration clause is assignable. Most jurisdictions favour an automatic transfer of the arbitration clause along with contractual interests or rights. In another words, the assignee is bound to arbitrate with the debtor with the exceptions, such as proof of a contrary intention by the original parties to the main contract (i.e. an anti-assignment clause).” Yang, Philip, “Who is a party? The case of the non-signatory (assignment)”, *Asian Dispute Review*, julio de 2005, pp. 43 y ss.

⁷⁸ Girsberger, Daniel y Hausmaninger, Christian, “Assignment of rights and agreement to arbitrate”, *Arbitration International*, vol. 8, núm. 2, 1992, pp. 121 y ss. Estos autores, sin embargo, no consideran que la cláusula arbitral sea automáticamente transferida con la cesión, porque esa transferencia automática sólo se produce en relación con los derechos accesorios, no siendo el acuerdo arbitral uno de ellos.

⁷⁹ “[A] person who obtains by assignment or transfer of some other kind the right to pursue a claim under a contract can only enforce that right in accordance with the terms of the contract and subject to any restrictions or limitations which those terms may impose. In other words, what he obtains is a chose in action whose precise scope is determined by the contract under which it arises and which is inherently subject to incidents, in this case a requirement that it be enforced by arbitration”. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 21 de marzo de 2005, *in re* Through Transport Mutual Insurance Association Ltd. v. New India Assurance Co. Ltd. [2005] EWHC 455 (Comm).

⁸⁰ Joseph, David, *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement*, Londres, ed. Sweet & Maxwell, 2005, p. 182.

funcionan como derechos colaterales de aquellos que se ceden y que esa cláusula se considera automáticamente transferida, toda vez que el arbitraje es el medio a través del cual se ejercen los derechos cedidos.⁸¹

11. *La jurisprudencia austríaca*

También los tribunales austríacos han resuelto, de manera consistente, que la cláusula arbitral se transfiere automáticamente en caso de cesión del contrato que la contiene, al tratarse de un accesorio del derecho cedido. En general, se han basado en una norma general sobre cesión, contenida en el Código Civil, conforme la cual los derechos del cesionario son idénticos que los que tenía el cedente (Código Civil [ABGB], artículo 1394).⁸²

12. *La jurisprudencia suiza*

En Suiza, las decisiones del Tribunal Federal en los casos “Müller”,⁸³ “Clearstar”,⁸⁴ y “Transkei”,⁸⁵ han sentado la regla de que la transferencia de la posición contractual implica la transmisión de la cláusula arbitral

⁸¹ Bundesgerichtshof: III Zivilrecht 2/96, 2 de octubre de 1997; Bundesgerichtshof: III Zivilrecht 18/77, 28 de mayo de 1979, *Neue Juristische Wochenschrift*; Bundesgerichtshof: III Zivilrecht 103/73, 18 de diciembre de 1975. Fallos citados por Vincze, Andrea, “Arbitration clause: is it transferred to the assignee?”, *Nordic Journal of Commercial Law*, núm. 1, 2003, accesible en http://www.njcl.fi/1_2003/article4.pdf.

⁸² Girsberger, Daniel y Hausmaninger, Christian, “Assignment of rights and agreement to arbitrate”, *Arbitration International*, vol. 8, núm. 2, 1992, pp. 121 y ss.

⁸³ Tribunal Fédéral Suisse, 25 de enero de 1977, *in re Müller v. Bossard*, *Official Court Reporter (ATF)*, 103-II-75.

⁸⁴ Tribunal Fédéral Suisse, 9 de abril de 1991 *in re Clearstar Limited v. Centrala Morska Importowo-Eksportova et Centromor S. A.*, *Revue de l'arbitrage*, núm. 4, 1991, pp. 709 y ss. En este caso, el Tribunal Federal consideró que, dada la prohibición de ceder contenida en el contrato, la cesión efectuada en contravención a esa prohibición no podría ser invocada ni oponible.

⁸⁵ Tribunal Fédéral Suisse, 13 de octubre de 1992, *in re Transkei v. F. J. Berger and Steyr-Daimler-Puch AG*, *ASA Bulletin* 1993, p. 68.

contenida en él, salvo que la transferencia estuviese prohibida por la ley, por una estipulación convencional o por la propia naturaleza del contrato.⁸⁶

Más recientemente, el mismo tribunal resolvió que la cláusula compromisoria incluida en un contrato participa, según las circunstancias, del destino del contrato. El hecho de que, en razón de su función, aquella sea separable de éste, no implica que sea necesariamente independiente; en tanto cláusula accesoria de naturaleza procesal, el acuerdo arbitral se transfiere al cesionario, salvo pacto en contrario.⁸⁷

En resumen, la regla del derecho suizo es que, si el contrato que contiene una cláusula compromisoria es cedido, aquella es también transferida, excepto cuando sea declarada intransferible por un acuerdo expreso de las partes, o por su naturaleza, si fue concebida como *intuitu personae*.⁸⁸

13. La jurisprudencia norteamericana

En un antiguo precedente, la jurisprudencia interpretó —apoyando la tesis de la transferencia automática— que si la cláusula arbitral pudiera

⁸⁶ Scherer, Matthias, “Three recent decisions of the Swiss Federal Tribunal regarding assignments and transfer of arbitration agreements”, *ASA Bulletin*, vol. 20, núm. 1, 2002, pp. 109 y ss.

⁸⁷ “La clause compromissoire, lorsqu’elle est insérée dans un contrat, partagera, suivant les circonstances, le destin du contrat. Le fait qu’en raison de sa fonction, la clause compromissoire soit séparable du contrat principal n’implique pas pour autant qu’elle en soit nécessairement indépendante; ainsi, le droit suisse admet, en cas de cession de créance ou de reprise d’une relation contractuelle, que la clause compromissoire, en tant que clause accessoire de nature procédurale, est transférée au cessionnaire ou au reprenant, sauf convention contraire”. Tribunal Fédéral Suisse, Sala Civil 1a., 16 de octubre de 2001, *in re* Automobiles Peugeot c. Omega Plus, *Revue de l’arbitrage*, núm. 3, 2002, pp. 753 y ss.

⁸⁸ “Premièrement, si le contrat contenant la clause compromissoire est transféré, la clause l’est aussi. Une exception à cette accessoriété existe si la clause compromissoire est rendue intransmissible par accord des parties, par la loi ou par sa nature (*intuitu personae*)”. Tschanz, Pierre-Yves, “Nota al fallo Automobiles Peugeot c. Omega Plus”, *Revue de l’arbitrage*, núm. 3, 2002, pp. 763 y ss.

⁸⁹ “It is undisputed that under Swiss substantive law an arbitration clause is transferred by the assignor of contractual claims to the assignee without the need for the consent of the debtor, the exceptions being if the arbitration clause was entered specifically in view of the person of the assignor, or if there was an agreement, or other circumstances which suggests that the arbitration clause was intended to be effective between the original parties only”. Werner, Jacques, “Jurisdiction of arbitrators in case of assignment of an arbitration clause: On a recent decision by the Swiss Supreme Court”, *Journal of International Arbitration*, vol. 8, núm. 2, 1991, pp. 13 y ss.

considerarse no transferida en caso de cesión, ella vendría a carecer absolutamente de sentido, porque sus efectos podrían ser evadidos por la sencilla fórmula de ceder los derechos del contrato a un tercero, siendo que en realidad, ninguna de las partes puede ser privada del derecho a recurrir al arbitraje.⁸⁹ En la misma línea, se razonó que si la cláusula no se transfiriera automáticamente, se permitiría a una de las partes la modificación unilateral del contrato.⁹⁰

Esa tendencia parece ser la predominante.⁹¹ Sobre esa base, los tribunales han resuelto que el cesionario recibe el derecho cedido con las limitaciones que tenía el cedente;⁹² que la parte cuyos derechos están basados en un contrato está ligada a las cláusulas de resolución de conflicto convenidas en ese contrato por las partes originarias;⁹³ que el derecho al arbitraje que nace de la cláusula contenida en el contrato no puede separarse de los derechos cedidos, pues ello implicaría alterar indebidamente la verdadera naturaleza de esos derechos,⁹⁴ y, en general,

⁸⁹ “[A]rbitration contracts would be of no value if either party thereto could escape the effect of such a clause by assigning a claim subject to arbitration between the original parties to a third party”. Court of Appeals of New York, 1o. de abril de 1924, *in re Hosiery Manufacturers Corporation v. Natalie Goldston et al.*, 238 N. Y. 22, 143 N.E. 779.

⁹⁰ “[A]n assignment cannot alter a contract’s bargained-for remedial measures, for then the assignment would change the very nature of the rights assigned.” Southern District of New York Cour of Appeal, 2001, *in re GMAC Commercial Credit LLC v. Spring Industries Inc.*, 171 F.Supp.2d 209, 216 (S.D.N.Y. 2001). En el mismo sentido, US Court of Appeals for the Third Circuit, 18 de marzo de 2005, *in re Trippe Manufacturing Company v. Niles Audio Corporation*, núm. 03-4101.

⁹¹ “In most states in the United States, where the rights and obligations under a contract are validly assigned and the assigned contract contains an arbitration provision, that arbitration provision is binding on all parties including the original contracting parties (both promisor and promisee) and the assignee”. Hosking, James M., “Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent”, *Arbitration International*, vol. 20, núm. 3, 2004, pp. 289 y ss.

⁹² “[A]n assignee of a claim takes it with whatever limitations it had in the hands of the assignor”. US Court of Appeals for the Second Circuit, 1979, *in re Caribbean Steamship Co. v. Sonmez Denizcilik Ve Ticaret, A. S.*, 598 F.2d 1264, 1266-67 (2d Cir. 1979).

⁹³ “[A party] whose rights are premised on a contract is bound by the remedial provisions bargained for between the original parties to the contract”. Court of Appeal for the Southern District of New York, 31 de octubre de 1983, *in re Banque de Paris et des Pays-Bas v. Amoco Oil Company*, S.D.N.Y. 573 F.Supp. 1464 (1469).

⁹⁴ “The right to arbitrate cannot be separated from the receivables. To hold that the remedy for a claim arising under a contract could be altered by merely assigning the claim would improperly change the very nature of the rights assigned”. US District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 2003, *in re Southeastern Pennsylvania Transporta-*

que el cesionario está obligado por los términos y condiciones acordadas por el cedente.⁹⁵

14. *La jurisprudencia sueca*

También los tribunales suecos resolvieron que cuando el contrato que contiene una cláusula arbitral es cedido, salvo expresa e inequívoca indicación en contrario de las partes, la cesión comprende también a la cláusula arbitral. El principio de la separabilidad de ésta no empece a esta conclusión, dado que nada autoriza a presumir que las partes tuvieron, respecto de la cláusula arbitral, una intención diferente de la que tuvieron respecto de las otras cláusulas del contrato cedido.⁹⁶

En un caso, una empresa de ingeniería finlandesa, a través de una subsidiaria sueca, envió una máquina a un constructor de buques holandés para su instalación en un buque que éste estaba construyendo. El contrato remitía a condiciones generales que contenían una cláusula de arbitraje administrado por la CCI. El dueño del buque había recibido, por cesión del constructor, todos los derechos de aquel contra el proveedor de la maquinaria y, en tal condición, demandó al proveedor ante los tribunales judiciales suecos, en reclamo de los daños y perjuicios sufridos por las fallas de la maquinaria. La demandada planteó la incompetencia de los tribunales suecos, invocando la cláusula arbitral contenida en el contrato original. Tanto los tribunales inferiores como la Corte Suprema de Suecia hicieron lugar al planteo de la demandada y declaró la incompetencia de los tribunales suecos, argumentando que si las partes originales habían convenido someter sus disputas a arbitraje, y el constructor holandés no hubiera podido, unilateralmente, dejar sin efecto ese pacto, tampoco puede hacerlo quien ha recibido de aquel los derechos del contrato. En todo

tion Authority and National Railroad Passenger Corporation v. AWS Remediation Inc., núm. 03-695.

⁹⁵ “[Provided the assignment is enforceable, the assignee] is bound to arbitrate claims relating to the agreements pursuant to their arbitration clauses”. US Court of Appeals for the Third Circuit, 28 de junio de 1999, *in re* Bel-Ray Company Inc. v. Chemrite (Pty) Ltd. and Lubritene (Pty) Ltd., núm. 98-6297. “[The assignee] is bound by the terms and conditions to which the [assignor] agreed”. US Court of Appeals for the First Circuit, 31 de enero de 2000, *in re* Francesco Dimercurio v. Sphere Drake Insurance, núm. 99-1470.

⁹⁶ Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, ed. Litec, 1996, p. 444.

caso, señaló, si el comprador no deseaba someterse a arbitraje no debió haber adquirido los derechos del contratante originario.⁹⁷

III. CONCLUSIONES

1. *Reflexiones finales*

Como puede observarse de la reseña precedente, es mayoritaria la tendencia a considerar que la cláusula arbitral se transmite, junto con el resto de las estipulaciones del contrato, cuando los derechos y/o las obligaciones nacidas de éste han sido cedidas.⁹⁸

Sin embargo, creemos importante subrayar dos cuestiones. Por un lado, esta solución no es absolutamente pacífica, como lo demuestra la existencia de algunos fallos en los cuales se ha resuelto en sentido contrario. Por el otro, el razonamiento que usualmente sustenta la transmisibilidad de la cláusula arbitral es peligrosamente contradictorio o, cuanto menos, insuficiente.

En efecto: para justificar la transmisión de la cláusula arbitral generalmente se alude a su condición de “accesoria”. Pero, a la luz del principio de la separabilidad del acuerdo arbitral, esa condición no es tan fácilmente predicable.⁹⁹

⁹⁷ Supreme Court of Sweden, 15 de octubre de 1997, *in re* MS Emja Braack Shiffahrts KG v. Wårtsilå Diesel Aktiebolag, *Revue de l'arbitrage*, 1998 p. 431.

⁹⁸ [A]cross many legal systems it appears that there is an emerging uniform, pragmatic and commercially sensible approach to issues of assignment and arbitration. This development is, of course, to be welcomed since it is consistent with the expectations of the parties in international commercial arbitration and conducive to their business expectations”. Jagusch, Sthepen y Sinclair, Anthony C., “The Impact of Third Parties on International Arbitration. Issues of Assignment”, en Mistelis, Loukas A. y Lew, Julian D. M. (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, La Haya, ed. Kluwer Law International, 2006, pp. 291 y ss.

⁹⁹ Autorizada doctrina puntualiza la contradicción lógica que se plantea: “[E]l tema de la transmisión del contrato de arbitraje revela, según nuestro juicio, una grave incoherencia (al menos desde la óptica teórica y lógica) del derecho arbitral. En efecto, la mayoría de los derechos arbitrales del mundo sostienen, por una parte, que el contrato de arbitraje es «autónomo» respecto del contrato principal que lo comprende o con el cual está relacionado y, por otra parte, que la transmisión del contrato principal implica la transmisión del contrato de arbitraje, dado que este último sería «accesorio» respecto del primero y lo «accesorio», en derecho, «sigue la suerte de lo principal» (...) Quizás el derecho arbitral de muchos países, con miras a extender los dominios del arbitraje

Lo que proponemos aquí es una nueva mirada sobre la interacción que se produce entre la cláusula arbitral y el contrato en el cual está contenida. Nuestro punto de vista, creemos, permite avalar la transmisión de la cláusula arbitral (ésta es, al fin y al cabo, la única solución satisfactoria, pues no es razonable que el cesionario reciba los derechos y/o las obligaciones sustantivas nacidas del contrato, desprovistas del mecanismo de solución de controversias originalmente convenido), sin contradecir el principio de la separabilidad del acuerdo arbitral (principio que, sin dudas, ha representado un fenomenal avance en la regulación legal del arbitraje).

2. *Nuestra opinión*

El principio de la separabilidad, tal como algunos lo interpretan, ha causado, sin proponérselo, un problema en la significación de los efectos de la cláusula arbitral en caso de cesión del contrato: ¿cómo sostener la transmisión implícita del acuerdo arbitral conjuntamente con la cesión del contrato si aquel tiene existencia autónoma y separable de éste? La falta de respuesta satisfactoria a este interrogante ha llevado a algunos tribunales —como la Corte de Casación italiana— a sostener la imposibilidad del cesionario de invocar contra el deudor cedido los efectos de una cláusula arbitral que, por ser autónoma, no ha sido necesariamente transmitida al cederse el contrato que la contiene.

Para evitar esta solución —notoriamente inconveniente e ilógica— se ha intentado razonar que el principio de la separabilidad no tiene un efecto absoluto sino relativo, limitado a las cuestiones patológicas del contrato, no aplicándose para resolver los problemas derivados de la circulación del contrato. Así se ha dicho, por ejemplo, que se trata de un principio cuyo propósito es evitar la supresión de la jurisdicción arbitral por cuestionamientos a la validez o existencia del contrato y tiende a asegurar el recurso al arbitraje, por lo que no puede servir para impedir que el acuerdo arbitral se transmita conjuntamente con el contrato ni es in-

como mecanismo de resolución de controversias, ha dejado de lado —siguiendo en ello una filosofía claramente pragmática— la teoría y la lógica”. Silva Romero, Eduardo, “Transmisión y extinción del contrato de arbitraje”, en Silva Romero, Eduardo (dir.), *El contrato de arbitraje*, Bogotá, ed. Legis-Universidad del Rosario, 2005, p. 756.

compatible con la cesión;¹⁰⁰ que fue desarrollado para asegurar una fluida iniciación del proceso arbitral, mientras que la idea de la supervivencia de la cláusula arbitral fue concebida para asegurar una fluida conclusión del arbitraje,¹⁰¹ y que el principio en cuestión se limita a conferir a los árbitros la potestad de decidir sobre la validez y existencia de la cláusula arbitral, por lo que, si sirve para justificar la jurisdicción arbitral sobre esos requisitos, debería servir también para justificar su jurisdicción sobre la transferencia misma.¹⁰²

Creemos, sin embargo, que la solución al problema debe encontrarse en otra línea de razonamiento. Como cuestión previa, es necesario formular algunas precisiones terminológicas.

En primer lugar, aunque adoptada doctrinaria y legislativamente, consideramos que la expresión “cesión del contrato” es una locución técnicamente impropia.¹⁰³ Si bien, como categoría conceptual diferenciada,

¹⁰⁰ “[A]utonomy is to be interpreted in a way that the assignee is bound to arbitration, even if there are legal disputes concerning the main contract, e.g. the assignment itself. Therefore, separability is aimed at ensuring and encouraging arbitration in any case”. Vincze, Andrea, “Arbitration Clause: is it transferred to the Assignee?”, *Nordic Journal of Commercial Law*, núm. 1, 2003, accesible en http://www.njcl.fi/1_2003/article4.pdf.

¹⁰¹ “[T]he concept of separability was developed to ensure a smooth initiation of arbitration proceedings, and the concept of survival of the arbitration clause was developed to ensure a smooth conclusion of the arbitration proceedings”. Girsberger, Daniel y Hausmaninger, Christian, “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, *Arbitration International*, vol. 8, núm. 2, 1992, pp. 121 y ss.

¹⁰² “[Il principio della autonomia della clausola compromissoria] abbia una valenza relativa e non assoluta, con ciò affermando che esso possiede un ambito d’applicazione limitato ai profili patologici del contratto e della clausola compromissoria, e, di converso, escludendo che esso possa venire in considerazione al fine di risolvere problematiche di tipo circolatorio come quella in esame. Se da un lato, infatti, si tratta di un principio la cui genesi è derivata dall’esigenza primaria di evitare che, una volta posta in discussione nel corso del giudizio arbitrale la validità o la stessa esistenza del contratto cui la clausola aderisce, non venga tuttavia meno il potere degli arbitri di decidere in ordine alla lite loro deferita dai compromittenti -ivi comprese le questioni concernenti la validità della clausola compromissoria- dall’altro, al contrario di quanto ritenuto dalla Suprema Corte, esso non è idoneo ad attribuire alla clausola compromissoria indipendenza rispetto al regolamento contrattuale le cui relative potenziali liti vincola a deferire ad arbitri”. Giorgetta, Alessandro, “La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 59, núm. 2, 2005, pp. 653 y ss.

¹⁰³ “Cuando se habla de cesión de contrato no se usa una terminología científicamente correcta. El contrato es una causa o fuente de obligaciones, y como tal no puede ser objeto de transmisión sencillamente porque es un despropósito pensar que pueda estar en el pa-

esta noción encuentra importantes adeptos,¹⁰⁴ nos parece que ello sólo es aceptable por comodidad lingüística, pues en estricto rigor, no se cede “el contrato”, sino los derechos y/o las obligaciones que de él emergen.¹⁰⁵ La expresión, en suma, se utiliza para aludir al supuesto en que se transfiere “en bloque” la totalidad de los derechos y obligaciones nacidos de un contrato, es decir, cuando se transmiten créditos y deudas unidos y ligados a la situación jurídica que tenía el transmitente hacia un tercero,¹⁰⁶ lo que produce la transmisión de la posición contractual de uno de los contratantes a un tercero.¹⁰⁷

trimonio de las personas. Lo que está en el patrimonio de las personas son las obligaciones (créditos o deudas) derivados de los contratos que figuran en el activo o pasivo de los contratantes”. Del voto del doctor Jorge J. Llambías, en fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, publicado en *Revista El Derecho*, pp. 2-392.

¹⁰⁴ Mantilla Espinosa defiende este concepto, distinguiéndolo de la cesión de derechos o de obligaciones: “La cesión de contrato no puede analizarse como una simple cesión de créditos y deudas, aquélla implica una sucesión a título particular de los vínculos jurídicos propios de la posición contractual cedida, es decir, la sucesión del cedente por el cesionario en su calidad de contratante, con todas las consecuencias que de esto se desprenden: cesiones de derechos, obligaciones, potestades, sujeciones, libertades, no-derechos, incompetencias e inmunidades propias de la calidad de contratante, como son la posibilidad de ejercer las acciones de resolución del contrato y de nulidad relativa, de solicitar al juez la revisión de la convención, de renovar o prorrogar el contrato, de pedir la declaratoria de cláusulas abusivas, de hacer valer una eventual cláusula compromisoria, etc.”. Mantilla Espinosa, Fabricio, “La cesión de contrato del derecho colombiano”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, núm. 4, 2007, pp. 145 y ss.

De modo similar, Compagnucci de Caso, para quien la postura tradicional (que califica como “atomística”) está “superada”, explica: “Para la postura «unitaria» no se produce una variedad de declaraciones singulares por parte de los sujetos intervinientes, y de ninguna manera aparecen fraccionados los elementos de la obligación. De allí que el cedente no suma a la cesión del crédito la de su deuda. Esta última concepción considera que se está en presencia de una única declaración de transferencia integral de ambos elementos. Por ello, la cesión de contrato es un negocio unitario de disposición sobre la situación contractual”. Compagnucci de Caso, Rubén H., “Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas”, *Revista La Ley*, 1990-D-327.

¹⁰⁵ El objeto del contrato de cesión no está constituido por el instrumento en que consta el crédito cedido, sino por el derecho mismo cuya titularidad se transfiere. Salas, Acdeel E. y Trigo Represas, Félix A., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Depalma, 1999, comentario al artículo 1434.

¹⁰⁶ Compagnucci de Caso, Rubén H., “Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas”, *op. cit.*

¹⁰⁷ Alterini, Atilio A. y Repetti, Enrique J., *La cesión del contrato*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962, p. 44.

En segundo lugar, la cesión es un contrato que se celebra entre cedente y cesionario,¹⁰⁸ y se perfecciona con el consentimiento de ambos;¹⁰⁹ el cedido no es parte en él, ni se requiere su consentimiento,¹¹⁰ aunque cuando lo transmitido es un crédito, el deudor cedido debe ser notificado a efectos de su oponibilidad (artículo 1459, Código Civil).

En tercer lugar, aunque el Código argentino alude a la cesión de créditos,¹¹¹ debe entenderse que tales reglas se aplican a cualquier género de derechos personales, comprendiendo no sólo a los créditos, sino a las deudas y a los derechos patrimoniales en general.¹¹² En cualquier caso, es claro que cuando lo que se cede no es un derecho sino una obligación, se produce un cambio de deudor, dejando inmutable a la obligación misma y a la causa económica del derecho del acreedor.¹¹³

En cuanto al alcance de la cesión, el Código Civil argentino aclara que:

la cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere, aunque la cesión estuviese bajo firma priva-

¹⁰⁸ Es definido como el contrato mediante el cual un acreedor enajena su crédito u otro derecho legalmente cesible, en favor de una persona que lo adquiere para ejercerlo en su propio nombre. Rezzónico, Luis María, *Estudio de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 433.

¹⁰⁹ Con todo, algunos consideran que, metodológicamente, la cesión bien podría ubicarse legislada dentro de la teoría general de las obligaciones, pues no es sino un episodio de la transmisión de derechos, que puede obedecer a diversas causas o títulos sin constituir un contrato autónomo. Chiaromonte, José Pedro, “La cesión de créditos y facturas comerciales; un instrumento de financiación”, *Revista El Derecho*, pp. 184-288, con cita de Lafaille.

¹¹⁰ La aceptación de la cesión por el deudor cedido no tiene relevancia jurídica sino como prueba de que tenía conocimiento de tal acto, porque no está en su poder aceptar o rechazar la cesión ni impedir la producción de todos sus efectos, aunque se encuentra habilitado para oponer al cesionario todas las excepciones que podía hacer valer contra el cedente. CNCiv., Sala H, 25 de septiembre de 1995, *in re* Amersur Cía. Financiera c. Magnone, *Revista El Derecho*, pp. 171-456.

¹¹¹ Al legislar sobre la novación, el codificador regula las figuras de la “delegación” y “expromisión”: de conformidad con el artículo 814 del Código Civil, “la delegación por la que un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo”; de conformidad con el artículo 815, “puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogación legal en el crédito”.

¹¹² Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil – Contratos*, Buenos Aires, Depalma, vol. IV, 1980, pp. 264 y ss.

¹¹³ Compagnucci de Caso, Rubén H., “Cesión de contrato...”, *op. cit.*

da, y todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, con la facultad de ejercer, que nace del crédito que existía (artículo 1458).¹¹⁴

Esto implica que el derecho se cede con el contenido, alcance y limitaciones con que lo gozaba el cedente. Por un lado, es obvio que la enumeración que el artículo 1458 hace de los derechos accesorios que se consideran comprendidos en la cesión es simplemente ejemplificativa, y no agota el repertorio completo de aquello que se transmite.¹¹⁵ Del mismo modo, aunque la norma no lo aclare, es obvio que también pasan al cesionario las restricciones, cargas y vicios del derecho cedido, puesto que conforme el principio *nemo plus iuris*, nadie puede transferir un derecho mejor ni más extenso del que posee (artículo 3270, Código Civil). En concreto, el cesionario ocupa el mismo lugar del cedente, toda vez que la transmisión convenida entre ellos no mejora ni perjudica al deudor cedido.¹¹⁶

Encontramos en los principios y normas mencionados, varias líneas argumentales que, por distintas vías, conducen a una unívoca conclusión: salvo pacto expreso en contrario, en caso de cesión “del contrato”, la cláusula arbitral contenida en él debe considerarse transmitida, pasando a ser el cesionario el titular tanto del derecho como de la obligación de resolver los conflictos nacidos del contrato por la vía del arbitraje.¹¹⁷ Esta misma solución se aplica al caso en que la cesión recae sobre ciertos derechos o sobre ciertas obligaciones, sin involucrar la íntegra posición contractual de uno de los contratantes originarios.

¹¹⁴ Normas similares se encuentran en los códigos civiles de Alemania (artículo 1394); Bolivia (artículo 388); Chile (artículo 1906); Ecuador (artículo 1874); España (artículo 1528); Francia (artículo 1692); Italia (artículo 1263); México (artículo 2032); Perú (artículo 1211); Portugal (artículo 583); Quebec (artículo 1638); Uruguay (artículo 1761).

¹¹⁵ Borda anota que esta opinión es unánime en doctrina. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, op. cit., núm. 573, nota 1111. A modo de ejemplo, el autor cita el caso de la acción de resolución por incumplimiento de la contraparte, que se considera transmitida al cesionario por ser uno de los recursos que la ley pone a disposición de los contratantes para obligarlos a cumplir. Borda, op. cit., núm. 575.

¹¹⁶ *Ibidem*, núm. 576.

¹¹⁷ Conforme los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2004), “cesión de contrato” es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el “cedente”) a otra (el “cesionario”) de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la “otra parte”) (artículo 9.3.1).

El acuerdo arbitral, como se explicó, engendra para las partes el derecho a recurrir al arbitraje. Ese acuerdo, cuando se celebra bajo la forma de una cláusula contenida en otro contrato, no es un *accesorio*, sino una *parte* de él. Si una de las partes cede “el contrato”, lo que está transfiriendo es la totalidad de los derechos y las obligaciones que de él nacen, lo que —como se vio— implica trasladar a un tercero la *situación jurídica* o la *posición contractual* que tenía en el contrato. Es obvio, pues, que los derechos y obligaciones nacidos del acuerdo arbitral forman parte del conjunto de los que se transmiten al cesionario. No parece discutible que, al aceptar la transmisión del conjunto de los derechos y obligaciones nacidas del contrato, el cesionario está al mismo tiempo aceptando la transmisión de la cláusula arbitral, que —aunque separable— es un acuerdo que forma parte de aquél.

Toda vez que los derechos tienen como inexorable reverso una obligación,¹¹⁸ el acuerdo arbitral engendra también la obligación de recurrir al arbitraje. Pero, además, hace nacer una obligación de no hacer, consistente en abstenerse de recurrir a los tribunales judiciales. Bajo esta perspectiva, si la cláusula arbitral impide a las partes acudir a los tribunales judiciales, impone una restricción que, como vimos, pasa al cesionario. En otras palabras: si las partes originales del contrato renunciaron al derecho de ocurrir a la vía judicial para resolver las controversias, no es posible sostener que la cláusula arbitral no forma parte de la cesión, porque ello importaría tanto como decir que el cedente pudo transmitir el derecho a accionar judicialmente, derecho que no puede transmitir —porque no lo tiene— sin violarse la prohibición del artículo 3270 del Código Civil. Tampoco es posible afirmar, sin quebrantar la lógica del razonamiento, que el cesionario tiene un derecho de acción judicial propio, cuando los derechos sustantivos que ejercería mediante esas acciones fueron adquiridos a título derivado y no le son originarios.

La solución no es diferente cuando lo cedido no es “el contrato” en bloque, sino algunos derechos o algunas obligaciones particulares nacidas de aquel. A estos efectos, es indistinto que lo cedido sea un crédito o una deuda, pues —como se ha dicho— éstos son conceptos que repre-

¹¹⁸ Código Civil, artículo 497: “A todo derecho personal corresponde una obligación personal”. Como se ha explicado, “toda obligación no es sólo «de alguien», sino también «hacia alguien» y «a algo». En otras palabras, en el lenguaje jurídico no hay obligación sin deudor, acreedor y objeto”. Guibourg, Ricardo, *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 91.

sentan dos caras de la misma moneda: siempre que hay un derecho creditorio, del otro lado habrá una obligación; toda vez que alguien tiene un derecho a recibir una prestación, habrá alguien que tiene el correlativo deber de ejecutar esa misma prestación.

El fundamento de ello es que todo derecho sustantivo lleva “adherido” el derecho de acción. Más allá de las diferentes teorías que se han elaborado para definir la noción de “acción” y su vinculación con el “derecho” que se reclama —tema que ha sido objeto de arduo debate entre los procesalistas—,¹¹⁹ en términos sencillos puede decirse que la acción es el derecho o el poder jurídico que todo ciudadano tiene de provocar la actuación de un órgano jurisdiccional. Es claro que “derecho” y “acción” son conceptos diferentes que no pueden identificarse absolutamente, ya que puede haber acción sin derecho.¹²⁰ Pero, al contrario, no existe derecho sin acción,¹²¹ ya que el poder de excitar la jurisdicción es esencial a todo derecho subjetivo, y es a través de la acción que se procura el reconocimiento en juicio de ese derecho. Aun reconociendo la independencia conceptual entre acción y derecho, no se discute que a todo derecho subjetivo le corresponde una acción para hacerlo valer en juicio. Lo que se puntualiza es que como el objeto del juicio es, precisamente, determinar si ese derecho existe o no, debe reconocerse la potestad de accionar en juicio de todo aquel que se sienta titular de un derecho, potestad que tiene inclusive rango constitucional.¹²² La cesión de un derecho implica

¹¹⁹ Una completa descripción de las posiciones doctrinarias puede verse en Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, núm. 73, 1994.

¹²⁰ Ello se evidenciaría si la sentencia finalmente rechaza la pretensión de quien acciona, por entender que carecía del derecho invocado.

¹²¹ Excepción hecha, claro está, de los derechos naturales, que son el anverso de las obligaciones naturales definidas en el artículo 515 del Código Civil.

¹²² La cuestión ha sido explicada por autorizada doctrina: “Durante muchísimo tiempo, la acción estuvo adosada al derecho subjetivo. Diríamos que no fue más que la contracara procesal del derecho sustancial. Quien tenía un derecho, tenía acción para postularlo en juicio. Seguramente no está mal, hoy día, reconocer que quien titulariza un derecho debe disponer de la acción para postularlo en un proceso ante un tribunal. No obstante, la fórmula habría de emerger de su abreviatura para aclararse con proyecciones clarificadoras, y lo proponemos así: (a) Quien cree que titulariza un derecho debe disponer de la acción para articularlo en un proceso; pero (b) en rigor, será la sentencia la que, recién al cabo de ese proceso, deje bien establecido si quien creyó titularizar un derecho, realmente tenía ese derecho; o no; por ende, (c) el sentido de la frase ‘quien tiene derecho, tiene acción’, ha de significar que ‘quien invoca un derecho en juicio, debe tener acción’ para que el juez tramite el proceso a cuyo término quedará establecido si en verdad era titular

—salvo pacto en contrario— la transmisión del derecho cedido en su integridad, y la acción que le corresponde es un aspecto de esa integridad, al ser una de sus características esenciales.¹²³

Si, desde esa perspectiva, el derecho sustantivo creado por el vínculo contractual lleva adosado una acción, conteniendo el contrato una cláusula arbitral que obliga a las partes a someterse a arbitraje para todas las cuestiones nacidas de aquel, esos derechos tienen adosada una específica forma de acción, que es parte inescindible de ellos. Esta acción constituye una de las condiciones bajo las cuales el derecho fue creado y existe, y con esa condición debe ser transferido por aplicación del principio *nemo plus iuris*.¹²⁴ En consecuencia, dejando a salvo los casos en que ese

del derecho alegado, o no lo era.... (h) la acción alude al derecho a obtener la prestación de justicia involucrada en la función propia de los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo la administración, la impartición o el servicio de justicia —como más guste decirlo—; (i) avanzando más, hasta en el vocabulario constitucional actualmente en curso, la acción se identifica con el derecho a la tutela judicial efectiva, que tradicionalmente se ha venido denominando derecho a la jurisdicción o derecho de acceso a los tribunales”. Bidart Campos, Germán J., “El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación”, en Morello, Augusto M. (coord.), *La Legitimación (homenaje al profesor Lino Enrique Palacio)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, Lexis-Nexis *on line*, núm. 1001/000454.

¹²³ Adviértase que, conforme el artículo 1458 del Código Civil, si el derecho sustantivo podía ser perseguido por la vía ejecutiva, esta prerrogativa pasa al cesionario: toda vez que “la cesión del crédito desplaza los derechos del acreedor que quedan ubicados en cabeza del cesionario [éste puede] demandar el cobro de la deuda, al deudor, aun mediante juicio ejecutivo si así correspondiera... Es que el cesionario es un sustituto del acreedor primitivo, con todas sus prerrogativas respecto del deudor”. Llambías, Jorge J. y Raffo Benegas, Patricio J. (actualizador), *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, Lexis-Nexis *on line*, núm. 7008/000799.

¹²⁴ “[L]’effet juridique très particulier qu’a produit la clause compromissoire [est qu’] elle a déterminé la condition juridique du contrat et de tout ce qu’il contient. Or, la configuration objective qu’elle a donnée au rapport juridique n’a pas vocation à disparaître si tout ou partie de ce rapport est transmis à un tiers. On ne transmet pas un droit différent de celui que l’on a soi-même, et c’est un droit différent qui serait transmis si l’effet de la clause compromissoire devait s’éteindre (...) [U]ne créance est transmise ‘dans son jus’, c’est-à-dire telle qu’elle existait avant sa transmission, y compris par l’effet d’une convention d’arbitrage (...) [L]a clause compromissoire ne vise pas seulement telle(s) ou telle(s) obligation(s); elle détermine la condition juridique du contrat dans son ensemble. Dès lors, s’il est parfaitement normal que cette condition juridique se communique aux obligations initialement stipulées, il est tout aussi normal qu’elle s’étende aux obligations qui, par la suite, pourraient voir le jour à l’intérieur du cadre contractuel. En somme, il est naturel que la ‘carte génétique’ du contrat se transmette à ces obligations nouvelles. Dans cette mesure, la survie de la clause compromissoire ne constitue ni une anomalie, ni le résultat de l’application d’une règle de droit spécial; il s’agit d’une application cohérente

aspecto es expresamente excluido, la cesión transmite todas las partes del derecho cedido, incluyendo las acciones que nacen o se derivan de él. Si, como se vio, la potestad de accionar ante la jurisdicción arbitral es inherente al derecho subjetivo que se cede, éste no podría cederse sin aquélla.¹²⁵ De otro modo, la cláusula arbitral devendría abstracta.¹²⁶

Por lo dicho, no encontramos contradicción entre el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral y su transmisión en caso de cesión. Su finalidad no es crear derechos y obligaciones de naturaleza sustancial, sino la de crear derechos y obligaciones de naturaleza procesal, en tanto es un medio —diferente del previsto genéricamente en el ordenamiento jurídico— para el ejercicio del derecho de acción.¹²⁷ Es, por ello, una estipulación, separable y autónoma del contrato que la contiene. Pero tiene con ese contrato una conexidad indisputable; tanto que el derecho de acción al que se refiere es el que corresponde a los derechos sustanciales nacidos de ese contrato. Puede sobrevivir a las vicisitudes que afecten a los derechos sustanciales porque no es un accesorio de éstos, sino una regulación especial del derecho de acción. Y este derecho de acción también sobrevive o existe con total independencia de la suerte que corran los derechos sustanciales. Como se vio, existe el derecho de acción por

du droit commun, qui reflète tout simplement les particularités de la clause”. Bollee, Sylvain, “La clause compromissoire et le droit commune des conventions”, *Revue de l’arbitrage*, núm. 4, 2005, pp. 917 y ss.

¹²⁵ “It is now generally accepted that an arbitration clause or agreement is a condition or an accessory/ancillary right attached to the assigned contractual interest”. Yang, Philip, “Who is a Party? The Case of the non-Signatory (Assignment)”, *Asian Dispute Review*, julio de 2005, pp. 43 y ss.

¹²⁶ No debe olvidarse que la cláusula arbitral no puede existir sin uno o más derechos sustantivos a los cuales se refiere, pues no existe acuerdo arbitral “en el vacío”. Es una exigencia casi universal en la legislación comparada que el acuerdo arbitral siempre debe referirse a controversias que hayan surgido o puedan surgir “respecto de una determinada relación jurídica” (artículo 7, Ley Modelo de UNCITRAL).

¹²⁷ “Ensuite, la clause constitue un élément du régime contractuel voulu par les parties. Sans doute on peut, intellectuellement, distinguer ce qui est substance des obligations et régime procédural d’éventuels litiges; c’est ce qui fonde du reste la séparabilité de la clause. Il n’en reste pas moins que, du point de vue des parties, la façon de faire face à une inexécution ou à une difficulté d’interprétation constitue l’un des aspects de la relation qu’elles établissent entre elles, et entre dans la négociation contractuelle au même titre que le lieu de livraison de la marchandise ou le choix de la monnaie de paiement”. Mayer, Pierre, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Revue de l’arbitrage*, núm. 2, 1998, pp. 359 y ss.

el solo hecho de que un sujeto “crea ser” titular de un derecho sustantivo, y su potestad de acudir al órgano jurisdiccional competente no se ve afectada por la invalidez o inexistencia del derecho que invoca. En otras palabras, existe el derecho de accionar de quien se considera titular de un derecho sustantivo, aunque no lo sea o aunque ese derecho sustantivo no exista o nunca haya existido, cuestión que será, precisamente, objeto de juzgamiento en la instancia que se abre como consecuencia del ejercicio del derecho de acción.

Es por ello que la cláusula arbitral, en tanto regulatoria de ese derecho de acción, tiene existencia independiente del derecho sustantivo al que se refiere. Y es por eso mismo que se transmite en caso de cesión. La cláusula arbitral es una modalidad del derecho de acción, derecho que se transmite conjuntamente con el derecho sustantivo por ser inherente a él.¹²⁸ El cesionario adquiere el derecho de acción con el alcance (con las modalidades) que fue creado por los contratantes originales, recibiendo también legitimación para actuar en juicio “como hubiese podido hacerlo el cedente”.¹²⁹ Ello explica que la sustitución procesal del cedente por el cesionario pueda darse, inclusive, una vez iniciado el proceso, pues la cesión importa la sustitución de la posición procesal del cedente, en cuyo lugar el cesionario entra al juicio.¹³⁰

¹²⁸ Mayer explica que si bien lo cedido es el derecho sustantivo, y no la cláusula arbitral, ésta configura el derecho de acción accesorio del derecho. “Seule le créance a été cédée, non la clause, mais la clause avait produit un effet sur la créance: elle l’avait configurée, ou plus exactement, elle avait configuré le droit d’action accessoire à la créance. A [cedido] et C [cesionario] sont donc tenus l’un envers l’autre de porter à l’arbitrage les droits substantiels transférés, non en tant qu’ils seraient parties à la convention d’arbitrage” considérée comme un acte juridique, mais en tant qu’ils sont parties au rapport de droit configuré par elle, et qui est l’objet de la cession de créance (ou de la subrogation). Le rapport de droit comporte une dimension substantielle et une dimension processuelle, qui ne sont normalement séparables, les parties les ayant conçues comme un couple”. Mayer, Pierre, “La «circulation» des conventions d’arbitrage”, *Journal du Droit International*, núm. 2, 2005, abril-junio de 2005, pp. 251 y ss.

¹²⁹ “Jurídicamente el cesionario es la misma persona que el cedente con relación al deudor, y en lo relativo al crédito o derecho objeto de la cesión”. CNCom., Sala B, 25 de noviembre de 2002, *in re* Banca Nazionale del Lavoro S. A. c. Foster Wheeler Iberia S. A. Sucursal Argentina, Lexis-Nexis *on line*, núm. 30002526.

¹³⁰ Se admite sin discusiones que ello pueda hacerse antes de la notificación de la demanda, aunque se duda sobre la posibilidad de hacerlo con posterioridad, porque ello implicaría alterar los términos de la *litis contestatio*. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil – Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, núm. 572, 1999,

También se satisface la exigencia de un consentimiento respecto del sometimiento a arbitraje: el cedido ya lo había expresado, al ser uno de los originales otorgantes del convenio arbitral; el cesionario también, pues al celebrar el contrato de cesión con el cedente, habrá aceptado recibir (incorporar a su patrimonio) los derechos y/o las obligaciones cedidas, tal y como ellas existían, es decir, con la vía arbitral como forma específica de ejercicio del derecho de acción. Existen, pues, de las partes en cuya cabeza quedan los derechos y/o las obligaciones luego de la cesión (cedido y cesionario) una manifestación de voluntad respecto del arbitraje, que constituye un acuerdo o convenio arbitral válido.

3. *Colofón*

Considerar a la cláusula compromisoria transferida en caso de cesión de los derechos y/o las obligaciones nacidas del contrato en el cual aquella está inserta es la solución más justa, y la única que impide a una de las partes liberarse de la obligación de arbitrar por el solo expediente de ceder la posición contractual a un tercero. De no transferirse, los pactos arbitrales resultarían fácilmente eludibles.¹³¹

Encontramos, además, que esa conclusión tiene apoyo en la aplicación de las reglas generales que conforman el derecho de los contratos.¹³² Si el

¹³¹ “[U]na cláusula compromisoria es transferible a terceros en casos de cesión de derechos contractuales o ante una subrogación legal. Un acuerdo de arbitraje, al igual que cualquier cláusula del contrato, posee un valor monetario propio y refleja el equilibrio económico alcanzado por las partes en el proceso de la negociación. Al momento de someterse al arbitraje y al escoger una determinada modalidad de éste, los contratantes consideran desde ya las ventajas que les trae y los costos que les impone. Si se declarara que la cláusula arbitral no sería vinculante para el cesionario, ello alteraría el compromiso alcanzado por las partes originarias. Negar la transferencia automática de la cláusula arbitral, asimismo, permitiría a una de las partes evitar la solución de las controversias en la forma pactada, para lo cual tan sólo tendría que ceder sus derechos contractuales a un tercero. Lo anterior, atentaría en contra de la seguridad jurídica de transacciones económicas y actuaría como un debilitamiento de arbitraje como herramienta de solución de las controversias, la que es especialmente imprescindible en el plano internacional”. Mereminskaya, Elina, “Transferencia de la cláusula compromisoria en la cesión de derechos contractuales y la subrogación legal”, *Boletín Informativo (on line)*, Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, núm. 3/2008, noviembre de 2008, pp. 2 y ss.

¹³² Aunque hemos tomado las referencias normativas del derecho argentino, entendemos que nuestras reflexiones son igualmente susceptibles de aplicación a otros dere-

sometimiento a arbitraje es una de las condiciones a cuyo ejercicio están sujetos los derechos y obligaciones sustantivos nacidos del contrato, es lógico concluir que, transferidos estos últimos, con ellos se transfieren también los efectos de la cláusula arbitral, salvo pacto en contrario o prohibición contractual o legal de ceder.

chos, especialmente aquéllos basados en el derecho romano continental, cuya fuente es la misma.