

## El arbitraje en materia de seguros

Por Roque J. Caivano  
(Argentina)

Una lectura superficial del texto de la Ley de Seguros podría hacer pensar que existe una incompatibilidad absoluta entre el arbitraje y la materia de seguros. En efecto, el artículo 57 de la Ley N° 17.418 dispone que “son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza”. Sin embargo, como se verá, la prohibición es bastante menos extensa de lo que a simple vista parece, y existen ámbitos de la actividad aseguradora en los cuales el arbitraje es posible.

Antes de examinar el tema específico objeto de este trabajo, en el capítulo 1 formularemos algunas aclaraciones, indispensables para comprender el alcance del artículo 57 de la Ley N° 17.418. En el capítulo 2 analizaremos particularmente la intención legislativa al sancionar esa norma, haremos referencia a algún antecedente histórico que creemos constituye su fuente de inspiración, y procuraremos precisar su alcance. En el capítulo 3 explicaremos que no existe restricción alguna para convenir el arbitraje en materia de reaseguros, y lo ilustraremos con un caso resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, en el capítulo 4 ofreceremos nuestras conclusiones, y algunas recomendaciones prácticas.

### 1. El acuerdo arbitral. Modalidades y efectos [\[arriba\]](#)

El arbitraje, se sabe, es una forma heterocompositiva de resolver controversias, que supone la instauración de un sistema jurisdiccional privado, de origen convencional. La condición de “privado” deriva de que los jueces que habrán de decidir las controversias no pertenecen al Poder Judicial, sino que son particulares elegidos directa o indirectamente por las partes. Su origen convencional proviene del hecho de que, ordinariamente, el recurso al arbitraje es consecuencia de una elección que las partes hacen voluntariamente, al convenirlo.

El acuerdo arbitral (contrato de arbitraje, según el artículo 1649 del CCyCN) es, precisamente, el pacto mediante el cual las partes deciden que sus divergencias no serán dirimidas en sede judicial sino ante árbitros.

#### *1.1. Las formas que puede revestir el acuerdo arbitral*

Debe recordarse, para una mejor comprensión del tema, que “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral” son dos formas de convenir el sometimiento a arbitraje, cuya principal diferencia (de la cual surgen otras) es el momento en que se pacta.

La cláusula arbitral es un acuerdo de voluntad mediante el cual las partes manifiestan su intención de someterse a arbitraje respecto de controversias que todavía no se han suscitado (y que, quizá, jamás se susciten). Su denominación deriva del hecho de que, usualmente, consiste en una cláusula contenida en un contrato, y que refiere al arbitraje las diferencias que pudieran surgir de él. Ha sido definida como “un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual

las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros”.[1]

El compromiso arbitral es también un acuerdo de voluntades. Pero al celebrarse luego de verificado el conflicto entre las partes, es posible definir en él, de manera concreta, las específicas controversias que someten a decisión de los árbitros, así como convenir los aspectos del funcionamiento del arbitraje. Por cierto, aunque no exista una cláusula compromisoria que le sirva de antecedente, las partes pueden pactar directamente el sometimiento a arbitraje una vez que el conflicto se presentó, específicamente respecto de él. Y si las partes ya habían estipulado una cláusula compromisoria, la misión del compromiso será complementarla y concretar el sometimiento a arbitraje en determinados puntos específicos. En cualquier caso, con o sin cláusula compromisoria previa, el compromiso versa sobre controversias ya existentes.[2] En otras palabras, “el compromiso es un contrato en toda la extensión de precisiones, en que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el nombramiento de los árbitros, la facultad que se les otorga, etcétera, y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer en la cláusula, como son las leyes aplicables, las reglas de procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho o sin justificar los puntos resolucivos, es decir en equidad, como amigable composición o ex aequo et bono, etcétera”.[3] La determinación precisa de las cuestiones que se someten a decisión de los árbitros,[4] que naturalmente sólo puede hacerse frente a controversias que ya se han producido, es de la esencia del compromiso y es requisito establecido en todas las normas que a él se refieren.

En consecuencia, la diferencia fundamental entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral radica en el carácter futuro o actual de las controversias cuya solución se defiende a los árbitros.[5] Como se ha dicho, “la cláusula compromisoria tiene por objeto el sometimiento de contiendas eventuales y futuras que surjan entre los contratantes, al paso que el compromiso versa sobre controversias ya existentes, [es] por lo tanto, una convención de arbitraje que se aplica a una controversia simplemente eventual; la misma convención, aplicada a un litigio ya nacido, es un compromiso”.[6] O, como señala Carnelutti, el compromiso se refiere a una litis iam nata, mientras que la cláusula arbitral alude a una litis nondum nata.[7]

No es controvertido que el arbitraje puede pactarse para conflictos existentes o meramente eventuales. Tampoco lo es que, si se pacta ante la presencia de una controversia que ya se ha producido, las partes tendrán la posibilidad de determinar con mayor precisión el alcance del acuerdo arbitral. El problema, sin embargo, radica en la eficacia que la ley reconoce a la cláusula arbitral: si ésta es autosuficiente y no requiere, una vez que el conflicto nace, un nuevo acuerdo de voluntades o si, por el contrario, subordina los efectos del acuerdo arbitral a la necesaria e imprescindible celebración del compromiso arbitral. Aunque hoy es universalmente reconocido que un acuerdo arbitral que verse sobre controversias futuras es autosuficiente y no requiere ningún otro pacto ulterior, ello no siempre fue así.

### *1.2. La evolución histórica de la eficacia de la cláusula compromisoria*

En sus orígenes, el acuerdo concebido como una cláusula incluida en el contrato,[8] carecía de eficacia. El recurso al arbitraje no era posible si no existía un acuerdo de voluntades (el compromiso arbitral), una vez que las controversias ya habían surgido.

Con posterioridad se admitió que, si bien carecía de efectos plenos, la cláusula arbitral al menos ostentaba la condición de precontrato, que permitía exigir forzosamente la celebración del compromiso. Con todo, esta solución era incompleta y contradictoria en su misma formulación. Incompleta porque implicaba un enorme escollo para el acceso a la jurisdicción arbitral pactada: la falta de celebración voluntaria del compromiso obligaba al interesado en recurrir al arbitraje a promover una acción judicial, de la que resultaría finalmente una condena a otorgar el compromiso. Y contradictoria porque obligaba a las partes a acudir a los tribunales judiciales, cuando habían estipulado el arbitraje precisamente para evitarlos.

El hito más relevante en la evolución de la cláusula arbitral es la consagración de su autosuficiencia: superada la necesidad de cumplir con el requisito adicional del compromiso, se le dio carácter definitivo y efectos irrevocables.

Sin perjuicio de remitir a un trabajo donde hemos desarrollado este tema en forma más extensa,[9] haremos en los párrafos siguientes una breve reseña de los principales antecedentes, para ilustrar lo que venimos señalando.

#### 1.2.1. La originaria ineficacia de la cláusula arbitral

En sus orígenes, el arbitraje parece haber sido concebido como una forma de resolver conflictos ya existentes. De allí que la forma natural de pactarlo era mediante el otorgamiento de un compromiso, que podía ser un acuerdo destinado sustraer una contienda ya judicializada o que no había llegado a ser planteada ante los jueces, pero siempre referida a divergencias ciertas. En este acto, las partes designaban a los árbitros, definían las materias que serían sometidas a su decisión y, eventualmente, convenían las normas de procedimiento.

La forma prototípica del arbitraje convencional romano era el *compromissum*. Se trataba de un acuerdo mediante el cual las partes sometían a la decisión de árbitros una o varias controversias y se comprometían a acatarla, fuese justa o injusta. Aunque su objeto era evitar la jurisdicción ordinaria, no implicaba una renuncia a la acción procesal: si el demandante ejercitaba esta última, no cabía la alegación de la *conventio compromissi* como excepción procesal por parte del demandado.[10] Por ello, para reforzar su carácter vinculante, las partes solían acordar una pena a cargo de quien incumpliera lo dispuesto por el árbitro.[11] Lo que parece claro, en todo caso, es que el *compromissum* siempre se refería a disputas ya existentes,[12] no siendo posible celebrarlo respecto de asuntos futuros.[13] La cláusula compromisoria, pacto referido a controversias eventuales, no parece haber sido reconocida en el derecho romano: ni siquiera la figura del *arbitrium de bonus vir* o *de dominus*, nacido de las fórmulas contractuales aprobadas por las *Leges Catonianae*, podía considerarse propiamente una cláusula arbitral.[14]

El antiguo derecho español, recogiendo la tradición romana, consideraba que la función del árbitro era terminar un litigio ya existente, sin que siquiera “se llegara a pensar en la posibilidad de que las partes hubieran de someterse al arbitraje respecto de unas futuras posibles controversias”. [15]

Más cerca en el tiempo, la influencia (negativa) de la concepción según la cual el arbitraje sólo podía ser válidamente pactado frente a conflictos ya suscitados, se debe al derecho francés. El Código de Procedimientos Civiles de principios del siglo XIX autorizaba a comprometer en árbitros todos los derechos que podían disponerse

libremente, pero el artículo 1006 establecía que el compromiso debía designar el objeto del litigio y los nombres de los árbitros, bajo pena de nulidad. Durante los primeros tiempos de vigencia del Código, esta norma no fue obstáculo para admitir la validez de la cláusula compromisoria, pero hacia la primera mitad del siglo los tribunales comenzaron a mostrar cierta animosidad hacia el arbitraje.[16] Esa hostilidad se reflejó en un precedente de la Corte de Casación, que declaró nulo el pacto por el cual las partes habían acordado someter a arbitraje futuras controversias: en el caso *L'Alliance c. Prunier*, precisamente referido a un contrato de seguro y que comentaremos más adelante, la Corte consideró inválida la cláusula arbitral por faltarle la determinación del litigio concreto sometido a arbitraje y la designación de los árbitros.[17] Y esta concepción predominó en Francia hasta entrado el siglo XX.[18]

En términos similares, el derecho español privaba de todo efecto a la cláusula compromisoria. La Ley de Enjuiciamiento y el Código Civil sólo se referían al compromiso y ni siquiera mencionaban la posibilidad de que el sometimiento a arbitraje fuese convenido antes de surgido el conflicto. Y la interpretación judicial de las cláusulas arbitrales que, en la práctica, habían comenzado a generalizarse, terminó por confirmar que, sin compromiso arbitral, no habría arbitraje. Inicialmente los tribunales consideraron que este pacto era “contrario en el fondo y en la forma a lo preceptuado en las leyes”. [19] Y aunque luego se admitió que podía tener algunos efectos, con arreglo al principio *pacta sunt servanda*, éstos eran limitados. [20] La celebración del compromiso era inexorable y, si éste no se obtenía voluntariamente, la sentencia judicial que ordenaba otorgar escritura de compromiso, no era susceptible de ejecución *in natura*: si el condenado se negaba a otorgar el compromiso, la cuestión finalmente se resolvía en el pago de una penalidad económica (si se había estipulado) o en el pago de daños y perjuicios, [21] al considerarse que la obligación de celebrar el compromiso era personalísima y no podía ser impuesta coactivamente. [22]

La cuestión no era sustancialmente diversa en los países del *common law*, en los cuales el acuerdo arbitral era considerado un pacto esencialmente revocable. Este principio parece haber surgido, a comienzos del siglo XVII, de un dictum de Lord Coke en el caso “*Vynior*”. [23] Robert Vynior y William Wilde habían celebrado un acuerdo arbitral para resolver ciertas disputas entre ellos. Como era costumbre en la época, se habían entregado recíprocamente pagarés para asegurar el cumplimiento de su obligación de arbitrar y del laudo, y como penalidad para el caso de incumplimiento. Alegando que Wilde había incumplido esas obligaciones, Vynior lo demandó judicialmente por el cobro del pagaré. Si bien la sentencia hizo lugar a la demanda y ordenó el pago, en una nota Lord Coke señaló que la obligación contractualmente asumida de arbitrar es esencialmente revocable. [24] Esa doctrina pasó a los tribunales norteamericanos y, en 1874, la Corte Suprema resolvió que si bien las partes pueden someter sus disputas a arbitraje y renunciar a los tribunales judiciales todas las veces que deseen, no pueden obligarse anticipadamente por un acuerdo que implique perder definitivamente su derecho a recurrir a la justicia. [25]

### 1.2.2. La etapa de la eficacia relativa de la cláusula arbitral

En las legislaciones del *civil law*, superada esta primera etapa, sobrevino una segunda, en la cual se reconocen ciertos efectos a la cláusula arbitral, aunque no la totalidad de los que está en condiciones de producir (y, por cierto, no la totalidad de los que las partes han querido al suscribirla). En esta segunda etapa la cláusula arbitral seguía conservando el carácter de pacto preliminar o precontrato, [26] que necesitaba de uno nuevo que lo complementara. [27] Pero se le agrega el carácter

vinculante de esa promesa y la posibilidad de obtener forzosamente el compromiso arbitral, a través de una acción judicial.

El compromiso arbitral seguía siendo necesario. Pero, al menos, se reconocía a la cláusula arbitral el efecto de hacer nacer la obligación de celebrar el compromiso.[28] De modo que, habiéndose pactado el arbitraje para conflictos futuros, las partes quedaban obligadas a resolverlos por esta vía, sin poder acudir para ello al sistema judicial. Sin embargo, debido a la exigencia del compromiso, tampoco podían recurrir al arbitraje sin celebrar este nuevo pacto o sin que existiera una decisión judicial respecto de su contenido. La cláusula arbitral era un contrato y, como tal, irrevocable. A partir de ella, ninguna de las partes podía dejarla sin efecto unilateralmente y la vía judicial les estaba irremediablemente vedada. Pero al ser un contrato preliminar, una promesa de compromiso, la remisión al arbitraje se operaba recién cuando éste se obtenía, sea de manera voluntaria, sea a través de una sentencia judicial que lo reemplazara. El remedio que la ley daba, frente a la falta de acuerdo en la celebración del compromiso, era una acción judicial a través de la cual se lograría que el juez impusiera lo que las partes no querían o no podían pactar. La cláusula engendraba obligaciones, pero la principal de ellas era una obligación de hacer (celebrar el compromiso), que podía ser exigida judicialmente.

El mejor ejemplo de esta segunda etapa es la legislación española de mediados del siglo XX. La Ley de Arbitraje Privado del 22 de diciembre de 1953, disponía que “las partes podrán preparar el arbitraje, comprometiéndose previamente, bien en un pacto principal, bien en una estipulación accesorio, a instituirlo en su día” (artículo 6). Manteniendo para la cláusula arbitral el carácter (y aun la denominación) de “contrato preliminar de arbitraje”, esta era la estipulación mediante las partes “preparaban” o “anunciaban” el arbitraje, que luego debía concretarse mediante el compromiso. La novedad que introdujo la ley es que ese “anuncio” se consideraba vinculante.[29] Ello se reflejaba en el artículo 9, conforme el cual “los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efectos y, en particular, a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido. Caso de que alguna de las partes se negase a verificarlo o lo hiciere de modo que resultara inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al juez pidiendo la formalización judicial del compromiso”.

Hasta entonces, como se explicó, la cláusula arbitral determinaba el apartamiento de los órganos jurisdiccionales, pero no aparejaba la obligación positiva de instituirlo concretamente, ni la posibilidad de acudir al Juez para que lo hiciera, en caso una de las partes incumpliera esta obligación. La Ley de 1953 se concibió, precisamente, para remediar estos inconvenientes al brindar una acción judicial para obtener el compromiso, aun contra la voluntad de alguna de las partes, a través de lo que la misma ley dio en llamar la “formalización judicial del compromiso”.[30] Para algunos autores, la posibilidad de hacer efectivo, aun forzosamente, lo estipulado en la cláusula compromisorio fue “la disposición más trascendental de la ley que, por sí sola, justifica[ba] su promulgación”. [31]

A pesar del significativo avance que este reconocimiento representó en la evolución de los efectos de la cláusula arbitral, el esquema de esta segunda etapa es marcadamente inadecuado. Mientras siguió siendo exigible el compromiso, la mejor solución que podía darse a la falta de acuerdo para su celebración era una acción judicial tendiente por obtenerlo forzosamente. Solución que, claramente, no es aceptable.

En efecto, en el momento en que el compromiso debe suscribirse, ya producido el conflicto, es muy probable que alguna de las partes no quiera cooperar.[32] En la práctica, era frecuente que aquel que sería demandado intentase demorarlo,[33] sino directamente evitarlo.[34] Y la acción judicial no remedia este problema, y crea una paradoja. Porque “aun cuando la ley arbitral otorgue la facultad de pedir la formalización del compromiso mediante intervención judicial, la distinción tradicional entre cláusula compromisoria y compromiso tiene por efecto eliminar (o al menos disminuir considerablemente) una de las ventajas fundamentales del arbitraje, esto es, la de evitar el litigio ante los tribunales de justicia”.[35] Y porque tener que acudir al Poder Judicial, para que luego de un largo proceso el juez terminara otorgando el compromiso,[36] era una solución “maquiavélica”, pues las partes terminaban litigando ante el Poder Judicial, justamente ante quien no querían llevar la controversia.[37]

A la vista de las dificultades que planteaba la exigencia legal de celebrar el compromiso, y de la ineficacia de las medidas pensadas para remediarlas, se tomó conciencia de que la única solución real era eliminar aquella figura y atribuir plena eficacia a la cláusula compromisoria. Para ello fue necesario admitir que, cuando el arbitraje ha sido pactado en una cláusula válida, el compromiso es un requisito superfluo o inútil,[38] que además atenta contra la celeridad del arbitraje.[39]

En el common law, para remover la doctrina judicial según la cual los acuerdos arbitrales que sometían controversias futuras a arbitraje eran esencialmente revocables, debieron sancionarse normas legales expresas, cuyo objeto era, precisamente, romper con ese status quo.

Inglaterra sancionó en 1698 su primera ley de arbitraje,[40] cuyo principal propósito fue hacer irrevocables los acuerdos arbitrales y lograr que los jueces ordenaran su cumplimiento cuando una de las partes se rehusaba, bajo pena de desobediencia a una orden judicial (contempt of court). Con todo, esta norma era insuficiente, porque no impedía la revocación del acuerdo arbitral antes de ser demandado judicialmente para cumplirlo. La situación mejoró con nuevas normas que el Parlamento sancionó en 1833 y 1854, pero la doctrina de la revocabilidad del acuerdo arbitral no fue definitivamente abandonada por los tribunales sino hasta la sanción de la ley de 1889,[41] que expresamente le otorgaba carácter irrevocable.[42]

En los EE. UU., ese fue uno de los específicos objetivos que persiguió el Congreso al sancionar la Ley Federal de Arbitraje.[43] Tanto que el artículo 2, que establece la validez, irrevocabilidad y exigibilidad del acuerdo arbitral como regla, salvo que existan causales legales o de equidad para la anulación de los contratos en general,[44] es considerado el “corazón”,[45] la “pieza central”,[46] y la “regla sustantiva primaria” de la ley.[47]

A modo de colofón de este repaso de la evolución de la cláusula arbitral, conviene recordar lo que el legislador español de 1988 señaló al abandonar la exigencia del compromiso: “Se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso, que efectúa la ley de 1953. El convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición que reconoce el artículo 1º, puede tener por objeto cuestiones presentes o futuras. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma

naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes”.[48]

### 1.2.3. Finalmente, el reconocimiento de la autosuficiencia de la cláusula arbitral

Hoy el problema ha sido superado desde su propia raíz. Se eliminó la exigencia legal de celebrar el compromiso arbitral e, inclusive, se borró la distinción conceptual y terminológica: ya no se habla de “cláusula” y “compromiso”, sino directamente de “acuerdo arbitral”, pacto comprensivo de ambas modalidades. Este fue el deliberado propósito de la CNUDMI al redactar el artículo 7.1 de la Ley Modelo aun en su versión de 1985.[49] Y ese es el efecto que debe reconocerse al artículo 14 de Ley N° 27.449, que recoge esta misma regla, aunque adaptada a la versión 2006 de la Ley Modelo.

En efecto, la celebración del acuerdo arbitral -sea referido a conflictos presentes o futuros- implica la sujeción de las partes a la decisión de los árbitros respecto de la materia que han convenido someter a juicio arbitral. La suscripción de dicho acuerdo acarrea los dos efectos que le son naturales: el efecto negativo, consistente en permitir plantear la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje, y el efecto positivo, consistente en atribuir jurisdicción a los árbitros. Así, la validez del acuerdo arbitral no depende de su inclusión o no en un contrato ni del momento en que se firma: será válido siempre que cumpla los requisitos formales y sustantivos que exija la ley aplicable.

La importancia de estos principios ha sido explicada en términos que pueden compartirse: “La evolución hacia la identificación de cláusula y compromiso recubriéndolas bajo la noción común y unitaria de convenio arbitral ha estado presidida por una idea de fuerza: que el arbitraje constituye -y mucho más marcadamente, como hemos tenido ocasión de ver, en el plano internacional- una institución que se pretende autosuficiente, en el sentido de no precisar, salvo casos absolutamente necesarios, del auxilio o colaboración de los órganos de la justicia estatal. Consecuencia inmediata de ello -y punto clave en el normal desarrollo de la operación arbitral- es la atribución de eficacia directa tanto sustantiva como procesal al convenio, comprensivo a su vez de las dos modalidades señaladas [cláusula compromisoria y compromiso arbitral]. La específica virtualidad del arbitraje exige también una eficacia específica del convenio arbitral; no como simple contrato; menos como precontrato o pacto de contrahendo. De aquí que progresivamente se haya abierto camino en el derecho positivo del arbitraje, tanto interno como internacional, la identificación de cláusula compromisoria y compromiso, como simples modalidades de la noción genérica o unitaria de convenio o pacto arbitral. Son numerosos hoy en día los ordenamientos internos que borran la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria entronizando el concepto unitario de convenio arbitral”.[50]

Históricamente, el punto de partida de esta concepción fue el Protocolo de Ginebra de 1923 sobre cláusulas arbitrales. Este, el primer tratado internacional sobre arbitraje comercial internacional, tuvo como principal objetivo asegurar el reconocimiento a la validez de las cláusulas arbitrales en contratos internacionales y garantizar que si una de las partes recurre a la justicia ordinaria, el juez remitirá el caso a arbitraje.[51] Aunque tuvieron como principal propósito reglar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, la Convención de Nueva York de 1958 y la de Panamá de 1975 incluyeron normas similares, estableciendo la obligación de los Estados contratantes de reconocer el acuerdo arbitral, esté

referido a diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, y la de remitir a las partes al arbitraje cuando se invoque la existencia de un acuerdo arbitral, a menos que éste sea nulo, ineficaz o inaplicable (artículo II de la Convención de Nueva York, y artículo 1° de la de Panamá). Si bien el progreso del Protocolo de Ginebra se verificó principalmente en los países de Europa, las convenciones de Nueva York y Panamá tuvieron un decisivo impacto en los países de América latina.[52]

La universalización de este modelo de acuerdo arbitral único y autosuficiente, finalmente, se logró a través de su recepción en el articulado de la Ley Modelo, desde donde pasó a la legislación interna de la enorme mayoría de los países del mundo.[53]

## **2. El artículo 57 de la Ley de Seguros: ratio legis, origen histórico y precisiones sobre su alcance [\[arriba\]](#)**

El propósito del legislador es explicado en la propia Exposición de Motivos de la Ley N° 17.418: “No se admite que en la póliza se incluyan cláusulas compromisorias (artículo 57); pero nada obsta a que se convenga el juicio arbitral en acto posterior, porque sólo se busca impedir que se transforme en una cláusula de estilo. De ahí que también sea lícito que en los estatutos de las sociedades de seguros mutuos o en las sociedades cooperativas, se prevean organismos de arbitraje (artículos 176, inc. a) y 182)”.[54]

### *2.1. La fuente de la prohibición legal*

La expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley de Seguros no es casual. De hecho, reproduce el mismo razonamiento que siguió (y hasta parte de la terminología que utilizó) la Corte de Casación francesa en el caso *L’Alliance c. Prunier*, de 1843.[55]

Este caso, que mencionamos en el capítulo anterior, es particularmente relevante en la historia del arbitraje, porque significó la consagración jurisprudencial del efecto relativo de las cláusulas arbitrales y de la exigencia de su ulterior complementación a través del compromiso arbitral. Para entender la génesis del artículo 57 de la Ley N° 17.418 conviene detenerse brevemente en lo que la Corte de Casación resolvió, y en las palabras que utilizó para justificar su decisión.

El señor Prunier había tomado un contrato de seguro contra incendio con la aseguradora *L’Alliance*. La póliza contenía una cláusula en virtud de la cual las controversias entre las partes debían resolverse por la vía del arbitraje, en París. Producido el siniestro, Prunier promovió la demanda ante los tribunales judiciales de su domicilio (Lyon), y la compañía de seguros dedujo excepción de incompetencia. Los tribunales de grado rechazaron la defensa de *L’Alliance* y declararon la nulidad de la cláusula arbitral,[56] decisiones contra las cuales la compañía aseguradora dedujo recurso de casación.

La Corte de Casación, confirmando las decisiones de las instancias anteriores, ratificó la competencia judicial y declaró inválida la cláusula arbitral, utilizando dos líneas argumentales: una técnica y otra “política”.

Respecto de la primera, la Corte hizo una interpretación extensiva del entonces artículo 1006 del Código de Procedimientos Civiles que, respecto del compromiso arbitral, establecía como condiciones de validez la precisión de las cuestiones



sometidas a arbitraje y los nombres de los árbitros. Según razonó la Corte, una cláusula destinada a convenir el sometimiento a arbitraje de controversias futuras no satisfacía esas condiciones y, en ausencia de ellas, el sometimiento a arbitraje no era válido. Criticada por haber extendido a la cláusula arbitral las condiciones establecidas por la ley para el compromiso,[57] en los hechos la sentencia de la Corte de Casación significó fulminar las cláusulas arbitrales: el arbitraje sólo podía pactarse para conflictos existentes, bajo la forma del compromiso arbitral, y cualquier pacto previo carecía completamente de validez.

Más relevante a los fines de este trabajo es la argumentación “política” de la Corte en el caso “Prunier” (que, en buena medida, explica que haya hecho una interpretación forzada del texto de la ley). La sentencia expresa, sin demasiados eufemismos, la visión crítica de la Corte respecto del arbitraje y traduce un claro propósito: limitar, hasta donde fuese posible, la renuncia de los particulares a la jurisdicción judicial. Entre otras consideraciones, la Corte expresó que admitir la validez de la cláusula previa sometiendo a arbitraje cuestiones futuras, traería aparejado el peligro de que su estipulación se hiciera de modo mecánico e irreflexivo, sin medir realmente las consecuencias, lo que llevaría a la privación de las garantías que representan los tribunales.[58] En otra parte, la sentencia hizo mérito de la situación de indefensión en que quedaría el asegurado al tener que litigar sus diferencias en París, lejos de su domicilio.[59]

## *2.2. El alcance de la prohibición legal*

Como se señaló, el artículo 57 de la Ley N° 17.418 dispone la nulidad de “las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza”. La Exposición de Motivos precisa su alcance, al aclarar que, si bien no se admite que “en la póliza” se incluyan cláusulas compromisorias, “nada obsta a que se convenga el juicio arbitral en acto posterior, porque sólo se busca impedir que se transforme en una cláusula de estilo”. La similitud de la terminología utilizada por la Exposición de Motivos con la que empleó la Corte de Casación en el fallo “Prunier”, y la última aclaración del legislador, hacen evidente que su propósito no es vedar la posibilidad de someter a arbitraje cualquier controversia relativa a un contrato de seguro, sino evitar que el asegurado se vea “forzado” a dirimir sus controversias con la aseguradora en un fuero distinto del judicial por la sola suscripción de la póliza.

Dado que el seguro es una actividad regulada por el Estado, es improbable que, frente a la claridad de la ley, una compañía pueda emitir una póliza que contenga una cláusula arbitral. Aun así, de existir, el único que podría invocar su nulidad es el asegurado, pues se trata de una nulidad relativa, establecida en su protección. Lo que, significa que, no obstante la prohibición legal, de darse este hipotético supuesto, el asegurado podría invocar la cláusula para demandar en sede arbitral a la compañía, y ésta no podrá basar un planteo de incompetencia en la aludida prohibición.[60]

Por ello, no parece demasiado discutible que asegurado y asegurador puedan convenir el arbitraje con posterioridad. Desde luego, podrán hacerlo una vez producido el siniestro, o las controversias entre ellos.[61] Pero creemos que es también lícito hacerlo antes del surgimiento de las diferencias, siempre que se convenga en un documento distinto de (y posterior a) la póliza. Lo que el legislador procura es que el asegurado tenga la posibilidad cierta de conocer que está sometiéndose a arbitraje, evitando que pacto arbitral pase inadvertido al asegurado por estar contenido en la póliza, documento que contiene una multiplicidad de estipulaciones. Si, luego de emitida la póliza, se celebra un acuerdo arbitral en un

documento que sólo contenga ese pacto, no parece haber agravio al texto ni al propósito perseguido por la ley.

### 2.3. El artículo 1651 del CCyCN

El problema de las cláusulas arbitrales contenidas en contratos celebrados por adhesión no es exclusivo del ámbito asegurador. El seguro no es el único contrato cuya celebración difícilmente pueda hacerse de un modo distinto que a través de la predisposición del contenido general del contrato por una parte a la otra. Tampoco es esta una situación particular del derecho argentino.

El CCyCN, al regular el “contrato de arbitraje”, introdujo disposiciones que resultan de aplicación al caso. En el artículo 1651, comprendiendo algunos supuestos de no-arbitrabilidad y otras prohibiciones que tienen un sentido (y un alcance diverso), el CCyCN dispone que “quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

- (a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- (b) las cuestiones de familia;
- (c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- (d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;
- (e) las derivadas de relaciones laborales”.

Esta norma, al menos respecto de las situaciones previstas en los incisos (c) y (d), no consagra supuestos de no-arbitrabilidad. En los casos a que alude el inciso d), la ley no se refiere a ninguna “materia” que esté prohibida de resolverse por arbitraje, sino a una forma de expresión del consentimiento. Y aun en el caso del inciso c), la prohibición no puede entenderse referida indiscriminadamente a cualquier controversia derivada de la relación de consumo, porque la *lex specialis*, lejos de prohibir el arbitraje, lo fomenta e impone al Poder Ejecutivo crear instancias arbitrales: el artículo 59 de la Ley de Defensa del Consumidor dispone que “la autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables compondores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley”. [62]

La política legislativa que traduce el inciso d) del artículo 1651 del CCyCN es merecedora de reproche: el solo hecho de que una de las partes tenga una superioridad económica o que esté en situación de poder predisponer las condiciones generales del negocio, no es motivo para restarles validez, porque esa superioridad no se traduce, siempre y necesariamente, en la imposición de cláusulas leoninas. [63] Con independencia de ello, la “exclusión” dispuesta en el inciso d) no implica que las controversias nacidas de contratos celebrados por adhesión no sean arbitrables, porque esta condición no depende de la forma en que se expresa el consentimiento sino de la naturaleza indisponible de los derechos involucrados en la controversia. Lo que en todo caso la ley determina es la inoponibilidad del pacto a una de las partes: el adherente a un contrato que contenga una cláusula arbitral relativa a conflictos futuros no podrá verse obligado a acudir al arbitraje; pero nada le impide

invocarla para hacer valer sus derechos en el contrato, o aun convenirla por medios distintos del contrato por adhesión.

La distinción conceptual que hacemos no es trivial. El artículo 57 de la Ley N° 17.418 tiene la misma lógica que el artículo 1651 inciso d) del CCyCN. El seguro no es, bajo la ley argentina, una materia “no-arbitrable”. La prohibición legal apunta únicamente al modo de expresión del consentimiento del asegurado respecto del acuerdo arbitral. Lo que la ley dice, en otras palabras, es que el asegurado no puede obligarse a recurrir al arbitraje “en la póliza”, lo que ostensiblemente obedece a la limitada libertad de contratación que el asegurado tiene respecto de condiciones que, de ordinario, son predispuestas por la compañía de seguros. Pero nada impide que las partes en un contrato de seguro convengan someterse a arbitraje a través de un acuerdo de voluntades distinto de la póliza. Ese acuerdo podrá ser un “compromiso arbitral” suscripto luego de acaecido el siniestro o, inclusive, un acuerdo arbitral destinado a someter a arbitraje controversias futuras, con tal que no forme parte de la póliza.

Como se verá en el capítulo siguiente, el inciso d) del artículo 1651 del CCyCN no puede representar un obstáculo para la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos de reaseguro.

#### *2.4. Algunas soluciones del derecho comparado*

Como señalamos, la dificultad para reconocer una voluntad enteramente libre en los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas no es un tema que atañe únicamente al contrato de seguro, ni ha pasado inadvertido para otros legisladores. Particularmente en materia de cláusulas arbitrales contenidas en esta clase de contratos, algunas normas ofrecen soluciones que conviene reseñar a título ilustrativo.

La legislación alemana sobre arbitraje, contenida en el Código de Procedimientos Civiles, prevé que la cláusula arbitral en la que un consumidor sea parte debe estar contenida en un documento personalmente firmado por las partes, que contenga esa sola estipulación, salvo que la firma del consumidor esté certificada notarialmente (artículo 1031.5). De manera similar la cuestión es reglada en el Código Procesal Civil austríaco y en la Ley de Arbitraje de Noruega de 2004, aunque estas normas aclaran que el acuerdo arbitral sólo puede referirse a controversias que ya hubiesen surgido (artículos 617 y 11, respectivamente).

La Ley brasileña de arbitraje establece que en los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria sólo tendrá eficacia si el adherente toma la iniciativa de instituir el arbitraje o acordar expresamente su institución, siempre que conste en documento anexo o en caracteres destacados con la firma o aceptación especialmente prestada para esa cláusula (artículo 4.2).[64] En términos semejantes, la Ley de Arbitraje de Guatemala dispone que “si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: ‘ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE’” (artículo 10.3, Decreto 67/1995).

La Ley peruana de Arbitraje,[65] consagra una norma expresa al tema. El artículo 15 dispone que “los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los

redactó, usando una diligencia ordinaria”, aunque luego establece que “ se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:

(a) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes;

(b) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes;

(c) Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes”.

Como puede apreciarse, las normas reseñadas no privan de validez a las cláusulas arbitrales contenidas en contratos celebrados por adhesión, y más bien ponen el acento en la necesidad de asegurar que el adherente (especialmente si es un consumidor) tenga la posibilidad cierta y efectiva de conocer que se está sometiendo a arbitraje.

Una condición adicional, que surge de otras reglas o principios establecidos en cualquier legislación sobre arbitraje, es que el acuerdo arbitral, por su contenido, no debe ser abusivo, ni consagrar privilegios a favor de la parte que lo predispuso u otorgarle derechos procesales de los que carece el adherente. Ello implica, como mínimo, que el sistema arbitral resultante de esa estipulación debe ser accesible, garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros y la igualdad de las partes en el proceso, así como sus posibilidades de defensa.

### **3. El arbitraje en materia de reaseguros [\[arriba\]](#)**

En términos conceptuales, el contrato de reaseguro es aquel en virtud del cual un reasegurador, a cambio de una prima reconocida por el asegurador directo, se compromete a indemnizar a éste, con arreglo a la modalidad convenida, las pérdidas derivadas exclusivamente del ejercicio de su objeto social.[66] Es, en otras palabras, el contrato en el que “una parte, el reasegurador, acepta, a cambio de una prima establecida, indemnizar total o parcialmente al reasegurado por la responsabilidad que este último adquiera como consecuencia de la suscripción de una póliza de seguros o de un conjunto de ellas”.[67]

Sin pretender incursionar en el complejo tema de la naturaleza del contrato de reaseguro, en definitiva se trata de una operación mediante la cual un asegurador toma a su cargo, total o parcialmente, un riesgo cubierto por otro asegurador o el remanente de daños que exceda de una determinada suma de dinero, y su ostensible propósito es reducir una posible pérdida del asegurador directo, participando del riesgo con otro ente.[68]

Dentro del concepto general de reaseguro se comprende también la retrocesión, que es esencialmente el reaseguro del reasegurador con otro reasegurador.[69]

#### **3.1. Las normas que rigen el reaseguro**

La Ley N° 17.418 dispone que el asegurador puede, a su vez, asegurar los riesgos asumidos, pero es el único obligado con respecto al tomador del seguro (artículo 159). Reforzando esta última idea, el artículo 160 establece que “el asegurado carece de acción contra el reasegurador”.

Parece claro que la prohibición del artículo 57 de la ley no alcanza a los contratos de reaseguro.

En primer lugar, porque en estos no existe “póliza”, ni un asegurado que requiera ser protegido. Los contratantes son empresas profesionales y generalmente sofisticadas, que hacen de ésta su actividad natural,[70] vinculándose a través de un contrato que, independientemente del tamaño de cada una o de quién predisponga su contenido, vincula a partes que se encuentran en situación paritaria respecto de su capacidad de negociación.

En segundo lugar, porque el propio artículo 159 de la ley dispone que “los contratos de retrocesión u otros por los cuales el reasegurador asegura, a su turno los riesgos asumidos, se rigen por las disposiciones de este Título”. [71] Y el artículo 162 dispone que “el contrato de reaseguro se rige por las disposiciones de este Título y las convenidas por las partes”. Lo que hace evidente que el artículo 57, contenido en el Título I de la ley no aplica a estos contratos.

Lo anterior lleva a determinar que no existe, en la Ley de Seguros, prohibición alguna respecto de los contratos de reaseguro.

Respecto de la eventual aplicación al caso del artículo 1651 inc. d) del CCyCN, cabe señalar que la jurisprudencia ha convalidado las cláusulas arbitrales contenidas en contratos celebrados por adhesión entre comerciantes, en casos en que no se advierte el abusivo aprovechamiento de una parte sobre la otra.

Si bien en algunos casos la sala F de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial declaró “inoperativas” las cláusulas arbitrales por la sola comprobación de que surgían de contratos por adhesión,[72] en algún otro la misma sala F consideró válida y oponible la cláusula arbitral, poniendo de relieve que no había mediado “desconocimiento ni abuso en su concertación” y que “la aptitud ejecutiva del título creado por voluntad de las partes, carece de incidencia ante la estipulación de la cláusula décima que no ofrece dudas en orden a su recto alcance”. [73] Y otras salas de la Cámara han admitido su validez y oponibilidad a todas las partes, adoptando una interpretación finalista de la norma, que presupone una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica y de poder económico entre las partes, y no puede considerarse prevista para soslayar un pacto admitido cuando el contratante no fue sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo. [74] De estas sentencias, en suma, se desprende que la aplicación del artículo 1651 inc. d) del CCyCN no debe hacerse en forma automática, sino que deben atenderse a las circunstancias del caso, y al contenido de la estipulación. [75]

### *3.2. Un reciente caso jurisprudencial que confirma la validez de las cláusulas arbitrales contenidas en contratos de reaseguro*

Recientemente, en el caso “Deutsche Rückversicherung”, [76] la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que había reconocido y declarado ejecutable un laudo extranjero dictado contra una entidad aseguradora estatal. Los temas discutidos en

el trámite judicial ponen de manifiesto que la arbitrabilidad de controversias derivadas de contratos de reaseguro no es debatible.

En 1975 Deutsche Rückversicherung AG, una reaseguradora alemana [Rückversicherung] había firmado un acuerdo para participar en un pool de reaseguros. En ese contexto, en ese mismo año y en 1977, Rückversicherung y la aseguradora estatal Caja Nacional de Ahorro y Seguro [la Caja], celebraron contratos de retrocesión, por los cuales la Caja reaseguraba y asumía una participación del 7,5 % de todos los siniestros que aquella estuviera obligada a pagar. Alegando que la Caja había dejado de pagar distintos siniestros, en diciembre de 2001 Rückversicherung inició un arbitraje, con sede en Nueva York, de conformidad con las cláusulas arbitrales incluidas en los contratos de retrocesión. El 26 de abril de 2006, el tribunal arbitral dictó el laudo, condenando a la Caja y al estatal Instituto Nacional de Reaseguros [INDER] a pagar a la demandante una suma de US\$ 7,4 millones más intereses.[77] El laudo se fundó en la legislación holandesa, que el tribunal consideró aplicable a los contratos, y en función de esa legislación rechazó los planteos de prescripción que la Caja había formulado. El laudo fue confirmado por la Corte de Distrito de Nueva York en 2007.

En julio de 2009, Rückversicherung promovió, ante los tribunales argentinos, el juicio de reconocimiento y ejecución del laudo, por la suma de capital e intereses determinada en el laudo (US\$ 16.032.666,50), pidiendo se le adicionara -conforme lo determinado en el laudo- un interés del 6 % anual a partir del 31 de julio de 2007 hasta el efectivo pago de la deuda. El Estado Nacional, asumiendo la representación de las ejecutadas, se opuso al reconocimiento del laudo, con base en tres argumentos principales, genéricamente amparados sobre la causal de violación al orden público:

(i) El laudo no respetó la legislación argentina en materia de poderes de representación otorgados en el extranjero, que exigen la formalidad de la escritura pública bajo pena de nulidad;[78]

(ii) El laudo contradice fallos de tribunales argentinos que reconocen el plazo anual de prescripción liberatoria para los contratos de reaseguro y retrocesión, según la Ley de Seguros argentina;[79] y

(iii) El monto y los intereses reconocidos en el laudo fueron calculados con total desconocimiento del régimen de consolidación de deudas del Estado establecido por Ley N° 23.982, norma que es de orden público.[80]

El juez de primera instancia denegó el reconocimiento del laudo. Si bien desestimó las dos primeras defensas del Estado,[81] admitió la tercera, al juzgar que la conversión del laudo en título ejecutorio afectaría el orden público, en los términos del artículo 517, inc. 4, del CPCCN. Interpretó que la Ley N° 23.982, dictada por el Congreso de la Nación en ejercicio de los poderes de emergencia, tenía el carácter de norma de orden público. De todo ello concluyó que las obligaciones consolidadas devengan sólo el interés estipulado en la Ley N° 23.982, y que el laudo arbitral debió aplicar esos accesorios.

Contra esa sentencia, Rückversicherung dedujo recurso de apelación, planteando tres agravios principales:

(i) El juez no debió aplicar las normas sobre reconocimiento y ejecución del CPCCN, porque el laudo se dictó en los EE. UU. y, por tanto, aplica la Convención de Nueva York;

(ii) El hecho de que el laudo haya adoptado intereses distintos de los previstos en la Ley 23.982 no viola el orden público, con el alcance que a esta expresión debe dársele de conformidad con el artículo V.2 de la Convención de Nueva York; y

(iii) A todo evento, aun si la aplicación de los intereses en la forma dispuesta en el laudo contraviniera el orden público internacional argentino, tampoco hubiese correspondido el rechazo total sino, en todo caso, su reconocimiento parcial, al menos en cuanto a la condena al pago del capital, que no se ve afectada por la Ley de Consolidación.[82]

La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia y reconoció parcialmente el laudo.[83] En cuanto al tema específico objeto del debate en la segunda instancia (los efectos de la Ley de Consolidación), la Cámara partió del hecho de que el laudo objeto del exequatur se estaba intentando ejecutar contra el Estado Nacional y que la omisión de aplicar la Ley N° 23.982 violaba el orden público, carácter que el mismo legislador había atribuido a la ley en atención a la extrema gravedad de la situación de emergencia en que se hallaba el Estado al momento de su dictado. La Cámara destacó que el régimen de consolidación de la deuda pública, dispuesto ante una situación de emergencia declarada y en ejercicio del poder de policía del Estado a fin de atender a la conservación del orden económico y social, se asienta en forma directa sobre principios fundamentales de la Constitución Nacional, y puso de manifiesto que no aplicar al laudo la Ley de Consolidación afectaría el derecho a la igualdad reconocido en la Constitución Nacional, que “es un principio fundamental atinente a la justicia que el Estado desea proteger y que, por ende, no puede ser dejado de lado por una sentencia, sea nacional o extranjera, que se pretenda ejecutar en el país”. Al considerar que Rückversicherung, finalmente, era un acreedor del Estado por obligaciones alcanzadas por la consolidación de la deuda pública, autorizar la ejecución del laudo extranjero en la Argentina importaría una discriminación contraria a la garantía de la igualdad, que es un elemento determinante del orden público constitucional. En consecuencia, reconoció parcialmente el laudo, pero disponiendo su adecuación a la Ley de Consolidación en cuanto al cálculo de los intereses.

El fallo de la Cámara de Apelaciones fue recurrido por el Estado, con fundamentos similares a los que había expuesto al contestar la demanda de exequatur. Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo confirmó.[84]

Lo que este caso demuestra, más allá de la discusión atinente a la aplicación de la ley de consolidación de la deuda pública, es que la ley argentina no consagra ninguna restricción a la posibilidad de someter a arbitraje controversias nacidas de contratos de reaseguro. En efecto, la Convención de Nueva York permite denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero si el acuerdo arbitral no es válido (artículo V (1) (a)) o si el objeto de la controversia no es arbitrable (artículo V (1) (a)). La entidad ejecutada no invocó ninguna de las dos causales para oponerse al reconocimiento del laudo extranjero, ni tampoco los tribunales argentinos hicieron aplicación de la segunda, que ni siquiera requiere invocación de parte.[85]

#### 4. Conclusiones y sugerencias prácticas [\[arriba\]](#)

Como anticipamos, el artículo 57 de la Ley N° 17.418 no constituye un obstáculo absoluto para dirimir controversias en el ámbito del seguro.

#### *4.1. El alcance de la nulidad dispuesta por la ley*

Si bien la norma fulmina de nulidad las cláusulas arbitrales contenidas en las pólizas de seguro, esta limitación sólo alcanza a las controversias derivadas del contrato de seguro, pero no a las de otros contratos inherentes a la actividad aseguradora, como lo son los contratos de reaseguro o retrocesión, a los cuales la prohibición no les es aplicable, rigiendo respecto de ellos con total amplitud la autonomía de la voluntad.

Aun respecto del contrato de seguro, la nulidad se consagra únicamente

(i) Cuando el pacto arbitral consiste en una cláusula arbitral (que implica someter a arbitraje controversias futuras);

(ii) Respecto del asegurado y en su propio interés; y

(iii) Por el modo de expresión del consentimiento del asegurado (la adhesión a condiciones predispuestas por la aseguradora en la póliza).

Lo primero implica que no existe prohibición alguna para que asegurado y asegurador convengan someterse a arbitraje respecto de controversias ya existentes, bajo la forma de un compromiso arbitral. El texto de la norma, y su declarado propósito, hacen indisputable que el legislador busca evitar que el asegurado quede obligado, ab initio, a dirimir en arbitraje sus eventuales controversias con la aseguradora. Ni la letra ni el espíritu del artículo 57 de la Ley N° 17.418 restringen la autonomía de la voluntad para pactar el sometimiento a arbitraje, una vez que las controversias se han suscitado, a través de un acuerdo que reúna las condiciones establecidas para el compromiso arbitral.

Lo segundo significa que, aun si se hubiese pactado en la póliza, la nulidad es sólo relativa y, por tanto, el asegurado es el único que puede oponerla y es confirmable (artículos 388 y 393, CCyCN), aun tácitamente (artículo 394, CCyCN). En relación con esto último, como la confirmación tácita “resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto” (artículo 394, CCyCN), es claro que si el asegurado fuese demandado en sede arbitral en función de una cláusula arbitral contenida en una póliza y no opusiese temporáneamente la excepción de incompetencia del tribunal arbitral, habrá consentido la jurisdicción arbitral (artículo 2, CPCCN) y, con ello, subsanado la nulidad.

Y lo tercero significa que, aun pactándose el arbitraje entre asegurado y asegurador para dirimir controversias futuras, no es inválida la estipulación que conste en un documento distinto de la póliza. La legalidad de este pacto será más evidente si, además de estar consagrado en un documento distinto de la póliza, se celebra en un momento posterior a su emisión. La interpretación de la norma según su texto y según su espíritu confirma que ello es posible, pues en tal caso se lograría el objetivo del legislador de impedir que las cláusulas arbitrales se transformen en estipulaciones “de estilo”, y encuentra apoyo en la Exposición de Motivos de la ley,



que expresamente señala que “nada obsta a que se convenga el juicio arbitral en acto posterior”.

#### *4.2. Algunas sugerencias prácticas*

No obstante estas últimas afirmaciones, creemos que sería prudente tomar algunos recaudos adicionales.

El seguro es una actividad regulada por el Estado y sometida a fiscalización permanente a través de un órgano específico, la Superintendencia de Seguros de la Nación. Como reza la propia página web del organismo, éste tiene “como función proteger los derechos de los asegurados mediante la supervisión y regulación del mercado asegurador para un desarrollo sólido con esquemas de controles transparentes y eficaces”.<sup>[86]</sup> La Ley N° 20.091 otorga a esta entidad el control del ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del territorio de la Nación (artículos 1° y 64) y, entre las varias atribuciones generales con que cuenta (artículos 67 y siguientes), la ley impone a la Superintendencia el deber de cuidar que el texto de las pólizas se ajuste a las disposiciones de la Ley N° 17.418 y que las condiciones contractuales sean equitativas (artículo 25).

Frente a ese escenario, una aseguradora que quisiera proponer a sus asegurados la vía del arbitraje para dirimir las controversias derivadas del contrato de seguro tendría varias alternativas a su disposición.

Una, incuestionable bajo cualquier sistema jurídico (inclusive el argentino) es ofrecer al asegurado la opción de recurrir al arbitraje, pero dejándole abierta la posibilidad de reclamar sus derechos en sede judicial.

Las cláusulas arbitrales “opcionales” suelen clasificarse en simétricas o asimétricas. Las primeras son aquellas en las cuales queda en manos del demandante (con independencia de su posición contractual) la opción de elegir entre arbitraje o justicia estatal, o entre las distintas jurisdicciones designadas en la cláusula. Las asimétricas son aquellas que dejan en manos de una sola parte la opción de elegir entre acudir al arbitraje o a la jurisdicción estatal.<sup>[87]</sup>

Las cláusulas arbitrales opcionales asimétricas, que en definitiva significa que el sometimiento a arbitraje será unilateralmente obligatorio, han sido consideradas válidas por los tribunales judiciales de Australia, Chile, Inglaterra, Italia y Singapur.<sup>[88]</sup> Y la doctrina ha opinado que “en principio, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, creemos que estas cláusulas son válidas. No obstante, tratándose de convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, un pacto compromisorio asimétrico a favor del predisponente sería, en nuestra opinión, una cláusula abusiva o vejatoria”.<sup>[89]</sup>

Esta opinión es perfectamente compartible. Pero no invalida nuestra conclusión, porque no parece que pueda existir agravio alguno si quien se reserva la elección de acudir o no al arbitraje es, precisamente, el adherente, que es la parte a quien el ordenamiento jurídico busca proteger. Adviértase que existe, al respecto, un antecedente en el derecho argentino, y ni siquiera de una estipulación convencional sino de una norma legal que impone el arbitraje. Nos referimos al arbitraje impuesto por la Ley de Mercado de Capitales (Ley N° 26.831), cuyo artículo 46 obliga a Bolsas y Mercados a crear tribunales arbitrales, a los cuales “quedarán sometidas en forma

obligatoria las entidades cuyos valores negociables se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores” para resolver todas las acciones derivadas de la Ley de Sociedades Comerciales (incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos). Sin embargo, la misma norma dispone que “en todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes”, lo que significa que el arbitraje impuesto por el legislador es obligatorio para la sociedad cotizante, pero no para los accionistas, que podrán optar por formular sus reclamos en sede arbitral o judicial.[90]

Otra alternativa es proponer al asegurado un sometimiento “bilateral” a arbitraje, pero a través de un documento distinto de la póliza y que sólo contenga la cláusula arbitral, celebrado con posterioridad a su emisión. Con ello se garantiza que, al no formar parte de una maraña de disposiciones, el acuerdo arbitral será efectivamente conocido por el asegurado.

En cualquiera de las dos alternativas, en la medida que, aun fuera de la póliza, esa estipulación formaría parte del contrato de seguro, sería necesario el sometimiento previo de su texto a la aprobación de la Superintendencia de Seguros, de modo de garantizar (y probar que se ha garantizado) la ecuanimidad de la cláusula arbitral.[91]

De todas las opciones que el arbitraje ofrece, entendemos que las que mayor seguridad brindan al asegurado es que la cláusula remita a un arbitraje institucional (administrado por una entidad de prestigio e imparcial) y de derecho, cuyo reglamento contemple un procedimiento equilibrado en el cual ambas partes puedan ejercer plenamente sus derechos.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, pág. 29.

[2] CAIVANO, Roque J.: Arbitraje, ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, reimpresión 2008, pág. 137.

[3] BRISEÑO SIERRA, Humberto: El arbitraje comercial. Doctrina y legislación, ed. Cámara de Comercio de México, México, 1979, pág. 27.

[4] Lo que no implica, necesariamente, que deban expresarse allí las pretensiones o defensas (GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán: Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 3ª edición, Bogotá, 2004, pág. 124).

[5] La cláusula compromisoria “no encomienda a posteriori a los árbitros la decisión de controversias ya surgidas, identificables e identificadas como tales, sino que establece a priori que debe encomendarse a los árbitros nombrados o por nombrar la decisión de eventuales controversias que pueden ‘nacer’ (tal vez sí, tal vez no) de un cierto contrato” (REDENTI, Enrico: Derecho Procesal Civil, ed. Ejea, Buenos Aires, 1957, pág. 114).

[6] FARHI, Alberto y FARHI, Alfredo: La cláusula compromisoria, ed. Valerio

- Abeledo, Buenos Aires, 1945, págs. 30 y 31.
- [7] CARNELUTTI, Francesco: Instituciones del nuevo proceso civil italiano, ed. Bosch, Barcelona, 1942, pág. 80.
- [8] Y, por lo tanto, referida a controversias futuras y eventuales.
- [9] CAIVANO, Roque J., La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- [10] FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y GARCÍA CAMIÑAS, Julio: "Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 15, 2011, pág. 575 y siguientes.
- [11] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M.: El arbitraje, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 39 y siguientes.
- [12] GASPAR LERA, Silvia: El ámbito de aplicación del arbitraje, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 30.
- [13] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano, ed. Iustel, Madrid, 2006, pág. 226.
- [14] DE LYONES DE FUMICHON, Bruno y HUMBERT, Michel: "L'arbitrage a Rome", Revue de l'arbitrage, 2003, N° 2, pág. 285 y siguientes.
- [15] MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 26.
- [16] Ver, en general, JALLAMION, Carine: "Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle", Revue de l'arbitrage, 2005, N° 1, pág. 3 y siguientes.
- [17] Cour de cassation, 10/07/1843, "L'alliance c. Prunier", Recueil général des lois et des arrêts, tomo XLIII (año 1843), ed. Administration du recueil général des lois et des arrêts, París, 1952, pág. 567; re-publicada en Revue de l'arbitrage, 1992, N° 2, págs. 399 y siguientes.
- [18] Para subsanar los efectos perjudiciales de esa interpretación, en 1925 se modificó el artículo 631 del Código de Comercio, admitiéndose expresamente la sumisión a arbitraje de cuestiones que pudieran llegar a plantearse en el futuro. En materia civil, subsistió hasta 1972, cuando se reformó el artículo 2061 del Código Civil. Ver, JARROSSON, Charles: "La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.)", Revue de l'arbitrage, 1992, N° 2, págs. 259 y siguientes; FOUCHARD, Philippe: "La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001", Revue de l'arbitrage, 2001, N° 3, págs. 397 y siguientes.
- [19] Tribunal Supremo (España), Sentencia del 20 de marzo de 1889.
- [20] MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: op. cit, pág. 28.
- [21] GUASP, Jaime: El arbitraje en el Derecho español, ed. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 98.
- [22] Se reconocía que la cláusula compromisoria tenía la fuerza obligatoria de todo contrato, pero se razonaba que si ese pacto no se cumplía voluntariamente, si existía resistencia de una de las partes a otorgar el compromiso, "la ley no ofrece medios coercitivos que permitan vencer al rebelde obligándole a otorgar la escritura pública de compromiso, sino que se aviene a que se quede sin efecto el pacto de amigable composición con la consiguiente devolución jurisdiccional a los tribunales ordinarios, aunque con la sanción al rebelde de indemnizar a la parte contraria los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya producido, restableciendo así el equilibrio jurídico mediante la prestación económica equivalente a la prestación in natura, lo que está autorizado por las normas generales de la contratación" (Tribunal Supremo (España), Sentencia del 21 de junio de 1946). En similar sentido, Sentencia del 24 de marzo de 1947.
- [23] High Court of Justice, King's Bench Division, 1609, "Vynior v. Wilde", 77 Eng. Rep. 597 (K.B. 1609).
- [24] VON MEHREN, Robert B.: "From Vynior's case to Mitsubishi: The future of arbitration and public law", Brooklyn Journal of International Law, vol. XII, N° 3,

1986, págs. 583 y siguientes. En su lógica, Lord Coke, argumentó que, si bien el acuerdo arbitral era revocable, la revocación implicaba el pago de la penalidad convenida (CARRINGTON, Paul D. y CASTLE, Paul Y.: “The revocability of contract provisions controlling resolution of future disputes between the parties”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, págs. 207 y siguientes).

[25] US Supreme Court, 1874, “Home Insurance Co. v. Morse”, 87 U.S. (20 Wall.) 445, 451 (1874).

[26] En sentido contrario, se ha dicho que la cláusula compromisoria no era, estrictamente, un contrato preparatorio, al faltarle algunas de las exigencias que la ley peruana impone a estos últimos (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: “El arbitraje”, colección Biblioteca para leer el Código Civil, ed. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 5, Lima, 1987, pág. 82).

[27] Los contratos preliminares, promesas de contrato o pactum de contrahendo, son acuerdos que preparan la formación de uno definitivo (SPOTA, Alberto G.: “Los contratos preparatorios”, *Rev. JA*, 1943-II-502). La obligación asumida en ellos es de dar vida en un futuro al negocio definitivo (WILLIAMS, Jorge N.: *Los contratos preparatorios. Su incidencia en el Derecho Comercial*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 14).

[28] La misma expresión “cláusula compromisoria” denota que su principal efecto es que las partes asumen la obligación de celebrar el contrato definitivo, el “compromiso arbitral”.

[29] GUASP, Jaime: *El arbitraje en el Derecho español*, ed. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 77.

[30] El propio legislador consideró a la formalización judicial del compromiso como la “clave de la eficacia buscada del arbitraje”, señalando que ello “dará nueva y utilísima vitalidad a una figura que entre nosotros fue próspera en principio, pero que, en realidad, a la hora de las realizaciones que cuentan, sólo apunta en su haber escasos y lánguidos triunfos” (Ley de Arbitraje de 1953, Exposición de Motivos).

[31] DIEZ-PICAZO, Luis: “El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo VII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1954, págs. 1155 y siguientes.

[32] ROBIOLO, Jorge A.: *Derecho arbitral*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 60.

[33] REDFERN, Alan y HUNTER, Martin: *Law and practice of international commercial arbitration*, ed. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 2004, pág. 191.

[34] En el momento en que el compromiso arbitral debe celebrarse “las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquel que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones (...) No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia (...) hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje (...). De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario” (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: “Los conceptos y las cosas, vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral”, en *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español, Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski*, ed. Cultural Cuzco, Lima, 1989, págs. 549 y siguientes).

[35] GARRO, Alejandro M.: “El arbitraje en la Ley Modelo propuesta por UNCITRAL y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central”, en GARRO, Alejandro M. (ed.): *Arbitraje comercial y laboral en Central América*, ed. Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990, págs. 24 y siguientes.

[36] En el caso “Calistri”, la formalización judicial del compromiso implicó un pleito de dos años (ver, CNCiv, sala H, 17/07/1998, “Calistri, L.A. c. Chiron, J.A.”, *Rev. JA*, 1999-III-52, con nuestro comentario: “La acción judicial para la

celebración forzada del compromiso arbitral”). Similar fue la duración del trámite judicial en el caso “Rouges”, que insumió 22 meses (CNCom., sala E, 17/02/1997, “Rouges, Roger G. c. Banco Mercantil Argentino”, Rev. La Ley, 1997-F-209.).

[37] CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: Arbitraje comercial y de las inversiones, ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, págs. 207 y siguiente.

[38] Cour d’appel de Paris, 14/02/2002, “Osnydis c. Prodim”, Les Cahiers de l’arbitrage, vol. II, julio de 2004, p. 304.

[39] VAN DEN BERG, Albert J.: “L’arbitrage commercial en Amérique Latine”, Revue de l’arbitrage, 1979, págs. 123 y siguientes.

[40] Act for determining differences by arbitration, 1698, 9 Will. 3, c. 15 (Eng.).

[41] English Arbitration Act, 1889, 52 & 53 Vict., c. 49, §§ 1, 2 (Eng.).

[42] Conforme esta ley, un acuerdo arbitral es irrevocable, salvo pacto expreso en contrario de las partes o decisión judicial, y tiene el mismo efecto que si hubiese emanado de una orden de un tribunal judicial.

[43] Así lo explicó el Representante por Pennsylvania y uno de los defensores del proyecto durante el debate de la ley en el Congreso (ver, CARBONNEAU, Thomas E.: “The reception of arbitration in United States Law”, Maine Law Review, vol. 40, 1988, págs. 263 y siguientes).

[44] “A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”.

[45] SZALAI, Imre Stephen: “Exploring the Federal Arbitration Act through the lens of history”, Journal of Dispute Resolution, vol. 2016, N° 1, 2016, págs. 115 y siguientes.

[46] US Supreme Court, 2/07/1985, “Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.”, 473 U.S. 614.

[47] US Supreme Court, 23/02/1983, “Moses H. Cone Hospital v. Mercury Constr. Corp.”, N° 81-1203, 460 U.S. 1.

[48] Exposición de Motivos de la Ley española de Arbitraje N° 36 del 5 de diciembre de 1988.

[49] “El párrafo 1) del artículo 7 reconoce la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente (compromis) o futura (clause compromissoire). En algunas legislaciones nacionales este último tipo de acuerdo no tiene plena eficacia” (Notas explicativas de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo (1985), parágrafo 18).

[50] CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando: Tratado de arbitraje privado interno e internacional, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, pág. 591.

[51] Este tratado fue decisivo para el desenvolvimiento del arbitraje. Su ratificación no sólo implicó en muchos países la automática entrada de estos principios a sus ordenamientos, por la prevalencia de los tratados sobre las disposiciones legales, sino que forzó a muchos otros a adoptar normas internas compatibles con el Protocolo, a fin de evitar asimetrías. De hecho, inmediatamente después de ratificar el Protocolo de Ginebra, Francia modificó en 1925 el artículo 631 del Código de Comercio, convalidando la cláusula compromisoria en materia mercantil (FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: Traité de l’arbitrage commercial international, ed. Litec, París, 1996, pág. 140).

[52] LAYTON, Robert: “Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America”, Journal of International Arbitration, vol. 10, N° 2, 1993, págs. 123 y

siguientes.

[53] La Argentina recogió esta concepción en el artículo 1649 del CCyCN y en el artículo 14 de la Ley 27.449.

[54] Exposición de Motivos de la Ley N° 17.418, parágrafo XIV, apartado 2.

[55] Cour de cassation, 10/07/1843, "L'alliance c. Prunier", Recueill général des lois et des arrêts, tomo XLIII (año 1843), ed. Administration du recueill général des lois et des arrêts, París, 1952, pág. 567; re-publicada en Revue de l'arbitrage, 1992, N° 2, págs. 399 y siguientes.

[56] Sentencia del tribunal de primera instancia de fecha 2 de abril de 1840, confirmada por la Corte de Lyon el 9 de junio de 1840.

[57] CARBONNEAU, Thomas E.: "The elaboration of a French Court doctrine on international commercial arbitration: A study in liberal civilian Judicial creativity", Tulane Law Review, vol. 55, N° 1, 1981, pág. 1 y siguientes.

[58] En palabras de la Corte: "Que cette stipulation deviendrait en quelque sorte banale et de pur style; que l'exception au droit commun serait la règle, et que l'on serait privé des garanties que présentent les tribunaux; que l'obligation de nommer des arbitres lors du compromis a pour but d'éviter les incidents et les procès sur la composition d'un tribunal arbitral, et principalement de mettre les citoyens en garde contre leur propre irréflexion, qui les porterait à souscrire avec trop de légèreté et d'imprévoyance à des arbitrages futurs, sans être certains d'avoir pour juges volontaires des personnes capables et dignes de leur confiance."

[59] Dijo al respecto la Corte: "Qu'en effet, la compagnie l'Alliance, dont le siège principal est à Paris, et qui étend ses opérations sur toute la France, veut, à l'aide de l'art. 15 de la police, forcer les assurés, quel que soit leur domicile, quelque considérable ou léger que soit le dommage éprouvé, de constituer à Paris, où peut-être le plus grand nombre n'ont aucune relation d'affaires, et ne connaissent même personne, loin du lieu où les sinistres se sont effectués, et où le préjudice qu'ils ont causé peut seulement être vérifié et apprécié, un tribunal arbitral qui les jugerait souverainement".

[60] Recuérdese que, conforme el artículo 386 del CCyCN, "son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas"; y que, según el artículo 388, "la nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece".

[61] En igual sentido, CRACOGNA, Dante: "Los medios no judiciales de resolución de conflictos en materia de seguros", Rev. JA, 2006-IV-932. En contra, STIGLITZ, Rubén: Derecho de seguros, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, tomo II, p. 438.

[62] Debe advertirse que la misma ley que aprobó el CCyCN (Ley N° 26.994) también modificó distintos artículos de la Ley de Defensa del Consumidor, sin alterar el artículo 59.

[63] En nuestra opinión, prohibir genéricamente los pactos arbitrales contenidos en contratos por adhesión por el solo hecho de estar en ellos, no es una solución apropiada, en la medida que presupone el carácter abusivo de un acuerdo arbitral sólo por el modo en que se forma el consentimiento. Hubiese sido preferible que se subordinara la validez de esos acuerdos a la comprobación de que su contenido no afecta derechos y garantías de la parte que adhiere al contrato; y que pudiesen anularse si el adherente quedase, como consecuencia de ellas, en estado de indefensión o desigualdad evidente respecto de su contraparte.

[64] En su idioma, la norma dispone: "Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula" (Ley N° 9307/1996, actualizada por Ley N° 13.129/2015).

- [65] Decreto Legislativo 1071/2008, actualizada por Decreto Legislativo N° 1231/2015.
- [66] JARAMILLO, Carlos Ignacio: Derecho de Seguros, ed. Temis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Temis, 2015, vol. V, pág. 297.
- [67] ROMERO MATUTE, Blanca: El reaseguro, tomo I, ed. Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Bogotá, 2001, pág. 73.
- [68] MINZONI CONSORTI, Antonio: Reaseguro, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 3ª edición, 2009, pág. 25.
- [69] BROSETA PONT, Manuel: “Presupuestos técnicos y concepto del contrato de reaseguro”, Revista de Derecho Mercantil, N° 75, 1960, pág. 7 y siguientes.
- [70] Se trata de un contrato celebrado entre partes que negocian una operación comercial en una razonable situación de equilibrio y libertad. Asegurador y reasegurador tienen los conocimientos técnicos y la experiencia suficiente como para defender adecuadamente sus derechos y tomar decisiones sin necesitar de la tutela del ordenamiento jurídico” (HALPERÍN, Isaac y MORANTI, Juan Carlos Félix: Seguros, ed. Depalma, 2ª edición, Buenos Aires, 1983, tomo I, pág. 103 y siguiente).
- [71] Se refiere al título II de la ley, que comprende los artículos 159 a 162.
- [72] CNCom., sala F, 30/08/2016, “Yasa S.R.L. c. Telecom Personal S.A.”, expte. 21501/2015, Revista Argentina de Arbitraje, N° 1, octubre de 2017, IJ-CCCLXXVIII-509; CNCom., sala F, 30/08/2016, “Argennet S.R.L. c. Telefónica de Argentina S.A.”, expte. 4326/2015, AR/JUR/69656/2016; CNCom., sala F, 11/07/2019, “Monchied S.A. c. ADT Security Services S.A.”, expte. 13656/2018.
- [73] CNCom., sala F, 13/07/2017, “Pérez Mendoza, José Luis c. Hope Entertainment S.A.”, expte. 19515/2016, AR/JUR/55922/2017.
- [74] CNCom., sala C, 24/05/2018, “Servicios Santamaria S.A. c. Energía de Argentina S.A.”, expte. 21736/2016; CNCom., sala C, 6/06/2019, “Vanger S.R.L. c. Minera Don Nicolás S.A.”, expte. 5688/2018, Rev. La Ley, 30/08/2019, pág. 5 y siguientes, AR/JUR/25548/2019. También publicada en la Revista Argentina de Arbitraje, N° 4, noviembre de 2019, IJ-DCCLV-550.
- [75] SANDLER OBREGÓN, Verónica: “La arbitrabilidad de controversias surgidas de contratos por adhesión entre comerciantes. Comentario al fallo ‘Vanger S.R.L. c. Minera Don Nicolas S.A. s/ ordinario’”, Revista Argentina de Arbitraje, N° 4, noviembre de 2019, IJ-DCCCLXIII-662.
- [76] CSJN, 24/09/2019, “Deutsche Rückversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación”, Rev. Fallos, 342:1524.
- [77] Concretamente, el laudo acogió el reclamo por un monto de US\$ 7.390.044, y calculó los intereses con -hasta el 31 de julio de 2007- en una suma de US\$ 8.642.622,50.
- [78] Ello estaba destinado a cuestionar el efecto interruptivo de la prescripción asignado a una carta suscripta por quien no era apoderado de Rückversicherung.
- [79] Este planteo, que llevaba el propósito de objetar que en el laudo se hubiese aplicado el plazo quinquenal previsto en el Código Civil Holandés, se fundó en el artículo 517, inc. 5 del CPCCN, conforme el cual la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se pretende no puede ser incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino.
- [80] En lo que interesa, la Ley de Consolidación dispone que las sentencias que condenan al Estado Nacional tienen carácter meramente declarativo y que su aplicación produce la novación automática de la obligación originaria. Además, en virtud de normas complementarias de esa ley, que prevén la inembargabilidad e inejecutabilidad del Estado Nacional y de todos sus entes u organismos.
- [81] La primera, puntualmente, porque las cuestiones relacionadas con los poderes de representación y con la interrupción de la prescripción habían sido decididas definitivamente por el tribunal arbitral según la ley elegida por las partes y, por

ende, no eran revisables en el exequatur.

[82] En relación con este punto, en subsidio de sus pretensiones principales, la ejecutante pidió que se declare el reconocimiento del laudo en cuanto al capital y que, respecto de los intereses, se dejen sin efecto los establecidos en el laudo y se disponga su liquidación conforme lo establecido en la Ley N° 23.982.

[83] CNCyCF, sala III, 23/09/2014, “Deutsche Rückversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación”, expte. C. 6461/2009/CA3.

[84] CSJN, 24/09/2019, “Deutsche Rückversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación”, Rev. Fallos, 342:1524.

[85] La primera causal, de todas maneras, no hubiese sido admisible porque la validez del acuerdo arbitral, de conformidad con la Convención, no se juzga por la ley del lugar de la ejecución (en el caso, la Argentina), sino por la ley a la cual las partes lo hubiesen sometido o, en su defecto, por la ley de la sede del arbitraje (en el caso, la de Nueva York), por lo que aun si el acuerdo hubiese sido inválido según la ley argentina, sus disposiciones son irrelevantes a estos fines. Pero la segunda causal, de considerarse que la ley argentina prohíbe someter a arbitraje cuestiones relativas al reaseguro, hubiese sido aplicable, porque a los fines del reconocimiento de un laudo extranjero la arbitrabilidad se juzga por la ley del lugar de ejecución.

[86] <https://www.argentina.gob.ar/superintendencia-de-seguros>

[87] GÓMEZ JENE, Miguel: “El convenio arbitral: statu quo”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 9, N° 2, 2017, pág. 7 y siguientes.

[88] DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco: “Asimetría, separabilidad, sinalagma”, Spain Arbitration Review, vol. 5, 2009, pág. 141 y siguientes.

[89] BARCHI VELAUCHAGA, Luciano: “El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071”, *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho, N° 44, 2013, pág. 81 y siguientes.

[90] En los considerandos del Decreto 677/2001, que constituye el antecedente directo de la ley, se expresaba que “se adopta en el ámbito de los mercados autorregulados un sistema de arbitraje obligatorio para los emisores y optativo para los inversores, el que constituirá un elemento fundamental para otorgar al mercado la confianza en un sistema que garantiza la aplicabilidad de la ley y la seguridad jurídica de los inversores”. Ver, VANASCO, Carlos Augusto: “Bolsas y mercados autorregulados. Nuevo régimen arbitral”, Rev. La Ley, 2002-D-1256.

[91] Recuérdese que tanto el artículo 1661 del CCyCN como el artículo 24 de la Ley 27.449 sancionan con la nulidad a la cláusula que confiera a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.