

## La cesión de derechos y la extensión de la cláusula arbitral

Gelo Wayar Pereyra

### 1. Introducción [\[arriba\]](#)

La extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, de un tiempo a esta parte, se ha convertido en un tema bastante discutido dentro del arbitraje nacional e internacional, estableciéndose ciertos parámetros generales de extensión -levantamiento del velo, actos propios- que nos han señalado el camino a seguir y las situaciones en las cuales la doctrina y hoy los árbitros, entienden que se puede extender los efectos del arbitraje a una tercera persona que no firmó la Cláusula Arbitral.

En ese entendido, debemos aclarar que en todos los casos, en los cuales la doctrina permite que se extienda a los terceros los efectos del arbitraje, no son terceros propiamente dichos, ajenos al contrato principal del cual surge la controversia, sino estos se encuentran de alguna u otra forma vinculados con el contrato principal, pues si el tercero no tuviera ninguna conexión, no sería posible la extensión bajo ningún motivo.

El tema a tratar en el presente trabajo se relaciona fundamentalmente con la cesión de derechos establecidos en un contrato -que denominaremos principal-, el cual contiene una cláusula de arbitraje para la resolución de los conflictos que pueden suscitarse en la ejecución del mismo. Si bien entendemos de forma clara que, si las partes deciden tratar el tema de la cláusula arbitral de forma expresa en el contrato de cesión, no nos otorgaría mayores dudas al respecto, pues la misma se extenderá o no en virtud a lo establecido por las partes en el contrato de cesión, sin importar si este es de derechos, obligaciones o posición contractual, el sumus de la cuestión radica cuando las partes no tratan y se olvidan de la existencia de la cláusula arbitral, ¿qué pasaría en esa situación?, ¿se cede de igual forma la renuncia a los jueces ordinarios? O ¿se pierde la competencia del Tribunal Arbitral para conocer la controversia derivada del contrato principal? ¿De extenderse la cláusula a quienes alcanzaría?

### 2. De la cesión de derechos [\[arriba\]](#)

El Código Civil y Comercial[1] define la cesión de derechos y obligaciones como la transferencia -mediante contrato- de un derecho -se entiende al género que comprende tanto la sucesión en la faz pasiva -cesión de deudas-, cuanto de la activa -cesión de créditos o de derechos- (incluso se puede añadir a la cesión de la posición contractual)[2]-, por parte del cedente al cesionario.

Es en ese sentido que debemos observar que el derecho transmitido se mantiene en su forma original, sin modificar ningún aspecto del mismo, lo único que varía es la persona titular que lo posee, “la transmisión de las obligaciones (o de los derechos) se produce con la sustitución de alguno de los sujetos de la relación jurídica obligacional; supone una sucesión o transmisión en la calidad de acreedor o deudor, permaneciendo intacta la relación en sí misma”[3], sin que por ello sufra algún tipo de modificación o variación en su estado anterior, actual o posterior al contrato de cesión, si esta modificación no fuere voluntad de las partes.

Ya que “si no subsiste la relación, se estará en presencia de una novación[4] y no ante una verdadera transmisión de obligaciones (o de derechos)”[5], “es por ello que no implica

novación. Por el contrario, ha desplazado a esta porque permite obtener directamente el resultado que no podía lograrse, sino indirectamente y de modo imperfecto con la novación”.[6]

En el contrato de Cesión, estamos ante un “contrato consensual celebrado entre cedente y cesionario, impone al primero la tarea de transmitir al segundo el crédito que tiene contra su deudor, siendo esta acción solo oponible a terceros si mediara notificación”.[7]

El Código Civil y Comercial establece que de llevarse a cabo la cesión de derechos, obligaciones o posición contractual, esta debe ser mediante un contrato escrito, estableciendo inclusive la escritura pública como requisito para los derechos litigiosos, los cuales a priori nos limita en la extensión de la cláusula, tema que será abordado con posterioridad.

Algo que se debe tener en cuenta es la forma de la contraprestación en el contrato de cesión, pues el C.C.C. establece que si la forma a cancelar los derechos cedidos es con dinero, se aplicarán las normas de la compra-venta, si la contraprestación no fuera en dinero sino en bienes, se emplearán las normas de la permuta y si no existiera ninguna clase de contraprestación económica, se aplicarán las normas de la donación, “así, si la contraprestación es un precio en dinero, o la transmisión de la propiedad de un bien, o directamente no existe contraprestación, estaremos en presencia de las normalmente llamadas cesión-venta, cesión-permuta y cesión-donación, respectivamente”.[8]

Si bien en el C.C.C. regula por separado a la cesión de créditos, la cesión de deudas y la cesión de la posición contractual, para el caso que abordamos no genera una diferencia sustancial, si bien el contrato de cesión debe cumplir con lo normado para cada caso, la cláusula de arbitraje inmersa en el contrato principal goza de separabilidad, en el cual se analizará los principios de la cesión y principalmente de la cláusula arbitral para argumentar su cesión junto a los derechos u obligaciones que vayan a ceder entre las partes.

### **3. De las características de la cláusula arbitral** [\[arriba\]](#)

El arbitraje “se trata de un contrato particular por el cual las partes en conflicto renuncian a su derecho al juez natural (jurisdicción ordinaria) y acuerdan resolver sus controversias a través de uno o más terceros privados elegidos por ellos mismos”.[9]

El arbitraje es un acuerdo de voluntades, en el cual las partes deciden investir de competencia a los árbitros, para que estos resuelvan las posibles y futuras controversias que lleguen a suscitarse entre ellas, en ese sentido la cláusula arbitral es el perfeccionamiento de dichas voluntades en la cual queda expresamente pactado las características propias -elegidas por las partes- del arbitraje, “la cláusula compromisoria es el convenio por el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de jueces ordinarios”[10]. El doctor Julio Rivera hace una pequeña distinción, pues entiende que la cláusula no es solo un acuerdo de voluntades, sino un contrato entre ellas, pues define al arbitraje como: “el contrato de arbitraje es aquel en virtud del cual las partes se obligan a someter una controversia actual o futura[11]”, además añade:

“El acuerdo de voluntades por el cual una controversia actual o futura se sujeta a la decisión de árbitros, es -para el derecho argentino- un contrato. Y ello así aun cuando la previsión

convencional exija la celebración de un segundo acuerdo (el compromiso), pues los precontratos son contratos que obligan a celebrar contratos y por ellos su cumplimiento puede ser reclamado forzosamente”.[12]

Si bien existe una diferencia entre la cláusula arbitral y el compromiso arbitral, la misma no modifica ni altera fin para el cual fueron ambas redactadas, ni para el presente trabajo. “El compromiso arbitral, cronológicamente posterior a aquella -cláusula arbitral-, cuyo propósito es concretar en forma completa los aspectos operativos del arbitraje, con referencia a un litigio que ya se ha presentado”[13], lo mencionado anteriormente se convierte en la diferencia sustancial entre ambas, pero sin dejar de ser -ambas- un contrato perfeccionado por las partes, el cual derivó del negocio jurídico principal.

En consecuencia, debemos aclarar que pese a ser un contrato dentro de otro contrato, goza este del principio de autonomía, característica propia de la cláusula arbitral, separando la validez de la cláusula por un lado, de la posible validez o invalidez del contrato principal. En ese entendido de ideas, la cláusula arbitral es perfectamente válida y el tratamiento de invalidez de la misma será resuelta por el Tribunal Arbitral, en virtud al principio de Competencia-Competencia, todo esto aún si el contrato principal fuera groseramente nulo, pues si ese fuera el caso, sería el Tribunal Arbitral -nuevamente- el llamado a declarar la nulidad del mismo dentro del proceso de arbitraje elegido por las partes.

“La autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. En otras palabras, la ineficacia del contrato, sea genética (nulidad) o sobreviniente (resolución, rescisión), no causa la ineficacia del acuerdo arbitral. El contrato de arbitraje, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la resolución de una eventual controversia”.[14]

#### **4. De la cesión de la cláusula arbitral [\[arriba\]](#)**

Al comprender que la cláusula arbitral es un contrato, debemos entender que es un conjunto de derechos y obligaciones que ambas partes tienen entre sí, cuya ejecución queda sujeto al surgimiento de controversias irremediables, en ese orden de ideas el C.C.C. establece ciertos derechos que no pueden ser cedidos, u otros que de ser cedidos, se debe cumplir con una serie de condiciones que establece el texto ordenado:

“ARTICULO 1618.- Forma. La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. Deben otorgarse por escritura pública:

- a) La cesión de derechos hereditarios;
- b) La cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento;
- c) La cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública”.

Nos llama la atención el inciso “B” del art., pues regula a los derechos litigiosos, y el arbitraje fuera de ser un contrato, es un derecho a una forma distinta a la ordinaria de litigar, no dejando de ser el mismo un litigio.

De ser así, estaríamos ante una barrera -a priori- para poder ceder la cláusula arbitral automáticamente en caso de silencio, sobre la misma en el contrato de cesión, pues el C.C.C. establece que debe no solo estar de forma escrita y expresa en el contrato -o en un documento accesorio-, sino que debe otorgarse mediante escritura pública.

Ahora debemos aclarar, ¿qué entendemos por derechos litigiosos?, pues el C.C.C. no lo establece, solamente lo regula, dejando a la doctrina la definición de los mismos. En ese aspecto, coincidimos con la definición que propone el Doctor Jorge Hugo Lascana, el mismo opina que:

“Por nuestra parte, conceptuamos la cesión de derechos litigiosos como el acto jurídico mediante el cual una persona se obliga a transferir a otra los derechos y acciones que le competen en el marco de una relación procesal iniciada y vigente, tanto actuando como parte activa, reconviniente o adhesiva, tenida por tal en las actuaciones judiciales en que tales derechos y acciones resulten controvertidos, hasta el momento del dictado de una sentencia definitiva firme y consentida”. [15]

En virtud a lo mencionado, es que solamente debe desarrollarse de forma expresa y mediante escritura pública, la cesión de un arbitraje ya iniciado, no teniendo problemas los arbitrajes que no se hayan iniciados al momento de la cesión del contrato principal, la jurisprudencia va más allá y establece que:

“Para que exista crédito litigioso, es necesario no solo que el proceso se encuentre ya iniciado (ya que, si no hay acción iniciada, no existe litigio), sino además que el derecho se encuentre controvertido, es decir, cuando su existencia o extensión ha sido contestada judicialmente o, dicho de otra manera, que la litis se encuentre trabada”. [16]

Por todo lo expuesto, es que llegamos a la conclusión de que el arbitraje adquiere calidad de derecho litigioso, solamente cuando este se haya iniciado con fecha previa al contrato de cesión consensuado por las partes, siendo el arbitraje antes de su inicio un derecho de las partes, no poseyendo el mismo la calidad de litigioso, quedando la sujeta a la condición de su inicio y según la jurisprudencia “a que la Litis se encuentre trabada”.

La figura es clara cuando la cláusula arbitral no es una cláusula patológica, cuando se plasma en ella que todas las controversias que puedan suscitar con relación al contrato principal se resuelvan mediante arbitraje y no así solo unas cuantas; en ese caso, se deberá analizar qué tipo de controversias están sujetas a la jurisdicción arbitral y cuáles no, para de esa manera poder ver si la cláusula se extiende con la cesión realizada en virtud de si esta tiene o no competencia delegada en la cláusula para esa controversia en específico.

Teniendo en cuenta lo mencionado, entendemos que si bien la cláusula goza de un principio de separabilidad en su validez, esta debe ser interpretada pro arbitraje, extendiéndose automáticamente con el contrato de cesión, sin llegar a ser considerada accesoria del mismo, en virtud de que la cláusula es un derecho sobre el derecho cedido, salvo pacto expreso en contrario, en el caso A. I. Trade Finance Inc. “El Tribunal Arbitral entiende que salvo pacto

en contrario, la cláusula arbitral se extiende 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.[17]

Si bien existe jurisprudencia como la italiana que pone condiciones a la extensión de la cláusula al cedido en caso de silencio, entendemos que la solución al problema planteado radica en dos factores fundamentales:

El primero y más importante se fundamenta en el hecho que cuando uno cede un derecho o una obligación contenida en el contrato principal, uno está cediendo todas las obligaciones y derechos conexos, siendo el derecho de arbitrar un derecho conexo al cedido, la cláusula arbitral cuenta con la competencia suficiente para resolver cualquier controversia relacionada con ese derecho u obligación cedida. Esa competencia del arbitraje no es más que en un derecho y obligación para las partes de la cesión, aún si estas no lo contemplaron de forma expresa, pues si se va ceder un derecho, las partes adquieren de forma automática el derecho y la obligación de ir a un arbitraje para reclamar su derecho, de la misma forma cuando se cede una obligación. Por lo que el arbitraje llega a ser un derecho y obligación sobre los derechos cedidos, que no pueden ser separados mediando la excusa del silencio o el no conocimiento del mismo.

La figura es más clara cuando lo cedido no es solo un derecho, sino es la posición contractual de una las partes, ya que el arbitraje forma parte indispensable de los derechos y obligaciones de esa parte contractual, mismo razonamiento que también debe usarse para la cesión parcial del contrato principal.

El segundo motivo es el conocimiento real de la existencia de la cláusula de arbitraje, que a nuestro entender forma parte de las responsabilidades de buen hombre de negocio que deben tener las partes, pues uno no va adquirir un derecho y aún peor una obligación sin leer el contrato principal, siendo que la cláusula arbitral se encuentra escrita dentro del contrato principal, del cual pretendemos adquirir un derecho o una obligación, debemos ser responsables y leer el contrato principal, con la sola lectura tendremos conocimiento de la existencia y de su alcance.

## **5. Conclusiones** [\[arriba\]](#)

Luego de haber analizado el problema planteado, entendemos que la cláusula arbitral pese a gozar de autonomía respecto del contrato principal, no siendo considerada como accesoria, sino más bien debe ser analizada como parte especial del contrato principal, en virtud de que es un derecho y a la vez una obligación de las partes sobre los derechos u obligaciones cedidos.

En ese sentido, salvo pacto en contrario la cláusula arbitral debe ser cedida en caso de que las partes guardaren silencio, no pudiendo alegar ellas el desconocimiento o la no firma de la misma.

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

- [1] ART. 1614. Definición. Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este Capítulo.
- [2] Alterini, Jorge Horacio. “Código Civil y Comercial. Tratado exegético”, Tomo VIII, Thomson Reuters Proview La Ley, capítulo 26, Disponible el 09/02/2018.
- [3] Alterini, Jorge Horacio. “Código Civil y Comercial. Tratado exegético”, capítulo 26.
- [4] La novación supone la extinción de la obligación, al tiempo que el nacimiento de una nueva.
- [5] Alterini, Jorge Horacio. “Código Civil y Comercial. Tratado exegético”, capítulo 26.
- [6] Morales Guillen, Carlos. “Código Civil concordado y anotado”, LA Paz-Bolivia, CMG, 2004, pág. 445.
- [7] Alterini, Jorge Horacio. “Código Civil y Comercial. Tratado exegético”, capítulo 26.
- [8] Alterini, Jorge Horacio. “Código Civil y Comercial. Tratado exegético”, capítulo 26.
- [9] Galluccio T. Giuseppe; Mori B. Pablo. “Arbitraje comercial: La extensión del Convenio Arbitral a los grupos de sociedades. Lima-Perú”. Asociación Civil Ius et Veritas. Año 2012. pág. 27.
- [10] Caivano, Roque J. “Arbitraje, Segunda edición”. Buenos Aires-Argentina. AD-HOC S.R.L. Año: 2000, pág. 26.
- [11] Rivera, Julio. “Arbitraje Nacional, Internacional y Doméstico”, 2° ed., 2° parte, Thomson Reuters Proview La Ley, disponible el 09/02/2018.
- [12] Rivera, Julio. “Arbitraje Nacional, Internacional y Doméstico”. 2° parte.
- [13] Caivano, Roque J. “Arbitraje, Segunda edición”, pág. 27.
- [14] Rivera, Julio. “Arbitraje Nacional, Internacional y Doméstico”, 2° parte.
- [15] Lascala, Jorge Hugo. “Cesión de derechos litigiosos. Implicancias notariales y procesales”, Revista del Notariado 907, 83, págs. 9-10.
- [16] CNCiv, Sala E, 18/8/1986, "Rotholz de Goldvaser, Ana y otro c/Tutudjian, Simón", en Jurisprudencia Argentina, tomo 1987-II, pág. 7. Citado en Lascala, Jorge Hugo, “Cesión de derechos litigiosos. Implicancias notariales y procesales”, pág. 10.
- [17] Laudo arbitral, 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, N° 3, marzo de 1997. Citado en CAIVANO, Roque, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, Biblioteca Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, pág. 11, disponible (9/feb.18). <https://revis-tas-cola-boracion.juridicas.unam.mx/index.php/der-echo-pr-ivado-ns/article/view/File/7246/6525>