

# JURISPRUDENCIA ARGENTINA

JUAN IGNACIO AMADO ARANDA

Estudiante de LL. M. en NYU School of Law

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 255-272

SUMARIO: I. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “MILANTIC TRANS S.A. C/ MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN (AST. RÍO SANTIAGO Y OT.)”, 5 DE AGOSTO DE 2021. II. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA B, “BUHLER, LUCIA C/ BUHLER S.R.L. Y OTROS”, 22 DE MARZO DE 2021. III. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA F, “POTT, ALFREDO CARLOS C/ WORLD CAPITAL PROPERTIES LTD. Y OTROS”, 30 DE JUNIO DE 2021. IV. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA C, “ENERGÍAS RENOVABLES DEL SOL S.A. C/ COMPAÑÍA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO S.A. (CAMMESA)”, 14 DE SEPTIEMBRE DE 2021.

## **I. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “MILANTIC TRANS S.A. C/ MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN (AST. RÍO SANTIAGO Y OT.)”, 5 DE AGOSTO DE 2021**

### **1. ANTECEDENTES PROCESALES**

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recae sobre un litigio derivado de un contrato de construcción naval celebrado entre Milantic Trans S. A. («Milantic») y Astillero Río Santiago, un ente público de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, referido como la «Provincia»). El litigio dio lugar a un arbitraje con sede en Londres, de conformidad con lo previsto en el contrato de construcción.

En el marco del arbitraje, el tribunal arbitral emitió dos laudos de fecha 15 de noviembre de 2004 y 1 de julio de 2005, en virtud de los cuales condenó a la Provincia a pagar, respectivamente, una suma dineraria en concepto de daños y otra por los costos del procedimiento arbitral. Seguidamente, Milantic solicitó el reconocimiento y ejecución de ambos laudos ante los tribunales de la Provincia en los términos de la Convención de Nueva York.

La Provincia resistió la ejecución del laudo alegando, en esencia, dos motivos: en primer lugar, que el ente público carecía de capacidad para celebrar el acuerdo arbitral en los términos del art. V(1)(a) de la Convención de Nueva York, por no contar con la aprobación legislativa necesaria a tal efecto; en segundo, que el laudo de fondo era contrario al orden público argentino en los términos del art. V(2)(b) de la Convención de Nueva York, por haber indemnizado doblemente los daños ocasionados por la resolución contractual, por haber incurrido en anatocismo y por haber prescindido de normas de emergencia nacionales relativas a la moneda y forma de pago de las obligaciones estatales.

El 17 de noviembre de 2006, el juzgado provincial de primera instancia rechazó las objeciones invocadas por la Provincia y ordenó la ejecución de ambos laudos, imponiéndole a aquella las costas del proceso judicial. Esta decisión motivó un recurso de apelación por parte de la Provincia, que se limitó a impugnar la sentencia de primera instancia exclusivamente en lo atinente a la imposición de costas judiciales.

Pese al limitado alcance de la impugnación interpuesta, el 30 de agosto de 2007 la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata revocó la sentencia de primera instancia en su totalidad y denegó la ejecución de los laudos arbitrales. A tal efecto, declaró la invalidez del acuerdo arbitral del contrato de construcción naval por carecer de la debida autorización legislativa. Cabe resaltar que, en el trámite en segunda instancia, Milantic no tuvo oportunidad de hacer alegaciones sobre la invalidez del acuerdo arbitral, pues dicha causal de no reconocimiento no había sido esgrimida en apelación por la Provincia, que –como dijimos– solo había recurrido el extremo relativo a las costas.

La decisión de segunda instancia fue confirmada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires el 30 de marzo de 2016. Entre otros argumentos, la Suprema Corte destacó que la Cámara de Apelaciones se hallaba autorizada para adentrarse de oficio en el estudio de los laudos y comprobar si se habían vulnerado derechos, garantías y principios fundamentales de orden público, sin que ello afectara el derecho de defensa de las partes. En esa línea, consideró que la ejecución de un laudo arbitral

basado en un acuerdo de arbitraje carente de autorización legislativa resultaba atentatoria del orden público.

Contra la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Milantic interpuso un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Alegó que la sentencia *a quo* había interpretado erróneamente la Convención de Nueva York y vulnerado su derecho al debido proceso, en tanto: (i) desconoció que la sentencia de primera instancia, salvo en lo atinente a las costas judiciales, revestía carácter de cosa juzgada al no haber sido apelada oportunamente; (ii) incurrió en *reformatio in peius* al revocar una sentencia que no había sido apelada; y (iii) violó el principio de congruencia.

## 2. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

El 5 de agosto de 2021 la Corte Suprema de la Nación revocó por unanimidad la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires. Los fundamentos de la decisión fueron expresados en dos votos concurrentes: uno suscripto suscrito por los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, y otro por los jueces Lorenzetti y Maqueda.

### a) Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco

De acuerdo con los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, la cuestión decisiva radicaba en determinar si el art. V(2) de la Convención de Nueva York autoriza a los jueces locales a reintroducir de oficio defensas que habían sido planteadas y rechazadas en primera instancia con carácter firme. Al respecto, consideraron que, independientemente del alcance que se diese al concepto de «orden público» en el marco de la Convención de Nueva York, la interpretación de dicha Convención debe hacerse siempre de conformidad con los principios de Derecho público establecidos en la Constitución Nacional argentina. Dicho entendimiento, de acuerdo con los magistrados, se ve confirmado por la declaración efectuada por la República Argentina al momento de depositar el instrumento de ratificación de la Convención: «la presente convención se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella»<sup>1</sup>.

Según los magistrados, los aludidos principios de Derecho público constitucional incluyen el debido proceso adjetivo que, a su vez, integra el orden público internacional argentino. El concepto de debido proceso adjetivo comprende el principio de congruencia y el de cosa juzgada. De

1. Art. 2 de la ley nacional 23.619.

la conjugación de ambos, señalan los magistrados, se deriva la obligación por parte de los tribunales de apelación de respetar las cuestiones resueltas con carácter firme en instancias anteriores incluso cuando dichas cuestiones se encuentren regidas por normas de orden público.

Respecto del caso concreto, Rosenkrantz y Highton de Nolasco explicaron que la apelación interpuesta por la Provincia contra la sentencia de primera instancia se había circunscripto a cuestionar la imposición de costas del proceso judicial y, por tanto, había excluido la posibilidad de que la Cámara de Apelaciones revisase la procedencia de los motivos de denegación del reconocimiento del laudo. En tales términos, concluyeron que la sentencia de la Suprema Corte bonaerense, al convalidar la sentencia de la Cámara de Apelaciones, había desconocido los principios constitucionales de congruencia y cosa juzgada.

#### b) Voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda

Por su parte, los jueces Lorenzetti y Maqueda consideraron que no se encontraba en juego la interpretación de la Convención de Nueva York y, por lo tanto, discreparon con los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco en cuanto a que la cuestión decisiva radicaba en determinar el alcance del art. V(2) de la Convención de Nueva York. Para Lorenzetti y Maqueda, la cuestión decisiva radicaba en determinar si, de conformidad con los aspectos fácticos y procesales de la causa, la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires había sido arbitraria por vulnerar la garantía constitucional de defensa en juicio o el debido proceso.

Al igual que Rosenkrantz y Highton de Nolasco, Lorenzetti y Maqueda indicaron que la garantía de debido proceso comprende el principio de congruencia y de cosa juzgada. Por ello, y por idénticas razones a las esgrimidas por Rosenkrantz y Highton de Nolasco, concluyeron que la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires, al convalidar la sentencia de la Cámara de Apelaciones, había sido arbitraria por desconocer dichos principios de raigambre constitucional.

### 3. BREVE COMENTARIO

El art. V(2) de la Convención de Nueva York dispone que las causales de no arbitrabilidad y orden público de conformidad con el Derecho del lugar de ejecución pueden ser invocadas de oficio por las cortes ante las cuales se solicita la ejecución<sup>2</sup>. Existe un debate al respecto de si esta posibilidad *obliga*

2. Vid. Born, G., *International Commercial Arbitration*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2021, p. 3729.

a las cortes estatales a invocar dichas causales de oficio para garantizar el cumplimiento del orden público del foro<sup>3</sup>. La postura más razonable, no obstante, indicaría que la Convención de Nueva York deja librado a los Estados Contratantes definir si las causales del art. V(2) *deberán* o *podrán* ser invocados de oficio por las cortes locales y en qué medida<sup>4</sup>.

El caso objeto de análisis considera esta cuestión de conformidad con el Derecho argentino. La conclusión que puede extraerse del voto de Rosenkrantz y Highton de Nolasco es que, en el marco de un proceso de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, el Derecho argentino no solo no requiere, sino que impide a las cortes locales invocar de oficio normas de orden público si la aplicación de estas normas en el caso concreto supone vulneración del debido proceso adjetivo. La lectura efectuada por los magistrados es consistente con el hecho de que la Convención de Nueva York otorga discreción a los Estados Contratantes para reconocer o no aquellos laudos extranjeros que, de conformidad con el Derecho del lugar de ejecución, versan sobre materias no arbitrables o son contrarios al orden público<sup>5</sup>.

Ahora bien, resulta pertinente destacar ciertos puntos interpretativos importantes del art. V(2) de la Convención de Nueva York que no han sido necesariamente resueltos en esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En primer lugar, la sentencia no se pronuncia sobre el carácter renunciante de las causales del art. V(2) cuando su invocación de oficio no importe una vulneración del debido proceso adjetivo. En otras palabras, los criterios sentados en la sentencia no resuelven el supuesto, muy controvertido en el Derecho comparado, en el que la parte deudora omite plantear la excepción de orden público o falta de arbitrabilidad ante las cortes de la sede del arbitraje, pero luego invoca dicha excepción ante las cortes del lugar de ejecución o bien aquella es invocada de oficio por las cortes del lugar de ejecución. Mientras que algunas jurisdicciones consideran que, en dicho supuesto, la excepción se encontraría renunciada, otras entienden que los motivos del art. V(2) no son renunciables por derivarse del orden público del lugar de ejecución<sup>6</sup>.

En segundo lugar, la sentencia de la Corte Suprema de la Nación no resuelve de forma exhaustiva los supuestos en los cuales las cortes argen-

3. Vid. Paulsson, J., *The 1958 New York Convention in Action*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2016, p. 219.

4. Born, G., *op. cit.*, pp. 4004-4005.

5. Born, G., *op. cit.*, pp. 4056-4057.

6. Vid. Otto, D., Elwan, O., «Article V(2)», en Kronke, N., et al. (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2010, pp. 406-409.

tina podrán utilizar la discreción que brinda el art. V(2) de la Convención de Nueva York para reconocer un laudo extranjero que sea contrario al orden público o verse sobre materias no arbitrables conforme al Derecho argentino. En principio, cuando se pruebe la no arbitrabilidad de la controversia, resultaría inusual que una corte ejerciese su discreción para no reconocer el laudo extranjero que contraviene su orden público<sup>7</sup>. Esta consideración cobra mayor fuerza si se considera que el ámbito de no arbitrabilidad suele ser más limitado en arbitrajes internacionales que en arbitrajes domésticos, abarcando materias íntimamente ligadas al orden público internacional del lugar de ejecución<sup>8</sup>. En el caso objeto de análisis, podría argumentarse que el criterio adoptado por la Corte Suprema de la Nación obedeció a que, junto con el requerimiento (presuntamente de orden público) relativo a la autorización legislativa para celebrar el acuerdo de arbitraje, se encontraba también en juego el debido proceso adjetivo. Al ponderar ambos intereses, la Corte Suprema consideró fundamental resguardar el debido proceso que tiene raigambre constitucional e integra el orden público internacional argentino.

En conclusión, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece una importante limitación a la posibilidad de que las cortes argentinas invoquen de oficio las causales de denegación del reconocimiento del laudo establecidas en el art. V(2) de la Convención de Nueva York. Esto solo podrá ocurrir cuando dicha invocación oficiosa se haga en consonancia con los principios de Derecho público constitucional argentino, entre los que se encuentra el debido proceso. Como se mencionó, la sentencia no comprende otros aspectos relevantes o dudas interpretativas que plantea el art. V(2), los cuales deberán ser resueltas en futuros casos.

## II. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA B, "BUHLER, LUCIA C/ BUHLER S.R.L. Y OTROS", 22 DE MARZO DE 2021

### 1. ANTECEDENTES DE HECHO

La decisión de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (en adelante, «Cámara de Apelaciones») recae sobre una controversia suscitada en el seno de una sociedad comercial de responsabilidad limitada constituida en 1943.

Tras haberse suscitado la disputa, uno de los accionistas interpuso una demanda judicial contra la sociedad comercial y los dos accionistas

7. Vid. Born, G., *op. cit.*, p. 4066.

8. Vid. Paulsson, J., *op. cit.* (cita 3), pp. 221-222; Gaillard, E., Savage, J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Países Bajos: Kluwer Law International, 1999, p. 995.

restantes, solicitándole a la justicia comercial la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc* a efectos de dirimir ciertas controversias causadas en el estatuto social. La parte demandante fundó su petición en la cláusula arbitral contenida en el estatuto social original de 1943. Dicha cláusula disponía:

Cualquier diferencia que se suscite entre los socios con motivo de la interpretación o cumplimiento de este contrato, durante la vigencia del mismo o al tiempo de su liquidación o disolución, será resuelto por medio de árbitro arbitradores nombrados uno por cada parte y el laudo que éstos dicten o el tercero que se nombre en discordia, inapelable.

Al presentar su contestación, los socios demandados rechazaron la constitución del tribunal arbitral. A tal efecto, argumentaron que la cláusula arbitral del estatuto de 1943 había sido extinguida por una enmienda de 1993. Dicha enmienda (i) prorrogó el plazo de duración de la sociedad, (ii) dispuso el aumento del capital social, y (iii) adecuó el estatuto a las previsiones de la –por entonces– nueva Ley de sociedades comerciales 19.550. En lo que atiene al arbitraje, la enmienda de 1993 no incluyó ninguna cláusula arbitral, así como tampoco incluyó referencia expresa alguna a la cláusula contenida en el estatuto original. Los demandados hicieron hincapié en que, de acuerdo con el texto del estatuto de 1993, los socios se habían obligado a «dejar redactado el contrato social bajo las siguientes cláusulas»; y en que dichas cláusulas «deja[ban] modificado el contrato social respectivo».

En una sentencia de fecha 17 de diciembre de 2020, el juzgado de primera instancia hizo lugar a la excepción invocada por los demandados. Apoyándose en la redacción del estatuto de 1993, sostuvo que la voluntad de los socios había sido no acudir al arbitraje como método de resolución de controversias y que no era posible integrar el contrato con cláusulas derogadas al no existir indicio de que ello fuera voluntad de los socios. Asimismo, por motivos atinentes a Derecho procesal argentino que exceden el propósito de la presente reseña, el juzgado rechazó asumir jurisdicción sobre los reclamos interpuestos por la parte demandante.

## 2. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

La parte demandante apeló la decisión del juzgado de primera instancia. Sin embargo, el 22 de marzo de 2021 la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto declaró extinto el acuerdo arbitral del estatuto de 1943. A tal efecto, la Cámara de Apelaciones esgrimió las siguientes razones:

- a) Para la procedencia de una acción promovida en los términos del art. 742 del Código procesal civil y comercial de la Nación –que establece el procedimiento para solicitar la constitución judicial del tribunal arbitral–, es necesario considerar en primer lugar si existe una cláusula arbitral válida.
- b) Al reformar integralmente el estatuto original y omitir hacer referencia al arbitraje, las partes desistieron «expresamente» de la cláusula arbitral pactada en 1943.
- c) El principio de autonomía de la cláusula arbitral resulta inaplicable al caso, pues no está en disputa la validez del contrato social, sino de la propia cláusula arbitral.
- d) Dado que la cláusula arbitral del estatuto original es «claramente inaplicable», por haber sido dejada sin efecto por los socios contratantes, no cabe remitir a las partes al arbitraje de conformidad con el principio *Kompetenz-Kompetenz* articulado normativamente en el art. 1656 del Código civil y comercial de la Nación.

### 3. BREVE COMENTARIO

La sentencia de la Cámara de Apelaciones cristaliza dos criterios de suma relevancia para la práctica del arbitraje en Argentina. Por un lado, de acuerdo con la Cámara de Apelaciones, la modificación *integral* del contrato que contiene la cláusula arbitral constituye un desistimiento *expreso* de la jurisdicción arbitral a menos que las partes pacten nueva cláusula arbitral o se refieran, en el nuevo contrato, a la cláusula arbitral contenida en el contrato modificado. Por otro lado, el desistimiento expreso de la jurisdicción arbitral en los términos anteriormente detallados supone que la cláusula arbitral deviene «claramente inaplicable» y, por tanto, priva a la parte que promueve el inicio del arbitraje de la posibilidad de invocar válidamente el principio *Kompetenz-Kompetenz*. Ambas conclusiones resultan cuestionables por las consideraciones que se mencionan a continuación.

#### a) Extinción de la cláusula arbitral por modificación del contrato subyacente posterior

En primer lugar, resulta criticable la desestimación que la Cámara de Apelaciones efectúa respecto del principio de autonomía o separabilidad de la cláusula arbitral. Si bien es cierto que, en el caso objeto de análisis, se encontraba en juego la validez de la cláusula arbitral y no del contrato subyacente, el principio de autonomía de la cláusula arbitral supone precisamente que la existencia y validez de la cláusula arbitral no se vea

necesariamente afectada por la extinción o modificación del contrato subyacente<sup>9</sup>. Precisamente por el carácter autónomo de la cláusula arbitral, esta no constituye un accesorio de las obligaciones del contrato principal y no se extingue *ipso iure* cuando dichas obligaciones son novadas<sup>10</sup>.

La pregunta relevante no es, por tanto, si el nuevo contrato principal constituyó una reforma integral del contrato anterior sin hacer referencia al acuerdo arbitral. En cambio, considerando la naturaleza contractual del arbitraje en Derecho argentino<sup>11</sup>, las preguntas relevantes son dos: en primer lugar, si las obligaciones pactadas en el acuerdo novatorio están destinadas a reemplazar las obligaciones previstas en la cláusula arbitral<sup>12</sup>; y, en segundo, en caso de que se determine que la cláusula arbitral no ha sido extinguida o desistida, si dicha cláusula arbitral puede extenderse o no a las controversias nacidas de las obligaciones del acuerdo novatorio.

La distinción es sutil, pero no baladí. En efecto, lo relevante en el caso objeto de estudio no es tanto la validez de la cláusula arbitral (primera pregunta), sino su alcance (segunda pregunta).

Respecto a la primera pregunta, en el caso objeto de análisis, podría argumentarse que las obligaciones sustantivas pactadas por los socios en 1993 no estaban destinadas a reemplazar las obligaciones derivadas de la cláusula arbitral. En efecto, la reforma efectuada por los socios abarcó la duración de la sociedad, su capital social y otras adecuaciones requeridas por la entrada en vigor de una nueva ley. Dichas modificaciones no parecían, en principio, destinadas a reemplazar las obligaciones del acuerdo

9. Born, G., *International Commercial Arbitration*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2021, pp. 938-942; Rivera, J. C., *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 161. El criterio ha sido reconocido también por la jurisprudencia francesa. Vid. C.A. Paris, 4 de marzo de 1986, en *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 167.
10. Vid. art. 803 del Código civil de 1871 (aplicable a la disputa objeto de análisis según se explica *infra* cita 12). El texto de la norma establece el mismo principio que el actual art. 940 del Código civil y comercial.
11. El arbitraje doméstico se encuentra hoy regulado en el Código civil y comercial como «contrato de arbitraje» (art. 1649 y ss.). Asimismo, la doctrina argentina hoy mayoritaria califica al arbitraje como un contrato con efectos procesales o jurisdiccionales. Vid. Caivano, R., Sandler Obregón, V., «El contrato entre las partes y los árbitros en el Código Civil y Comercial», en *La Ley Online*, AR/DOC/3883/2015; Rivera, *Arbitraje...*, *cit.* (cita 1), p. 114.
12. *Cfr.* Art. 933 del Código civil y comercial. Cabe señalar que, dado que el contrato social del caso objeto de análisis se celebró en 1993 y se encontraba en curso de ejecución, le resultaban aplicables las disposiciones del Código Civil de 1871 (*cfr.* art. 7 del Código civil y comercial). El art. 812 de dicho Código civil era mucho más concluyente en su redacción que el actual art. 933 del Código civil y comercial pues consideraba que la voluntad novatoria debía manifestarse claramente en una convención o, a falta de convención, que la obligación nueva fuera incompatible con la anterior.

de arbitraje tal como lo requiere el art. 933 del Código civil y comercial para que existiera novación.

Nótese que, hipotéticamente, tras la reforma de 1993, un socio podría haber iniciado un arbitraje argumentando que el nuevo contrato social no siguió los procedimientos contractualmente establecidos para la modificación del estatuto original. Esto es así por cuanto la cláusula arbitral no quedó extinguida por el mero silencio de las partes en el contrato posterior, ni existió un desistimiento a la prórroga de jurisdicción convenida por las partes. La determinación de esta cuestión deberá resolverse caso por caso, pero el mero silencio de las partes sobre el método de resolución de controversias aparece *prima facie* insuficiente para concluir que medió extinción del acuerdo de arbitraje<sup>13</sup>.

Similarmente, el silencio de las partes tampoco puede ser interpretado como una extensión automática de la cláusula arbitral del contrato novado al contrato novatorio. La segunda pregunta es, pues, si dicha extensión es posible; es decir, si el acuerdo arbitral contenido en el contrato novado comprende también las controversias nacidas del contrato novatorio. Al respecto, basta señalar aquí que ciertos tribunales arbitrales y cortes estatales han interpretado que, en el contexto de contratos sucesivos, es posible extender la cláusula arbitral inserta en un contrato original a un contrato posterior sin cláusula arbitral siempre que los contratos se encuentren estrechamente coligados o uno constituya una consecuencia necesaria del otro<sup>14</sup>.

En conclusión, resulta cuestionable la afirmación de la Cámara de Apelaciones respecto de que la reforma contractual de 1993, que omitió tratar la cuestión del acuerdo de arbitraje del estatuto original, llevó aparejado *per se* un desistimiento de dicho acuerdo de arbitraje. En opinión del autor, la controversia entre las partes parecería depender principalmente del alcance que se adjudicase a la cláusula arbitral del estatuto original.

## b) Aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*

En lo que respecta a la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, la Cámara de Apelaciones concluye, en primer lugar, que no cabe remitir a las partes al arbitraje en caso de que el acuerdo arbitral sea manifiesta-

13. Esta consideración se ve reforzada actualmente por el art. 1656, párr. 2, del Código civil y comercial que establece que, en caso de duda, deberá estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

14. Vid. Hanotiau, B., *Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-Contract, Multi-Issue. A Comparative Study*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2020, pp. 263-273, 283-294.

mente nulo o inaplicable cuando el tribunal no se encuentra constituido; y, en segundo, en el caso objeto de análisis, que la cláusula arbitral del estatuto original era claramente inaplicable. Por las razones referidas en la sección anterior, el autor considera que la inaplicabilidad de la cláusula arbitral distaba de ser manifiesta y que, por tanto, la Cámara de Apelaciones debería haber remitido a las partes a arbitraje<sup>15</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que la Cámara de Apelaciones ha seguido su jurisprudencia en relación con el alcance del principio *Kompetenz-Kompetenz*. De acuerdo con esta jurisprudencia, los tribunales judiciales no podrán dirimir sobre la competencia del tribunal arbitral, excepto que este no se encuentre constituido y el acuerdo arbitral sea «manifiestamente nulo o inaplicable»<sup>16</sup>. Dicha jurisprudencia se deriva de la literalidad del art. 1656, párr. 1, del Código civil y comercial, que resulta de aplicación a arbitrajes no internacionales respecto de los cuales el estado nacional o los estados provinciales no son parte<sup>17</sup>.

Al respecto, cabe destacar que la jurisprudencia nacional aún no se ha pronunciado sobre el alcance que deba atribuirse a la regla *Kompetenz-Kompetenz* en el contexto de arbitrajes comerciales internacionales. En efecto, respecto de dichos arbitrajes, resulta aplicable la Ley de arbitraje comercial internacional 27.449, cuyo art. 19 es idéntico al art. 8(1) de la Ley Modelo CNUDMI. Por tanto, en el contexto de un arbitraje comercial internacional, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje «a menos que se compruebe que [el] acuerdo [arbitral] es nulo, ineficaz o de ejecución imposible». La excepción a la remisión a arbitraje, a diferencia del art. 1656, párr. 1, del Código civil y comercial, no requiere que el tribunal arbitral no se encuentre constituido ni que la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula arbitral sea manifiesta; lo cual puede dar lugar a interpretaciones disímiles en el futuro<sup>18</sup>.

- 
15. Cabe señalar, no obstante, que algunas cortes sostienen que corresponde a las cortes –y no a los tribunales arbitrales– la determinación de si el acuerdo arbitral fue extinguido o no, aunque esta postura es minoritaria y criticable. Vid. Born, *International...*, cit. (cita 2), pp. 945-946.
  16. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 20 de diciembre de 2016, «Francisco Ctibor S. A. C. I. y F. c/ Wall-Mart Argentina S. R. L.», en *Revista Código Civil y Comercial*, 2017, p. 182.
  17. Vid. art. 1651 del Código civil y comercial; art. 1 de la Ley de arbitraje comercial internacional 27.449.
  18. Vid. Rivera (h.), J. C., «El efecto negativo del principio *competence-competence* en el arbitraje comercial», en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, núm. 78, 2018, pp. 70-72.

### III. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA F, "POTT, ALFREDO CARLOS C/ WORLD CAPITAL PROPERTIES LTD. Y OTROS", 30 DE JUNIO DE 2021

#### 1. ANTECEDENTES DE HECHO

La controversia entre las partes surge a partir de la supuesta violación de un *stock option agreement* suscrito entre la parte demandante, el Sr. Pott, y una de las partes demandadas, una sociedad comercial llamada World Capital Properties Ltd. («WCP»). De acuerdo con las constancias de la causa, el Sr. Pott habría transferido sus acciones (51%) en una sociedad comercial llamada Sociedad Bentónicos de Argentina («BDA») a WCP. De conformidad con el *stock option agreement*, WCP se obligaba a: (i) en caso de venta de las acciones de BDA, pagarle al Sr. Pott una comisión equivalente a un porcentaje del precio de venta; y (ii) garantizar el derecho del Sr. Pott de recuperar su posición de socio de pleno derecho (con una participación del 30%) en BDA en caso de que se cumplieran ciertas condiciones. Asimismo, el *stock option agreement* incluía una cláusula de arbitraje CCI.

De acuerdo con el relato del Sr. Pott, los presuntos controlantes de WCP, los Sres. López Jordan y Steed, habrían ideado un plan para frustrar sus derechos contractuales. En efecto, habrían causado que WCP vendiera las acciones de BDA a un precio irrisorio a la sociedad Acqua Holdings y habrían justificado el precio desviando ingresos de BDA a través de la sociedad Patagonia Financial Holdings. Según el Sr. Pott, ambas sociedades eran también controladas por los Sres. López Jordán y Steed.

Así las cosas, el Sr. Pott promovió un procedimiento arbitral contra WCP, Acqua Holdings, Patagonia Financial Holdings y los Sres. López Jordan y Steed. En el marco de un extenso procedimiento bifurcado, el tribunal arbitral emitió un laudo parcial en virtud del cual extendió el acuerdo de arbitraje a los Sres. López Jordan y Steed, así como también a Patagonia Financial Holdings invocando la teoría de desestimación de la personalidad jurídica –corrimiento del velo corporativo– receptada en el art. 54 de la Ley general de sociedades 19.550. Las partes demandadas interpusieron un recurso de nulidad contra el laudo parcial, el cual fue desestimado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

El procedimiento arbitral siguió su curso hasta la audiencia de prueba. En dicha ocasión, las partes y el tribunal arbitral habrían acordado que el tribunal enviaría un listado de consultas a las partes a los efectos de que las respuestas a dichas consultas fueran incluidas en los alegatos finales. En lo relevante, el tribunal arbitral preguntó: «¿Qué involucramiento tuvieron Steed y/o López Jordán como controlantes de WCP y

Acqua Holdings en el alegado incumplimiento de WCP al [*Stock Option Agreement*]?».

Al recibir el cuestionario, el Sr. López Jordán interpuso una recusación en los términos del art. 14 del Reglamento CCI contra todos los miembros del tribunal arbitral. De acuerdo con el Sr. López Jordán, el tribunal arbitral habría incurrido en prejuzgamiento, pues la pregunta anteriormente transcripta daba por probado que su persona controlaba WCP y Acqua Holdings, uno de los hechos supuestamente controvertidos y determinantes de su defensa. Tras el informe de los miembros del tribunal arbitral, la Corte de la CCI resolvió rechazar la recusación interpuesta.

Invocando el art. 31 de la Ley de arbitraje comercial internacional 27.449<sup>19</sup>, el Sr. López Jordán solicitó a la Cámara de Apelaciones que decidiera sobre la procedencia de la recusación planteada. En lo sustancial, alegó que los miembros del tribunal arbitral habrían prejuzgado sobre su control efectivo de WCM y Acqua Holdings.

## 2. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

En una sentencia de fecha 30 de junio de 2021, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial rechazó la recusación interpuesta. A los efectos de analizar el planteo de prejuzgamiento, consideró que resultaba aplicable al tribunal arbitral el estándar que rige dentro del ámbito judicial. Determinó, entonces, que cabía adoptar un criterio restrictivo y que solo sería procedente la recusación del árbitro cuando exista «una resolución emitida de forma intempestiva, que adelante opinión sobre un aspecto de la controversia que no se encuentra en condiciones de ser decidido al tiempo en que es formulada». Finalmente, concluyó que la recusación interpuesta por el Sr. López Jordán no se subsumía en dicha hipótesis.

Para así resolver, sostuvo que:

- a) El cuestionario remitido por el tribunal arbitral podría ser desvirtuado respondiendo negativamente, lo cual hace que el supuesto agravio pierda virtualidad.
- b) La recusación interpuesta constituía, en realidad, un mero disenso con la postura asumida por el tribunal arbitral que, a todo evento, debería ser cuestionada por las vías recursivas legalmente establecidas.
- c) La existencia de control en los términos de la teoría de corrimiento del velo corporativo fue la razón por la cual el laudo parcial determi-

19. El art. 31 de la Ley de arbitraje comercial internacional 27.449 reproduce, en lo sustancial, el art. 13(3) de la Ley Modelo CNUDMI.

nó que se podía extender la jurisdicción arbitral al Sr. López Jordán, por lo que la asunción efectuada por el tribunal arbitral guardaba relación con lo decidido en la causa y no constituyó prejuzgamiento.

### 3. BREVE COMENTARIO

La sentencia de la Cámara de Apelaciones ofrece importantes lecciones. En primer lugar, en el contexto de un arbitraje comercial internacional, las partes pueden recurrir a la vía judicial para revisar el rechazo de una recusación de conformidad con el art. 31 de la Ley de arbitraje comercial internacional 27.449. Cabe notar que la decisión resultante de dicha revisión es inapelable y que, durante el trámite judicial, el tribunal arbitral –incluso el miembro recusado– deben proseguir las actuaciones normalmente y dictar el laudo<sup>20</sup>.

En segundo lugar, el prejuzgamiento constituye una causal de recusación de los árbitros. Esto se encuentra en perfecta consonancia con lo decidido por tribunales arbitrales y cortes estatales de otras jurisdicciones<sup>21</sup>.

En tercer lugar, al analizar la causal de prejuzgamiento corresponde adoptar un criterio restrictivo, asimilable al aplicable en el contexto judicial. Este criterio reconoce que, a los efectos de juzgar la controversia, el tribunal debe, a lo largo de las actuaciones, evaluar la prueba, extraer conclusiones tentativas y confrontar a los letrados con preguntas<sup>22</sup>.

En definitiva, la sentencia de la Cámara de Apelaciones se encuentra en línea con los estándares adoptados por otras jurisdicciones y evalúa correctamente los alcances de la causal de recusación por prejuzgamiento.

## IV. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA C, "ENERGÍAS RENOVABLES DEL SOL S.A. C/ COMPAÑÍA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO S.A. (CAMMESA)", 14 DE SEPTIEMBRE DE 2021

### 1. ANTECEDENTES PROCESALES

En el marco de la relación entre las partes, Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S. A. («CAMMESA») impuso una multa contractual a Energías Renovables del Sol S. A. («ERS») alegando que esta habría incurrido en un incumplimiento del contrato que las unía. Si bien el contrato entre las partes preveía una cláusula arbitral, ERS solicitó ante

20. Art. 31 de la Ley de arbitraje comercial internacional 27.449.

21. Blackaby, N. *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 276-278; Born, G., *International Commercial Arbitration*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2021, p. 3866.

22. *Ibid.*

la justicia nacional en lo comercial una medida cautelar con el objeto de suspender la aplicación de la multa que CAMMESA le había aplicado.

En su presentación, ERS reconoció la existencia del acuerdo de arbitraje, pero fundó su solicitud ante las cortes judiciales en el tiempo que insumiría esperar la constitución del tribunal arbitral. Asimismo, explicó que la multa era improcedente porque el incumplimiento contractual que CAMMESA le atribuía había sido causado por un evento de fuerza mayor.

El juez de primera instancia resolvió conceder la medida cautelar y ordenó la suspensión de la aplicación de la multa impuesta por CAMMESA. A su turno, CAMMESA apeló la sentencia de primera instancia invocando la falta de jurisdicción de las cortes judiciales para dictar la medida cautelar.

## 2. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y se consideró incompetente para dictar la medida cautelar solicitada por ERS. Al respecto, manifestó que:

- a) De conformidad con el art. 196 del Código Procesal civil y comercial de la Nación, los jueces deben, sin excepciones, «abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia».
- b) El contrato otorga competencia sobre la controversia al tribunal arbitral y no a la justicia nacional en lo comercial; por lo tanto, la posibilidad de disponer medidas cautelares se encuentra vedada.
- c) El dictado de una medida cautelar necesariamente importará la emisión de un juicio sobre el fondo de la controversia (que compete al tribunal arbitral), pues es necesario evaluar la verosimilitud del derecho invocado por ERS.
- d) Un contratante cuidadoso y previsor debería haber anticipado que la constitución del tribunal arbitral consumiría mucho tiempo, por lo que la argumentación de ERS es inadmisibles.

Sorprendentemente, la Cámara de Apelaciones no concluye su análisis tras decidir que carece de jurisdicción. En cambio, continúa y agrega: (i) que no advierte razones por las cuales cabría apartarse del principio de que un juez tiene vedado interferir en el contrato entre las partes; (ii) que el evento de fuerza mayor invocado por la actora habría ocurrido con posterioridad al incumplimiento contractual que motivó la sanción; y (iii) que el evento de fuerza mayor invocado podría no ser suficiente para relevar a ERS de responsabilidad.

### 3. BREVE COMENTARIO

La sentencia de la Cámara de Apelaciones es cuestionable no solo desde la perspectiva de su lógica interna, sino también desde el Derecho positivo argentino.

En primer lugar, de considerarse correcto el análisis de la sentencia en cuanto a que la justicia nacional en lo comercial carece de jurisdicción para dictar medidas cautelares, las consideraciones efectuadas respecto del derecho invocado por ERS resultan improcedentes. En efecto, habiendo rechazado su jurisdicción sobre la controversia, ningún análisis cabe a la Cámara de Apelaciones sobre los méritos del caso.

En segundo lugar, resulta incorrecto afirmar que el ordenamiento jurídico argentino no prevé la posibilidad de que las cortes judiciales dicten medidas cautelares en cooperación con los tribunales arbitrales. En el ámbito del arbitraje doméstico<sup>23</sup>, en el que se enmarca el caso bajo análisis, el art. 1655, párr. 1, del Código civil y comercial dispone:

Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

Por un lado, el art. 1655 del Código civil y comercial reconoce la atribución de los árbitros de dictar medidas cautelares. Por otro, otorga la misma facultad a los tribunales judiciales, en forma concurrente. El criterio es acertado si se considera que, debido a la urgencia naturalmente asociada a este tipo de medidas y por razones de economía procesal, resulta razonable habilitar la vía judicial para garantizar la pronta ejecutabilidad de las medidas cautelares<sup>24</sup>. La jurisdicción concurrente de tribunales judiciales y arbitrales en el dictado de medidas cautelares es, por lo demás,

23. Cabe señalar que, en el marco del arbitraje comercial internacional, los arts. 21 y 61 de la Ley de arbitraje comercial internacional 27.449 –que reproducen sustancialmente los arts. 9 y 17 de la Ley Modelo CNUDMI– establecen un régimen similar al del art. 1655, párr. 1, del Código civil y comercial.

24. Junyent Bas, E., Garzino, M. C. «Artículos 1649 a 1655», en Lorenzetti, R. L. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 141.

ampliamente aceptada en Derecho comparado<sup>25</sup>. Asimismo, como lo indica la literalidad de la norma, el ejercicio de esta vía no supone renuncia o incumplimiento del acuerdo arbitral.

En tales términos, la conclusión a la que arriba la Cámara de Apelaciones en cuanto a su falta de jurisdicción es manifiestamente contraria a derecho. El ordenamiento jurídico argentino le otorga expresamente jurisdicción concurrente con la del tribunal arbitral para dictar las medidas cautelares que resultasen procedentes y ello no importa incumplimiento o renuncia del acuerdo de arbitraje.

---

25. Born, G., *International Commercial Arbitration*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2021, pp. 2631-2632; Gaillard, E., Savage, J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Países Bajos: Kluwer Law International, 1999, p. 711.